

**Universidad San Francisco de Quito  
Colegio de Jurisprudencia**

**Tolerancia de los Acuerdos Horizontales entre empresas en  
Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder  
de Mercado**

**Nicolás Polit Muirragui**

Tesis de grado presentada como requisito para la obtención del título de Abogado

Director:  
Dr. Gilberto Gutiérrez P.

Quito, noviembre de 2012

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO**

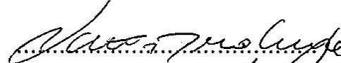
**Colegio de Jurisprudencia**

**HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS**

***“Tolerancia de los Acuerdos Horizontales entre empresas en Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado”***

***Nicolás Polit Muirragui***

Dr. Xavier Andrade Cadena  
Presidente del Tribunal e Informante



Dr. Gilberto Gutiérrez  
Director de Tesis



Dr. Juan Francisco Palacios  
Delegado del Decano e Informante



Dr. Luis Parraguez  
Decano del Colegio de Jurisprudencia

X 

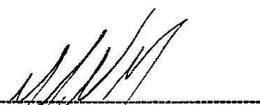
Quito, 17 de Enero de 2013

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art.144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma:



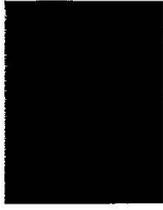
Nombre:

Nicolas Blit

C. I.:

1711894350

Fecha:



### Acta de Grado

En la Universidad San Francisco de Quito, Colegio de Jurisprudencia, tuvo lugar la Defensa Oral del Ensayo Jurídico intitulado "Tolerancia de los Acuerdos Horizontales entre empresas en Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del poder de Mercado", presentado por el estudiante, señor Nicolás Pólit Muirragui previo a la obtención del título de Abogado.

Para tal efecto, el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, conformó el Tribunal de Grado, con los siguientes profesores:

- Señor Doctor Xavier Andrade Cadena, Presidente del Tribunal e Informante del Ensayo Jurídico;
- Señor Doctor Gilberto Gutiérrez, Director del Ensayo Jurídico;
- Señor Doctor Juan Francisco Palacios, Delegado del Decano e Informante del Ensayo Jurídico.

El Tribunal, después de haber examinado al estudiante por espacio de una hora, le asignó a la Defensa Oral la calificación de 96.67/100, la que promediada con la obtenida en el trabajo escrito de 87.5/100, da la nota final de Grado de 91.08/100, equivalente a "A" la que se promediará con las notas obtenidas durante la carrera.

Para constancia firman el presente instrumento, en el Campus de Cumbayá de la Universidad San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, el día de hoy, 17 de enero de 2013.

  
 Dr. Xavier Andrade Cadena  
 Presidente del Tribunal

  
 Dr. Gilberto Gutiérrez  
 Director del Ensayo Jurídico

  
 Dr. Juan Francisco Palacios  
 Delegado del Decano

  
 Sr. Nicolás Pólit Muirragui

Campus Cumbayá:  
 Diego de Robles S/N y Pampite,  
 Urb. Jardines del Este, Círculo de Cumbayá  
 P.O.Box: 17-12-841, Quito - Ecuador  
 Telfs: (593-2) 297-1700, 297-1705  
 Fax: (593-2) 289-0070

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO**

**EVALUACION DE INFORMANTE/ TRABAJO ESCRITO TESINA**

**TESINA/TITULO:** TOLERANCIA DE LOS ACUERDOS HORIZONTALES ENTRE EMPRESAS EN APLICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO

**ALUMNO:** NICOLÁS POLIT MURRIAGUI

**EVALUACIÓN:**

**a) Importancia del problema presentado, con un máximo de quince puntos.**

Dado el escaso nivel de desarrollo del Derecho de la Competencia en Ecuador, es plausible desarrollar todo tema relacionado con esta disciplina. El tema escogido por el estudiante, además, es de importancia, pues su análisis permite al lector profundizar sobre varias instituciones de esta disciplina, entre ellas los cárteles y otros acuerdos horizontales.

15

**b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador, con un máximo de quince puntos.**

El tema es trascendental por las razones señaladas anteriormente. La hipótesis tiene igualmente trascendencia, pues ha sido el centro de un intenso debate entre abogados y economistas en las últimas décadas.

15

**c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados, con un máximo de veinte puntos.**

Es evidente que el estudiante ha realizado una adecuada investigación sobre la base de los materiales que se encuentran a la mano. Sin embargo, considero que la tesina pudo haber sido enriquecida con materiales más actualizados y de mayor autoridad académica; por ejemplo, con doctrina europea y



estadounidense que desarrollan *in extenso* el corazón de la hipótesis<sup>1</sup>. Esta observación también es aplicable a la jurisprudencia analizada que, en algunos casos, data del siglo 19 (sin dejar de ser importante), existiendo casos más actuales que podrían haber sido estudiados<sup>2</sup>.

En todo caso, esta falencia no es totalmente imputable al estudiante, quien ha realizado un adecuado esfuerzo para obtener fuentes bibliográficas relevantes.

13

**d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada), con un máximo de cincuenta puntos.**

La investigación es metódica y bien implementada. Sin embargo, la tesina habría sido de mayor utilidad para el lector si, a más de desarrollar conceptos jurídicos, se los hubiesen aterrizado con casos reales o análisis económicos. Se habría podido analizar, por ejemplo, casuística o doctrina relacionadas con las justificaciones o excepciones aplicables a los cárteles, particularmente las eficiencias económicas que podrían llevar a pensar a una autoridad que el acuerdo no es nocivo, que sus beneficios superan a los impactos negativos a la competencia, o que la competencia se vería más afectada si el acuerdo no existiese, a través del denominado *counterfactual analysis*.

El estudiante desarrolla esquemáticamente ciertas circunstancias en las que los cárteles podrían ser permitidos o, al menos, examinados bajo la regla de la razón, como son la inexistencia de equilibrio competitivo, los privilegios otorgados por otras normas, los intereses superiores y las razones políticas o de orden público. El análisis se habría enriquecido desarrollando sobre estas circunstancias, desde el punto de vista comercial o económico.

La tesina también podría haber profundizado sobre los denominados acuerdos "*hardcore*", "*naked*" y "*object*" y su tratamiento bajo la regla de la razón o la regla *per se*, comparándolos con otro tipo de acuerdos horizontales que no deberían ser prohibidos (al menos, *per se*).

Teniendo en mente el carácter constructivo de estas observaciones (que espero sean de utilidad para el estudiante en su defensa oral), considero que el trabajo cumple con su objetivo académico: investigar, introducir al lector a áreas inexploradas en el país y dejar abierta la puerta para que el estudiante siga acrecentando su conocimiento.

<sup>1</sup> Entre otros, se recomienda consultar: Niels, Jenkins & Kavanagh (*Economics for Competition Lawyers*), 2011; Bishop & Walker (*The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*), 2010; Whish & Bailey (*Competition Law*), 2012; y, Motta (*Competition Policy: Theory and Practice*), 2004.

<sup>2</sup> Véase, por ejemplo: Comisión Europea (2001) *GFU Joint Gas Sales* en Noruega; 93/49/EEC: Decisión de la Comisión de 23 de diciembre de 1992, Caso IV/33.814 – *Ford/Volkswagen, MasterCard* (COMP/34.579); *EuroCommerce* (COMP/36.518); *Commercial Cards* (COMP/38.580); Casa T-112/99, *Métropole Télévision* (M6) vs. Comisión (2001) ECR I-2459.



42

**TOTAL:**

90

Quito, 19 de diciembre de 2012.

Xavier Andrade Cadena

**A Dios y a María, mis padres celestiales  
A mi Payé y a mi mayé mis padres Terrenales  
Les quiero mucho**

*Expreso mi gratitud  
A Gilberto, por su paciencia;  
A mis padres, por su espera;  
Y mis amigos, por su incentivo*

## **ABREVIATURAS**

*LORCPM: Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*

*OPE: Orden Público Económico*

## **Resumen**

El cartel, tradicionalmente considerado como una conducta reprochable, tipificada y prohibida por las leyes de competencia económica, puede llegar a ser permitido por la autoridad en situaciones concretas, en virtud de que sus efectos podrían ser concebidos como pro-competitivos, para ello la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado ecuatoriana como otras normas internacionales, brindan algunas herramientas a través de las cuales los operadores económicos puedan sostener este tipo de asociaciones que comúnmente son prohibidas por la autoridad de competencia.

La presente propuesta académica, busca sostener que el derecho administrativo sancionador y de juzgamiento para las prácticas cartelísticas en el Ecuador, deben ser regidas por el sistema de la “Rule of Reason”, lo que implica para nuestro sistema de “Civil Law”, la ejecución de análisis que abarquen los diferentes aspectos económicos y jurídicos tanto internos como externos de las conductas, mismos que permitirán constatar los efectos positivos o negativos sobre el mercado.

## ***Abstract***

The cartel despite of being a criminal conduct and prohibited by the law because of its character of attempting against competition, it could be sometimes tolerated and permitted in certain situations by the authorities when they have the support from the law, and also when the cartel gives more benefits to the market or the society than damages. To determine if the cartel can be approved by the law it has to apply the Rule of Reason and have the support of a profound economic analysis that proves it can be viable.

## INDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPITULO I. POTESTAD DEL ESTADO PARA CONTROLAR, REGULAR Y SANCIONAR. .....	4
1.1 La regulación de la Economía .....	4
1.2 Relación entre el Derecho, la Economía y el Orden Público Económico .....	6
1.3 Constitución Económica .....	8
1.4 Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.....	12
CAPITULO II. LOS CARTELES Y ACUERDOS HORIZONTALES VISTOS DESDE EL DERECHO DE LA COMPETENCIA.....	14
2.1 Acuerdos.....	14
2.2 Acuerdos Intermarca e Intramarca .....	15
2.2.1 Acuerdos Intermarca Inter-Brand .....	16
2.2.2 Acuerdos Intramarca Intra-Brand .....	16
2.3 Acuerdos verticales y acuerdos horizontales.....	16
2.3.1 Acuerdos Verticales .....	17
2.3.2 Acuerdos Horizontales .....	17
2.4 El Acuerdo horizontal visto desde la óptica de la colusión.....	18
2.4.1 Acuerdos Horizontales con efectos Explotativos .....	20
2.4.2 Acuerdos horizontales con efectos exclusorios .....	21
2.5 Tipos de acuerdos.....	22
2.6 El Cartel .....	25
2.6.1 Definición .....	26
2.6.2 Razones que incentivan a la existencia de un cartel .....	28
2.6.3 Características y condiciones para la existencia de un cartel.....	30
2.7 Tipo de Cartel según su publicidad.....	33
2.7.1 Carteles Explícitos o Abiertos .....	33
2.7.2 Carteles Tácitos o Encubiertos .....	33
2.8 Tipo de cartel según sus efectos .....	34
2.8.1 Cartel de precios.....	35
2.8.2 Cartel de cuotas.....	36
2.8.3 Cartel de reparto .....	37

2.8.4 Cartel de especialización .....	37
2.8.5 Cartel internacional .....	38
2.8.6 Cartel de normas .....	39
2.8.7 Cartel de crisis .....	39
2.8.8. Cartel defensivo .....	40
2.8.9 Cartel de exportación .....	41
2.9 Ámbito Perjudicial del cartel en la competencia económica.....	42
2.10 Tratamiento de los carteles en el Derecho comparado.....	43
2.10.1 Tratamiento de los carteles en el derecho comunitario Europeo .....	44
2.10.2 Tratamiento de los carteles en España .....	46
2.10.3 Tratamiento de los carteles en el Derecho de los Estados Unidos de Norteamérica .....	48
2.10.4 Tratamiento de los carteles en el Ecuador .....	50
CAPITULO.III. EL ANÁLISIS DEL CARTEL Y SU CONSENTIMIENTO.....	53
3.1 Reglas utilizadas por el Derecho de la Competencia para analizar las conductas anti competitivas .....	53
3.2 Tipos de reglas.....	54
3.3 Regla Per Se y su aplicación al cartel .....	55
3.4 Regla de la Razón y su aplicación al Cartel.....	58
3.4.1 Argumentos por los que se debería aplicar la Regla de la Razón .....	61
3.4.2 Aplicabilidad de la Regla de la Razón en Ecuador .....	61
3.5 Elementos de la responsabilidad civil y penal del cartel .....	62
3.5.1 Tipicidad .....	64
3.5.2 Antijuridicidad .....	65
3.5.3 Culpabilidad .....	67
3.6 Consentimiento de los Carteles.....	69
3.6.1 No provocar daño alguno, regla de minimis .....	70
3.6.2 Conductas Justificadas .....	73
3.6.3 Acuerdo o cartel exento .....	74
3.6.4 Beneficio superior al perjuicio .....	75
3.7 Restricciones auxiliares.....	77
3.8 Restricciones auxiliares de segundo orden .....	79

CAPITULO IV. MECANISMOS DE ANÁLISIS Y CONTEXTUALIZACIÓN DEL CARTEL PERMITIDO.....	82
4.1 Mecanismos de análisis .....	82
4.2 Ponderación .....	83
4.2.1 Ponderación y pareto potencial.....	86
4.2.2 Pasos para la ponderación .....	87
4.3 Análisis Económico del Derecho .....	88
4.4 Aplicabilidad de los mecanismos de análisis .....	91
4.5 Contextualización del cartel permitido por el Derecho de la Competencia.....	92
4.5.1. Inexistencia de equilibrio competitivo.....	94
4.5.2 Privilegios otorgados por otras normas.....	94
4.5.3 Derechos, bienes, e intereses superiores .....	95
4.5.4 Razones políticas y de orden público.....	97
4.6 Carteles nominados que deberían ser considerados en un rango de flexibilidad por parte de la Autoridad de Competencia .....	98
4.6.1 Carteles en crisis .....	98
4.6.2 Carteles defensivos .....	99
4.6.3 Carteles de exportación .....	99
V. CONCLUSIÓN .....	101
BIBLIOGRAFÍA.....	104
PLEXO NORMATIVO .....	110

## INTRODUCCIÓN

Desde la perspectiva del Derecho de la Competencia los carteles son prácticas atentatorias a la competencia definidos como “Un grupo de competidores los cuales llegan a un acuerdo para limitar la competencia”<sup>1</sup>, por lo que es natural que el Derecho de la Competencia los tipifique y prohíba su existencia mediante el fomento de una normativa capaz de promover su detección, eliminación, así como la determinación de las posibles sanciones a los operadores económicos que forman parte del mismo.

Tradicionalmente esta práctica anticompetitiva ha sido juzgada duramente en otros países con más experiencia en esta materia, ya que se los ha juzgado mediante la regla de análisis *per se* que aboca una presunción mediante la cual, según algunos autores como Camilo Vallejo Giraldo<sup>2</sup>, su posibilidad de defensa se limita a demostrar la inexistencia de dicha práctica, lo que condiciona a la autoridad de competencia a actuar estrictamente en torno a la tipicidad, dejando de lado otros aspectos importantes que podrían determinar que un cartel pueda ser permitido por ésta.

Otro aspecto importante a considerar, es que los carteles, al tratarse de conductas tipificadas a manera de acuerdos atentatorios contra el mercado, los mismos podrían incurrir en el tipo, y a pesar de esto, no tener la capacidad para influenciar sustancialmente, o tener injerencia alguna en el mismo, por lo que en la práctica, tanto la doctrina, como diferentes legislaciones han desarrollado una regla de *minimis*, misma que respondiendo al hecho de que una conducta es insignificante para el mercado, la misma estaría libre de cualquier prohibición o sanción por parte de la autoridad de competencia, lo que al parecer tampoco se aplicaría en el Ecuador a los carteles conforme al reglamento.

---

<sup>1</sup>Pinkas. Flint. *Estudio Exegético del D.L. 701, Legislación, Doctrina y Jurisprudencia Regulatoria de la Libre Competencia*. Pontificia Universidad Católica del Perú Fondo editorial 2002. Lima, año 2002. p. 200.

<sup>2</sup>Camilo Vallejo Giraldo. *La Inconveniencia de la Regla Per Se Frente a la Economía Antropológica y la Constitución de 1991*. citando a Miranda, a. (1992) *Anotaciones Sobre el Derecho Antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica*. (ed) Centro de Estudios de Derecho de la Competencia. Ponencia Presentada en el Seminario “Hacia un Nuevo régimen de Promoción de la Competencia”. univ. estud., Bogotá Colombia, enero-diciembre de 2009. p. 17.

Da la impresión de que los carteles, simplemente son conductas que afectan a la competencia, y que por el simple hecho de encajar con el tipo previsto en la normativa, los mismos deberían ser juzgados con fundamento de la presunción contemplada en la regla de análisis per se, y si los operadores de mercado no logran demostrar la inexistencia de la práctica, la misma deberá ser eliminada del mercado; y si los mismos no logran demostrar que no han participado en el cartel, probablemente tampoco podrían evitar una posible sanción a causa del mismo.

De esta manera se estaría dejando de lado aspectos que podrían resultar trascendentales para que un cartel pueda permanecer en el mercado, siendo incluso no perjudicial para el mercado al denegarse la posibilidad de que el mismo pueda aplicar a la regla de mínimos. A más de lo mencionado no se estarían considerando situaciones en las cuales el cartel puede resultar beneficioso, y que este beneficio, sea superior al perjuicio que pueda causar, es decir que la restricción a la competencia provocada por el cartel sustente un objetivo superior a la restricción, hecho que a la luz del Pareto Potencial debería ser totalmente permitido.

Lo anterior abre paso a la idea de que pueden existir ocasiones donde los carteles que se definen como “un acuerdo celebrado entre empresas que actúan en un mismo mercado relevante”<sup>3</sup>, podrían ser permitidos por la autoridad de competencia en base a diferentes elementos inmersos en la conducta, externos a ella, y a diferentes variables y circunstancias coexistentes con la conducta, estas últimas pueden hallarse dentro del mercado o fuera de este. El punto es que la respuesta de la autoridad ante la conducta debiese responder a un criterio de eficiencia que no solamente debe de observarse desde el ámbito económico, sino que debe ser una eficiencia donde se complementan aspectos económicos, jurídicos y sociales

Precisamente lo que se pretende demostrar en la presente tesis es que un cartel puede ser y sea permitido por la autoridad de competencia tanto en el ámbito general del Derecho de la Competencia, como en el caso concreto del Ecuador; enfatizando la idea de que existen ocasiones donde un cartel puede generar beneficios, ya sean dentro o fuera del ámbito de la competencia capaces de superar a los perjuicios que el mismo cartel

---

<sup>3</sup>Daniel Amin Ferraz. *La Concentración Empresarial en el Comercio Internacional*. Editorial Universidad de Valencia. Valencia, año 2004. p. 76.

podría causar; este planteamiento se presenta pese a la regla de aplicación per se, y a las demás circunstancias y planteamientos históricos que han surgido referente al cartel.

Para sustentar esta postura, en los primeros capítulos, a más de dar una breve explicación de la potestad del Estado para controlar, regular, y sancionar en lo referente al mercado, se planteará un breve análisis del cartel desde el punto de vista del Derecho de la Competencia mediante el cual se contextualizará a esta práctica partiendo de los acuerdos anticompetitivos de carácter horizontal; también se expondrán particularidades especiales y demás aspectos que permitirán comprender la figura jurídica de la cual se trata en la presente tesis. Así mismo, en los dos últimos capítulos se tratará sobre las diferentes posibilidades de que un cartel pueda ser permitido por la autoridad de competencia utilizando doctrina, derecho comparado, y a la misma normativa ecuatoriana como sustento para cada una de ellas.

En los dos últimos capítulos se enfatizará en la institución del cartel como figura jurídica en base a la aplicación de la regla de la razón, desarrollada por el Derecho de la Competencia para efectuar análisis que contemplen los diferentes aspectos inmersos en la conducta y circundantes a ella, de manera que el lector pueda tener una mejor perspectiva de la naturaleza, realidad y eficiencia económica de la conducta.

En el último capítulo se hablará de la ponderación aplicada desde el punto de vista del Derecho de la Competencia y el análisis económico del derecho como mecanismos de que permiten a la autoridad de competencia emitir una resolución que abarque un análisis singularizado y completo para cada uno de los carteles investigados.

## CAPITULO I.

### POTESTAD DEL ESTADO PARA CONTROLAR, REGULAR Y SANCIONAR

#### 1.1 La regulación de la Economía

El Derecho de la Competencia es el área del derecho encargada de controlar, regular, fomentar el mercado y establecer sanciones de manera transversal en la economía de un país. Esta potestad nace de la obligación de precautelar el interés general enmarcado en el Orden Público Económico.

El *interés general*, también conocido como *interés público*, consiste en la búsqueda constante del bienestar de todos o de la mayoría<sup>4</sup>; así mismo, responde a la denominación de *bien público* que, según la definición de Manuel Osorio, lo plantea como: “La conveniencia de la mayoría frente al egoísmo de cada cual, que ha de prevalecer en caso de conflicto de intereses entre el individuo y la sociedad, entre el particular y el Estado como entidad de Derecho Público”<sup>5</sup>.

En función al interés general se atribuyen potestades reguladoras, de control y sanción a ciertas autoridades<sup>6</sup> encargadas de hacer prevalecer este interés general en el marco de la convivencia<sup>7</sup>, Por este motivo es comprensible la existencia de la potestad administrativa sancionadora del Estado, ya que éste necesita de mecanismos preventivos, correctivos y coercitivos para lograr la prevalencia del interés general, que en ocasiones se traducen en

---

<sup>4</sup> Juan Jacobo Rousseau, filósofo del siglo XVIII y autor de *El Contrato Social*, afirma que “el interés general depende de la voluntad general”.

*La Gran Enciclopedia de Economía*. Disponible en: <http://www.economia48.com/spa/d/interes-general/interes-general.htm>. Consultado el 25/7/2012.

<sup>5</sup> Manuel Osorio. *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. 33ª Edición actualizada. Ed. Heliasta. Buenos Aires, año 2008, p. 702.

<sup>6</sup> Estas autoridades responden a la administración pública desde la perspectiva del Derecho Administrativo.

<sup>7</sup> El bien público consiste en hacer prevalecer los intereses comunes frente al de los particulares en materias inherentes a la sociedad; de ahí existen las ramas del Derecho como el Derecho Penal, referente a los delitos y a las penas; el Derecho Administrativo, relativo a la temática de administración pública; el Derecho Societario, concerniente a las compañías y sociedades; el Derecho Económico, alusivo a las relaciones y comportamientos de la economía; entre muchas otras ramas de esta ciencia que nacen a partir del mismo Interés General.

sanciones para los que contravengan al Orden Público Económico; esto se concibe aparte de los mecanismos judiciales regidos por la justicia ordinaria; es decir, “la potestad administrativa sancionadora, al igual que la potestad de los jueces y tribunales (Derecho Penal), forma parte de un ((genérico)) *iuspuniendi* del Estado”,<sup>8</sup> en el cual se ampara la capacidad para actuar desde entidades que no configuran dentro del poder judicial.

Esta potestad del Estado no puede ser excesiva ni absoluta, sino se debe regir a principios que permitan que la acción sea controlada y medida dentro de un marco de orden y respeto a la normativa vigente en un Estado. Estas nociones se encuentran dentro de los fundamentos básicos del Derecho Administrativo que engloban a “aquellos principios fundamentales inspiradores de todo derecho punitivo”<sup>9</sup>. Éstos, según Miguel Bajo y Silvina Bacigalupo, se centran en: a) legalidad, b) tipicidad, c) antijuricidad y d) imputabilidad, esta última puede ser dolosa o culpable<sup>10</sup>.

Los principios mencionados, conjuntamente con otros inherentes al Derecho Administrativo como el de proporcionalidad y el de reserva legal, permiten a los particulares obtener una relativa seguridad<sup>9</sup> frente al Estado y, por ende, frente a las distintas entidades de la administración que se encuentran investidas de estas potestades de controlar, regular y sancionar; éstos se tornan en uno de los parámetros más importantes para que el Estado no se exceda frente a una conducta anticompetitiva porque establecen el margen de acción para que sólo pueda proceder conforme a lo permitido por la Constitución y la Ley, así como procurar que no se excedan los alcances establecidos por la normativa.

Es así como el principio de la reserva legal es esencial en la materia de Derecho de Competencia, pues permite que la potestad conferida por la misma normativa al Estado, no llegue a ser nociva para la sociedad y admite que ésta tenga conocimiento del límite que tiene el Estado frente a una posible práctica o conducta anticompetitiva y fomenta una seguridad simbiótica entre la sociedad y el Estado.

---

<sup>8</sup> Miguel Bajo y Silvina Bacigalupo. *Derecho Penal Económico*. Colección Ceura. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid, año 2001, p. 73.

<sup>9</sup> Miguel Bajo y Silvina Bacigalupo. *Derecho Penal Económico*. *Óp cit.*, p. 83.

<sup>10</sup> *Id.*, p. 83.

Manuel Osorio define a la *reserva legal* como: “reserva, constituida mediante las utilidades de una sociedad exigida por la ley”<sup>11</sup>. Por su parte, Eduardo García la puntualiza como: “principio según el cual sólo por Ley pueden adoptarse determinadas regulaciones”<sup>12</sup>; esta afirmación explica que el Estado pueda regular bajo parámetros claros y preestablecidos diferentes asuntos económicos relevantes a la competencia, siempre y cuando se remita a la Ley y no se exceda de lo previsto en la normativa, ni se rija únicamente por argumentos políticos u otros ajenos a los intereses del mercado, la sociedad o el Orden Público Económico.

## 1.2 Relación entre el Derecho, la Economía y el Orden Público Económico

El Orden Económico al que se hace referencia puede concebirse desde dos ópticas distintas; la primera, “en el sentido estricto, el orden económico ha de entenderse como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la Economía”<sup>13</sup>, es decir, sólo se toma en cuenta la posibilidad del Estado de regular la Economía mediante la normativa; mientras que la segunda, “en sentido amplio, el orden económico es la regulación de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios”<sup>14</sup>; en este caso se refiere a la posibilidad del Estado de intervenir en el área del mercado y de la competencia, pues éste es el campo de interés para el ámbito del Derecho de la Competencia.

Debido a que las condiciones de los diversos mercados podrían presentar marcadas diferencias entre cada región y país, y debido a que los intereses económicos, sociales y políticos difieren entre sí; es posible afirmar que cada sistema económico tiene su propio marco normativo, como lo dice Gaspar Ariño Ortiz en su obra *Principios de Derecho Público Económico*: “La relación Derecho y Economía adquiere en esta categoría un valor

---

<sup>11</sup> Manuel Osorio. *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. Óp.cit., p. 466.

<sup>12</sup> Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. Editorial Civitas. Madrid, año 1997, p. 232.

<sup>13</sup> Miguel Bajo y Silvina Bacigalupo. Óp.cit., p. 17.

<sup>14</sup> Id., p. 17.

fundamental: *cada sistema económico tiene su propio Derecho Económico*<sup>15</sup>; por tanto, cada país debe desarrollar la normativa correspondiente para controlar, regular o sancionar en materia económica según las necesidades e intereses propios.<sup>16</sup>

En materia económica se requiere una normativa que permita la regulación del mercado y la competencia; en suma, se necesita de la norma para regular la intervención del Estado en la producción, distribución y consumo de bienes y servicios mediante el desarrollo de leyes especializadas encargadas de tratar esta materia. Esto se logra mediante la aplicación del *Orden Público Económico (OPE)*<sup>17</sup>, base del Derecho de la Competencia al cual se lo define como “el conjunto de medidas adoptadas por la autoridad con el fin de organizar la actividad y las relaciones económicas”<sup>18</sup>; enunciación que abarca al Derecho de la Competencia, pues declara que el Estado es capaz de regular la economía mediante una normativa clara, además de brindar los elementos necesarios para cumplir con ese propósito. Lo mencionado es rescatado por Arturo Fernandois en la siguiente definición de *Orden Público Económico* dada por la Corte de Apelaciones de Chile:

El concepto de Orden Público Económico, como conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla, debe ser entendido en sentido amplio, de tal manera que la expresión *normas legales* debe comprender las normas emitidas por la autoridad potestativa del órgano administrador del Estado.<sup>19</sup>

Este concepto propone argumentos necesarios para entender al OPE como un recurso importante que se encuentra destinado a precautelar los intereses económicos de la sociedad mediante principios que tienen el fin de garantizar que no se incurra en excesos por parte de la autoridad.

---

<sup>15</sup> Gaspar Ariño Ortiz. *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado Gestión Pública. Regulaciones Económicas*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, año 2003, p. 61.

<sup>16</sup> No excluye la posibilidad de normativa comunitaria en materia de competencia, como es el caso de la Unión Europea, la Comunidad Andina, entre otros.

<sup>17</sup> El OPE es pilar fundamental del Derecho de la Competencia.

<sup>18</sup> José Tomás Hurtado Contreras. *El Orden Público Económico en la Constitución de 1980*. Editorial Jurídica. Santiago, año 1981, p.101.

<sup>19</sup> José Luis Cea Egaña y Arturo Fernandois. *Derecho Constitucional Económico. Garantías Económicas Doctrina y Jurisprudencia*. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Chile. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago. Chile 2006, p. 49.

La finalidad del Orden Público Económico es institucionalizar con rango de máxima jerarquía jurídica, un sistema que asegure a todas las personas el respeto y promoción de los valores de libre iniciativa y apreciabilidad de los bienes, de isonomía o igualdad de oportunidades [...] en general, de la propiedad del sector privado, paralela a la subsidiariedad estatal, en el marco de la libre competencia en un mercado legalmente regulado<sup>20</sup>.

Por este motivo, se debe tomar en cuenta que, aparte de precautelar estos valores mencionados referentes a la libre competencia, “el Estado al establecer las reglas del Orden Público Económico actúa como guardián para asegurar que los particulares no abusen de la libertad económica que les ha otorgado<sup>21</sup>”, garantizando que el desempeño del Derecho en el campo económico, no llegue a convertirse en un impedimento sino que se constituya en una protección efectiva<sup>17</sup>.

Por su parte, Santiago Martínez Lage al expresarse sobre el enfoque económico del Derecho focalizado dentro del ámbito de la Competencia, menciona que el Derecho y la Economía combinados entre sí, logran dos objetivos complementarios: “garantizar que la conducta atentatoria a la competencia no burle las disposiciones legales, y que éstas no obstaculicen a las estrategias de la competencia”<sup>22</sup>; entonces, la misión que debe desempeñar el Derecho al regular a la Economía, desde el punto de vista de la Competencia, no es la de entorpecerla sino la de fomentarla y respaldarla en su desempeño natural mediante el desarrollo y la correcta aplicación de la normativa.

### 1.3 Constitución Económica

Anteriormente se hizo referencia a una normativa especializada capaz de tratar temas inherentes a la economía, donde el Estado y la sociedad pueden interactuar equilibradamente en el ejercicio de sus derechos y obligaciones; por lo que es menester hablar sobre la Constitución, piedra angular de todo el sistema normativo, la cual debe brindar: a) las bases para que el Estado, mediante fundamentos jurídicos definidos, pueda

---

<sup>20</sup> José Luis Cea Egaña y Arturo Fernandois. *Derecho Constitucional Económico. Garantías Económicas Doctrina y Jurisprudencia. Óp.cit.*, p. 42.

<sup>21</sup> Ricardo Sandoval López. *Acerca del Orden Público Económico. Análisis de un Caso Real*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción. Concepción, año 1990, p. 112.

<sup>22</sup> Santiago Martínez Lage. *El Abuso de la Posición de Dominio. Óp. cit.*, p. 100.

intervenir en relaciones económicas; y b) las herramientas jurídicas para que la relación entre la sociedad y el Estado sea encaminada de manera justa y ordenada.

A esta relación que se entabla entre la Constitución y la Economía se la conoce como *Derecho Económico Constitucional* y se la define como: “conjunto de normas básicas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica, es decir, para el orden y el proceso económico”<sup>23</sup>; esto respalda la idea que la Constitución es el punto de partida para que el resto de leyes y normas puedan desempeñarse de una manera ordenada y acorde con principios y lineamientos a ser respetados.

Al término específico dado por la doctrina para referirse a este aspecto de la Constitución que trata sobre temas inherentes a la Economía, se denomina Constitución Económica, concepto que “caracteriza la regulación del orden económico que hace el constitucionalismo”<sup>24</sup>; es decir, hace referencia a la Carta Magna y su relación con la Economía, procurando brindar armonía de las relaciones entre sociedad y Estado.

Para cumplir con este propósito, la Constitución debe establecer lineamientos como la determinación de un sistema económico específico<sup>25</sup>, además se pueden fijar sectores económicos estratégicos y otros elementos que determinen los márgenes por los que se puede encaminar la economía; como es el caso de la Constitución ecuatoriana, que propone un sistema económico social y solidario, donde se busca propender a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, el Estado y el mercado, fomentando en todo momento el buen vivir.<sup>21</sup>

Para Efraín Pérez, en su obra *Elementos del Derecho Público Económico*, “el régimen de desarrollo de la Constitución ecuatoriana se sustenta en una mayor intervención del

---

<sup>23</sup> Miguel Bajo y Silvina Bacigalupo. *Óp cit.*, p 19.

<sup>24</sup> José Alejandro Ayuso. *La Constitución Económica*. 28/6/2011. Disponible en: Vivir en Constitución [http://www.josealejandroayuso.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=120:la-constitucion-economica&catid=37:agenda-global&Itemid=28](http://www.josealejandroayuso.com/index.php?option=com_content&view=article&id=120:la-constitucion-economica&catid=37:agenda-global&Itemid=28). Consultado el 30 de julio de 2012.

<sup>25</sup> No es objeto del presente análisis hacer una diferenciación entre constitucionalismo clásico, neo-constitucionalismo, o cualquier otra postura, pero es inherente para la materia mencionar a la Constitución económica y es lógico que se proponga a la Constitución ecuatoriana como ejemplo.

Estado en la economía y en los diferentes mercados”<sup>26</sup>, afirmación de la que se intuye que en la Constitución actual se hace referencia a temáticas inherentes a aspectos económicos donde se abarca la competencia y su defensa dentro de los diferentes sectores.

Lo anterior se justifica en el hecho de que se han delimitado parámetros concretos por los cuales se tienen que regir las diferentes políticas de Estado. El artículo 284 de la Constitución especifica que dentro de la política económica se deberán seguir determinados objetivos, como los enunciados en el numeral 8 donde afirma que se deberá propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes. Así mismo, la Constitución proporciona lineamientos que permiten al Estado adentrarse más en el área de competencia, porque especifica que se deberá evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado; así como otras conductas que puedan afectar el funcionamiento de los mercados.

En el capítulo III referente a la Soberanía Alimentaria, el Artículo 28 explica que constituye un objetivo estratégico y una obligación del Estado para garantizar que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades alcancen la autosuficiencia de alimentos sanos y culturalmente apropiados de forma permanente. Al mismo tiempo, se establece en el numeral 11 del artículo mencionado, que para que aquello se efectivice, es responsabilidad del Estado generar sistemas justos y solidarios de distribución y comercialización de alimentos, e impedir prácticas monopólicas y cualquier tipo de especulación con productos alimenticios<sup>27</sup>.

La Constitución tiene su propia posición respecto a las prácticas anticompetitivas. En la sección V referente a los intercambios económicos y comercio justo, se menciona que el Estado definirá una política de precios y marcas; por tanto, una finalidad calificada por muchos doctrinarios a manera de proteccionista, dirigida a los agentes económicos

---

<sup>26</sup> Efraín Pérez. *Elementos del Derecho Público Económico*. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito, año 2012, p. 2.

<sup>27</sup> Lo que se plantea en el Art. 28, numeral 11 de la Constitución puede, en la práctica, expresarse en una contradicción, ya que se habla de impedir prácticas monopólicas, conjuntamente con la expresión de generar sistemas (los cuales podrían inducir a otras prácticas anticompetitivas al excluir a operadores económicos en el caso de que el Estado abarque diferentes actividades sin respetar el principio de subsidiariedad).

nacionales. Al mismo tiempo, se menciona que se instituirán los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolios u oligopolios privados, de abuso de posición de dominio, como también de otras prácticas de competencia desleal<sup>28</sup>. Esto se lo puede encontrar en el Artículo 335, donde dice:

El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; de igual manera sancionando la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio ya sea a los derechos económicos, como a los bienes públicos y colectivos (...). El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, estableciendo los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privado, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal.<sup>29</sup>

La Constitución también interviene en el sector de la comunicación, pues prohíbe ciertos monopolios y oligopolios con el fin de brindar diversidad en dicho sector. En el Título II, Artículo 17, relativo a los derechos otorgados por ese instrumento, se encuentra que uno de los compromisos adquiridos por el Estado es fomentar la pluralidad y la diversidad en la comunicación; para este efecto, en el numeral 3 de este artículo, se aclara que no se permitirá el oligopolio o monopolio directo ni indirecto, de la propiedad de los medios de comunicación<sup>30</sup> y del uso de las frecuencias.

En consecuencia, se distingue que la Constitución menciona en reiteradas ocasiones temas referentes a la economía, además de establecer elementos sobre la aplicabilidad del Derecho de la Competencia que se encuentra respaldado para su correcto accionar, puesto a que el Estado asegurará la transparencia y eficiencia de los mercados fomentando la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, a excepción de los casos específicos donde el Estado considere que merece su intervención. Esto se fundamenta en el “*buen vivir*”, mediante el cual se rige el accionar del Estado; tal como

---

<sup>28</sup> *Ibidem*. Art. 46. Habla de proteccionismo y de políticas anti monopolísticas. Si se analiza con mayor profundidad, las políticas regulatorias de la competencia en Europa nacen bajo el mismo espíritu de libre competencia al interior y protección de sus empresas al exterior.

<sup>29</sup> Constitución de la República del Ecuador.

<sup>30</sup> La transitoria XXIX de la Constitución que dispone que hasta octubre de 2010 se debe enajenar las participaciones accionarias que posean las personas jurídicas del sector financiero en empresas ajenas al sector -como la banca- que, entre otros indicadores, tuvo una utilidad de 281 millones de dólares en 2009. Manuel Guerrero. Hasta octubre de 2010, los banqueros en Ecuador con canales de Tv optarán por una de las dos actividades. *El Nuevo Empresario*. 13/8/2010. Disponible en: [http://www.elnuevoempresario.com/noticias\\_25278\\_hasta-octubre-de-2010-los-banqueros-en-ecuador-con-canales-de-tv-optaran-por-una-de-las-dos-actividades.php](http://www.elnuevoempresario.com/noticias_25278_hasta-octubre-de-2010-los-banqueros-en-ecuador-con-canales-de-tv-optaran-por-una-de-las-dos-actividades.php). Consultado el 27/10/2011.

Efraín Pérez lo expone: “el principio de la actividad económica es la solidaridad, y su fin es alcanzar el *buen vivir, sumakkawsay*, para la población.”<sup>31</sup>

## 1.4 Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

En el Ecuador, el 13 de octubre del 2011, mediante el Registro Oficial, Suplemento No. 555, entra en vigencia la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (L.O.R.C.P.M.), siendo uno de los últimos países de la región en aprobar una ley especializada en materia de libre competencia<sup>32</sup>; esta ley se da con el objetivo de “evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; así como la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas.”<sup>33</sup>

Por otro lado, la misma ley busca controlar y regular las operaciones de concentración económica e indaga en lo que respecta a prevenir, prohibir y sancionar las prácticas desleales, aspirando a la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible.

Esta ley somete a sus disposiciones a todos los operadores económicos, ya sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras, con o sin fines de lucro, las mismas que realizan o realicen en un futuro actividades económicas en todo o en parte del territorio del Ecuador, así como los gremios que las agrupen, y las que realicen actividades económicas fueran del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional.<sup>34</sup>

---

<sup>31</sup> Efraín Pérez. *Elementos del Derecho Público Económico*. Óp.cit., p. 2.

<sup>32</sup> Es importante destacar que ya han existido ligeras manifestaciones de esta rama del Derecho expresada en ciertas acciones aisladas y concretas de carácter unilateral por parte del Estado. Al respecto encontramos que, históricamente el Estado, ya se ha encargado de abolir monopolios; por ejemplo, en el Decreto Ley de Emergencia 13, publicado en el Registro Oficial No. 232 de 10 de junio de 1957, emitido por el ex Presidente Constitucional de la República Camilo Ponce Enríquez. Se declara la abolición completa del monopolio de fósforos existente en nuestro país durante largo tiempo.

<sup>33</sup> *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*. Registro Oficial. Suplemento No. 555. 13 de Octubre del 2011. Ecuador. Artículo 1.

<sup>34</sup> *Id.*, Art 1.

A partir de la aprobación de esta Ley, se dispone la creación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado y se le adscribe a la Función de Transparencia y Control Social como un organismo técnico, con capacidad de sancionar; es decir, esta Superintendencia es la encargada de aplicar esta potestad que tiene el Estado para controlar, regular y sancionar en la temática de la libre competencia.

Conforme a lo mencionado, podemos ver que el Ecuador presenta los requisitos necesarios en su normativa para que se pueda efectuar el control y regulación en los aspectos referentes a la competencia, partiendo del hecho de que la Constitución abarca los puntos económicos necesarios que conjuntamente con otros aspectos contemplados en la misma plantean un direccionamiento por el cual se debe regir el ordenamiento, pero hay que tomar en cuenta que en el Ecuador esta materia se encuentra en proceso de consumación, por lo que se requerirá de tiempo y casos prácticos para que se desarrollen los criterios que finalmente detallarán el accionar del Estado.

## CAPITULO II.

### LOS CARTELES Y ACUERDOS HORIZONTALES VISTOS DESDE EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

En el presente capítulo se hará una introducción sobre los acuerdos atentatorios a la competencia económica, y se enfatizará en la figura del cartel ya que es objeto de la presente tesis, para lo cual se expondrán diferentes características y elementos que permitirán comprender la figura en su esencia y las razones que lo catalogan como conducta atentatoria a la competencia. Así mismo se exponen brevemente algunos tipos de carteles y el trato que se les brinda en algunas legislaciones incluyendo a la ecuatoriana.

#### 2.1 Acuerdos

Una de las clasificaciones de las prácticas anticompetitivas está dada por el número de sujetos involucrados en una práctica, el cual divide a las conductas en prácticas unilaterales y concertadas<sup>35</sup>; las primeras responden a conductas que se realizan por un operador de mercado en particular; las segundas, se aplican entre varios operadores, sea en contra de otro operador u operadores de mercado o simplemente con el fin de minimizar la competencia o anularla perjudicando al mercado y, por consiguiente al Orden Público Económico.

*Acuerdo*, en su definición tradicional, es un “convenio entre dos o más partes”<sup>36</sup>; no obstante, para la temática tratada en la presente Tesis, es menester definirle como un arreglo o alianza entre agentes económicos que concuerdan en una postura, conducta, o accionar específico dentro del mercado<sup>37</sup>; este es un concepto suficiente para entablar el tópico de los acuerdos bajo el Derecho de la Competencia; sin embargo, esta enunciación

---

<sup>35</sup>Germán Coloma. *Defensa de la Competencia. Análisis Económico Comparado*. Ed. Ciudad Argentina. Buenos Aires, año 2003. p. 15.

<sup>36</sup>Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Consultado el 31 de julio de 2012. <http://lema.rae.es/drae/>

<sup>37</sup>También se podría usar la definición de acuerdo dada por Ricardo Alonso Soto en su escrito *Los Acuerdos, Decisiones y Otras Conductas Explícitas*. “Los acuerdos son pactos escritos o verbales en virtud de los cuales varios operadores económicos se comprometen a restringir la competencia o, aún sin perseguir este efecto, producen una efectiva restricción de la competencia en el mercado.”

Santiago Martínez Lage y Amadeo Petitbó Juan. *Los acuerdos horizontales entre empresas*. Colección Derecho. Fundación Rafael del Pino. Ediciones Jurídicas y Sociales SA. Madrid, año 2009. p. 67

debe ser más específica, pues se pretende determinar las conductas que implican acuerdos de carácter horizontal y que pueden afectar al bien jurídico tutelado.

Para este propósito, se partirá de la idea de que en el Derecho de la Competencia existen varios tipos de acuerdos divididos en dos categorías: los primeros son caracterizados por conductas que influyen o que afectan a la competencia; los segundos son aquellos que no influyen en la competencia.

Dentro del grupo de los acuerdos que en principio no afectan a la competencia se encuentran, por ejemplo, las asociaciones gremiales, las cooperativas, los acuerdos comerciales en su plena naturaleza lícita<sup>38</sup> o, simplemente, los acuerdos empresariales que responden al giro natural de un negocio o de una actividad y este último puede ser un simple contrato de prestación de servicios, de compraventa, de distribución, o cualquier contrato comercial o no, que involucre el consentimiento de las partes.

Por otro lado, dentro del grupo de los acuerdos que se caracterizan por afectar a la libre competencia, se encuentran los que únicamente benefician a los operadores económicos y traen como consecuencia una eminente fractura del equilibrio del mercado<sup>39</sup>, sea desde el mismo momento en que dicho acuerdo se pactó, o posteriormente. En síntesis, se trata de los acuerdos entre dos o más operadores económicos participantes de un mercado relevante concreto donde se plantean conductas atentatorias con otros o futuros competidores contra el consumidor o contra la economía en general.<sup>40</sup>

## 2.2 Acuerdos Intermarca e Intramarca

Existe una clasificación de los acuerdos que son intermarca o intramarca, que permite distinguir si el acuerdo se realiza en función a un mismo producto o marca de productos de

---

<sup>38</sup> *Resultante de la negociación entre dos o más partes (referente al comercio)*, véase definición de acuerdo comercial. Consultado el 28 de junio de 2012. Disponible en: <http://definicion.de/acuerdo-comercial/>

<sup>39</sup> El desequilibrio al que se hace referencia, es al ocasionado por prácticas ilícitas que atenten contra el desempeño natural de la competencia.

<sup>40</sup> La relevancia de los componentes afectados puede variar de acuerdo a la normativa, y al criterio por el cual se consideren o no bienes jurídicos tutelados.

determinada línea o de distinto perfil, lo que ayuda a establecer la ubicación y la relación de los operadores económicos que forman parte de un acuerdo<sup>41</sup>.

### 2.2.1 Acuerdos Intermarca Inter-Brand

“Se habla de competencia intermarca cuando las empresas producen marcas diferentes”<sup>42</sup> o las manejan<sup>43</sup>. Por lo que un acuerdo intermarca es efectuado por operadores de mercado que responden a esa condición; por ejemplo, un acuerdo entre dos distribuidores de productos comestibles en la línea de embutidos, específicamente jamón de pollo, pertenecen a la misma gama, sólo que uno de los distribuidores trabaja con jamón de pollo marca (x), producido por la empresa (X); mientras que el otro distribuidor trabaja con jamón de pollo marca (y) producido por la empresa (Y).

### 2.2.2 Acuerdos Intramarca Intra-Brand

“Se habla de competencia intramarca cuando se estudia la relación entre empresas que producen y distribuyen la misma marca”<sup>44</sup>, es decir, los diferentes operadores económicos trabajan con bienes o servicios pertenecientes a una misma marca y se suscitan ciertas restricciones de carácter horizontal o vertical permitidas en materia de competencia; así mismo, puede ocurrir que los operadores económicos acuerden intramarca conductas perjudiciales para la competencia y deberán ser sancionadas conforme a lo estipulado en la Ley.

## 2.3 Acuerdos verticales y acuerdos horizontales

---

<sup>41</sup> La razón de la relación entre los miembros de un acuerdo responden a que la misma puede ser determinante para comprobar si se ha incurrido o no en una práctica anticompetitiva.

<sup>42</sup> Leandro Zipitria. *Regulación Económica Restricciones Verticales*. Departamento de Economía Facultad de Ciencias Sociales y Universidad de Montevideo. <http://leandrozipitria.files.wordpress.com/2011/06/clase9.pdf>

<sup>43</sup> Para profundizar en este tema, *vid.* Germán Coloma. *Defensa de la Competencia. Análisis Económico Comparado*. Ed. Ciudad Argentina. Buenos Aires, año 2003

<sup>44</sup> Leandro Zipitria. *Regulación Económica Restricciones Verticales*. Departamento de Economía Facultad de Ciencias Sociales y Universidad de Montevideo. <http://leandrozipitria.files.wordpress.com/2011/06/clase9.pdf>

Tomando en cuenta que se ha expuesto una lista de conductas enmarcadas en diversos acuerdos, es importante conocer que dichos acuerdos pueden ser llevados a cabo de manera horizontal o vertical y pueden ejecutarse entre diferentes operadores económicos ubicados en distintas posiciones respecto a la cadena de producción: aguas arriba, aguas abajo, o simplemente en el mismo nivel de esta cadena.

Es preciso hacer una diferenciación entre los acuerdos verticales de los acuerdos horizontales, puesto que al hablar de carteles, según la doctrina clásica es necesario hablar de los acuerdos horizontales capaces de afectar a la competencia, a más de que al hacer esta diferenciación se facilita la comprensión de la estructura y funcionamiento de estas prácticas ilícitas.

### 2.3.1 Acuerdos Verticales

*Acuerdos verticales* son aquellos que se dan entre dos o más operadores económicos siempre y cuando los mismos comprendan distintos niveles en la cadena de producción sea aguas arriba o aguas abajo; según las directrices relativas a las restricciones verticales de la Unión Europea. Éstos consisten en “acuerdos o prácticas concertadas celebradas entre dos o más empresas”<sup>45</sup>; por consiguiente, es indispensable que uno de los participantes en un mercado relevante específico no sea competidor directo horizontal en cuanto al resto de miembros del acuerdo; un ejemplo al respecto que podría atentar a la competencia se produce cuando: a) el productor de un determinado bien o servicio se pone de acuerdo con los distribuidores existentes del producto para que no adquieran el mismo y, b) se dedica a la producción del ya mencionado bien; ocasionando que b) quede automáticamente fuera del mercado porque se ha quedado sin acceso a los canales de distribución existentes en dicho mercado relevante.<sup>46</sup>

### 2.3.2 Acuerdos Horizontales

Los *acuerdos horizontales* pueden ser catalogados como “acuerdos explícitos o implícitos que restringen la posibilidad de los competidores de actuar

---

<sup>45</sup> *Síntesis de la Legislación de la UE. “Directrices Relativas a las Restricciones Verticales”*. Consultado: 2/agosto/2012. Disponible en: [http://europa.eu/legislation\\_summaries/other/l26061\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/other/l26061_es.htm)

<sup>46</sup> En tanto que para B sea imposible o muy costoso hacer su propia línea de distribución.

independientemente”<sup>47</sup>, es decir, a diferencia de los acuerdos verticales, éstos consisten en convenios entre distintos operadores económicos que participan en un mercado relevante y pertenecen al mismo nivel en la cadena de producción; esto se traduce en que todos los operadores inmersos en el acuerdo compiten en el mismo campo dentro de un mercado común y automáticamente comparten intereses similares en relación a los objetivos a plantearse respecto al fruto de la actividad particular en la que se desempeñan dentro del mercado.

Un ejemplo hipotético de un acuerdo horizontal ilícito se produce en el momento en que dos aerolíneas (A y B) prestan su servicio en una ruta específica entre dos ciudades de un país X y hacen un acuerdo en el que establecen los precios de los pasajes en esta ruta; así se podría afectar al consumidor porque las aerolíneas dejan de competir en lo que respecta a los precios<sup>48</sup> y, por consiguiente, se reduce el excedente del consumidor.<sup>49</sup>

## **2.4 El Acuerdo horizontal visto desde la óptica de la colusión**

Partiendo desde una perspectiva económica, “Una colusión es un acuerdo entre empresas para dividirse el mercado y fijar el precio”<sup>50</sup>, definición que afecta directamente a la competencia, ya que se plantea la posibilidad de influir de manera artificial sobre el precio de determinado bien o servicio, a más de afectar sobre otros aspectos inherentes a la competencia como la producción, comercialización de bienes o servicios, así como las zonas geográficas donde exista demanda de dicho producto. La colusión no necesariamente tiene que recaer en todos los elementos aquí mencionados, ya que se

---

<sup>47</sup> Programa de Apoyo a la Defensa de la Competencia y del Consumidor. Seminario Defensa de la Competencia. Ministerio de Economía y Finanzas. Doctor en Economía Diego Petrecola. Consultado: 2/agosto/2012. Disponible en: <http://www.consumidor.gub.uy/informacion/index.php?Id=294&ShowPDF=1>

<sup>48</sup> La competencia puede subsistir en áreas relativas a los diferentes aspectos del servicio como por ejemplo las reservas de vuelo, el trato al interior del avión, etc.

<sup>49</sup> Para efectos de la presente tesis, pasaré a centrar mi atención exclusivamente en este tipo de acuerdos, ya que lo que pretendo hacer en la presente, es exponer y demostrar las razones y las circunstancias por las que los acuerdos horizontales deberían ser tolerados por el Derecho de la Competencia.

<sup>50</sup> William A. Mc Eachern. Economía. *Una Introducción Contemporánea*. Sexta Edición. Thomson Learning. Mexico DF, año 2003. p. 228

puede coludir sobre los precios de determinado bien, sin que se coluda sobre la cantidad de producción o sobre la geografía en cuanto a su distribución.

William. A Mceachern, hablando sobre las empresas que coluden, de manera general menciona que “en comparación con las compañías que compiten, suelen producir menos, cobrar precios más elevados y bloquear la entrada a nuevas empresas”<sup>51</sup>, y si se tiene en cuenta que “Un cartel es un grupo de empresas que acuerdan coludirse y poder actuar así como un monopolio y obtener ganancias monopolísticas.”<sup>52</sup>, es clara la importancia del análisis del acuerdo colusorio.

Profundizando en la definición de *colusión* acudiendo al concepto de Germán Coloma:

Situación en la cual una serie de empresas acuerdan no competir entre ellas con el objetivo de incrementar los beneficios conjuntos de todo el grupo. Dicho incremento puede lograrse a través de diferentes instrumentos (acuerdo de precios, acuerdo de cantidades, repartos de mercados), pero tiene la característica común de que trae aparejado un aumento de precios y una reducción en los volúmenes comerciados respecto de los que regirán en una situación en la cual las empresas competirán entre sí.<sup>53</sup>

El acuerdo colusorio también se toma desde la perspectiva de un “pacto ilícito en daño de tercero”<sup>54</sup> que, visto desde la óptica del Derecho de la Competencia, encuadra con el perjuicio que éste tipo de acuerdos ocasionan al interior de un mercado y que tienen la posibilidad de variar en función a la respuesta de las diferentes conductas que adoptan los operadores económicos participantes de un mercado relevante.

Entonces, se considera a los acuerdos colusorios como aquellos que se producen con la finalidad de evitar la competencia o inducirla a niveles excesivamente bajos<sup>55</sup> afectando a la eficiencia del mercado debido a que el alza de precios obliga a una reducción drástica del excedente del consumidor; además, las empresas dejan de lado la

---

<sup>51</sup> *Id.*, p. 228.

<sup>52</sup> *Id.*, p. 228.

<sup>53</sup> Germán Coloma. *Defensa de la Competencia. Análisis Económico comparado. Óp.cit.*, p. 79.

<sup>54</sup> Significado tomado del Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua

<sup>55</sup> La competencia se puede reducir o extinguir en algunas áreas, pero así mismo se puede mantener en otras, un ejemplo de esto es el no competir en precios y mantener la competencia en cuanto a la calidad del bien o servicio en particular

competencia por la calidad de los bienes y servicios ofrecidos en el mercado, y a la inversión, ya que, en teoría, su nicho se encuentra seguro mediante el respaldo del acuerdo.

Dentro de la categoría de los acuerdos atentatorios contra el mercado, existen varios tipos diferenciados por la doctrina en base a la consecuencia que estos pueden producir; así, se generaría otra clasificación mediante la cual se visualicen las posibles prácticas capaces de atentar contra la competencia dentro del ámbito de los acuerdos; además, se pueden comprender las razones por las que la ésta se vería afectada.

#### 2.4.1 Acuerdos Horizontales con efectos Explotativos

Partiendo del concepto de los acuerdos horizontales a manera de una conducta colusoria atentatoria contra la competencia, existe una subcategoría encargada de diferenciarlos en función de su efecto dentro del mercado, de manera que se comprendan las razones por las que la competencia se afectaría por cada uno de los acuerdos.

En los acuerdos explotativos, dos o más operadores de un mercado se unen entre sí para alcanzar conjuntamente una situación que les permita establecerse como líderes en el mercado o encontrarse facultados para tomar el control sobre el comportamiento del mismo; de tal manera que se llega, a lo que en el Derecho de Competencia se conoce como posición dominante<sup>56</sup>, ya que alcanzan el suficiente poder de mercado<sup>57</sup> para influir en el precio o cantidad de determinados bienes y servicios independientemente del comportamiento de los demás operadores en ese mercado. Estos elementos aplicados fuera del contexto en el cual se desempeñaría normalmente la oferta y la demanda de determinado bien o servicio, se traducen en un abuso de la posición de dominio alcanzada

---

<sup>56</sup> “Dícese de la empresa que en su sector o rama de la actividad económica a la que pertenece ejerce un poder de monopolio o está en condiciones de hacerlo. Empresa que abastece una parte significativamente importante de la demanda del mercado en que opera.”

<sup>56</sup> La Gran Enciclopedia de Economía. *Posición dominante*. Disponible en: <http://www.economia48.com/spa/d/posicion-dominante/posicion-dominante.htm>. Consultado: 2/agosto/2012.

<sup>57</sup> Al poder de mercado se lo define como: “Aptitud de una empresa, o de un grupo de empresas, de subir y mantener los precios de sus productos por encima del nivel de competencia. El ejercicio de un *poder de mercado*, también llamado *poder de monopolio*, tendría por efecto una disminución de la producción o una pérdida neta de bienestar, pero su medición resulta sumamente difícil.”, disponible en: Julio Pascual y Vicente. *Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia, En España y Europa*. Civitas. Madrid, año 2002.

mediante el acuerdo, pues su comportamiento no es natural y da como resultado una eminente distorsión.

En síntesis, los acuerdos explotativos consisten en la unión de varios operadores económicos que buscan alcanzar una ventaja de la posición resultante del acuerdo, mediante el cual se alcanza el poder de mercado suficiente para controlar o influir en el mismo, perjudicando al resto de competidores existentes al adoptar una posición conjunta, tal y como se explica a continuación:

El poder de mercado es susceptible de presentar grados de acuerdo con la mayor o menor capacidad que tengan los oferentes o demandantes de controlar los precios. Es una cualidad que puede ser poseída al mismo tiempo por varios agentes que actúan de manera independiente, lo que no sucede con la posición dominante en la que sólo puede ser ostentada en un mercado por una única persona o por un grupo de personas que actúan concertadamente (cartel).<sup>58</sup>

#### 2.4.2 Acuerdos horizontales con efectos exclusorios

Germán Coloma conceptualiza las prácticas colusorias como “conductas que implican intentos de excluir competidores para lograr un incremento o una mayor posibilidad de ejercer el poder de mercado”<sup>59</sup>. Los acuerdos exclusorios tienen la finalidad de apartar de un mercado relevante a un tercero, por lo que siempre van acompañados del propósito de evitar que las condiciones de un mercado se tornen competitivas, o se reduzca la competencia dificultando o impidiendo el desempeño de los operadores que no participan en el acuerdo.

Por consiguiente, se dilucida que, para el Derecho de la Competencia, los acuerdos exclusorios consisten en situaciones donde dos o más operadores económicos pacten con el propósito de adoptar determinadas conductas para marginar a otro u otros intervinientes ya existentes en el mercado, o posibles agentes que amenacen a los intereses de los

---

<sup>58</sup> “Abuso explotativo de posición dominante”. Consultado 1/agosto/2012. Disponible en: <http://abusoposiciondominante.blogspot.com/>

<sup>59</sup> Germán Coloma. *Defensa de la Competencia. Análisis Económico comparado*. Óp.cit., p. 133.

operadores económicos miembros del acuerdo, o que pongan en peligro el status quo considerado como normal en el momento de lo convenido.<sup>60</sup>

## 2.5 Tipos de acuerdos

Una vez expuesta la clasificación general de los acuerdos como conductas típicas que podrían falsear a la competencia, hay que entender que en la práctica existe una cantidad considerable de posibilidades en las que los diferentes acuerdos se podrían manifestar; por ejemplo, se pueden encontrar los acuerdos de fijación de precios, de compra exclusiva, de fijación de cuotas de producción, de cooperación, de repartición de mercado, de distribución exclusiva, de distribución selectiva, de especialización, de franquicia, entre otros, que no necesariamente son ilícitas o atentatorias contra el bien jurídico tutelado por la normativa y, por ende, son permitidos por el Derecho de la Competencia, a pesar de que los mismos se encuentren tipificados en la Ley.

La condición para que estos acuerdos sean sancionados, radica en que cumplan con los requisitos necesarios para considerar que ocasiona daño al mercado, es decir, que afecte o pueda afectar al el bien jurídico tutelado. Un ejemplo de un acuerdo considerado contrario a la competencia respondiendo a la condición antes mencionada, puede ser un convenio de distribución exclusiva, que en sí mismo no es perjudicial debido a que en principio el mercado no se ve abiertamente afectado a menos que coexistan elementos como una posición dominante dentro de ese mercado en particular, se excluya a posibles distribuidores del bien o servicio determinado, entre otros elementos valorativos establecidos por la legislación, por la jurisprudencia y por la doctrina.

Teniendo en cuenta la posibilidad de que en la práctica se presenten diversos acuerdos inherentes al Derecho de Competencia, para objeto de esta Tesis, es preciso revisar los tipos de acuerdos enunciados en la Ley Ecuatoriana porque en ella coexiste una variedad de posibilidades que procuran abarcar la temática de las conductas anticompetitivas que parten de un acuerdo.

---

<sup>60</sup>“Los dos tipos principales de prácticas exclusorias tienen que ver con la obstaculización del acceso al mercado de competidores potenciales y con la depredación de competidores existentes”.

*Id.*, p.133.

En el caso de Ecuador, para revisar con detenimiento los acuerdos atentatorios a la competencia enunciados en la legislación, recordemos que la misma contempla a las conductas ilícitas en cinco grandes grupos<sup>61</sup>, de los cuales, en el Artículo 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado que contiene una cantidad significativa de conductas atentatorias a la competencia desde el punto de vista de los acuerdos entre agentes económicos, que podrían provenir o no de operadores de mercado cartelizados<sup>62</sup>. Concretamente, el artículo declara que están prohibidos y que serán sancionados:

todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, toda práctica concertada o conscientemente paralela<sup>63</sup> y todos los actos o conductas realizados por dos o más operadores económicos de cualquier forma manifestados o relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios cuyo “objeto o efecto” sea o pueda ser<sup>64</sup> impedir, restringir, falsear, distorsionar la competencia, o simplemente que afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general.<sup>65</sup>

Cabe mencionar que las conductas descritas en la Ley ecuatoriana, enunciadas a continuación, se establecen de manera ejemplificativa<sup>66</sup>:

---

<sup>61</sup>El Ecuador recoge, en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, una serie de conductas atentatorias a la competencia, adaptadas, modificadas y subdivididas de acuerdo a los parámetros e intereses acordados en la normativa; estas conductas adoptadas en la Ley responden a una división encasillada en cinco grupos principales, los cuales son:

1) Abuso de Poder de Mercado, dentro de las que se plantean de manera ejemplificativa 23 conductas, así como otras cuatro conductas en ámbito de dependencia económica.

2) Acuerdos y prácticas prohibidas, dentro de las que se enmarcan 11 conductas de carácter ilícito,

3) Operaciones de concentración económica, de las que se desprenden otras cinco conductas atentatorias contra la competencia.

4) Prácticas desleales, que de igual manera se subdividen en cinco conductas detalladas que incluso se subdividen en otras conductas inmersas.

5) La acción del Estado y ayudas públicas, donde no se especifican las conductas ilícitas en sí, pero se dan los parámetros bajo las que estas podrían ser admitidas.

Todas estas conductas se encuentran repartidas en los artículos 9, 11, 14, 27 y 28 de la Ley y se encuentran enunciados uno por uno respectivamente en uno de los cinco grandes grupos antes mencionados, presentando de manera ejemplificativa a las conductas anticompetitivas en detalle.

<sup>62</sup> No todo acuerdo entre operadores económicos que atente a la competencia es catalogado como un cartel.

<sup>63</sup> Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Art 11

<sup>64</sup> Se trata de una cláusula general, misma que no exceden los principios del Derecho planteados en el capítulo 1.

<sup>65</sup> LORCPM. Art 11

<sup>66</sup> Las conductas planteadas en la normativa no son taxativas.

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

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

20. Aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica.

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

Una vez que se conoce los acuerdos atentatorios contra la competencia comprendidos en el Artículo 11 de la LORCPM, es preciso referirse al cartel específicamente, el cual se encuentra inmerso dentro de la figura del acuerdo, y así mismo se encuentra comprendido en algunas de las conductas enunciadas por el ya mencionado artículo, así como por la cláusula general prohibitiva.

## 2.6 El Cartel

Hasta este momento se han analizado los acuerdos desde el punto de vista del Derecho de la Competencia; se ha exhibido una clasificación necesaria para su mejor entendimiento; se han expuesto los diferentes tipos de acuerdos atentatorios contra la competencia que se podrían dar en el mercado tomando en cuenta los enunciados establecidos en el Artículo 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, entre otros elementos que han permitido un acercamiento al concepto, y análisis de los carteles como una conducta tradicionalmente tipificada y perseguida<sup>67</sup> por el Derecho de la Competencia; para lo cual es necesario comprender que todo cartel proviene de un acuerdo, mas no todo acuerdo es un cartel; es decir, para efectos de esta materia se entiende al acuerdo como el género y al cartel como especie.

---

<sup>67</sup> La expresión perseguida, viene dada bajo los criterios regularmente utilizados en el caso de presentarse un cartel, sobre este tema Diego Petrecolla argumenta que “en la mayoría de los países es la ofensa más seria y en muchos es considerado un crimen de naturaleza penal”.

*Programa de Apoyo a la Defensa de la Competencia y del Consumidor. Seminario Defensa de la Competencia.* Ministerio de Economía y Finanzas. Doctor en Economía Diego Petrecolla. Consultado: 2/agosto/2012. Disponible en: <http://www.consumidor.gub.uy/informacion/index.php?Id=294&ShowPDF=1>

### 2.6.1 Definición

El término *cartel*, desde la perspectiva de la competencia<sup>68</sup>, nace en Alemania<sup>69</sup> para referirse a la situación en la que varios operadores económicos adoptan determinadas conductas conjuntas que influyen de una u otra manera en el mercado, causando que el mismo se comporte de una manera diferente a la natural; esta definición es muy cercana a la dada por Pinkas Flint que lo define como: “un grupo de competidores los cuales llegan a un acuerdo para limitar la competencia entre ellos mismos, con el fin de actuar como si fueran un monopolio”<sup>70</sup>.

Coloma, por su parte expresa:

A diferencia de los acuerdos que implican algún tipo de integración horizontal, la colusión lisa y llana (también denominada “cartelización”) no tiene en un principio ningún tipo de ventaja de eficiencia productiva que pueda relacionarse con un mejor aprovechamiento de los recursos o con el ahorro de costos.<sup>71</sup>

Es decir, el sólo hecho de la existencia de colusión generada entre dos o más operadores económicos dentro de un mercado relevante, es suficiente para que se produzca una cartelización y vendría a ser la acción mediante la cual surge un cartel<sup>72</sup> que, por su naturaleza, este tipo de acuerdo no busca que sus integrantes maximicen sus recursos productivos<sup>73</sup> y generen ahorro sobre los costos que respondan a dicha

---

<sup>68</sup> El término cartel en el idioma español tiene varios usos que puede entenderse desde un escrito, una red, hasta una organización ilícita de tráfico de drogas, pero el término relevante en este caso es el que se concibe desde el punto de vista económico a manera de “convenio entre varias empresas similares para evitar la mutua competencia y regular la producción, venta y precios en determinado campo industrial.” Definición tomada del Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua.

<sup>69</sup> “Con su nacimiento en Alemania a finales del siglo XIX, el término cartel deriva del alemán Kartell. Que encierra al concepto que denomina a un acuerdo formal entre empresas que se encuentran en un mismo sector, con el objetivo de eliminar la competencia en el mismo sector.” Tomado de La Información. Com. Conceptos de Finanzas, Archivos de la Categoría conceptos de Finanzas. Consultado: 17/sep./2012. Disponible en: <http://www.finanzas.com/category/economia/conceptos-de-finanzas>

<sup>70</sup> Pinkas Flint. *Estudio Exegético del D.L. 701. Legislación, Doctrina y Jurisprudencia Regulatoria de la Libre Competencia. Óp. cit.*, p. 200.

<sup>71</sup> Germán Coloma. *Defensa de la Competencia. Análisis Económico comparado. Óp.cit.*, p. 80.

<sup>72</sup> “Una colusión es un acuerdo entre empresas de una industria para dividirse el mercado y fijar el precio. Un cartel es un grupo de empresas que acuerdan coludirse y poder ganar así como un monopolio y obtener ganancias monopolísticas”. William A. Mc Eachern. *Economía. Una Introducción Contemporánea*. Sexta Edición. Thomson Learning. Mexico DF, año 2003. p. 228.

<sup>73</sup> Lo que si se busca mediante la presente es maximizar los beneficios que se podrían obtener a partir de la cartelización.

maximización, sino que busca un incremento de ingresos y/o ahorro de gastos al no competir .

Otra definición que se le da al cartel, viene dada desde el punto de vista de la Economía que lo plantea como “la forma de acuerdo entre firmas en un mercado oligopolístico, donde las mismas se ponen de acuerdo en comportamientos relevantes a las variables como el precio y la producción”.<sup>74</sup> Bajo esta perspectiva también se menciona que el resultado es la disminución de la competencia, dando prioridad a objetivos propios de los miembros del cartel como la maximización del beneficio común y el evitar que otros operadores económicos ingresen al mercado, lo que corrobora con la teoría de que los carteles no buscan el beneficio del mercado sino su propia satisfacción.

Siguiendo la misma línea, Daniel Amin Ferraz en su obra: *La Concentración Empresarial en el Comercio Internacional*, define al cartel como “un acuerdo celebrado entre empresas que actúan en un mismo mercado relevante (geográfico o material), que buscan la neutralización de la competencia existente entre sus partícipes y maximizar los beneficios conjuntos.”<sup>75</sup> La presente definición es muy cercana a las anteriores, sólo que en este caso se introduce la importancia de la verificación y determinación de un mercado relevante ya sea geográfico o material.

Por lo mencionado hasta el momento, en general se define al cartel como un acuerdo de empresas que pactan sobre determinadas conductas, maximizando el beneficio de los operadores miembros, actuando en consecuencia de sus propios intereses, lo cual puede dejar de lado la eficiencia del mercado y producir la afectación a uno o varios bienes jurídicos protegidos por la materia del Derecho de la Competencia.<sup>76</sup>

---

<sup>74</sup> “Formal agreement between firms in an oligopolistic market to co-operate with regard to agreed procedures on such variables as price and output. The result is diminished competition and co-operation over objectives as, for example, joint profit MAXIMIZATION or avoidance of new entry. In general side-payments must be made between cartel members in order to induce adherence to these objectives.”

David. W. Pearce. *The Mit Dictionary of Modern Economics*. Fourth Edition. The Mavmillan Press, Great Britain, año 1992. p. 56

<sup>75</sup> Daniel Amin Ferraz. *La Concentración Empresarial en el Comercio Internacional*. Óp.cit., p. 76

<sup>76</sup> El bien jurídico protegido puede variar según la legislación.

Es importante entender que el cartel, a pesar de requerir a dos o más operadores económicos para su existencia, ni se encuentra dentro del régimen de las concentraciones, ni se lo trata como a una; el cartel se diferencia de ellas, principalmente, por el hecho de que los operadores económicos en ningún momento presentan una misma administración, ni forman parte de una misma estructura societaria, ni constituyen otra figura jurídica temporal o parcial para un negocio en particular<sup>77</sup>; por lo que tampoco se lo podría confundir con el Join Venture sino que, por el contrario, los operadores económicos participantes en un cartel mantienen en todo momento independencia administrativa y financiera. Ferraz, tratando sobre la temática de los carteles, sostiene: “en tal negocio jurídico, los empresarios agrupados mantienen su independencia jurídica y económica y pretenden eliminar o disminuir la competencia en un determinado sector, constituyendo un oligopolio”<sup>78</sup>. La independencia estructural y societaria de los participantes de un cartel, necesariamente, se deben de mantener porque de lo contrario se estaría hablando de una concentración.

#### 2.6.2 Razones que incentivan a la existencia de un cartel

Tres de las razones básicas tratadas brevemente desde la óptica del Derecho de la Competencia que, generalmente, motivan o podrían motivar a los operadores de mercado a cartelizarse son:

##### 2.6.2.1 El cartel permite obtener utilidades de monopolio

En muchos casos, la motivación que los operadores económicos participantes de un mercado tienen para constituir un cartel, se fundamenta en la maximización de sus ganancias sin recurrir a la inversión de la economía de escala, ni a un esfuerzo por ampliar mercado o seducir al consumidor, llegando a circunstancias donde las ganancias se asemejan a situaciones de monopolio. Para explicar mejor este punto, Guillermo Barón, Máster en Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia, menciona: “el cartel permite obtener utilidades de monopolio, pues a través de él se puede reducir la

---

<sup>77</sup> En este tema, existen ocasiones en las que los carteles cuentan con un sistema de organización paralelo, o lo controlan desde una asociación o entidad gremial, pero no por ese motivo dejan de ser carteles

<sup>78</sup> Daniel Amin Ferraz. *La Concentración Empresarial en el Comercio Internacional*. Óp.cit., p. 76

producción y elevar el precio.”<sup>79</sup>, esto explica el razonar de los integrantes de un cartel en este sentido.

#### 2.6.2.2 El cartel facilita la permanencia del operador económico cartelizado en el mercado.

El cartel interferiría en el correcto desempeño de la competencia entre los operadores económicos involucrados en un mercado relevante, pues el comportamiento del mismo no respondería del todo a la naturaleza del mercado, sino que se vería influenciado por las conductas establecidas en dicho acuerdo. Esto explica que “el acuerdo neutraliza a la oferta y la demanda como formadores de precios y este se consigue por la concertación lo que garantiza la estabilidad en los precios”<sup>80</sup>. Este factor proporciona a los participantes del cartel la seguridad para la planificación de las inversiones a futuro, ya que dichos operadores tienen una idea muy cercana de cómo se va a comportar el mercado en el caso de que los participantes actúen en función de los lineamientos expuestos por el cartel. Todo esto resulta en la creación de un ambiente que facilita la permanencia de los operadores económicos en el mercado relevante.<sup>81</sup>

#### 2.6.2.3 El cartel reduce las amenazas de alteraciones en el mercado

Mediante el cartel se determinarían ciertas conductas dentro del mercado para que el ingreso de un posible competidor se dificulte considerablemente y las posiciones de los diferentes operadores, pues compiten porque ese mercado se mantenga igual o similar a las del momento en el cual entró en vigencia el acuerdo, entonces se generarían barreras de entrada que dependen mucho del mercado relevante particular y las características propias de éste.

A pesar de las razones mencionadas por las que los diferentes operadores económicos constituirían un cartel, existen muchas otras posibles razones específicas que

---

<sup>79</sup> Guillermo Andrés Barón Barrera. *El Derecho de la Competencia en los Grupos Empresariales*. Grupo Editorial Ibañez. Bogotá. p. 77

<sup>80</sup> *Id.*, p. 77.

<sup>81</sup> Se conoce de antemano el proceder de los demás operadores económicos inmersos, así como el posible comportamiento del mercado desde el punto de vista macro.

dependerán de los diferentes mercados, operadores y demás factores inherentes a cada situación en particular.

### 2.6.3 Características y condiciones para la existencia de un cartel

Desde una perspectiva enfocada en el ámbito económico, la característica principal que hace que un cartel llame la atención de las autoridades de competencia es la de un mercado altamente concentrado, es decir que “un reducido número de empresas representa una elevada proporción de la actividad económica”<sup>82</sup> donde los índices de HHI utilizados para medir la concentración del mercado superen los 1800 puntos.<sup>83</sup>

Aparte de esta característica, existen condiciones que facilitan a la existencia de un cartel, las cuales no necesariamente deben coexistir todas en un mismo caso; es menester tenerlas en cuenta porque si ninguna de éstas se presentan en la conducta analizada, lo más probable es que se trate de cualquier otra figura jurídica determinada por el Derecho de Competencia o simplemente se trataría de simples acuerdos que fueron expuestos anteriormente sin efecto anticompetitivo.<sup>84</sup>

Las condiciones básicas que se pueden dar dentro del mercado para que se dé un cartel perfecto son las siguientes:<sup>85</sup>

#### 2.6.3.1 Coexistencia de pocas firmas

Para que se facilite la existencia de un cartel, se requiere la presencia de pocas firmas<sup>86</sup> porque al enfocarse en el rasgo horizontal de la cadena de producción, se

---

<sup>82</sup> Julio Pascual y Vicente. *Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia, en España y Europa*. Civitas. Madrid, año 2002. p. 154

<sup>83</sup> Este índice comúnmente aplicado para los análisis por parte de las Autoridades de Competencia para medir la concentración del mercado se obtiene mediante la sumatoria del cuadrado la participación de los operadores económicos en el mercado

<sup>84</sup> En caso de que no se trate de un cartel o de una conducta ilícita, tampoco se puede dejar de lado a la visión ortodoxa de la Economía.

<sup>85</sup> Sobre las condiciones para la existencia de un cartel, vid. Pinkas. Flint. *Estudio Exegético del D.L. 701, Legislación, Doctrina y Jurisprudencia Regulatoria de la Libre Competencia*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial 2002. Lima, 2002

<sup>86</sup> La expresión “firmas” viene dada en este caso por empresas u operadores económicos. Cabe recalcar que la expresión *pocas firmas* es relativa ya pocos podrían resultar: tres, cuatro, o cinco competidores, como la de un número de participantes como el caso del cartel de pollos en Perú.

visualiza a un acuerdo entre competidores que se benefician de circunstancias específicas de un mercado mediante la adopción de determinadas conductas. Ahora bien, es más complicado que se dé un acuerdo entre muchas partes en temas comerciales<sup>87</sup>; esto visto desde la óptica social donde con el paso del tiempo se ha demostrado que mientras más personas están involucradas, más voluntades hay de por medio y es más difícil llegar a un entendimiento<sup>88</sup>, así como es complejo sacar provecho de algo cuando más personas pretenden lo mismo, entonces se puede hablar tanto de personas naturales como de personas jurídicas.<sup>89</sup>

### 2.6.3.2 Creación de barreras de entrada

Los participantes de un cartel sacarían provecho de un mercado en particular, que mientras menos participantes, más provecho se obtiene del mismo; es inevitable pensar que éstos no quieran que otros competidores entren en el mercado, por lo que intentarán mantener el status quo vigente hasta ese momento, ya que los operadores económicos cartelizados no renunciaran fácilmente a dichos beneficios alcanzados mediante el cartel.

Entonces, la pregunta sería: ¿Cómo hacer para que se mantenga el status quo? Evidentemente, la respuesta es imponiendo o promoviendo la creación de barreras de entrada para que otros competidores no entren en el mercado, o sean disuadidos en el momento de considerar el ingreso a ese sector del mercado en particular<sup>90</sup>, como en la siguiente afirmación: “No es suficiente para asegurar el éxito de un cartel el tener la capacidad de limitar que sus miembros lo incumplan. El cartel también debe ser capaz de limitar el ingreso de nuevas empresas”<sup>91</sup>.

---

<sup>87</sup> Nuevamente hay que referirse al cartel de pollos en Perú para explicar que simplemente se trata de ejemplos que pueden ser exencionados de acuerdo al mercado relevante.

<sup>88</sup> Máxima de la ciencia de la psicología.

<sup>89</sup> Que exista dificultad, no quiere decir que sea posible, es más en la práctica si han existido carteles que cumplan esas características como el caso que se está haciendo referencia supra.

<sup>90</sup> Barrera de entrada.

<sup>91</sup> Michael L. Katz. Harvey S. Rosen, *Microeconomía*. Addison-Wesley Iberoamérica. Wilmington, delaware. E.U.A, año 1994. p. 499

### 2.6.3.3 Productos homogéneos sin sustitutos cercanos

Otra condición importante es que los bienes o servicios del acuerdo, deberían carecer de sustitutos cercanos; porque si éstos existiesen, el cartel no sería capaz de controlar o influenciar en el mercado relevante, pues los consumidores podrían acudir a otro bien dejando de adquirir el anterior y el cartel perdería su razón de ser.<sup>92</sup>

### 2.6.3.4 Insensibilidad del consumidor con respecto al precio

Uno de los objetivos de un cartel es mantener un status quo determinado, es decir, a pesar de las políticas adoptadas por los operadores económicos cartelizados, no existan variaciones desde el sector de la demanda para que aún cuando el precio del bien o servicio ofrecido suba, el mismo no deje de ser adquirido, por lo que se requiere de un mercado lo suficientemente inelástico para que el consumidor no opte por otro bien o servicio diferente a los ofrecidos por los miembros del cartel; esto implica que el producto con el cual se tranza, carezca de sustitutos cercanos para influenciar en el comportamiento de la demanda.

Entonces, “cuando existen sustitutos cercanos, la subida de un precio lleva al consumidor a comprar una cantidad menor del bien y una mayor del sustitutivo. En ese caso la demanda es elástica con respecto al precio”<sup>93</sup>; lo que se pretende es obtener mayor ganancia mediante la misma cantidad de producto, o inclusive mediante una cantidad menor a la inicial.

En otras palabras, se busca por medio de un cartel que el precio no influya en la demanda del bien o servicio, dando como resultado que los miembros del cartel puedan

---

<sup>92</sup>En este caso se hace referencia a una demanda inelástica que consiste en “demanda que se caracteriza porque la variación en el precio de un bien determinado apenas afecta a la variación de la cantidad demandada de ese bien, de forma que queda manifiesta la rigidez de su demanda. En ocasiones esta relación es incluso inexistente, y entonces se habla de total rigidez de la demanda.”

La Gran Enciclopedia de Economía. *Boicot Económico*. Disponible en:<http://www.economia48.com/spa/d/demanda-inelastica/demanda-inelastica.htm>. Consultado: 2/agosto/2012

<sup>93</sup> Robert S Pindyck y Daniel I. Rubinfeld. *Microeconomía*. Tercera edición. Prentice hall INC. p.32

manipular sobre este último y generar mayor rentabilidad sin responder a los parámetros de la eficiencia.<sup>94</sup>

## 2.7 Tipo de Cartel según su publicidad

Según Coloma, el cartel, entre otras clasificaciones que se le puede otorgar y que son frecuentemente utilizadas en la práctica, es “la que separa los casos de ‘colusión abierta’ (overtcollusion) de aquellos de ‘colusión encubierta’ (covertcollusion)”<sup>95</sup>, también conocida por la doctrina europea como acuerdos o carteles tácitos o explícitos, algunos son determinados por la adopción de conductas paralelas entre un operador económico y otro.

### 2.7.1 Carteles Explícitos o Abiertos

Los carteles explícitos o abiertos son aquellos que se forjan a través de un acuerdo, es decir, requieren de un consentimiento expreso ya sea verbal o escrito que delimite las conductas y demás temáticas de interés para los operadores económicos involucrados en el mismo; estos carteles son relativamente posibles de comprobar por los indicios de comunicación o modus operandi existente entre las partes involucradas; además, las partes son conscientes de la existencia del acuerdo y de que se lo ha llevado a cabo.

### 2.7.2 Carteles Tácitos o Encubiertos

Para Enrique Cañizares y Daniel Domínguez, en su escrito respecto a la perspectiva económica de la colusión, estos carteles no son fruto de un acuerdo “sino del mutuo entendimiento entre competidores que puede llegar a surgir con la interacción repetida en los mercados”<sup>96</sup>, es decir, se tratarían de operadores económicos dentro de un mismo mercado que siguen un patrón de comportamiento marcado, tomando todas las medidas

---

<sup>94</sup> Hay que tener en cuenta que en teoría el consumidor final no debe de percibir siquiera que existe un acuerdo entre los competidores, esto para no levantar sospecha y evitar tanto las sanciones de la autoridad, así como también las posibles sanciones de los consumidores ya que ellos son sus clientes y podrían tomar represalias morales en contra de sus productos dejando de comprarlos o exigiendo sanciones por parte de la autoridad. En este punto, una de las cosas que más deben temer los agentes económicos miembros del cartel es que se rompan las barreras para posibles competidores pretendientes de ese mercado en particular.

<sup>95</sup> Germán Coloma. *Defensa de la Competencia. Análisis Económico comparado. Óp.cit.*, p. 87.

<sup>96</sup> Santiago Martínez Lage y Amadeo Petitbó Juan. *Los Acuerdos Horizontales entre Empresas*. Colección Derecho. Fundación Rafael del Pino. Ediciones Jurídicas y Sociales SA. Madrid, año 2009. p. 23

posibles para evitar o restringir al mínimo, por así decirlo, la competencia entre los mismos; de igual manera, los autores antes mencionados señalan que se podría tratar de “acuerdos explícitos que no han sido denunciados bajo los programas de clemencia y sobre los que no existe evidencia concluyente”<sup>97</sup>

A esta clasificación también se la conoce como *paralelismo* o *práctica conscientemente paralela*; en muchas ocasiones el acuerdo efectuado entre operadores económicos en un mercado relevante no existe de una manera formal, pero las conductas conllevadas evidencian un comportamiento predeterminado que implicaría una suerte de cartelización. Mauricio Velandia afirma que este fenómeno se produce en el momento en que “las empresas igualan su comportamiento en una variable de competencia”<sup>98</sup>

## 2.8 Tipo de cartel según sus efectos

Los acuerdos enunciados en la Ley y expuestos anteriormente consistirían en carteles<sup>99</sup>, por lo que es imprescindible mencionar que de éstos existen varios tipos nominados por el Derecho de Competencia en base a las distintas legislaciones y acontecimientos históricos que se han producido a lo largo de la historia en esta materia.

Los carteles al ser conductas típicas que consisten en acuerdos entre competidores, se presentarían a manera de conductas paralelas y determinantes dentro de un mercado relevante; pueden tener diferentes propósitos, dependiendo del acuerdo al que hayan llegado sus miembros que pueden ser, por ejemplo, acordar precios, especializarse en un bien o servicio en particular, dividirse el mercado, entre otros objetivos específicos según cada circunstancia tal y como se puede observar en la siguiente afirmación:

Algunos de los tipos de acuerdos son: en la cantidad, la cantidad para producir, en el precio a cargar, en una fórmula estándar con la cual se computarán los precios, para mantener una tasa fija entre los precios de productos competidores pero no idénticos; para eliminar descuentos en precios o establecer descuentos uniformes a los clientes, para no reducir los precios sin una notificación a los otros miembros del cartel; para comprar el exceso de productos ofrecidos a bajos

---

<sup>97</sup> *Id.*, p. 23.

<sup>98</sup> Mauricio Velandia. *Derecho de la Competencia y del Consumo. Competencia desleal, abuso de la posición de dominio; carteles restrictivos; actos restrictivos; integraciones económicas y protección al consumidor*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, año 2011. p 117

<sup>99</sup> Acuerdos tipificados en la L.O.R.C.P.M.

precios; para designar un solo agente de ventas para manejar todas las ventas de los miembros del cartel; una distribución de todos los clientes entre los miembros del cartel; una distribución de los territorios entre los miembros del cartel.<sup>100</sup>

Tomando en cuenta esta variedad de posibilidades expuestas por Guillermo Barón Barrera que se pueden dar en la práctica, a continuación se expondrá una serie de tipos de carteles que se puede definir dentro del mercado; cabe mencionar que un sólo cartel puede tener algunas de las características que se mencionarán a continuación, ya que en esta materia todo depende del mercado relevante, de sus condiciones y de la creatividad y necesidades de sus integrantes:

### 2.8.1 Cartel de precios

Pascual y Vicente define a este tipo de cartel como un “acuerdo entre empresas, restrictivo de la competencia, por el que se fijan ciertos precios, niveles de precios o métodos para determinar precios.”<sup>101</sup> Esta definición abarca toda una gama de posibilidades en las cuales se influenciaría sobre los precios de un bien o servicio específico.

Existe una razón para evitar este tipo de carteles si los precios son fijados exclusivamente para el absoluto beneficio de los competidores y en perjuicio a los productores de la materia prima o al consumidor final <sup>102</sup>, ya que se extrae injustificadamente el excedente del consumidor y se deja de lado a la eficiencia económica sin un elemento auxiliar enfocado a un beneficio mayor.

En Estados Unidos en el año 1897, mediante la Sherman Act, por primera vez en la historia del Derecho Anti-Trust, se sanciona a un cartel de precios en el caso EEUU vs.

---

<sup>100</sup> Guillermo Andrés Barón Barrera. *El Derecho de la Competencia en los Grupos Empresariales*. Óp cit., p. 78

<sup>101</sup> Julio Pascual y Vicente. *Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia, en España y Europa*. Óp. cit., p. 130.

<sup>102</sup> En la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en el Artículo 9, numeral 2, trata sobre “aumentar sus márgenes de ganancia mediante la extracción injustificada del excedente del consumidor.”

Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Art. 9. Numeral 2

Trans-Missouri Freight Association<sup>103</sup>; cartel mediante el cual un grupo de ferrocarriles se pusieron de acuerdo en los precios de sus servicios.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en la sentencia del 14 de julio de 1972 sobre el caso de los colorantes, establece que la función de la competencia es el de mantener los precios lo más bajo posible<sup>104</sup>; por lo que no es difícil comprender la razón por la cual un cartel que fije los precios y ponga en peligro este precepto sea considerado perjudicial para el mercado.

### 2.8.2 Cartel de cuotas

El cartel de cuotas se produce en el momento en que varios operadores económicos de un mercado relevante se dividen en porciones determinadas en las cuotas a ser ofertadas en dicho sector del mercado, esto se lo puede efectuar ya sea en cantidades del producto o proporciones de la demanda, como en la siguiente cita:

Se fijan cantidades determinadas de un bien o servicio, o proporciones de la demanda del mismo en el mercado, que cada una de las partes podrá o deberá satisfacer. En términos generales, puede decirse que los cárteles de este tipo constituyen conductas colusorias prohibidas.<sup>105</sup>

Un ejemplo que se puede aplicar para este tipo de cartel es una entidad denominada Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP)<sup>106</sup>; éste a la vez es un cartel internacional que funciona a manera de una organización sólida constituida por varios de los países productores y exportadores de dicho recurso y en la práctica fija una cuota de producción para cada uno de los países miembros, controlando el nivel de la oferta existente en el mercado y, por ende, tiene la capacidad de influir en los precios.

---

<sup>103</sup> U.S. Supreme Court EEUU vs. Trans-Missouri Freight Association

<sup>104</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Sentencia del 14 de julio de 1972, Asunto 54/69, SA française des matières colorantes (Francolor) c. Comisión, ECR 1972, p. 851

<sup>105</sup> Julio Pascual y Vicente. *Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia, en España y Europa. Óp. cit.*, p. 128.

<sup>106</sup> También conocida por sus siglas en inglés como OPEC. Disponible en: [http://www.opec.org/opec\\_web/en/](http://www.opec.org/opec_web/en/)

### 2.8.3 Cartel de reparto

En este cartel los diferentes agentes económicos acuerdan una distribución dentro de un mercado relevante repartiéndose las áreas geográficas delimitadas en los que se pueden desempeñar. A este cartel se lo puede definir de una manera más específica como un “acuerdo entre empresas, restrictivo de la competencia, por el que las partes se distribuyen mercados, territorios o zonas de mercado. Constituyen conductas colusorias prohibidas.”<sup>107</sup>

### 2.8.4 Cartel de especialización

El cartel de especialización nace a partir de un acuerdo entre operadores económicos inmersos en un mercado relevante; además, tiene la finalidad de determinar los bienes o servicios en los que se concentraran las actividades de cada uno de los participantes en dicho acuerdo. En otras palabras es:

Acuerdo entre empresas, restrictivo de la competencia, por el que los participantes deciden que cada uno de ellos no producirá o venderá más que ciertas mercancías, o no prestará más que ciertos servicios. Estos acuerdos constituyen normalmente conductas colusorias prohibidas.<sup>108</sup>

Mediante esta definición se puede comprender el por qué se lo denomina cartel de “especialización”; no obstante, este cartel es objeto de algunas exenciones, ya que según la normativa de algunos países pueden ayudar al desarrollo de sectores económicos y fortalecer el desarrollo equitativo de los diferentes operadores económicos participantes en un mercado. El reglamento número 1218, dado en la Unión Europea en el 2012, trata sobre este tema estableciendo lo siguiente:

El artículo 101, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) no se aplicará a los acuerdos de especialización \* (incluidos los acuerdos de producción en común), siempre que el acuerdo no contenga alguna restricción especialmente grave de competencia y la cuota combinada de mercado de las partes no supere el 20 %.<sup>109</sup>

---

<sup>107</sup> Julio Pascual y Vicente. *Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia, en España y Europa*. Óp. cit., p. 132.

<sup>108</sup> *Id.*, p. 129

<sup>109</sup> Síntesis de la Legislación de la U.E. *Exención de los acuerdos de especialización*. Reglamento (UE) No. 1218/2010 de la Comisión, 14 de diciembre de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de especialización. Consultado 20/9/2012, Disponible en: [http://europa.eu/legislation\\_summaries/competition/firms/cc0013\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/cc0013_es.htm)

### 2.8.5 Cartel internacional

Un cartel internacional, visto desde el punto de vista del Derecho de la Competencia, trata de un acuerdo entre operadores económicos pertenecientes a diferentes países que se desempeñan en un mercado relevante determinado; se sobreentiende que, para este caso, dicho mercado relevante no se debe limitar simplemente a operadores económicos pertenecientes a un área geográfica delimitada, sino que los operadores económicos que interactúan en dicho cartel pueden pertenecer y actuar en diferentes países y regiones.

Aquí se puede traer a colación la existencia de carteles internacionales que han sido objeto de sanciones por las autoridades de competencia a nivel mundial; por ejemplo, el cartel de vitaminas<sup>110</sup> donde estaban involucradas compañías como Hoffmann-La Roche, BASF y Rhone-Poulenc S.A. y varios de los más grandes productores de vitaminas del mundo quienes acordaron precios, cuotas de producción y división del mercado; fue suficiente para que, en Estados Unidos, la autoridad de competencia sancionara a la principal compañía involucrada con la suma de 500 millones de dólares; así como también la Comisión Europea imponiéndole una multa de 462 millones de euros.

También podemos tomar en cuenta el cartel dado en Chile entre las compañías Tecumseh Do Brasil, Whirlpool, Danfoss, ACC y Matsushita, donde la primera de las mencionadas,

durante la investigación de la FNE, confesó haber formado parte –por lo menos desde el año 2004– de un cartel internacional junto con Whirlpool, Danfoss, ACC y Matsushita cuyo objeto fue, como se indicó, incrementar ilícita y artificialmente el precio de los compresores herméticos para refrigeración.<sup>111</sup>

---

<sup>110</sup> Europa Press Releases Rapid. “La comisión impone multas a los carteles de vitaminas”. Ip/ 01/1625. Bruselas, 21 de noviembre de 2001. Consultado el 7 de nov. de 12. Disponible en: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-01-1625\\_es.htm?locale=en](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-01-1625_es.htm?locale=en)

<sup>111</sup> Emol. economía. tdlc exime a tecumseh de multa: whirlpool deberá pagar us\$ 10 millones por colusión. consultado el 20 de sep. de 12. disponible: <http://www.emol.com/noticias/economia/2012/06/15/545790/tdlc-exime-a-tecumseh-de-multa-whirlpool-debera-pagar-us-10-mm-por-colusion.html>

### 2.8.6 Cartel de normas

El cartel de normas es aquel por el cual se da un acuerdo donde se delimitan las características particulares de determinado bien o servicio en un mercado relevante, las que responden a normas técnicas determinadas, es decir:

Las partes convienen no fabricar más que mercancías que respondan a especificaciones o a normas técnicas determinadas. Si no fuera restrictivo de la competencia, (...). En determinadas condiciones, estos cárteles pueden estar exentos de prohibición por categorías o mediante autorización singular.<sup>112</sup>

La presente definición podría implicar que se imponga una determinada característica mediante una norma de calidad o de estandarización de un producto que, otros operadores existentes o no en el mercado, no sean capaces de igualar; por esta razón, se podría pensar en la creación de una barrera de entrada o que se reduzca el estándar a un nivel en el que se perjudique el consumidor final, debido a que pierde la posibilidad de encontrar bienes de mejor calidad porque, por medio del cartel, se determina que no se puede subir el estándar de calidad.

### 2.8.7 Cartel de crisis

El cartel de crisis implica una situación donde dos o más operadores económicos participantes de un mercado relevante, acuerdan comportamientos determinados en ciertas áreas específicas del negocio con la finalidad de superar un período de crisis; esto se evidencia en la siguiente definición dada por Julio Pascual y Vicente:

[...]acuerdo entre competidores de un sector de la actividad productiva, que puede afectar a precio, cantidades y otras condiciones, que frecuentemente se lleva a cabo promovido por las autoridades con vistas a facilitar la salida de la crisis de ramas de actividad de gran impacto público, fundamentalmente por su gran volumen de empleo o por estar concentrada geográficamente la producción en una región desfavorecida.<sup>113</sup>

Esta afirmación sustenta la idea sobre la tolerancia de este tipo de carteles en varios de los casos en los que estos se presentan, pues se trata de una situación donde el

---

<sup>112</sup>Julio Pascual y Vicente. *Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia, en España y Europa*. Óp. cit., p., 130.

<sup>113</sup> *Id.*, p. 127

cartelizarse llegaría a ser una necesidad<sup>114</sup> para la subsistencia de determinados operadores económicos, por lo que deberían ser analizados detenidamente<sup>115</sup>, ya que conllevan implicaciones que van más allá de la afectación o influencia de éstos sobre la competencia; es decir, responden a intereses diversos que serían superiores a los típicamente analizados en el caso de la existencia de un cartel conformado en circunstancias normales.

#### 2.8.8. Cartel defensivo

A pesar de que este tipo de cartel no se lo trata comúnmente en la doctrina, se lo puede determinar como “un acuerdo entre competidores, dentro o fuera de una asociación empresarial, que se estipula por los participantes para defenderse de abusos de posición dominante o de prácticas comerciales agresivas.”<sup>116</sup> De esto se infiere que, en muchos de los casos, los operadores económicos cartelizados no poseen un poder de mercado significativo, mucho menos poseen posición de dominio, y se podrían ver afectados por el comportamiento de uno o varios operadores que sí lo poseen.

Para un mejor entendimiento de este tipo de carteles, se plantea una situación dentro de un mercado relevante específico donde 3 operadores económicos A, B, y C, quienes de manera individual manejan una cuota de participación que no les permite ejercer poder de mercado<sup>117</sup>, se cartelizan para hacer frente a un abuso de posición dominante de parte de X, quien es un operador económico que participa en aquel mercado relevante aplicando

---

<sup>114</sup> Esta es una situación que debe ser comprobada, ya que se habla de un cartel a manera de una solución a un problema, y no de la manera en la que tradicionalmente se lo hace, es decir, como la causa del problema.

<sup>115</sup> El análisis al que se hace referencia recae en la aplicación de la Regla de la Razón por parte de las autoridades de competencia.

<sup>116</sup> Julio Pascual y Vicente. *Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia, en España y Europa*. Óp. cit., p. 128.

<sup>117</sup> Una participación considerable dentro del mercado, puede variar dependiendo la doctrina y lo que se establece en cada país. Generalmente oscila entre un 20 o 30 por ciento de cuota de participación dentro de un mercado relevante en particular; dependiendo de la conducta y la legislación con que se trate a cada una de estas se determinarían estas cifras utilizadas por las autoridades de competencia de los diferentes países. En la legislación de Ecuador esta cifra se ubica en el 30% de cuota de participación en un mercado según el Art. 16 literal b) de la L.O.R.C.P.M.

conductas anticompetitivas como precios predatorios u otras prácticas que podrían ocasionar la salida de los cartelizados.<sup>118</sup>

### 2.8.9 Cartel de exportación

Este cartel responde a un acuerdo que tiene como objetivo organizar una exportación ya existente de determinado bien o servicio, mediante la participación de operadores económicos relacionados en este mercado que actúan mediante el comportamiento establecido en dicho acuerdo. Estos carteles podrían afectar al mercado cuando el acuerdo únicamente “tiene como objeto repartirse mercados exteriores o fijar precios de exportación.”<sup>119</sup> En ese momento se estaría pretendiendo maximizar los beneficios de los cartelizados sin otra finalidad que no sea la de generar otra clase de beneficios, como es el hecho de permitir que otros operadores ingresen al mercado.

Sin embargo, hay que tener en cuenta:

Los carteles de exportación se dividen en dos grupos. Los carteles de exportación “puros” aplican sus esfuerzos exclusivamente a los mercados extranjeros. Los carteles de exportación “mixtos” limitan la competencia tanto en el mercado del país exportador como en los mercados extranjeros.<sup>120</sup>

Generalmente, los mismos carteles se especializan únicamente en el área de exportación, como los de bienes agrícolas donde los productores del grano de café exportan su producto mediante la creación de un cartel que maneja la negociación en cuanto a las condiciones sobre el arreglo.<sup>121</sup>

---

<sup>118</sup> “La posición dominante se refiere a un poder de mercado que le permite a un agente económico, por ejemplo, esta cifra es del 25% para diferentes sectores del mercado como el financiero. El poder de mercado implica menos participación colectiva en la fijación de precios y cantidades y, correlativamente, mayor unilateralidad y relevancia de las decisiones que sobre estos extremos adopten las fuerzas dominantes que, de llegar a ser avasallantes, sustituyen los mecanismos de mercado.” Tomado de CORTE CONSTITUCIONAL.SALA DE REVISION DE TUTELAS. SENTENCIA No. T-375. (Agosto 14 de 1997)... (Sentencia aprobada por la Sala Tercera de Revisión, en la ciudad de Santa Fe de Bogotá, D.C., a los catorce (14) días del mes de agosto de mil novecientos noventa y siete (1997).

<sup>119</sup> Julio Pascual y Vicente. *Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia, en España y Europa. Op. cit.*, p. 129.

<sup>120</sup> Comercio y política en materia de competencia. p. 309. Consultado: 25/sep./2012. Disponible en: <http://www.google.com.ec/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CB8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.jurisint.org%2Fpub%2F06%2Fsp%2Fdoc%2FC23.pdf&ei=hSNiULLZKeqyWdnYHQDA&usq=AFQjCNF8ar-rLagl-c-kyEWpJV1z6A2A8w&sig2=X1pGY2029JHJs8f-ggsjXQ>

<sup>121</sup> En el Ecuador encontramos un caso práctico de un cartel de exportación en el sector de las flores, en el cual operadores económicos que se encuentran inmersos en dicho mercado relevante, decidieron actuar conjuntamente en el área de la exportación de la flor, de esta manera aumentaron su capacidad de negociación frente a las aerolíneas y de esta manera obtener mayores beneficios sobre el negocio.

## 2.9 Ámbito Perjudicial del cartel en la competencia económica

Partiendo de la premisa dada por Pinkas Flint, quien asegura que “un cartel exitoso debe tener un efecto similar al monopolio al igualar el costo marginal con el ingreso marginal, al emular a la estructura monopólica, actuando las varias empresas como una, el cartel gana poder de mercado, control de precios y con ello utilidades monopólicas.”<sup>122</sup>, se puede dar una idea de lo que podría llegar a ocasionar un cartel en el caso de conseguir llegar a actuar a manera de un monopolio; esto último se puede lograr siempre y cuando todos los operadores económicos que compiten dentro de un mercado relevante actúen en conjunto emulando la existencia de un sólo operador económico dentro del mercado.<sup>123</sup>

Desde esta óptica, mientras más se asemeja la figura del cartel al monopolio, mayor es el daño que puede causar en el mercado, ya que la competencia sería casi inexistente; mientras menos se asemeje al monopolio, el cartel se torna menos dañino puesto que la competencia sería reducida en unas áreas y activa en otras áreas dentro del mercado relevante. Por ejemplo, los operadores económicos se disputan el mercado del jabón, pueden no competir en precios, pero sí en calidad y marca; o pueden no competir en el área de la calidad, pero sí competir en cuanto a los precios se refiere. Se pueden dar muchas combinaciones en las cuales la competencia se vea afectada o disminuida por un cartel pero, desde esta perspectiva, la única manera en que la competencia se extinga por completo en un mercado relevante material y geográfico, es mediante la operación de un monopolio en él mismo.

---

<sup>122</sup>Pinkas Flint. *Estudio Exegético del D.L. 701. Legislación, Doctrina y Jurisprudencia Regulatoria de la Libre Competencia*. Óp. cit., p. 611.

<sup>123</sup>Existen ocasiones donde a pesar de existir un acuerdo mediante el cual varios operadores se cartelizan, los miembros de dicho acuerdo no respetan o respetan en parte las conductas pactadas en el mismo, lo cual provoca una “fractura” en el cartel, la cual se puede mirar desde dos puntos de vista diferentes: 1) desde el punto de vista de los operadores económicos cartelizados la fractura se la concibe como el fracaso del acuerdo; mientras que 2) desde el punto de vista del mercado se crea una franja mediante la cual se suscita la competencia entre los operadores económicos miembros de un cartel. Es por este motivo que muchos doctrinarios opinan corroboran la idea de la temporalidad del cartel, es decir, que los carteles son temporales ya que tarde o temprano uno de los cartelizados presionará para ganar espacio dentro de este mismo cartel, lo que provocará reacción en los demás cartelizados provocando que el mismo se fracture.

Para explicar lo anterior desde el punto de vista económico, el cartel busca que el ingreso marginal sea igual al costo marginal, de acuerdo a como se lo expone a continuación: “Para maximizar los beneficios de la industria, las empresas deben producir colectivamente la cantidad del producto en la cual el ingreso marginal de la industria es igual al costo marginal de la industria”<sup>124</sup>, dando como resultado que el excedente del consumidor dado en el costo marginal de los operadores económicos se reduzca o extinga produciendo un daño no solamente al consumidor sino al mercado; las variables se pueden modificar según el caso.

Visto desde otra óptica, se podría considerar al cartel como un acuerdo entre varios operadores económicos que buscan satisfacer los intereses propios de cada uno de sus miembros, o ya sea acomodando la competencia entre operadores existentes o desplazando a otros competidores de determinado mercado relevante.

Sobre esta concepción, Mauricio Velandia opina que los carteles podrían ser vistos como “comportamientos adelantados por dos o más empresas mediante los cuales arreglan su actuar dentro de un mercado, falseando la competencia, bien sea porque dejan de competir o porque pretenden eliminar a un competidor.”<sup>125</sup> Así, se diferencia el objeto del cartel de su consecuencia, a lo cual se puede aumentar que cada caso debe ser tratado de manera particular porque las circunstancias existentes que lo determinan y lo rodean son distintas entre sí, puesto a que responden a un mercado relevante particular.

## **2.10 Tratamiento de los carteles en el Derecho comparado**

A continuación se revisará qué se ha dicho sobre los carteles en las diferentes legislaciones con el fin de comprender cuál ha sido la postura de las autoridades de competencia en el momento de percatarse de la existencia de una cartelización dentro de un mercado relevante, para lo cual se tomará en cuenta la perspectiva que se ha desarrollado sobre esta materia en países como por ejemplo, Estados Unidos y España

---

<sup>124</sup> Michael Katz y Harvey S. Rosen. *Microeconomía. Óp. cit.* p. 497

<sup>125</sup> Mauricio Velandia. *Derecho de la Competencia y del Consumo. Op.cit.*, p. 109.

porque han sido un referente importante para el desarrollo de las legislaciones anti-monopolio en toda América Latina, incluyendo nuestra legislación.

#### 2.10.1 Tratamiento de los carteles en el derecho comunitario Europeo

En la Unión Europea, el cartel como conducta atentatoria e ilícita a la competencia aparece mediante el nacimiento mismo de la Comunidad Europea, es decir, el Convenio de Roma, mejor conocido como el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea o Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea,<sup>126</sup> en el cual en el Artículo 101 y 102, ya se establece de políticas dirigidas a defender y fomentar la libre competencia desde el ámbito normativo; además, se puntualizan las prácticas anticompetitivas prohibidas desde punto de vista de las prácticas unilaterales<sup>127</sup>, como desde la óptica de los acuerdos entre competidores o prácticas concertadas<sup>128</sup>, donde se encuentran enmarcados los carteles.

A partir de estos dos artículos y puesto que los mismos no han variado a pesar de las múltiples transiciones del Tratado de Roma, los países miembros de la Unión Europea han desarrollado sus respectivas normas internas referentes al Derecho de la Competencia y a los carteles, los que tradicionalmente han sido prohibidos tanto por la normativa comunitaria como por la interna de cada uno de los países miembros.

Al respecto, Ricardo Alonso Soto, en su escrito sobre acuerdos, decisiones y otras conductas explícitas, es claro al decir que “en materia de prácticas restrictivas de la competencia, tanto el Derecho Comunitario Europeo como en el Derecho Español se prohíben las denominadas conductas colusorias.”<sup>129</sup>

---

<sup>126</sup> Históricamente se hace referencia primeramente al Tratado de París de 1951 mediante el cual se da origen a la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, posteriormente se da el Tratado de Roma del 25 de marzo de 1957, el cual entran en vigor el primero de marzo de 1958, a este tratado también se le denomina como Tratado Constitutivo de la Unión europea, en 1993 mediante el tratado de Maastricht pasa a llamarse tratado de la Unión Europea y en el 2009 pasa a llamarse Tratado Sobre el Funcionamiento de la Unión Europea. Cabe recalcar que el mismo ha sufrido otras modificaciones que no son mencionadas en el presente análisis.

<sup>127</sup> Tratado Constitutivo de la Unión Europea. En vigor desde 1 de marzo de 1958. Art.102.

<sup>128</sup> . Tratado Constitutivo de la Unión Europea. En vigor desde 1 de marzo de 1958. Art.101

<sup>129</sup> Santiago Martínez Lage. *El Abuso de la Posición de Dominio. Óp. cit.*, p. 65.

A pesar de la prohibición antes mencionada, la normativa comunitaria propone exenciones mediante las que esta prohibición no debería ser aplicada a ciertos carteles según el Artículo 101 numeral tres del Tratado de Roma, el cual establece que las prohibiciones y sanciones contempladas en dicho artículo “podrán ser declaradas inaplicables a cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas, cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas, y cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que contribuyan a: a) mejorar la producción o la distribución de los productos o, b) fomentar el progreso técnico o económico, y c) reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante.”<sup>130</sup> Según el mismo instrumento normativo, deberán ser tomados en cuenta otros condicionamientos que resultan lógicos desde el punto de vista del Derecho de la Competencia.

El Tribunal Europeo, es el encargado de resolver los casos de carteles concernientes a la Comunidad Europea, mientras que cada uno de los países miembros de la Comunidad tienen sus propios tribunales y autoridades de competencia que responden a la legislación interna de cada país, las cuales responden a la normativa comunitaria.

Dentro de los aportes que ha generado la Comunidad Europea en esta materia, se encuentran las directrices mediante las cuales se ha complementado la normativa existente brindando elementos adicionales para su aplicación, es decir:

Las directrices facilitan principios generales sobre la evaluación competitiva del intercambio de información, incluida la evaluación sujeta a los apartados 1 y 3 del artículo 101 del TFUE, que se aplican a todo tipo de acuerdos de cooperación horizontal que incluyen el intercambio de información.<sup>131</sup>

Un caso de un cartel que ha sido importante en la historia del Derecho de la Competencia en la Unión Europea, es el caso de Boheringer-Manheim<sup>132</sup>, que se trató de

---

<sup>130</sup> Tratado de Roma Art. 101 Tratado de Roma

<sup>131</sup> *Europa. Síntesis de la Legislación de la UE. Directrices sobre los acuerdos de cooperación horizontal.* Consultado: 4/agosto/2012. Disponible en: [http://europa.eu/legislation\\_summaries/competition/firms/l26062\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/l26062_es.htm)

<sup>132</sup> Comisión de las Comunidades Europeas. Decisión de 16 de julio de 1969 /Decisión de la Comisión de 25 de noviembre de 1971 (IV/26.945/Boehringer).

un cartel en el cual se fijaba precios, cuotas y zonas geográficas de quinina, que es un producto destinado para hacer medicamentos para enfermedades como la fiebre amarilla; este fue el primer caso tratado por el tribunal de justicia de la Unión Europea, donde la autoridad de competencia comunitaria detecta y sanciona severamente a un cartel como conducta atentatoria contra la competencia y, así, concuerda con la postura adoptada generalmente por la mayoría de autoridades encargadas de sancionar a las conductas ilícitas.

## 2.10.2 Tratamiento de los carteles en España

La entidad encargada para la regulación de la competencia en España es la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), la cual se auto define como un “organismo público encargado de preservar, garantizar y promover la existencia de una competencia efectiva en los mercados”<sup>133</sup>, así como de velar por la aplicación coherente de la Ley de Defensa de la Competencia”<sup>134</sup>. También se ha determinado una instancia judicial competente para conocer la temática de las prácticas anticompetitivas incluyendo a los carteles.<sup>135</sup>

En cuanto a los carteles, en el artículo 1 de la Ley 15/2007<sup>136</sup>, de Defensa de la Competencia, “se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado”<sup>137</sup>, por lo que, al igual que en otras legislaciones, los carteles son prohibidos como regla general.

---

<sup>133</sup> Comisión Nacional de la Competencia. Disponible en: <http://www.cncompetencia.es/Inicio/ConocerlaCNC/QueeslaCNC/tabid/77/Default.aspx>. Consultado: 20/octubre/2011.

<sup>134</sup> Comisión Nacional de la Competencia. Disponible en: <http://www.cncompetencia.es/Inicio/ConocerlaCNC/QueeslaCNC/tabid/77/Default.aspx>. Consultado: 20/Octubre/2011.

<sup>135</sup> Al respecto, cabe mencionar que el Derecho de la competencia en España, al igual que en otros países, ha tenido un desarrollo que responde a los diferentes momentos históricos atravesados por el Derecho de la Competencia, al igual que la postura que se ha tomado para el trato de los carteles ya que “la amplia y eficaz labor de las autoridades españolas de defensa de la competencia desarrollada a pesar de las dificultades que suponen pasar en relativamente poco tiempo de un sistema de intervención estatal de la economía basada principalmente en grandes monopolios estatales (...) a la liberalización del mismo y su sustitución por un sistema económico fundamentado en empresas privadas y regido por el principio de la libre competencia”.

Santiago Martínez Lage. *El Abuso de la Posición de Dominio*. Óp. cit., p. 144.

<sup>136</sup> Ley 15/2007, de 3 de julio. España

<sup>137</sup> Ley 15/2007, de 3 de julio. España

Los carteles en España se los ha tratado bajo la perspectiva de impedir que se produzcan este tipo de conductas debido a que se tratan de comportamientos atentatorios contra la competencia, estableciendo a los carteles de precios, como los de mayor gravedad, por lo que “la especial gravedad que reviste esta conducta colusoria ha sido puesta de relieve por el TDC en numerosas resoluciones.”<sup>138</sup>

La Ley de Competencia Española<sup>139</sup>, es un punto de partida para otras legislaciones, particularmente para la normativa de los países de América Latina; por este motivo, es importante tomarlo en cuenta en el momento de efectuar análisis que involucren al Derecho Comparado.

En España, al igual que en legislaciones avanzadas, se aplican procesos de clemencia como herramienta para persuadir a los operadores económicos cartelizados a delatar a sus similares u otros operadores del mercado que puedan estar inmersos en un cartel; de esta manera, la autoridad ahorra recursos en investigación, además de lograr desmantelar carteles que de otra manera hubiese sido casi imposible detectarlos; el primer caso tratado fue el de un cartel dado entre los principales fabricantes de gel de baño y ducha.

España ha adaptado la figura de la clemencia con mucho éxito, por la que las empresas que delatan a sus compañeras de cartel reciben exenciones. La primera resolución al respecto la dictó la CNC el 21 de enero de 2010 en la que declaró acreditada la existencia de un cartel entre los principales fabricantes de gel de baño y ducha.<sup>140</sup>

---

<sup>138</sup> *Id.*, p. 144. A continuación se menciona una de las resoluciones:

Comisión Nacional de Competencia de España. Resolución C.N.C. de 23 de febrero de 2012. resolución en el expediente sancionador s/0244/10 navieras baleares, incoado contra balearia eurolíneas marítimas, s.a. (balearia), compañía transmediterránea, s.a. (transmediterranea), isleña marítima de contenedores, s.a. (iscomar), servicios y concesiones marítimas ibicencas, s.a. (sercomisa), transmapi-balearia, c.b. y mediterránea pitiusa, s.l. (pitiusa) por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

<sup>139</sup> Actualmente se encuentra vigente la Ley Española 15/2007 de Defensa de la Competencia

<sup>140</sup> Expansión.com, “La lucha contra los carteles e España se americaniza”. Publicado el 01-05-2011 a las 22:35 por Mercedes Serraller. Consultado: 5/agosto/2012. Disponible en: [http://www.sjberwin.com/Contents/Publications/pdf/160/c77f535a\\_2691\\_4b43\\_956f\\_04180a07f22c.pdf](http://www.sjberwin.com/Contents/Publications/pdf/160/c77f535a_2691_4b43_956f_04180a07f22c.pdf) La resolución a la que se hace alusión es la siguiente:

RESOLUCIÓN Expediente S/0224/10 COLOMER, incoado por la Dirección de Investigación con fecha 10 de febrero de 2010, contra THE COLOMER GROUP SPAIN, S.L. (COLOMER), por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el Artículo 1 de la Ley 15/2007, 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

En este cartel también participaban otras empresas importantes como Colgate, Colmer y Puig; lo anecdótico de esta situación es que los abogados de las distintas empresas inmersas en el cartel esperaban afuera de las instalaciones de la Autoridad de Competencia para delatarse unos a otros.

### 2.10.3 Tratamiento de los carteles en el Derecho de los Estados Unidos de Norteamérica

La problemática de los carteles en los Estados Unidos se inicia con el Sherman Act, mediante la cual se da inicio al Derecho de Competencia el 2 de julio de 1890 bajo la premisa de proteger a la economía que se resquebrajaba por las crecientes corporaciones y sociedades empresariales<sup>141</sup> que llevaban consigo a los pequeños operadores del mercado que no podían competir contra ellas.

Esta ley fue un producto de la creciente preocupación por la concentración del comercio y de la industria y de la hostilidad pública contra las empresas gigantes de finales del siglo pasado. La competencia era eliminada en los mercados y los consumidores sufrían las consecuencias<sup>142</sup>.

A dichas corporaciones se las denomina *trusts* o monopolios, a su vez pueden ser frutos de conductas ejecutadas por varios operadores económicos<sup>143</sup> porque los monopolios, ya sean manejados por un operador económico singular o mediante la aplicación de una cartelización, pueden manejar el mercado a su gusto quebrando en el camino a otras empresas más pequeñas que no tienen la posibilidad de fusionarse con otras similares para poder competir dentro del mercado; además, se determina que los *trust* dificultan que ingresen nuevos competidores, perjudicando a esos competidores y al consumidor final, porque tienen la capacidad de manejar la calidad y los precios a su gusto. Esta concepción, a pesar de haber sido concebida a finales del siglo XIX y experimentado variaciones en la temática del bien jurídico protegido entre otras particularidades, ha mantenido la esencia de la prohibición y su aplicabilidad.

---

<sup>141</sup> En éste caso la temática de los carteles se encuentra enmarcada dentro de las sociedades empresariales.

<sup>142</sup> Rogelio Martínez Cárdenas, Alfredo Sánchez Ortiz y Gerardo Jasito Gómez Velázquez. *México Ante el TLC. Primera Edición*. Universidad de Guadalajara. Guadalajara, año 2007. p. 115.

<sup>143</sup> "Every contract combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is hereby declared to be illegal" Harold, S. Sloan. Arnold J Zurcher. *Dictionary of Economics*. Barnes & noble, INC. Nueva York, año 1970. p. 17.

Refiriéndose exclusivamente al tema de los carteles, se puede encontrar que la Sección I del Sherman Act prohíbe la realización de contratos, acuerdos en forma de *trusts*, que en aspecto de monopolios u otro tipos de conspiraciones, tengan la finalidad de restringir el comercio<sup>144</sup>, en la que se encuentran enmarcados los carteles. Así mismo, se puede ver que en la sección segunda del Sherman Act se prohíbe los casos donde “Toda persona que monopolice, o intente monopolizar, o acordar con el fin de conspirar con cualquier otra persona o personas, para monopolizar cualquier parte del comercio”<sup>145</sup>, también restringe conductas que podrían involucrar a carteles de por medio.

El organismo creado en aquel país para manejar los asuntos de competencia, donde incluyen los carteles, es la Federal Trade Commission (FTC)<sup>146</sup>. En este país existe una metodología que difiere de la manejada en la Unión Europea y en España por lo que, a pesar de compartir el mismo punto de partida dentro del Derecho de Competencia, responden a diferentes intereses y criterios<sup>147</sup> de cada uno de los países y regiones con sus propias normativas; a más de esto hay que tomar en cuenta que se maneja el modelo del Common Law<sup>148</sup>; mientras que en España, por ejemplo, se mantiene el modelo del

---

<sup>144</sup> Fragmento tomado del texto original del Sherman Act. Sección primera “Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce (...)”.

<sup>145</sup> Fragmento tomado del texto original del Sherman Act. Sección segunda “Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce”.

<sup>146</sup> En el Año de 1914, el Gobierno de los Estados Unidos se da cuenta de la importancia de una entidad independiente que se encuentre facultada para aplicar las leyes de competencia que venían suscitándose desde finales del siglo pasado, por lo que se emite la Federal Trade Comision Act; mediante la cual se crea la Comision Federal de Comercio (FTC) por sus siglas en ingles, la FTC, consiste en un organismo bipartidista, compuesto por cinco miembros elegidos por el Presidente, los cuales se desempeñan en sus cargos durante siete años. Históricamente se considera a la Federal Trade Commission como la primera entidad especializada reguladora de la competencia.

A esta Comisión se le da la competencia para poner fin a las prácticas desleales y anticompetitivas mediante una serie de recursos normativos que la facultan a tener acceso a toda la información requerida y si es el caso, de sancionar a los agentes de mercado que incurran en ellas.

<sup>147</sup> Sobre este tema, *vid.* Germán Coloma en el capítulo de *Conceptos Analíticos Fundamentales*.

Germán Coloma. *Defensa de la Competencia. Análisis Económico comparado. Óp.cit.*, p. 29.

<sup>148</sup> “Common Law, significa derecho común, y su origen es la costumbre medieval inglesa. Es un derecho no escrito, que no reconoce en la ley, como ocurre en el derecho continental, la fuente de derecho primordial. Se aplica en los países anglosajones, donde la existencia de leyes dentro del derecho privado es mínima, conformando el *sttute law*.”, definición tomada de Derecho en la Guía 2000. Consultado: 5/marzo/2012. Disponible en: <http://derecho.laguia2000.com/parte-general/el-common-law>

Derecho Continental<sup>149</sup>, elementos que influyen tanto en aspectos de fondo cuanto en aspectos de procedimiento.

Por ser pionero en esta materia y por la experiencia adquirida desde los principios de la creación de las leyes antimonopolio y el Derecho de Competencia, los Estados Unidos ha acumulado un bagaje de jurisprudencia desarrollada por la Corte Suprema, mediante la cual se ha desarrollado conceptos manejados por el Derecho de la Competencia y adoptados por diferentes legislaciones, incluyendo la ecuatoriana. Estos conceptos no se los encuentra explícitamente en las distintas normativas que tratan las temáticas inherentes al mercado y a la competencia, aunque se encuentran inmersos en ella; por ejemplo, los criterios mediante los cuales se investiga, juzga y sanciona a las diferentes conductas anticompetitivas, pueden ser juzgados *per se*, como tradicionalmente se ha tratado a los carteles, o mediante la Regla de la Razón.

Uno de los primeros casos que se sanciona en los Estados Unidos, país pionero en el Derecho de Competencia, es el caso de Trans-Missouri Freight Association, empresas de locomotoras, considerado dentro de los carteles de fijación de precios. Otro ejemplo, es el de Estados Unidos vs. Addyston Pipe<sup>150</sup>, que trata de un acuerdo mediante el cual algunos productores de cañerías se repartieron el mercado de ese bien<sup>151</sup>. A pesar del tiempo transcurrido, en estos dos ejemplos se puede apreciar la concepción de las autoridades de competencia de los carteles como acuerdos entre empresas que reducen gradualmente a la competencia entre los operadores económicos que se han cartelizado; además, se aprecia el accionar de las autoridades en caso de suscitarse estas prácticas.

#### 2.10.4 Tratamiento de los carteles en el Ecuador

En Ecuador rige la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (L.O.R.C.P.M.), publicada en el Registro Oficial, Suplemento No. 555 del 13 de octubre del 2011, donde se entablan planteamientos que deberán regir la problemática de la competencia en el país. Cabe destacar que, previo a la presente ley, Ecuador contaba con

---

<sup>149</sup> A diferencia del Common law, el Derecho Continental si tiene a la Ley como fuente de Derecho.

<sup>150</sup> U.S. Supreme Court. *Addyston Pipe and Steel Co. vs. United States*, 175 U.S. 211 (1899). Estados Unidos.

<sup>151</sup> Como ya se verá más adelante, de este caso surge el criterio de Análisis Per Se.

la Decisión 608<sup>152</sup> de la Comunidad Andina de Naciones que se aplicaba en el país mediante la Decisión 616<sup>153</sup> y el Decreto Ejecutivo 1614<sup>154</sup>, emitido a fin de viabilizar la decisión en el País.

El organismo encargado de regular la competencia, donde se incluye a los carteles, es la Superintendencia de Control del Poder de Mercado que se encuentra facultada para:

asegurar la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentar la competencia; la prevención, investigación, conocimiento, corrección, sanción y eliminación del abuso de poder de mercado, de los acuerdos y prácticas restrictivas, de las conductas desleales contrarias al régimen previsto en esta Ley; y el control, la autorización, y de ser el caso la sanción de la concentración económica<sup>155</sup>

Sobre los carteles, la Ley los establece como acuerdos atentatorios a la competencia, que se concentran, en su mayoría, en el Artículo 11 referente a los 'acuerdos'<sup>156</sup> y prácticas prohibidas<sup>157</sup>. Dentro de la misma Ley en el Artículo 3 se establece:

Para la aplicación de esta Ley la autoridad administrativa determinará la naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a su realidad y efecto económico. La forma de los actos jurídicos utilizados por los operadores económicos no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos.<sup>158</sup>

Por consiguiente, cada conducta atentatoria contra la competencia debe ser analizada conforme a lo establecido por la Ley para que la autoridad competente, en este caso la Superintendencia de Regulación del Poder de Mercado, determine su naturaleza; sólo así se podrá determinar a una conducta como atentatoria contra la competencia y, de ser el

---

<sup>152</sup> Decisión del Acuerdo de Cartagena No. 608. Registro Oficial Suplemento 18 del 25 de febrero del 2008.

<sup>153</sup> Decisión del Acuerdo de Cartagena No. 616. Registro Oficial Suplemento 407 del 29 de noviembre del 2008.

<sup>154</sup> Normas para la Aplicación de la Decisión 608 de la CAN. Decreto Ejecutivo No 1614. Registro Oficial Suplemento 558 del 27 de Marzo del 2009.

<sup>155</sup> Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Registro Oficial Suplemento 555 del 13 de octubre del 2011 Art. 37.

<sup>156</sup> Es necesario recordar que no todos los acuerdos constituyen carteles, por lo que se los ha tratado por separado a cada uno de estos.

<sup>157</sup> Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Registro Oficial Suplemento 555 del 13 de octubre del 2011 Art.11.

<sup>158</sup> LORCPM

caso, determinar si se trata o no de un cartel. En el Derecho de Competencia a este mecanismo se lo identifica como la aplicación de la Regla de la Razón.<sup>159</sup>

Por otro lado, el Reglamento de la Ley citada, en su Artículo 8, establece una presunción de práctica restrictiva en el caso de los carteles, al decir:

Se presumirá que tienen por objeto impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, que afectan negativamente a la eficiencia económica y al bienestar general, todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, y en general cualquier acto o conducta realizados por dos o más operadores económicos, competidores, reales o potenciales, que directa o indirectamente: 1. Fijen de manera concertada o manipulen precios, tasas de interés, tarifas, descuentos, u otras condiciones comerciales o de transacción, o intercambien información con el mismo objeto o efecto; 2. repartan, restrinjan, limiten, paralicen, establezcan obligaciones o controlen concertadamente la producción, distribución o comercialización de bienes o servicios; 3. repartan de manera concertada clientes, proveedores o zonas geográficas.<sup>160</sup>

Conforme a lo establecido por el Reglamento, se recaería en la aplicación de la Regla de Análisis Per Se<sup>161</sup> con respecto a los carteles, lo que induce a que un cartel debe ser sancionado por el simple hecho de existir, sin atender a su realidad y efecto económico, como se lo observa en el Artículo 3 de la Ley. Por lo mencionado se pone en duda la posibilidad de que un cartel sea tolerado, hecho que será rebatido en los capítulos posteriores.

---

<sup>159</sup> La Regla de la Razón es una regla de análisis utilizada por el Derecho de Competencia.

<sup>160</sup> Reglamento a la Ley de Regulación y Control del Poder de Mercado. Decreto Ejecutivo 1152. Registro Oficial 697 del 7 de mayo del 2012.

<sup>161</sup> La Regla de Aplicación “per se” es una regla de análisis utilizada por el Derecho de Competencia, misma que se la analizará a continuación.

### **CAPITULO.III. EL ANÁLISIS DEL CARTEL Y SU CONSENTIMIENTO**

Pese a que el cartel es una conducta que atenta contra la competencia, es trascendental revelar que existen criterios que defienden que “la prohibición de las conductas colusorias no tiene carácter absoluto”<sup>162</sup>; de esta manera se explicarán las razones y las circunstancias por las que éstos podrían ser tolerados por parte de la autoridad, por cuanto generan efectos pro-competitivos sobre el mercado, la sociedad y el Derecho.

Para esto, es necesario tratar temas inmersos en la materia tales como las reglas de análisis aplicables a las conductas atentatorias a la competencia, la responsabilidad derivada del acto, la justificación de los actos desde el punto de vista de la legislación y de la doctrina, las exenciones, la relevancia del cartel en el mercado, y las posibilidades de restricción a la competencia provenientes de la misma autoridad; los cuales ayudarán a determinar las vías por las que un cartel puede ser admitido pese a las definiciones y características establecidas en el capítulo anterior.<sup>163</sup>

#### **3.1 Reglas utilizadas por el Derecho de la Competencia para analizar las conductas anti competitivas**

El primer escollo que tiene un cartel para ser tolerado por la autoridad de competencia, es ser juzgado por incurrir en la conducta determinada por la Ley (per se), sin tomar en cuenta “la naturaleza, el propósito y el efecto de la restricción a la libre competencia”<sup>164</sup>; además de los otros elementos circundantes que lo rodean como las posibles causas, los terceros relacionados e incluso el posible beneficio que se pueda generar.

---

<sup>162</sup> Santiago Martínez Lage. *El Abuso de la Posición de Dominio*. Óp. cit., p. 66.

<sup>163</sup> Definiciones y características que establecen a la figura del cartel como una conducta nociva para el mercado y por ende para el bien público.

<sup>164</sup> Alfonso Miranda Londoño. *¿Existe la Regla de la Ilegalidad Per Se en el Derecho de la Competencia Colombiano?* (I). Consultado 27 de septiembre de 2012. Disponible en: Centro de Estudios de Derecho de la Competencia. Disponible en: <http://centrocedec.org/articulos/>

Para comprender lo anterior es preciso conocer sobre las reglas utilizadas por el Derecho de la Competencia que plantean el proceder de la autoridad frente a un cartel.

### 3.2 Tipos de reglas

A lo largo de la existencia del Derecho de la Competencia, en las diferentes legislaciones se han manejado varias tesis o reglas que delimitan los distintos métodos de análisis para las conductas anticompetitivas donde se enmarcan los carteles. Existen dos reglas formalmente reconocidas por la doctrina y plasmadas implícita o explícitamente en las diferentes legislaciones<sup>165</sup>, que son: a) Regla de Aplicación Per Se y b) Regla de la Razón. Éstas “fueron desarrollados por el Derecho de la Competencia Norteamericano que se basa en prohibiciones generales y en el desarrollo de su Derecho a través de casos.”<sup>166</sup> Para Germán Coloma:

la legislación comparada de defensa de la competencia muestra que existen algunas prácticas concertadas que suelen considerarse como anticompetitivas en sí mismas (per se), en tanto que otras lo son sólo si resulta posible demostrar sus efectos negativos a través del empleo de una regla de la razón<sup>167</sup>;

Cabe aumentar sobre esta última regla que no sólo es factible demostrar sus efectos negativos, sino demostrar todos éstos incluyendo positivos y circundantes que también permiten apreciar la totalidad de la práctica.

En general,

la mayoría de los países que aplican una legislación de libre competencia distinguen de alguna manera, entre las prácticas restrictivas que se consideran siempre ilegales, a las cuales se les denomina también *prácticas restrictivas absolutas* o *prácticas per se ilegales*, y las prácticas que no son siempre ilegales, las cuales se denominan también *prácticas restrictivas relativas*, que como dirían los norteamericanos, se deben analizar bajo la <<Regla de la Razón>>.<sup>168</sup>

---

<sup>165</sup>La Legislación Europea no maneja formalmente estas reglas, pero en esta y en otras doctrinas, quedan marcadas implícitamente en la legislación y explícitamente en opiniones emitidas por las autoridades de competencia y doctrinarios especialistas en la materia.

<sup>166</sup> Alfonso Miranda Londoño. *¿Existe la regla de ilegalidad per se en el Derecho de la Competencia colombiana?* (I). Consultado: 27/septiembre/2012. Disponible en: Centro de Estudios de Derecho de la Competencia. Disponible en: <http://centrocedec.org/articulos/>

<sup>167</sup> Germán Coloma. *Defensa de la Competencia. Análisis Económico comparado. Óp.cit.*, p. 86.

<sup>168</sup> Alfonso Miranda Londoño. *¿Existe la regla de ilegalidad per se en el Derecho de la Competencia colombiana?* (I). Consultado: 27/septiembre/2012. Disponible en: Centro de Estudios de Derecho de la Competencia <http://centrocedec.org/articulos/>

El debate sobre la implementación de una regla u otra sigue sobre el tapete entre legisladores, jueces, doctrinarios y entendidos de la materia.<sup>169</sup>

### 3.3 Regla Per Se y su aplicación al cartel

En un principio, cuando nació el Derecho Anti-trust en los Estados Unidos, el operador económico que incurría en esta práctica debía ser sancionado simplemente por el hecho de haber incurrido en ella, por lo que no se consideraban las posibles circunstancias, los motivos o los factores externos que podrían haber influenciado para que se haya llevado a cabo<sup>170</sup>; es decir, la conducta que atentaba contra la competencia tenía una consecuencia, era la prohibición y una sanción estricta capaz de acabar definitivamente con dicha práctica. Esta regla se inserta formalmente en la práctica en el caso de EEUU vs. ADDYSTON PIPE<sup>171</sup>, dado en 1898, donde se establecen algunas pautas en las cuales se cree que se podrían ligar a la Regla de Aplicación Per Se.

Esta regla o método de análisis es tomada en cuenta en las diferentes legislaciones para determinadas conductas anticompetitivas, como son precisamente algunos tipos de carteles; por ejemplo, el de fijación de precios o el de repartición de mercado, entre otros.

Esta regla, que en un principio era de aplicación general, ha ido perdiendo terreno, incluso en el caso de Estados Unidos, donde se ha acostumbrado a juzgar al cartel bajo esta Regla Per Se incluso se han dado casos donde no se ha sancionado a un cartel por diferentes razones; por ejemplo, el caso de EEUU vs. APPALACHIAN COALS<sup>172</sup> o el caso

---

<sup>169</sup> Hay quienes prefieren plantear a la temática de las Reglas *Per Se*, o Regla de la Razón a manera de presunción de hecho, o presunción de derecho, pero para objeto de la presente tesis se ha preferido manejar como la mayor parte de la doctrina lo maneja, además de que en la normativa ecuatoriana tanto en el Artículo 3 de la L.O.R.C.P.M. como en el Artículo 8 de su Reglamento se han extraído los principios básicos de las reglas de análisis desarrolladas por el Derecho de la Competencia y tomada de las sentencias: Standard Oil Co. of New Jersey v. United States, 221 U.S. 1 (1911) y Addyston Pipe and Steel Co. v. United States, 175 U.S. 211 (1899). Todas ellas emitidas por la Corte Suprema de los Estados Unidos.

<sup>170</sup> Alfonso Miranda Londoño y Juan David Gutiérrez Rodríguez. *P. Fundamentos Económicos del Derecho de la Competencia: Los Beneficios del Monopolio. Los Beneficios de la Competencia.* p. 12. Artículo de Rev. Derecho Competencia. Bogotá. Vol. 2, n° 2: 269-400, enero-diciembre 2006.

<sup>171</sup> U.S. Supreme Court. *Addyston Pipe and Steel Co. vs. United States*, 175 U.S. 211 (1899). Estados Unidos.

<sup>172</sup> U.S. Supreme Court, *Appalachian Coals, Inc. v. United States* - 288 U.S. 344 (1933).

de EEUU vs. CHICAGO BOARD OF TRADE<sup>173</sup>, donde se absuelve a la bolsa de cereales de aquella ciudad de prácticas atentatorias a la competencia por considerarse que resultaban beneficiosas para el mercado; entre otros casos dados en varias legislaciones donde las autoridades han dejado de lado la Regla Per Se por pronunciarse en contra o a favor de las diferentes conductas atentatorias contra la competencia, en las que se encuentran inmersos los acuerdos horizontales o carteles.

A lo largo de la historia del Derecho de la Competencia, la Regla de Aplicación Per Se ha sido la que se ha usado para tratar este tema, en un principio aplicada para todos los carteles y, posteriormente, para algunos de ellos<sup>174</sup>; e inclusive se han producido ciertas excepciones a esta Regla<sup>175</sup> por lo que, actualmente, tanto la Regla de la Razón como la Regla de Aplicación Per Se, son continuamente aplicadas en la práctica y son plasmadas en las diferentes legislaciones, siempre y cuando se hagan distinciones entre las condiciones, tipos y circunstancias para su aplicación.

Camilo Vallejo Giraldo, sobre la Regla de Aplicación Per Se, opina:

Aunque estos modelos de análisis se han aplicado desde tiempo atrás, su aceptación no ha sido aplicada para la totalidad de casos, puesto que épocas y etapas filosóficas, normativas o económicas, han obligado a la variación de los mismos. Así pues, en atención a lo anterior es que resulta pertinente el examen de conveniencia que debe hacerse sobre la Regla Per Se<sup>176</sup>

Marcelo Celani y Leonardo Stanley, en su obra *Política de Competencia en América Latina*, afirman:

la aplicación de la legislación *per se* es controvertida por varias razones, entre otras por la dificultad de tipificar la legalidad de determinadas acciones o conductas. Por una parte, conductas, que en algunos casos podrían presentarse como perjudiciales a la competencia, son reconocidas como válidas en algunas industrias.<sup>177</sup>

---

<sup>173</sup> U.S. Supreme Court. *Chicago Board of Trade v. United States*, 246 U.S. 231 (1918)

<sup>174</sup> Ej. Cartel de precios.

<sup>175</sup> En el Ecuador la Regla de Aplicación *Per Se*, implícitamente se la implementa de esa manera, como se verá más adelante raíz de un organigrama se deja exclusivamente para los carteles precios.

<sup>176</sup> Camilo Vallejo Giraldo. *La inconveniencia de la Regla Per Se frente a la Economía Antropológica y la Constitución de 1991*. *Óp.cit.*, p. 17.

<sup>177</sup> Marcelo Celani y Leonardo Stanley. *“Política de Competencia en América Latina.” Red de reestructuración y competitividad división de desarrollo productivo y empresarial*. Cepal. Santiago de Chile, año 2003. p. 23

Respaldando la tesis de que todas las conductas consideradas anticompetitivas que tendrían que ser analizadas detenidamente, así como también debería darse la oportunidad de que las mismas puedan ser defendidas pese a la existencia del tipo, ya que podrían estar generando un bien que en un principio no sería percibido. Esta postura encuentra su sustento en:

la única defensa válida consiste en demostrar que el acusado no incurrió en la práctica o conducta que se le imputa. (...) En ningún caso una defensa que pretenda descalificar el proceso de competencia comercial logrará excluir a un acusado de la aplicación de la Regla 'Per Se'<sup>178</sup>

Desde el punto de vista doctrinario que defiende la aplicación de la Regla Per Se, se menciona que “este sistema se utiliza para estudiar todos aquellos acuerdos y prácticas cuya naturaleza y efecto resultan tan evidentemente anticompetitivos”<sup>179</sup>, por lo que se puede deducir que la autoridad no tomará en cuenta a los distintos elementos que podrían hacer la diferencia en el momento de determinar una sanción; así mismo, establece que “no se necesita realizar un elaborado estudio de la industria respectiva para concluir que son ilegales, motivo por el cual se considera que son siempre ilegales.”<sup>180</sup>

Un ejemplo emblemático donde se ha dado la implementación de la Regla de Aplicación Per Se, se lo visualiza en el caso de EEUU vs. American Tobacco, donde la Corte de los Estados Unidos decide juzgar automáticamente, es decir, mediante la Regla de Aplicación Per Se a este acuerdo dado entre los grandes competidores del sector tabacalero; ya que la intención de estos, era presionar a los competidores más pequeños mediante precios que no fuesen posibles de competir, a más de apoderarse de la materia prima con la finalidad de interferir con la producción de dichos competidores, para que a la

---

<sup>178</sup> Camilo Vallejo Giraldo. *La inconveniencia de la Regla Per Se frente a la Economía Antropológica y la Constitución de 1991*. Citando a MIRANDA, A. (1992). Anotaciones sobre el Derecho antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica. (Ed.) Centro de Estudios de Derecho de la Competencia. Ponencia presentada en el seminario “Hacia un Nuevo Régimen de Promoción de la Competencia. Univ. Estud. Bogotá, enero-diciembre de 2009. p. 17.

<sup>179</sup> Alfonso Miranda Londoño. *¿Existe la Regla de Ilegalidad Per Se en el Derecho de la Competencia Colombiano?* (I). Consultado: 27/septiembre/2012. Disponible en: Centro de Estudios de Derecho de la Competencia <http://centrocedec.org/articulos/>

<sup>180</sup> Alfonso Miranda Londoño. *¿Existe la Regla de Ilegalidad Per Se en el Derecho de la Competencia Colombiano?* (I). Consultado: 27/septiembre/2012. Disponible en: Centro de Estudios de Derecho de la Competencia <http://centrocedec.org/articulos/>

postre estos últimos terminarían cerrando sus puertas o concluirían vendiéndose a las grandes compañías que participaban del cartel.<sup>181</sup>

### 3.4 Regla de la Razón y su aplicación al Cartel

Mientras la Regla de Aplicación Per Se ha cedido progresivamente terreno a la posibilidad de análisis y defensa de varios tipos de conductas ilícitas, por otro lado ha ido ganando terreno otra regla de aplicación a las conductas atentatorias contra la competencia denominada Regla de la Razón, que respalda el hecho de un análisis profundo de la práctica y sus efectos, como atentatoria contra la competencia.

El primer indicio de esta Regla parte de la aplicación de un análisis razonable concebido para casos de conductas atentatorias a la competencia que se dio mediante la sentencia de *Standard Oil of New Jersey vs. United States*<sup>182</sup>, pronunciada por la Corte Suprema de Justicia de aquel país<sup>183</sup>; mediante este fallo se analizan las diversas razones y demás elementos que son capaces de producir daño. En esta sentencia se sienta un precedente que con el transcurso del tiempo, la Regla de la Razón vaya ganando terreno, no solamente en aquel país sino en el resto del mundo donde se aplica el Derecho de Competencia. Un claro ejemplo de esta afirmación es:

La Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos falló el caso *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.* 127 S. Ct. 2705 (2007) y dejó sin efecto el precedente establecido por casi un siglo en el caso *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.*, 220 U. S. 373 (1911) en virtud del cual la fijación de precios mínimos para la reventa (*retail price maintenance*) era considerada una conducta ilegal *per se* por contravenir la sección 1 del Sherman Act. Desde entonces la doctrina ha producido abundante material que analiza los efectos de la decisión de la Corte Suprema que establece que las restricciones verticales de precios serán juzgadas bajo *la Regla de la Razonabilidad*.<sup>184</sup>

---

<sup>181</sup>Supreme Court of the United States vs. American Tobacco 221 U. S 106 1911

<sup>182</sup> *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1911)

<sup>183</sup>Supreme Court of the United States. *Standard oil Co. Of New Jersey v. United States* 221 U.S. 1911.

<sup>184</sup> Juan David Gutiérrez R. *Derecho y Política de Libre Competencia en América Latina. Precios Mínimos Para Reventa y la Controversia Causada por Leegin*. 15 de marzo de 2008. Consultado el 25 de septiembre de 2012. Disponible en: <http://lalibrecompetencia.com/2008/03/15/precios-minimos-para-reventa-y-la-controversia-causada-por-leegin/>

Las sentencias referidas son: *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.* 127 S. Ct. 2705 (2007) y *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.*, 220 U. S. 373 (1911).

En Estados Unidos de América, la Regla de la Razón adquiere más fuerza a partir de los años 60 con el desarrollo del Análisis Económico del Derecho<sup>185</sup> promovido por la Escuela Económica de Chicago, gracias a que los esquemas de aplicación del Derecho de la Competencia cambian sustancialmente su óptica y comienzan a analizar de diferente manera la aplicación de la normativa frente a las conductas anticompetitivas, pues buscaba optimizar la aplicabilidad de la normativa para mayor beneficio del mercado y especialmente de la sociedad.

Se observa que lo mismo ha ocurrido en diferentes países de América Latina donde “la mayoría de las conductas anticompetitivas fueron interpretadas inicialmente como ilegales *per se*. Posteriormente, las legislaciones han introducido un tratamiento particular de las mismas.”<sup>186</sup> Esto se traduce en una aplicación de la Regla de la Razón, ganando acogida dentro de los diferentes escenarios de utilización de las normas que regulan la competencia, y dando prioridad a que cada una de las conductas sea tratada como un caso particular, donde se toma en cuenta la mayor cantidad de componentes y elementos externos que se podrían ver involucrados con la conducta investigada, a más de tomar en cuenta el posible beneficio que puede generar.

Mediante la implementación de la Regla de la Razón se puede tomar la decisión que más produzca beneficios, tomando en cuenta los posibles implicados en un cartel, ya sean internos como externos; cosa que no sucedería en el caso de que la autoridad sólo tomase en cuenta si la conducta coincide o no con el tipo; es decir, que se aplique la Regla Per Se; “así en ocasiones la legislación expresamente reconoce la posibilidad de aprobar excepciones en ciertos supuestos al carácter sancionable de un cartel”<sup>187</sup>, afirmación que hace referencia a la legislación de Perú, pero que de igual manera se aplica para otras legislaciones y significa que, aparte de las exenciones legales, existen ocasiones donde un

---

<sup>185</sup> El Análisis Económico del Derecho tiene sus raíces en la denominada Escuela de Chicago (University of Chicago Booth School of Business).

<sup>186</sup> Marcelo Celani y Leonardo Stanley. *Política de Competencia en América Latina*. Óp. cit., p. 24.

<sup>187</sup> Alfredo Bullard Gonzáles. *Derecho y Economía, El Análisis Económico de las Instituciones Legales*. 2da Edición. Palestra Editores. Lima, año 2006. p. 1136.

En el Ecuador podemos encontrar estas exenciones y aplicación de restricciones en los artículos 12 y 28 de la L.O.R.C.P.M

cartel que debería ser sancionado *per se*, sea aceptado por la misma autoridad de competencia mediante argumentos sostenidos por la norma.

Mucho de lo que se ha mencionado depende de la legislación de cada país, de los diferentes momentos históricos que vive cada uno de ellos, así como de las tendencias y procesos del Derecho de la Competencia. Por ejemplo, en el caso del Perú, Alfredo Bullard comenta que en cierto momento histórico de ese país el INDECOPI, entidad encargada de velar por la prevalencia de las leyes de competencia del país, “estableció unos estándares probatorios y de análisis que le daba discrecionalidad para sancionar o perdonar acuerdos de cartelización”<sup>188</sup>. Estas situaciones marcan las tendencias del Derecho de Competencia y su accionar, así como sucedió en los Estados Unidos cuando los bienes jurídicos tutelables pasaron a ser diferentes a los de un inicio.<sup>189</sup>

Se podría pensar que en el caso de Ecuador, la Regla de Aplicación Per Se, está contemplada tácitamente en el Artículo 8 del Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, ya que se evoca una presunción sobre algunos casos de conductas anticompetitivas como los carteles de precios, pero esta presunción no podría ser otra que una presunción *luris tantum* ya que “Las presunciones legales tienen su origen en una Ley y dispensan de la prueba del hecho presunto a la parte a la que este hecho favorezca. Tales presunciones sólo serán admisibles cuando la certeza del hecho indicio del que parte la presunción haya quedado establecida mediante admisión o prueba.”<sup>190</sup>, lo que garantiza que exista un análisis previo para que se pueda determinar la naturaleza de la conducta, sus efectos así como los diferentes elementos que las autoridades consideren

---

<sup>188</sup> Alfredo Bullard Gonzáles. *Derecho y Economía, El Análisis Económico de las Instituciones Legales*. 2da Edición. Palestra Editores. Lima, año 2006. p. 1134

<sup>189</sup> A continuación se expone la cita textual con el criterio del autor, que así mismo emite una opinión válida sobre lo ocurrido: “La claridad con la que la legislación y la jurisprudencia nacional había establecido la Regla *Per Se*, fue de pronto desmantelada por el Tribunal del INDECOPI en un acto de dos movimientos. Primero estableció unos estándares probatorios y de análisis que le daba discrecionalidad para sancionar o perdonar acuerdos de cartelización «a conveniencia del cliente», es decir, dependiendo del caso y de las circunstancias políticas que los rodeaban. Luego, en un último movimiento, derogó por Resolución la Ley y declaró que la Regla *Per Se* ya no existía.”

Alfredo Bullard Gonzáles. *Derecho y Economía, El Análisis Económico de las Instituciones Legales*. 2da Edición. Palestra Editores. Lima, año 2006. p. 1134

<sup>190</sup> IC. *Iuris* consultas. Diccionario Jurídico. *Iuris Tantum*. Consultado el 5 de noviembre de 2012. Disponible en: <http://www.ic-abogados.com/diccionario-juridico/iuris-tantum/34>

pertinente tomar en cuenta.<sup>191</sup>

#### 3.4.1 Argumentos por los que se debería aplicar la Regla de la Razón

La Regla de la Razón respalda la idea de que un cartel pueda eventualmente ser tolerado por la autoridad de competencia porque permite a ésta analizar las diferentes situaciones, pondere y aplique el Análisis Económico del Derecho en cada una de las conductas atentatorias de la competencia y compruebe sus efectos sobre el mercado..

Otro argumento, es el de la individualización de cada caso con la finalidad de que se produzca un análisis objetivo considerando todas las posibilidades, consecuencias y beneficios que se podrían presentar, tal como se expone en la siguiente afirmación:

Un enfoque económico de la política de la competencia se presenta de forma natural a un enfoque basado en la *Regla de la Razón*, ya que es necesario considerar detenidamente los detalles específicos de cada caso y esto es especialmente difícil con la aplicación de Reglas Per Se.<sup>192</sup>

Mediante la Regla de la Razón en el Derecho Comparado, específicamente en los Estados Unidos, se permite la aplicación de la doctrina de restricciones auxiliares o (ancillary restraints) que permiten prácticas consideradas como anticompetitivas porque conducen a un fin permitido considerado superior al daño, lo que resulta innovador frente a lo que se ha visto hasta este momento en la presente tesis ya que, como se verá más adelante, se contempla la posibilidad de un propósito superior.

#### 3.4.2 Aplicabilidad de la Regla de la Razón en Ecuador

En Ecuador, aunque la normativa es reciente, no es excepción en el avance de la aplicabilidad de la Regla de la Razón en los casos de conductas atentatorias a la competencia, ya que la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado, se percibe que ha sido elaborada con el fin de que la Regla de la Razón sea aplicada en la generalidad de los casos a tratarse, por ejemplo, en el Artículo 3 de la Ley que dice: “Para

---

<sup>191</sup> Esta presunción a la que se hace referencia no pueden ser consideradas como *luris et de lure*, porque se estaría excediendo a las facultades del reglamento ya que la ley establece criterios rectores y el reglamento los desarrolla, y como se verá más adelante la ley manda a hacer un análisis donde se contempla a los efectos de la conducta y a la realidad para determinar la naturaleza de la misma

<sup>192</sup> Santiago Martínez Lage. *El Abuso de la Posición de Dominio*. Óp. cit., p. 101.

la aplicación de esta Ley la autoridad administrativa determinará la naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a su realidad y efecto económico”<sup>193</sup>; así brinda primacía para la aplicación de la Ley respecto a las prácticas atentatorias a la competencia; para esto la autoridad administrativa determinará la naturaleza de las conductas tratadas mediante una investigación minuciosa, tomando en cuenta dos elementos básicos mencionados en el artículo previamente citado, los cuales son: a) su realidad y b) su efecto económico; éstos son los elementos doctrinarios que caracterizan a la presente Regla.

Los elementos analizados por la Regla de la Razón son:

Como lo dijo la Corte Norteamericana al decidir el caso de *Standard Oil Co. Vs. U.S.*, al aplicarle la Regla de la Razón a una situación determinada, se deben analizar tres aspectos esenciales: La naturaleza, el propósito y el efecto de la restricción a la libre competencia. Este tipo de análisis ha sido aplicado principalmente a las conductas verticales, que en muchas oportunidades son autorizadas por el Derecho de la Competencia, en atención a las eficiencias y los efectos pro – competitivos que generan.<sup>194</sup>

Este razonamiento enfatiza el hecho de que se deben tomar en cuenta los aspectos establecidos en el artículo 3 de la Ley y, mediante el análisis de la naturaleza de la conducta atentatoria a la competencia en base a su realidad y efecto económico, establecer los beneficios y perjuicios que la conducta investigada puede generar en el entorno donde se encuentra inmersa la realidad, como en el plano efecto económico; considerando que las conductas anticompetitivas por nominación sean factibles en la practicidad respondiendo a un análisis objetivo mediante el cual la Superintendencia de Control del Poder de Mercado determinará si reúnen todos los argumentos necesarios para que la conducta, en este caso *cartel*, pueda ser factible.

### **3.5 Elementos de la responsabilidad civil y penal del cartel**

Una vez que se han explicado las razones por las que se debe aplicar la Regla de la Razón mediante la que se analiza al cartel en su particularidad, para comprender los

---

<sup>193</sup> Artículo 3 de la L.O.R.C.P.M.

<sup>194</sup> Alfonso Miranda Londoño. *¿Existe la regla de la ilegalidad per se en el Derecho de la Competencia colombiano? (I)*. Consultado: 27/septiembre/2012. Disponible en: Centro de Estudios de Derecho de la Competencia <http://centrocedec.org/articulos/>

motivos por los que éste podría ser tolerado, es importante conocer los componentes jurídicos que caracterizan al cartel desde el punto de vista de la responsabilidad de los operadores económicos que incurren en el acto. De esta manera se comprenderá objetivamente cómo la normativa concibe a la conducta para, posteriormente, plantear los argumentos por los cuales se llegue a su aceptación.

El Derecho de la Competencia<sup>195</sup>, aparte de encontrarse dentro del marco del Derecho Económico, es también un Derecho Administrativo Sancionador, y también es conocido como Derecho Penal Económico, pues se le atribuye a determinada autoridad, pudiendo ser ésta una entidad administrativa<sup>196</sup>, la capacidad de decidir y la posibilidad de sancionar sobre determinada conducta atentatoria contra la competencia, potestad que nace del Estado para controlar, regular y sancionar dentro de algunas áreas como la económica, por lo que el Derecho de Competencia adquiere cualidades tanto del Derecho Administrativo, como del Derecho Penal<sup>197</sup>, así como de otras áreas del Derecho en menor proporción. Estas características del Derecho de la Competencia responden a que “hoy en día son el orden público y el orden económico, aquellos sectores en los que con mayor relieve se produce la colisión entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo.”<sup>198</sup>

La autoridad de competencia, que en el caso del Ecuador, es la Superintendencia de Control del Poder de Mercado y tiene la función de velar por el cumplimiento de la normativa por la prevalencia del bien jurídico protegido y por el bienestar de la sociedad en general; la normativa sobre la materia “tiene aplicación ante el incumplimiento de un deber

---

<sup>195</sup> El Derecho de la Competencia es un Derecho Administrativo Sancionador o también conocido como Derecho Penal Económico.

<sup>196</sup> En el caso del Ecuador, en materia de competencia se ha determinado dos instancias administrativas dentro de la misma Superintendencia de Control del Poder de Mercado que están facultadas para conocer, determinar y sancionar conforme a distintos criterios utilizados en materia de competencia, mismos que serán analizados a lo largo del presente documento.

<sup>197</sup> Así mismo, refiriéndose a este tema en particular, Miguel Bajo y Silvina Bacigalupo, en el libro titulado *Derecho Penal Económico*. Afirman que: “Es tradicional el estudio de los límites entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador (también llamado Derecho Penal Administrativo)”, puesto que en muchas ocasiones existe una colisión entre estas dos ramas del Derecho.

Miguel Bajo y Silvina Bacigalupo. *Óp cit.*, p.71.

<sup>198</sup> *Id.*, p.71.

contenido en el ordenamiento jurídico o del interés público”<sup>199</sup>, pues en un principio la autoridad se remitiría a observar si un operador económico incurre o no en un comportamiento ilícito como sería un cartel o cualquier otra conducta no permitida por la normativa, y una vez que se ha determinado la existencia de dicho cartel, poner en consideración si el mismo debe de ser interrumpido, además de determinar si los operadores que han incurrido en el acuerdo deben o no ser sancionados.

Lo anterior implica que “este tipo de responsabilidad no pretende reparar el daño”<sup>200</sup> a los posibles afectados por un cartel o cualquier otra práctica atentatoria a la competencia, por lo menos desde el punto de vista de la autoridad encargada de hacer prevalecer la Ley en los temas concernientes al mercado, esto sin perjuicio del Derecho que podrían tener las partes al reclamo por la vía civil respecto al resarcimiento de los daños y perjuicios que dichas prácticas pudieron haber ocasionado<sup>201</sup>.

Entonces, se evidencia que el Derecho de Competencia, al ser Derecho Administrativo Sancionador, debe proceder en base al ilícito administrativo<sup>202</sup>, que “se castiga con pena punitiva o multa en favor de la prevención especial.”<sup>203</sup> Esto “por ser una manifestación del ordenamiento punitivo, se ha pregonado en su aplicación los principios del Derecho Penal. De tal suerte, el comportamiento debería ser típico, antijurídico y culpable”<sup>204</sup>, elementos del comportamiento ilícito que en este caso se lo enfocará en la figura de un cartel.

### 3.5.1 Tipicidad

---

<sup>199</sup> Mauricio Velandia. *Derecho de la Competencia y del Consumo. Competencia desleal, abuso de la posición de dominio; carteles restrictivos; actos restrictivos; integraciones económicas y protección al consumidor. Óp.cit.*, p. 41.

<sup>200</sup> *Id.*, p. 41.

<sup>201</sup> Art. 16, 25, 72, 77 de la L.O.R.C.P.M.

<sup>202</sup> No es temática de esta tesis discutir sobre la discusión doctrinal entre el ilícito administrativo y el penal, véase: Ángeles de Palma del Teso. *El Principio de Culpabilidad en el Derecho Administrativo sancionador*. Editorial Tecnos S.A. Madrid, año 1996. p. 27

<sup>203</sup> Mauricio Velandia. *Derecho de la Competencia y del Consumo. Competencia desleal, abuso de la posición de dominio; carteles restrictivos; actos restrictivos; integraciones económicas y protección al consumidor. Óp.cit.*, p.41.

<sup>204</sup> *Id.*, p. 41.

Para Antonio Domínguez, la “tipicidad o principio de la *lex certa* viene a configurarse en sentido amplio como la identidad entre los presupuestos fácticos de la conducta realizada y descrita en la norma”<sup>205</sup>, es decir, que la tipicidad se refiere a determinadas conductas plasmadas en la normativa, ya sea para regular, prohibir, eximir, permitir o fomentar. Es importante recordar que si no existe una tipicidad para determinado acto o conducta, la misma no podrá ser sancionada por la autoridad, cumpliéndose el principio de “*nulla poena sine lege*”<sup>206</sup>.

En materia de competencia rige la cláusula general prohibitiva que vigila el efecto de un acto hecho o conducta, más allá de si se encuentra o no tipificada, lo que tiene la finalidad de que los operadores económicos manejen certezas en su accionar y sepan de antemano qué conductas, en cuanto a su efecto podrían ocasionar inconvenientes con la autoridad de la materia de competencia.

Hay que recordar que las conductas atentatorias contra la competencia tipificadas en la normativa ecuatoriana no son taxativas, sino que son enunciativas, lo que quiere decir que esas conductas no reflejan necesariamente la totalidad de la figura que debería enmarcar una conducta particular, por lo que también se puede inducir que no se trata de un supuesto de Derecho, sino de hecho, y se admite prueba en contrario.<sup>207</sup>

### 3.5.2 Antijuridicidad

Con muy pocas excepciones, en el Derecho de la Competencia, como en la mayoría de las diversas ramas del Derecho, para que una conducta sea considerada como sancionable, se requiere que la misma atente o dañe al bien jurídico protegido, es decir, que se atente contra el bien que se pretende proteger mediante la normativa, que en el caso de Ecuador serían la eficiencia de los mercados, el comercio justo, el bienestar general a más de los consumidores y usuarios.<sup>208</sup>

---

<sup>205</sup> Antonio Domínguez Vila. *Constitución y Derecho Sancionador Administrativo*. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid, año 1997. p. 271

<sup>206</sup> Principio del Derecho que dice que si no hay una ley previa, en este caso un “tipo”, la autoridad encargada de impartir justicia no puede sancionar al autor de una conducta.

<sup>207</sup> En este caso también se hace visible la aplicabilidad de la Regla de la Razón frente a la Regla *per se*.

<sup>208</sup> Art. 1 LORCPM

Desde el punto de vista del Derecho Penal, de donde parte el estudio de las conductas ilícitas, este segundo elemento de la responsabilidad, se concatena perfectamente con el de la tipicidad puesto que:

El principio de antijuridicidad es el primer momento axiológico valorativo del sistema de la teoría jurídica del delito, ante un hecho, una situación humana, cabe una primera valoración objetiva, su adecuación al ordenamiento jurídico o su inclusión en los hechos tipificados en las leyes como contrarios a aquel (...) <sup>209</sup>,

Esta afirmación induce a producir una valoración objetiva del cartel a manera de conducta para determinar si la misma se enmarca o no con el tipo de conducta abarcada en la normativa, y una vez que se ha cumplido con ese primer paso, se debe proceder a verificar si se atenta o no, o se ha ocasionado un daño a ese determinado bien que la misma normativa pretende defender o fomentar. Lógicamente lo que se ha mencionado se aplica no solamente para el caso de los carteles, sino para todas las conductas ilícitas que son tratadas desde el punto de vista de la competencia, ya que se pueden presentar situaciones donde los operadores económicos puedan verse inmersos en prácticas que a pesar de encontrarse tipificadas en la Ley, no afectan o podrían afectar al bien jurídico protegido.

En base a los lineamientos anteriores, un ejemplo hipotético de un cartel que no necesariamente debería ser suspendido y/o sancionado a pesar de cumplir con las características esenciales que lo definen como tal, podría ser el caso donde existe un cartel de reparto, donde tres de treinta y siete operadores económicos, competidores entre sí en un mismo mercado relevante, deciden dividirse por facilidad de logística a sus proveedores (hasta este momento la conducta es típica y podría ser sancionable), pero si tomamos en cuenta que estos tres competidores no poseen más del 3% por ciento de la participación en el mercado <sup>210</sup>, el cual a su vez es elástico, dinamizado, no concentrado, elementos que pueden ser fundamentales para que la autoridad determine que no se ha incurrido en daño o posibilidad del daño al bien jurídico protegido; no se estaría cumpliendo

---

<sup>209</sup> Antonio Domínguez Vila. *Constitución y Derecho Sancionador Administrativo*. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid, año 1997. p. 270

<sup>210</sup> En éste caso, los consumidores del bien o servicio específico tienen no se ven en la obligación de adquirirlos a los operadores económicos catalizados dadas las características del mercado, puesto a que el mismo es elástico a más de la existencia de oferentes ajenos al cartel.

con la antijuridicidad, por lo que la conducta, en teoría y según estos supuestos, no debería trascender respecto en las decisiones adoptadas por la autoridad.

Es importante conocer que en el presente elemento de antijuridicidad, la autoridad de competencia, aparte de observar si hay o no daño, o peligro de daño al bien jurídico protegido y demás bienes que podrían estar involucrados, también se observan los elementos complementarios que podrían estar incluidos dentro del bien jurídico protegido<sup>211</sup>, como por ejemplo: la eficiencia económica, el daño, y demás beneficios que se podrían obtener a partir de la existencia de determinada conducta por parte de los operadores económicos.

### 3.5.3 Culpabilidad

A más de la existencia del tipo y de la antijuridicidad, existe un tercer elemento que suele<sup>212</sup> ser aplicable en el momento de juzgar a un cartel o cualquier otra conducta atentatoria contra la competencia, el cual se denomina *culpabilidad*. De manera general, la autoridad también deberá determinar la culpabilidad de los operadores económicos que se han cartelizado o que han incurrido en una conducta ilícita. Cabe destacar que en el Ecuador existen casos como los contemplados en el artículo 12 de la LORCPM donde la carga de la prueba pasa a los operadores económicos que han incurrido en la conducta, por lo que la autoridad debe manejarse en base al análisis de las pruebas aportadas.

Para Ernesto Albán Gómez la culpabilidad es un elemento subjetivo que “se centra en la conciencia y voluntad que dirigen el acto del sujeto activo”<sup>213</sup>, es decir, en este caso la autoridad debe analizar detenidamente otros componentes del ilícito que no salen a la luz en la tipicidad o en la antijuridicidad, pero que matizan todo el contexto en el cual éste se desarrolla; por lo que este elemento incluso podría ayudar a determinar el grado de una posible sanción debido a que, en el Derecho de Competencia, se toman en cuenta factores

---

<sup>211</sup> Los preceptos dados por la materia de Derecho de Competencia, generalmente siguen un parámetro, los cuales se pueden incluir explícitamente o no, en cada una de las legislaciones,

<sup>212</sup> Este tercer elemento, debido a su subjetividad es muchas veces relegado en algunas legislaciones para determinados casos, donde simplemente son requeridos la tipicidad y la antijuridicidad para tratar conductas específicas.

<sup>213</sup> Ernesto Albán Gómez. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*. Ediciones Legales SA. Quito, año 2008. p. 183

específicos como la temporalidad, el daño, las circunstancias, entre otros aspectos que pueden variar según el caso en particular.

Por esta misma razón, este tercer elemento de la conducta anticompetitiva podría resultar controversial, ya que la importancia que se le pueda otorgar a factores como la intencionalidad depende de la legislación y de la conducta ilícita en la que se ha incurrido; esto se debe a que en ocasiones se deja de lado a este elemento subjetivo poniendo énfasis en que la conducta cumpla solamente con la tipicidad y la antijuridicidad, incluso solamente con la primera en el caso de la aplicación de la Regla Per Se; circunstancia donde se dejaría de lado una investigación profunda de la cual se podrían extraer conclusiones distintas por parte de la autoridad de competencia frente a la conducta investigada o frente a los infractores de la Ley.<sup>214</sup>

Desde el punto de vista de los carteles, hay que recordar que históricamente se ha acostumbrado a juzgarlos bajo la Regla Per Se y, por lo tanto, este elemento solía ser relativamente relegado, ya que los mismos necesitaban de su existencia para que puedan ser suspendidos y sus miembros sean sancionados; pero, así mismo, se han dado casos donde incluso se ha tolerado su existencia pese a cumplir con los requisitos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad como es el caso de EE.UU VS APPALACHIAN COALS<sup>215</sup> y el de y el de EEUU vs Chicago Board of Trade<sup>216</sup> .

Complementando lo anterior, el elemento de la culpabilidad debe ser aplicado en el caso de existir un cartel con el fin de procurar que se efectúe el análisis completo de cada uno de los aspectos relevantes a dicha conducta, y para que esto suceda, se debe tomar en cuenta todos los componentes del mismo, por lo que se requiere de la observancia de la tipicidad, la antijuridicidad y a la culpabilidad, así como los aspectos externos que se podrían ver involucrados positiva o negativamente; sólo de esta manera la autoridad podrá

---

<sup>214</sup>Existen legislaciones que prescinden de la antijuridicidad y de la culpabilidad para determinar una sanción para determinadas conductas, así mismo en ocasiones si se toma en cuenta la antijuridicidad de la conducta más no de la culpabilidad, lo que recaería en que no se tomen en cuenta factores que podrían ser determinantes o atenuantes para que se sancione o no al operador u operadores de un mercado.

<sup>215</sup> U.S. Supreme Court, Appalachian Coals, Inc. v. United States - 288 U.S. 344 (1933).

<sup>216</sup> U.S. Supreme Court. Chicago Board of Trade v. United States, 246 U.S. 231 (1918)

adoptar una postura proveniente de una decisión sustentada frente a un cartel en particular.

### 3.6 Consentimiento de los Carteles

En el caso práctico de existir una conducta que efectivamente se encuentra tipificada en la Ley, conforme a la misma la autoridad deberá activar un mecanismo de análisis mediante el cual se determine si la conducta es atentatoria o no contra el bien jurídico protegido, si se va en contra de la eficiencia económica y los diferentes elementos del Derecho Económico<sup>217</sup>, a más de analizar otras variables distintas para cada caso; proceso que deberá dar como resultado la decisión sobre si dicha conducta es dañina o no, determinará si se prohíbe o condiciona a dicha conducta y una posible sanción para los operadores que incurrieron en ella.

Desde este punto podemos determinar que las vías más apropiadas que tendría un cartel para subsistir en un mercado relevante determinado son:

- No provocar daño alguno o que el daño sea irrelevante, es decir, no atentar contra el o los bienes jurídicos protegidos o ser una amenaza inminente para los diferentes participantes de un mercado relevante<sup>218</sup>.
- Que sus conductas sean justificadas, es decir que sean aplicadas mediante parámetros que sí son permitidos desde el punto de vista del Derecho de la Competencia<sup>219</sup>.
- Que el tipo de acuerdo recaiga en una exención, la cual es establecida por la misma normativa<sup>220</sup>.

---

<sup>217</sup> Art 3 L.O.R.C.P.M.

<sup>218</sup> La opción de no provocar daño, o que el mismo sea considerado irrelevante se encuentra sustentado en el Artículo 13 de la Ley.

<sup>219</sup> Artículos: 7, 8, 12, 13, 14, 17, 19, y 21 de la L.O.R.C.P.M.

<sup>220</sup> Art 12 y 28 de la L.O.R.C.P.M.

- Que el beneficio generado sea superior al perjuicio, lo que involucra que se realice un análisis completo de los elementos internos y externos del cartel<sup>221</sup>.

A todos estos caminos que tiene un cartel para subsistir, se los expondrá y desarrollará a continuación.

### 3.6.1 No provocar daño alguno, regla de minimis

La opción para que un acuerdo o cartel sea considerado como no ofensivo es que no sea capaz de influenciar en el mercado debido a su participación dentro de éste, situación que puede dar paso a que los operadores económicos puedan incurrir constantemente en prácticas tipificadas en la normativa sin el riesgo de ser sancionados<sup>222</sup>; para esto la delimitación del mercado relevante es esencial ya que el mismo establecerá el margen de influencia que el acuerdo podría tener en los diferentes operadores que participan de dicho mercado. A esta situación se la ha nombrado como *Regla de Minimis*.

La Regla de Minimis, también conocida como “acuerdo de menor importancia”, es aquella que determina que existen casos donde una conducta es completamente irrelevante a pesar de que la misma posea las características de un tipo existente en la normativa; para explicar esto en otras palabras, no es lo mismo que dos o tres tiendas de barrio de una ciudad en la que hay más de 500 tiendas se pongan de acuerdo en determinada conducta respecto a uno o varios productos; que un acuerdo para adoptar

---

<sup>221</sup>Ricardo Alonso Soto, referente a la Ley de Defensa de la Competencia de España “en este sentido, la normativa reguladora de la competencia anteriormente citada determina que la prohibición no se aplicará a aquellas conductas colusorias que, aún siendo anticompetitivas, reúnan los siguientes requisitos: i) generen algunas ventajas de tipo económico, tales como contribuir a mejorar la producción o la distribución de bienes o servicios o a fomentar el progreso técnico o económico, que compensen de manera suficiente y adecuada las restricciones a la competencia que van a producir en el mercado. ii) reserven a los consumidores y usuarios una participación equitativa en los beneficios resultantes de su puesta en práctica. iii) no impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para los objetivos perseguidos. iv) no ofrezcan a las empresas participantes la posibilidad de eliminar totalmente la competencia respecto a una parte sustancial de los productos de que se trate. Así pues, las prácticas colusorias que reúnan los requisitos mencionados podrán beneficiarse de una exención legal o dispensa de la prohibición.

Santiago Martínez Lage. *El Abuso de la Posición de Dominio*. *Óp. cit.*, p. 66.

<sup>222</sup> En este caso en particular no se están cumpliendo con algunos, o con ninguno de los presupuestos fácticos que se encuentran dentro de las características de un cartel mencionados anteriormente, como son: Coexistencia de pocas firmas, creación de barreras de entrada, productos homogéneos sin sustitutos cercanos, e insensibilidad del consumidor con respecto al precio; pero es importante tratar esta posibilidad existente en la realidad por el hecho de que se puede suscitar el caso de que un acuerdo horizontal, sea considerado por parte de la autoridad de competencia a manera de cartel.

cierta conducta anticompetitiva por parte de los tres únicos operadores económicos de un país que expenden determinado bien o servicio. En el primer caso, el acuerdo podría incluso pasar completamente desapercibido para el mercado; mientras que en el segundo caso, el acuerdo podría cambiar por completo el comportamiento de dicho mercado relevante y efectivamente causar daño al bien jurídico protegido.

Para el caso de los carteles, existen requisitos preestablecidos para su aplicación, por ejemplo, en la Comunidad Europea, la Regla de las *Minimis* “se aplica a los acuerdos entre competidores reales y potenciales (acuerdos horizontales), siempre que su cuota de mercado conjunta no exceda el 10%.”<sup>223</sup>, cifra entendible en base a que se trata de acuerdos que si superan este número, deberán ser tratados mediante una investigación más profunda capaz de contemplar variables que de otra manera no fueran necesarias. Complementando lo anterior, la normativa europea establece que “para los mercados donde haya un efecto acumulativo producido por redes paralelas de acuerdos similares, estos umbrales de cuota de mercado se reducirán al 5%.”<sup>224</sup>

En el Ecuador la Regla de *Minimis* se encuentra enunciada en el Artículo 13 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado que dice: “Las prohibiciones establecidas en el Artículo 11 no se aplicarán a aquellas conductas de operadores económicos que por su pequeña escala de operación y/o por su escasa significación, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia”<sup>225</sup>. Ese mismo Artículo da a la Junta de Regulación para determinar los criterios para la aplicación de la Regla de *Minimis*. En este caso se le otorga potestad discrecional a la Junta de Regulación para

---

<sup>223</sup> Síntesis de la Legislación de la U.E. Comunicación de *Minimis*: exención para los acuerdos de menor importancia. Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (*de Minimis*) [Diario Oficial C 368 de 22.12.2001]. Consultado: 2/septiembre/2012. Disponible en: [http://europa.eu/legislation\\_summaries/competition/firms/l26072\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/l26072_es.htm)

<sup>224</sup> Síntesis de la Legislación de la U.E. Comunicación de *Minimis*: exención para los acuerdos de menor importancia. Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (*de minimis*) [Diario Oficial C 368 de 22.12.2001]. Consultado: 2/septiembre/2012. Disponible en: [http://europa.eu/legislation\\_summaries/competition/firms/l26072\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/l26072_es.htm)

<sup>225</sup> Artículo 13 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado según el reglamento esta regla no aplicaría para todos los carteles, delimitando por ejemplo a los carteles de fijación de precio como un cartel donde no se puede aplicar a la Regla de *Minimis*, contradiciendo en cierto sentido a la regla tal y como se lo puede apreciar en el ejemplo que se ha puesto en este título.

emita los criterios por medio de los cuales se aplicará la Regla de Minimis, dicha potestad discrecional debe regirse a la Ley, según lo establecido en el Reglamento para el control de discrecionalidad y en base a los principios de legalidad y reserva legal, por lo que la Junta de Regulación deberá regirse al hecho de que “las prohibiciones establecidas en el Artículo 11 no se aplicarán” a los casos donde estos acuerdos no afecten al mercado<sup>226</sup>.

Aquí surge un conflicto en vista de que se presenta una contradicción entre el Artículo 13 de la L.O.R.C.P.M. y su Reglamento, por un lado la Ley establece que las prohibiciones establecidas en el Artículo 11 no se aplicarán a los casos que no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia; el Reglamento en su Artículo 9 excluye a algunos acuerdos de la aplicación de la Regla de Minimis sin importar si los mismos, “por su pequeña escala de operación y/o por su escasa significación”<sup>227</sup>, no son capaces de afectar de manera significativa a la competencia.

El enunciado del Artículo 9 del Reglamento dice: “Las conductas enumeradas en el Artículo anterior se excluyen de la aplicación de la Regla de Minimis establecida en virtud del Artículo 13 de la Ley y conforme este Reglamento”.

Esta contradicción existente, debería de resolverse mediante los criterios del orden jerárquico de aplicación de las normas establecido en la Constitución y por los principios básicos del Derecho<sup>228</sup>, como el principio de legalidad, de supremacía constitucional, entre otros principios inherentes que establecen que “la norma que determina la creación de otra, es superior a ésta; la creada de acuerdo con tal regulación, inferior a la primera.”<sup>229</sup>

Dentro del Artículo 9 del Reglamento se hace referencia a que la Regla de Minimis no se aplica a acuerdos que “repartan, restrinjan, limiten, paralicen, establezcan obligaciones o controlen concertadamente la producción, distribución o comercialización de bienes o

---

<sup>226</sup> Artículo 13 L.O.R.C.P.M.

<sup>227</sup> Artículo 13 L.O.R.C.P.M.

<sup>229</sup> Alfonso Zambrano. *Teoría de la Pirámide Jurídica de Kelsen*. Guía didáctica: Derecho Constitucional. UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA.

servicios”<sup>230</sup>, caso puntual donde no existe contradicción alguna con lo establecido por la Ley ya que la misma habla de “conductas de pequeña escala de operación que no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia”<sup>231</sup>; mientras que aquí se trata de un acuerdo que implica concentración; por lo que simplemente el Reglamento enfatiza lo establecido por la Ley en el Artículo 13.

En tal caso, hay que esperar al pronunciamiento de la Junta de Regulación para conocer sobre los términos de aplicación de la Regla de Minimis sobre los carteles.

### 3.6.2 Conductas Justificadas

Existen algunas conductas que son permitidas siempre que existan justificaciones para las mismas, por ejemplo, podemos hablar de un caso donde varios operadores económicos pertenecientes al sector de exportaciones de camarón conforman, mediante un acuerdo, una entidad con carácter de asociación mediante la cual se entablen algunos mecanismos lícitos que faciliten el ejercicio de esa actividad en particular; y se niegue el acceso a la misma a un exportador de otro producto proveniente del mar como es el atún. En este caso en particular existe una justificación en no aceptar al operador económico que se dedica a la exportación de atún, ya que son productos similares en cuanto a su proveniencia, condiciones de refrigeración, condiciones de traslado, etc., la asociación está destinada, únicamente para los operadores económicos que se dedican a la exportación del camarón, donde se abarca a todos los tipos de camarón.<sup>232</sup>

Para efectos de la presente tesis, a continuación nos referiremos únicamente a los casos de conductas que puedan ser justificadas por su naturaleza en la legislación, jurisprudencia y doctrina, para lo cual se hará referencia a las conductas enunciadas en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en la que encontramos que

---

<sup>230</sup> Reglamento a la L.O.R.C.P.M Artículo 8.

<sup>231</sup> Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado Artículo 13.

<sup>232</sup> Otro ejemplo clásico de una conducta justificada se da en una “venta atada” durante un período determinado de tiempo, que responda al lanzamiento de un producto que determinado operador u operadores pretenden introducir en el mercado, lo que resultaría una política comercial válida desde el punto de vista del Derecho de la Competencia, a pesar de que se está hablando de una conducta que implica la venta de un producto mediante la venta de otro producto principal que puede o no estar relacionado con éste, obligando al adquirente a comprar ambos productos, cuando tal vez se encontraba interesado solamente en el producto principal.

los numerales 7, 8, 12, 13, 14, 17, 19, y 21 del Artículo 11 tratan sobre acuerdos que podrían ser tolerados siempre y cuando su conducta se encuentre justificada.

El numeral 14 ibídem que habla sobre denegar de modo injustificado la admisión de operadores económicos a una asociación, gremio o ente similar, puede ser revertido mediante situaciones donde se delimite el mercado a tal punto que un operador económico que podría confundir su actividad con la de los participantes de la asociación para obtener los beneficios de la misma; un ejemplo de esto puede referirse a una asociación de floricultores de rosas, donde otro operador que también es agricultor dedicado a las flores que pretende ingresar a dicha asociación es negado a ingresar porque las flores que el planta no son rosas, sino de claveles, en este caso la negación es justificada ya que la asociación a pesar de ser florícola, es de cultivadores de rosas y no de claveles, que a la final resultan mercados relevantes diferentes.<sup>233</sup>

### 3.6.3 Acuerdo o cartel exento

El Artículo 12 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado establece expresamente algunas exenciones a la prohibición de los acuerdos enunciados en el Artículo 11 de la misma, dichas exenciones recaen puntualmente en los acuerdos que contribuyan a:

- Mejorar la producción
- Optimizar la comercialización y distribución de bienes y servicios
- Promover el progreso técnico
- Incentivar el progreso económico<sup>234</sup>

Todos estos acuerdos establecidos dentro de las exenciones, se pueden suscitar “sin que sea necesario una autorización previa”<sup>235</sup> por parte de la autoridad, siempre y cuando cumplan toda una serie de condiciones establecidas dentro de la misma Ley como: 1.

---

<sup>233</sup>Cuando se determinan mercados relevantes, los mismos pueden ser visto desde una óptica general, es decir de una manera amplia, o pueden ser concebidos desde una óptica estrecha; como es el caso aquí presentado a manera de ejemplo donde un mercado relevante que en un principio podría percibirse como todo un sector florícola, termina en un mercado relevante donde se limita a los cultivadores de determinada flor.

<sup>234</sup> Art 12 de la L.O.R.C.P.M.

<sup>235</sup> Art 12 de la L.O.R.C.P.M.

Permitir a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas, 2. No imponer restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos y 3. No otorgar a los operadores económicos la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.<sup>236</sup>

Otro aspecto que hay que tomar en cuenta, es que según el Reglamento “Los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas contemplados en el Artículo 11 de la Ley que reúnan las condiciones del Artículo 12 de la misma, no están prohibidos, sin que sea necesaria autorización previa a tal efecto”<sup>237</sup>

Hay que mencionar que la Ley es clara al indicar que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado examinará permanentemente los actos y las conductas de operadores económicos que se acojan al régimen de exención antes mencionado; además, que la misma evaluará constantemente que se cumplan las condiciones que permiten su implementación.<sup>238</sup>

#### 3.6.4 Beneficio superior al perjuicio

Una vez que se han señalado las situaciones y condiciones donde los carteles deben ser tolerados debido a su intrascendencia en el mercado y a las conductas que tienen una razón de ser que justifiquen su accionar, se hará referencia sobre los carteles que a pesar de no encontrarse dentro de los casos anteriormente citados, podrían ser tolerados por parte del Derecho de la Competencia<sup>239</sup>; no necesariamente porque no exista un tipo legal preestablecido o un perjuicio a algún bien jurídico protegido determinado, sino que se hace alusión a las situaciones donde efectivamente existe cualquiera de esos presupuestos

---

<sup>236</sup> Art 12 de la L.O.R.C.P.M.

<sup>237</sup> Art. 10. Numeral 2 del reglamento de la L.O.R.C.P.M.

<sup>238</sup> según la LORCPM, Si, de oficio o previa denuncia, la Superintendencia comprobare que uno o varios actos o conductas implementadas con arreglo a la exención establecida en virtud de este artículo no cumple con cualquiera de las condiciones establecidas en el inciso anterior, o se aplican de manera abusiva o son contrarios al objeto de esta Ley, mediante resolución, dispondrá la cesación correspondiente, sin perjuicio de la aplicación de medidas preventivas, correctivas y sanciones de conformidad con la presente Ley.

<sup>239</sup> También en este caso se puede hablar de la doctrina de las restricciones auxiliares (ancillary restraints), que como se verá más adelante se refiere a los casos de acuerdos o carteles donde la restricción a la competencia es simplemente un elemento auxiliar que promueve otro objeto superior.

atentatorios previstos en la normativa, pero a pesar de aquello, la autoridad de competencia posea argumentos válidos para no oponerse al cartel ni sancionar a sus miembros. Esto es posible mediante herramientas brindadas tanto por el Derecho, así como por herramientas brindadas por la misma normativa ecuatoriana.

La posibilidad para que un cartel pueda subsistir en el mercado pese a las condiciones mencionadas es que prevalezca el beneficio de un cartel sobre los perjuicios que este puede generar, este beneficio del que se habla debe ser capaz de permitir que un cartel sea tolerado pese a encontrarse dentro del tipo, atender al bien jurídico, no aplicar a la regla de *Minimis*, y no encontrarse justificado ni exencionado por la normativa,

Por lo que se presenta una incógnita en el momento de determinar a un acuerdo horizontal o cartel como beneficioso puesto que, históricamente, buena parte de la doctrina y del Derecho Comparado, los ha planteado a manera de una conducta, la cual se tiene que juzgar *per se*<sup>240</sup>, ya que han sido considerados como una práctica netamente perjudicial<sup>241</sup>, casi negando de antemano la posibilidad de que los mismos puedan llegar a ser vistos como beneficiosos; hecho que ha cambiado dándose apertura para que el cartel, al igual que otras conductas atentatorias a la competencia pueda subsistir en la práctica.

Dentro de este contexto se presentan dos caminos diferentes que a la larga tienen el objetivo de determinar el provecho que podría tener un cartel frente al perjuicio que pueda ocasionar. El primero corresponde a la vía brindada especialmente desde el ámbito del Derecho de la Competencia como rama especializada que son las restricciones auxiliares y, el segundo, que radica en prácticas anticompetitivas que pueden generar beneficios

---

<sup>240</sup>Esto no contradice lo mencionado en el presente documento sobre el avance que ha tenido la regla de la razón para juzgar a las diferentes conductas atentatorias a la competencia, pero como se ha mencionado aquí misma, la regla *per se* persiste en legislaciones para juzgar a cierto tipo de carteles como el de precios o el de repartición de mercado.

<sup>241</sup>“Comportamientos adelantados por dos o más empresas mediante los cuales arreglan su actuar dentro de un mercado, falseando la competencia”.

Mauricio Velandia. *Derecho de la Competencia y del Consumo. Competencia desleal, abuso de la posición de dominio; carteles restrictivos; actos restrictivos; integraciones económicas y protección al consumidor. Óp.cit.*, p. 109.

ajenos al mercado, que surgen de la esencia de la restricciones auxiliares<sup>242</sup>, sólo que acopladas para efectos de la presente tesis a la estructura del aparato normativo ecuatoriano dentro del esquema de Estado de Derechos y Justicia: restricciones auxiliares de segundo orden.

### 3.7 Restricciones auxiliares

Para que el cartel genere beneficios, debería presentar elementos, características, propiedades, o resultados que sean capaces de generar una utilidad o provecho suficientemente significativo para brindar un bienestar o utilidad que sea superior al daño que este pudiese causar; lo que se denomina *doctrina de restricciones auxiliares* que admite prácticas anticompetitivas siempre y cuando conlleven un propósito superior al daño, generándose la posibilidad de separación en el trato entre las conductas que afecten a la competencia sin presentar una intención u objeto superior que amerite dicha práctica, es decir, el cartel promedio que sólo busca beneficios para los cartelizados, donde exista de por medio un fin superior que prevalezca sobre la restricción a la competencia generada por éste.

Según Coloma ésta “división entre restricciones directas y auxiliares y su relación con la anticompetitividad en sí misma y con la Regla de la Razón tuvo su origen en la sentencia que definió el caso “EEUU c/ Addyston Pipe y otros” en 1898”<sup>243</sup>, y desde ese entonces ha permitido que tanto las autoridades de competencia como los jueces contemplen la posibilidad de contraponer a la opción de que una conducta sea permitida siempre y cuando sea de utilidad para un fin mayor. Una de las posturas que se proponen en la sentencia antes mencionada considera que “la restricción de la competencia era un elemento auxiliar que ayudaba a conseguir otro objetivo diferente (por ejemplo, una mejora en el sistema de distribución, la provisión de un nuevo servicio conjunto, etc.)”<sup>244</sup>, objetivos que van ligados a lo concerniente al mercado y a la competencia.

---

<sup>242</sup> Para el caso de la presente tesis, se ha decidido hacer una división al enunciado de los beneficios brindados por un cartel, más que nada por temas procesales que pueden afectar o distorsionar el objeto del presente análisis.

<sup>243</sup> Germán Coloma. *Prácticas horizontales concertadas y defensa de la competencia*. Universidad del CEMA. Consultado: 8/octubre/2012. p. 10. Disponible en: [cdi.mecon.gov.ar/biblio/doc/cema/doctrab/170.pdf](http://cdi.mecon.gov.ar/biblio/doc/cema/doctrab/170.pdf)

<sup>244</sup> *Id.*, p. 12.

Un caso en el cual se puede evidenciar las condiciones establecidas para la aplicación de las restricciones auxiliares, es el de Estados Unidos contra “Chicago Board of Trade”<sup>245</sup> donde la Bolsa de Cereales de Chicago estableció horarios mediante los cuales se podía negociar los productos que se comercializan en ese lugar, y puso restricciones para que no se expendan fuera del mismo produciéndose una conducta colusoria tangible en contra de los comerciantes; pero aún así, se determinó que dicha conducta ayudaba a que los productos no se vendan a diferentes precios fruto de la especulación, con lo cual se protegía el precio cotizado en la Bolsa.

“En este caso, las restricciones expuestas se consideraron auxiliares al objetivo legítimo de mejorar la transparencia y el funcionamiento competitivo del mercado y, por tanto, se las consideró razonables y no perjudiciales para el interés general”<sup>246</sup>.

Otro caso que vale la pena tener en cuenta es el que se produjo en los Estados Unidos entre una compañía discográfica y dos asociaciones de autores y compositores donde:

en su sentencia absolutoria de ASCAP y BMI, la Corte Suprema interpretó que la restricción horizontal atacada era auxiliar al objetivo principal de permitir el ejercicio de los derechos de autor por parte de sus dueños, que era lo que justificaba la existencia en sí de las asociaciones de autores y compositores. Dicha restricción auxiliar, además, se consideró razonable, ya que permitía una mayor integración del mercado y un ahorro de costos en la negociación y en el control del uso de las composiciones musicales.<sup>247</sup>

En este caso se puede comprobar que el objeto de la restricción a la competencia ocasionado por el acuerdo, tiene el objeto de que prevalezca el Derecho de Autor de los diferentes artistas, por lo que se le otorga la categoría de auxiliar a manera de un mecanismo para que subsista el derecho mencionado.

---

<sup>245</sup> **U.S. Supreme Court. Chicago Board of Trade v. United States, 246 U.S. 231 (1918)**

<sup>246</sup> Germán Coloma. *Defensa de la Competencia. Análisis Económico comparado. Óp.cit.*, p. 90.

<sup>247</sup> Germán Coloma. *Prácticas horizontales concertadas y defensa de la competencia*. Universidad del CEMA. Consultado: 8/octubre/ 2012. p. 13. Disponible en: [cdi.mecon.gov.ar/biblio/doc/cema/doctrab/170.pdf](http://cdi.mecon.gov.ar/biblio/doc/cema/doctrab/170.pdf)

*caso referido:* U.S. Supreme Court, Broadcast Music, Inc. v. CBS, Inc., 441 U.S. 1 (1979), No. 77-1578, Argued, January 15, 1979, Decided April 17, 1979. 441 U.S. 1

Esta restricción auxiliar a la que se hace alusión, como se puede apreciar es una doctrina desarrollada por el Derecho de la Competencia para los casos donde un cartel pueda ser tolerado en base a la función o finalidad del mismo, ya sea en el ámbito estrictamente del mercado, u orden público económico como los bienes jurídicos<sup>248</sup> protegidos, como en el caso de la Bolsa de Cereales de Chicago; o desde perspectivas que incluso se pueden alejar del ámbito de la competencia como, por ejemplo, el hecho de proteger otro bien jurídico contemplado en un instrumento distinto perteneciente a la misma normativa como es el caso de los derechos de autoría resguardados en la sentencia de ASCAP y BMI.

Con estos antecedentes, se puede decir que las restricciones auxiliares se podrían aplicar en la medida que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado pondere respecto a los casos que estén a su alcance bajo la Regla de la Razón y en base a los Artículos 1,3,38 y 48 de la Ley<sup>249</sup>, los mismos que la facultan a esta entidad para analizar a cada una de las prácticas atentatorias a la competencia mediante la Regla de la Razón y siguiendo los lineamientos establecidos en la misma normativa.

### **3.8 Restricciones auxiliares de segundo orden**

Surge una problemática importante en el momento en que estas restricciones auxiliares tratan temáticas distintas a las relacionadas estrictamente con la libre competencia, con el mercado, o con la eficiencia económica, en otras palabras cuando se habla de principios como el bienestar general, mismo que abarca a los conceptos antes mencionados pero no se limita a ellos.

Por este motivo es necesario separar las restricciones auxiliares enfocadas al beneficio de la competencia propiamente dicha, de las restricciones a la competencia que pueden

---

<sup>248</sup> Los bienes jurídicos a los que se hace alusión puede ser por ejemplo el Derecho de Autor contemplados en la sentencia:

U.S. Supreme Court, Broadcast Music, Inc. v. CBS, Inc., 441 U.S. 1 (1979), No. 77-1578, Argued, January 15, 1979, Decided April 17, 1979. 441 U.S. 1

<sup>249</sup> L.O.R.C.P.M.

generar beneficios en otros aspectos que se alejan de la misma; división que no responde a lo establecido por la doctrina o por el Derecho de Competencia en general, sino que se debe a que los mecanismos procesales, al igual que sus fundamentos internos a nivel Autoridad de Competencia podrían ser diferentes, debido a que se podrían abarcar temas como contraposición de instrumentos legales, colisión de posturas económicas o principios y derechos garantizados en la Constitución, entre otros aspectos que ameritan un trato diferenciado al de las restricciones auxiliares vistas de una manera tradicional.

Por lo mencionado, se plantean a las prácticas anticompetitivas que pueden generar beneficios ajenos al mercado o restricciones auxiliares de segundo orden, de la misma manera que las restricciones auxiliares, sólo que se parte de situaciones donde existen interés que no necesariamente responden a la competencia, sino que pueden provenir de otra área que también se encuentra contemplada en la misma normativa como es el caso de la propiedad intelectual<sup>250</sup>; o incluso se puede tratar de principios y derechos garantizados en la Constitución, que pueden friccionar con los mismos derechos que resguarda la Ley de Regulación y Control del Poder de Mercado<sup>251</sup>, los cuales así mismo se encuentran garantizados por ésta.

En el caso del Ecuador encontramos que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado tiene la potestad para controlar regular y sancionar al mercado tomando en cuenta algunos parámetros, los cuales recaen en el objeto de la LORCPM, que entre otros contempla “la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas”<sup>252</sup>, mismo que parecería negar la posibilidad de que se aplique este tipo de restricciones; pero si tomamos en cuenta a los propósitos dados por la ley, podemos encontrar: “buscar 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.”<sup>253</sup> donde no se descarta el concepto de bienestar general, dentro

---

<sup>250</sup> El área de la propiedad intelectual, contempla los derechos de autor contemplados en la sentencia U.S. Supreme Court, Broadcast Music, Inc. v. CBS, Inc., 441 U.S. 1 (1979), No. 77-1578, Argued, January 15, 1979, Decided April 17, 1979. 441 U.S. 1

<sup>251</sup> 284, 304, 334, 335, 336 de la Constitución de la República del Ecuador.

<sup>252</sup> Art. 1 L.O.R.C.P.M.

<sup>253</sup> Art 1 L.O.R.C.P.M.

del cual pueden estar abarcados a los principios y derechos ajenos a la temática de la competencia, es decir que el organismo de regulación y control debe contemplar, para emitir una decisión, elementos que conduzcan a dicha finalidad, y deberá determinar que es lo más conveniente para la sociedad en función a la objeto y la finalidad de la ley.<sup>254</sup>

Cabe mencionar que las restricciones auxiliares como las restricciones auxiliares de segundo orden para que puedan ser aplicadas en virtud de sus beneficios y pese a sus perjuicios, deben cumplir con parámetros mínimos de suficiencia que deberán ser resueltos por las autoridades conforme se desarrolle esta materia en el país, y mediante las resoluciones, opiniones, consultas y sentencias de las autoridades administrativas y judiciales, se conocerá de primera mano si las restricciones auxiliares y las restricciones auxiliares de segundo orden se aplicarán en vía administrativa, judicial o conjunta.

---

<sup>254</sup> Visto solamente desde la problemática de la Constitución, el Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, implica que es un Estado que garantiza la aplicación de los derechos contemplados en la Constitución, los mismos que a su vez tienen una prelación dependiendo del área e importancia de éstos, donde se encuentran los derechos inherentes a la competencia conjuntamente con una lista de derechos amparados en la misma normativa.

Así mismo la Constitución en el Artículo 11, numeral 1 menciona que “los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes, estas garantizarán su cumplimiento”<sup>254</sup>. En el numeral 3, se dice que “los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación y por ende cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio, o a petición de parte”<sup>254</sup>, conjugando la temática de la aplicación directa.

## **CAPITULO IV.**

### **MECANISMOS DE ANÁLISIS Y CONTEXTUALIZACIÓN DEL CARTEL PERMITIDO**

El presente capítulo tratará sobre los diferentes mecanismos que se pueden aplicar mediante la regla de la razón para efectuar el análisis a cada uno de los casos, para lo cual se hablará de mecanismos especializados y pertenecientes a la rama del Derecho Económico como el Análisis Económico del Derecho conjugado con la ponderación, los que resultan indispensables para el desarrollo de los análisis y la combinación de los temas económicos y jurídicos indispensables dentro del contexto de la presente tesis.

También se contextualizarán las posibles situaciones, ejemplos y casos que, con los argumentos existentes en la normativa que brindarán el sustento para los carteles puedan ser admitidos en la práctica.

Es menester decir que en el presente capítulo, al no existir casos previos en el Ecuador al igual que en el resto de la presente tesis, se conjuga los preceptos, herramientas y casos brindados por el Derecho de la Competencia, por lo que las exenciones propuestas en las diferentes situaciones y ejemplos, más que responder a una exención ipso iure, responden a la doctrina y casuística.

#### **4.1 Mecanismos de análisis**

Para que un acuerdo o cartel sea considerado beneficioso, deben de tomarse en cuenta una serie de parámetros que exceden a los que normalmente lo tipifican como una conducta anticompetitiva; estos parámetros deberán ser tratados por mecanismos de análisis que vistos desde el punto de vista jurídico, son principalmente los siguientes:

- La ponderación.
- El análisis económico del Derecho.

El primer mecanismo de análisis se debe a que forma parte fundamental del Derecho puesto a que a lo largo de la historia han existido conflictos entre normativas, pretensiones y conceptos; por lo que se ha procurado que la sociedad no se vea perjudicada por ellos, desarrollándose en respuesta un esquema de ponderación bastante lógico y ordenado; el segundo mecanismo de análisis debe ser tomado en cuenta ya que es una herramienta tanto del Derecho como de la Economía enmarcándose precisamente en el “Derecho Económico”, y fue concebida para determinar la eficiencia de la aplicación de la normativa en los diferentes casos donde existe la posibilidad de que una misma decisión pueda afectar de diversas formas a uno o varios intereses.

## 4.2 Ponderación

Es pertinente comenzar diciendo que la ponderación, en materia de competencia, se la aplica de manera diferenciada a las otras ramas del derecho ya que el razonamiento va de la mano con la eficiencia de la aplicación de la norma, conjugada con los elementos económicos ya mencionados en la presente tesis.

La ponderación, denominada también como teoría de los principios<sup>255</sup> consiste en establecer un orden, derivado de una “situación de conflicto o confusión que requiere de una decisión en base a principios básicos”<sup>256</sup>, buscando siempre el mayor beneficio y dando primacía a los intereses fundamentales; según Robert Alexy, en su obra Teoría de los Derechos Fundamentales, la ponderación “no es más que la optimización relativa a principios contrapuestos”<sup>257</sup> por lo que de primera mano se puede reconocer que la ponderación recurre a criterios básicos que resultan ser claves para llegar a una decisión concreta al momento de tener que elegir entre dos o más opciones disputadas; por lo que para la ponderación no existe una regla definida que establezca un deber ser, sino que por el contrario, tomando en cuenta los elementos y posibilidades procura establecer un orden

---

<sup>255</sup> Eduardo Montealegre. *La Ponderación en el Derecho*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, año 2008. p. 78

<sup>256</sup> *Id.*, p. 78

<sup>257</sup> Robert Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, año 1993. p. 166

de prioridades. Para entender mejor los conceptos manejados en este punto, se ha tomado el criterio de Eduardo Montealegre que versa de la siguiente manera

una regla se distingue por su carácter de todo o nada, se cumple o no. En último caso no se encuentra aplicación; [...] En contraposición a la regla como “deber ser definitivo”, un principio representa simplemente un “deber ser *prima facie*”: un principio no tiene carácter de todo o nada sino de más o menos. Está determinado por el hecho de que puede cumplirse en distinto grado y que la medida exigida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas<sup>258</sup>

Para complementar lo anteriormente mencionado, podemos tomar a la definición de ponderación del ex Tribunal Constitucional, misma que está dada a manera de “un balance de razones jurídicas y fácticas que permitan tomar una decisión razonable”<sup>259</sup>; de esta definición es importante tomar en cuenta que se resaltan elementos fundamentales como son:

- el balance,
- las razones jurídicas y por ende la normativa,
- los hechos circundantes, y
- una decisión fundamentada en la razón;

Elementos que resultan ser trascendentales para determinar que una conducta caracterizada como anti competitiva como el cartel, pueda resultar más beneficioso que perjudicial.

Tomando en cuenta estos elementos, se puede comprender la validez y la necesidad de la aplicación de la ponderación en el Derecho de la Competencia, ya que abarca tanto la valoración y el discernimiento de la normativa, conjuntamente con los demás elementos jurídicos y no jurídicos que constituyen una conducta como el cartel, mismo que abarca elementos jurídicos, económicos, sociales, e intereses directos tanto de los miembros del acuerdo, como indirectos, ya sea de los consumidores, trabajadores, gente relacionada en el entorno económico-social específico, o incluso del mismo Estado; por lo que es trascendental que se aplique una ponderación que no se quede en lo superficial del cartel,

---

<sup>258</sup> Eduardo Montealegre. *La Ponderación en el Derecho*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, año 2008. p. 79

<sup>259</sup> Resolución 32 del Tribunal Constitucional, Registro Oficial Suplemento 68. 05 de agosto del 2008

sino que sea profunda, abarcando todos y cada uno de los elementos que componen a dicho acuerdo o cartel.

Rodolfo Arango, Profesor de la facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia, hace alusión a esta ponderación profunda afirmando que a la ponderación se la puede ver desde puntos de vista diferentes, como por ejemplo, en un sentido amplio la ponderación es “sinónimo de valoración y discernimiento”<sup>260</sup>, mientras que en un sentido estrecho la cataloga a manera de “sopesar o estimar el peso de diferentes elementos”<sup>261</sup>; la ponderación a la cual se ha venido haciendo referencia en este documento, es aquella que abarca a estos dos puntos de vista, es decir, una ponderación lo más completa posible.

Para el Derecho Económico, en el que se encuentra inmerso el Derecho de la Competencia, la ponderación es un elemento clave ya que ayuda, entre otras cosas, a “Calcular el daño y establecer la relación causal con un evento supuestamente desencadenante de ese daño”<sup>262</sup>, que es precisamente lo que se tendría que analizar sobre los carteles, y es por este motivo que se tendría que individualizar al mismo para que su análisis sea objetivo, contemplándose cada uno de los elementos que puedan perjudicar o, en su caso, beneficiar tanto a la economía como a la sociedad en general.

Como ya se mencionó, es importante entender que la ponderación en esta rama del derecho, así como en algunas otras ramas, no solamente se limita al análisis de una u otra ley, o se enfoca en temáticas pertenecientes solamente a la normativa, sino que involucra varios otros elementos obedeciendo principalmente a sus orígenes que recaen en la sociedad, el Derecho, y la Economía, tal como podemos apreciar en la siguiente afirmación.

El Derecho Económico se presenta así como un conjunto de normas jurídicas relacionadas entre sí, no solo con arreglo a simples criterios de jerarquía normativa, sino también en función de

---

<sup>260</sup>Rodolfo Arango. *La Ponderación y la Ley de Justicia y Paz*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, año 2008. p. 187

<sup>261</sup> *Id.*, p. 187.

<sup>262</sup> Pedro Ignacio Bernal F. y otros. *Derecho Económico*. Universidad Externado de Colombia. Colombia, año 2000. p. 349

la estructura del sistema económico y de la conexión y relaciones de dependencia entre los distintos sectores del sistema<sup>263</sup>

Afirmación que conlleva a reflexionar que ponderar, especialmente en esta rama del Derecho, es una tarea ardua compuesta de análisis amplios y controvertibles<sup>264</sup>, como se menciona claramente en un texto elaborado por varios autores concedores de la materia: “es una labor hasta ahora compleja que ha requerido de un análisis que suscitan controversia”<sup>265</sup>, por lo que es importante que dicho análisis sea claro y determinante ya que lo que se busca es establecer respuestas concluyentes; todo esto, a pesar de que dicho resultado difiera de los criterios de otros casos singulares, así como de los emitidos por otras instituciones equivalentes en otras legislaciones. Gaspar Ariño Ortiz, al respecto opina que

La relación Derecho y economía adquiere en esta categoría un valor fundamental: *cada sistema económico tiene su propio Derecho económico*. Por lo general, la mayoría de las instituciones jurídico-económicas o son comunes a los distintos sistemas o, cuando menos, funcionalmente similares. Sin embargo, a pesar de esta comunidad o similitud de elementos institucionales, el sistema económico condiciona tanto la estructura del conjunto institucional, que se sistematiza en atención a criterios diferentes, como la concreta función de cada una de las instituciones<sup>266</sup>.

#### 4.2.1 Ponderación y pareto potencial

Es importante conocer que la ponderación en materia de competencia debe considerar otros factores que no son tomados en cuenta comúnmente en las diferentes ramas tradicionales del Derecho, es decir que la ponderación a la que se hace referencia conjuga temáticas inherentes al Derecho y a la Economía, que para efectos de esta materia se interrelacionan mediante el Análisis Económico del Derecho que será analizado en lo posterior.

Como podemos percibir, la eficiencia a la que se ha venido haciendo referencia, responde a un antecedente donde hay la necesidad de elegir entre situaciones en las que

---

<sup>263</sup> Gaspar Ariño Ortiz. *Principios de Derecho Público Económico*. Modelo de Estado Gestión Pública. Regulaciones Económicas. *Óp.cit.*, p. 62.

<sup>264</sup> Estos análisis resultan controvertibles debido a que se podrían manejar criterios y soluciones tanto empíricas como teóricas por parte de la autoridad.

<sup>265</sup> Pedro Ignacio Bernal F. y otros. *Derecho Económico*. *Óp. cit* p. 349

<sup>266</sup> Gaspar Ariño Ortiz. *Principios de Derecho Público Económico*. Modelo de Estado Gestión Pública. Regulaciones Económicas. *Óp.cit.*, p. 61.

alguien o algo puede resultar perjudicado en mayor o menor grado, esto sin importar la decisión que la autoridad adopte, por lo que dicha autoridad debería procurar visualizar una situación donde se proyecte el mayor beneficio posible por medio de un esquema de costo beneficio, intentando que el perjuicio sea menor, lo que en materia de economía “se dice que una situación es eficiente si no resulta posible mejorar el bienestar de ninguna persona sin empeorar el de la otra”<sup>267</sup>

El análisis de Pareto permite realizar el análisis mencionado ya que es “una comparación ordenada de factores relativos a un problema.”<sup>268</sup> La cual ayuda “a identificar y enfocar los pocos factores vitales diferenciándolos de los muchos factores útiles.”<sup>269</sup> En otras palabras el análisis de Pareto es “una comparación cuantitativa y ordenada de elementos o factores según su contribución a un determinado efecto.”<sup>270</sup> Mediante la cual se podría extraer una solución concreta para cada caso analizado.

#### 4.2.2 Pasos para la ponderación

Según la ley de la ponderación desarrollada por Alexi, “Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”<sup>271</sup> que es precisamente a lo que tenemos que llegar en el análisis de un acuerdo horizontal o cartel tipificado en la normativa pero que pretende mantenerse vigente debido a sus posibles beneficios.

---

<sup>267</sup> Germán Coloma. *Defensa de la Competencia. Análisis Económico comparado. Óp.cit.*, p. 29.

<sup>268</sup> Programa empresa. Análisis de Pareto. Consultado el 7 de nov. de 12. Disponible en: <http://www.programaempresa.com/empresa/empresa.nsf/paginas/F0216EF8AA41D80AC125702800566A32?OpenDocument>.

<sup>269</sup> Programa empresa Análisis de Pareto. Consultado el 7 de nov. de 12. Disponible en: <http://www.programaempresa.com/empresa/empresa.nsf/paginas/F0216EF8AA41D80AC125702800566A32?OpenDocument>

<sup>270</sup> Fundación Ibero-Americana para la Gestión de Calidad. Análisis de Pareto. Consultado el 7 de nov. de 12. Disponible en: [http://www.fundibeq.org/opencms/export/sites/default/PWF/downloads/gallery/methodology/tools/diagrama\\_de\\_pareto.pdf](http://www.fundibeq.org/opencms/export/sites/default/PWF/downloads/gallery/methodology/tools/diagrama_de_pareto.pdf)

<sup>271</sup> Miguel Carbonell. *Argumentación Jurídica, El Juicio de Ponderación y el Principio de Proporcionalidad*. Editorial Porrúa. Mexico D.F., año 2011. p. 37

Para este efecto, Carlos Bernal, concordando, con Robert Alexi, afirma que la ponderación puede ser dividida en tres pasos.<sup>272</sup>

- a) medir el grado de afectación del principio
- b) se define la satisfacción del principio contrario
- c) la determinación si la importancia de la satisfacción del principio contrapuesto, justifica la afectación del otro

Pasos que la autoridad de competencia debería seguir dentro de un proceso de ponderación al encontrarse con uno de los casos de acuerdos o carteles anteriormente mencionados.

### **4.3 Análisis Económico del Derecho**

Para que un cartel o acuerdo horizontal pueda ser tolerado por la autoridad de Competencia, a más de que pueda ser considerado como irrelevante dentro del mercado, y de que pueda cumplir con las exenciones y/o justificaciones previamente mencionadas, es necesario que se dé una ponderación de principios, derechos y bienes tutelados; pero, considerando que en esta materia se conjugan elementos, tanto económicos, como jurídicos y elementos propios de la rama del Derecho de Competencia, esta ponderación no podría efectuarse sin la aplicación del Análisis Económico del Derecho , mismo que “[...]promueve la aplicación en el derecho de las herramientas de análisis de la economía. Esto implica que la interpretación y evaluación de una norma se realiza desde la teoría económica, produciendo una reformulación del derecho acorde con ese modelo”<sup>273</sup>

Al respecto, Alfredo Bullard, en su obra Derecho y Economía, dice que “El Análisis Económico del Derecho (...) es una metodología de análisis que apareció,

---

<sup>272</sup> Id., P37.

<sup>273</sup> Alberto Ricardo. Dalla Via. *Derecho Constitucional Económico*. Segunda Edición. Buenos Aires, año 2006. p. 132

aproximadamente, en los '60 en los EE.UU., y que lo único que persigue es aplicar los métodos de la ciencia económica al Derecho.”<sup>274</sup>, sin dejar de lado los preceptos utilizados por cada una de estas dos ciencias.<sup>275</sup>

Por ejemplo, en el caso de leyes sobre competencia y de protección contra monopolios, los objetivos perseguidos por las normas son en gran parte de carácter económico y deben ser analizados como lo haría un economista, o por lo menos con la presencia de técnicos y especialistas conocedores de la materia que puedan aportar objetivamente al análisis mediante el estudio del mercado, sus efectos y demás variables a los que la ley se encarga de controlar y regular.

Siendo consecuentes con lo anterior, Santiago Martínez Lage dice que “Un enfoque económico requiere un examen minucioso de cómo funciona la competencia en cada mercado concreto, para evaluar el modo en que estrategias concretas de las empresas afectan al bienestar del consumidor”<sup>276</sup>, lo que respalda la teoría de que cada caso debe ser tratado de manera individual ya que no necesariamente, una estrategia comercial que puede involucrar acuerdos entre competidores afecte a un bien tutelado, y si fuera el caso contrario, donde si se afecta a un bien jurídico protegido, la afectación podría darse en distintos niveles según la particularidad de las condiciones y demás elementos circundantes.

Puesto que “un análisis económico tiene totalmente en cuenta el hecho de que muchas prácticas comerciales pueden tener distintos efectos en circunstancias distintas”<sup>277</sup>, se entendería que el mismo, actuando complementariamente con la ponderación, hacen factible que se produzca un análisis óptimo en donde es viable que se tome en cuenta la mayor cantidad de elementos posibles, ya sea del acuerdo, o cartel en sí mismo, como de los demás elementos adyacentes que forman parte del contexto en el cual se ha erigido

---

<sup>274</sup> Alfredo Bullard Gonzáles. *Derecho y Economía, El Análisis Económico de las Instituciones Legales*. 2da Edición. Palestra Editores. Lima, año 2006. p. 41

<sup>275</sup> A lo mencionado es importante indicar que este método de análisis surge gracias al aporte de la escuela económica de Chicago, que empezó a aportar en esta materia por parte de economistas que se han ganado prestigio en el estudio de la presente área.

<sup>276</sup> Santiago Martínez Lage. *El Abuso de la Posición de Dominio*. *Óp. cit.*, p. 100.

<sup>277</sup> *Id.*, p.100.

dicho acuerdo o cartel; solo de esta manera se puede tener un resultado amplio sobre el verdadero alcance y consecuencia de un acuerdo horizontal o cartel en un mercado relevante y el daño o posible daño que se pueda ocasionar a un bien jurídico tutelado.

Por otro lado, es importante conocer que el Análisis Económico del Derecho, conjuga los principios y las normativas establecidas por el Derecho, con los principios establecidos y manejados por la Economía, esto lo hace mediante la determinación y valoración de la “eficiencia”, termino fundamental dentro de esta materia, ya que gracias a la misma, se permite, bajo circunstancias determinadas, como el hecho de beneficiar un derecho o un bien jurídico tutelado, que conductas anticompetitivas tipificadas en la normativa como los carteles puedan subsistir a pesar de que se ha incurrido en un tipo penado por la ley. Esto es debido a que se aplican los principios de costo-beneficio, el cual responde a circunstancias donde puede darse el caso en que una conducta, que por lo general podría ser considerada dañina y por ende prohibida, pueda ser al mismo tiempo considerada como beneficiosa, y que incluso los beneficios que se generen a partir de la misma puedan resultar superiores a los perjuicios.

También es importante conocer que la eficiencia puede ser considerada tanto desde el punto de vista económico, como desde el punto de vista jurídico, ya que cada una de ellas mide las diferentes circunstancias propias de la ciencia a la que pertenecen, es decir que “mientras la eficiencia económica se mide en términos de costo-beneficio, la eficiencia de un sistema jurídico debe medirse por su aptitud para asegurar los valores que una determinada comunidad política sostiene”<sup>278</sup>, sobre estos valores mencionados, Alberto Ricardo Dalla en su libro sobre Derecho Constitucional Económico, menciona a manera de ejemplo que los mismos podrían ser: la libertad, la igualdad, la propiedad, la dignidad, el trabajo, el acceso a la justicia, entre otros<sup>279</sup>, dejando abierta la posibilidad a criterio de la autoridad, según sea el caso y la legislación.

---

<sup>278</sup> Alberto Ricardo. Dalla Via. *Derecho Constitucional Económico*. Segunda Edición. Buenos Aires, año 2006. p. 133

<sup>279</sup> Alberto Ricardo. Dalla Via. *Derecho Constitucional Económico*. Segunda Edición. Buenos Aires, año 2006. p. 133

## 4.4 Aplicabilidad de los mecanismos de análisis

El punto de la conjugación de la ponderación con el análisis económico del derecho es que las dos herramientas se concatenan mediante un mismo proceso unificador que permitirá a la autoridad obtener conclusiones lo más acertadas posibles para la toma de una decisión final sobre una conducta tipificada por la ley, para lo cual, habrán circunstancias donde un acto o conducta anticompetitiva sea declarada ventajosa o beneficiosa pese a que efectivamente obstaculizan la competencia y deberían ser prohibidos según la normativa.

Un caso en donde podemos apreciar la aplicación de la ponderación de principios derechos y bienes jurídicos protegidos en la figura de un cartel, mediante la implementación del análisis económico del Derecho es precisamente en el caso de EEUU vs. APPALACHIAN COALS<sup>280</sup>, donde se acusa de cartelizarse a operadores económicos que operan en el sector del carbón y de actuar bajo la aplicación de conductas que sin duda alguna son catalogadas como atentatorias a la competencia. La Corte Suprema de los Estados Unidos, a pesar de la existencia de dicho cartel y pese de las prácticas anticompetitivas detectadas, permite que el mismo continúe existiendo, ya que la corte consideró que la situaciones en las que se catalizaron los más de cien productores de carbón, eran completamente adversas para los mismos

La acción voluntaria para rescatar y preservar estas oportunidades, y por lo tanto para ayudar en el alivio de una industria deprimida y en la reactivación del comercio mediante la colocación de la competencia sobre una base más sólida, puede ser más eficaz que un intento de proporcionar recursos a través de procesos legales<sup>281</sup>,

---

<sup>280</sup> U.S. Supreme Court, *Appalachian Coals, Inc. v. United States* - 288 U.S. 344 (1933).

<sup>281</sup> “voluntary action to rescue and preserve these opportunities, and thus to aid in relieving a depressed industry and in reviving commerce by placing competition upon a sounder basis, may be more efficacious than an attempt to provide remedies through legal processes”. *appalachian coals, inc. v. united states* - 288 u.s. 344 (1933). p. 374. traducción: <http://translate.google.es/#en/es/voluntary%20action%20to%20rescue%20and%20preserve%20these%20opportunities%2c%20and%20thus%20to%20aid%20in%20relieving%20a%20depressed%20industry%20and%20in%20reviving%20commerce%20by%20placing%20competition%20upon%20a%20sounder%20basis%2c%20may%20be%20more%20efficacious%20than%20an%20attempt%20to%20provide%20remedies%20through%20legal%20processes>

Por lo que en este caso se considera que es prioridad el bienestar de aquella industria, sobre la tipicidad de las conductas, o sobre el mercado en general, abarcando todos sus componentes que podrían ser considerados como bienes jurídicos tutelados, respondiendo al Pareto potencial visto anteriormente en la ponderación.

Claro está que el “bienestar de la industria”, no se queda simplemente en la literalidad de la expresión, sino que se traduce en que se ha determinado que el mismo a manera de un nivel de eficiencia que conlleva la mantención de una actividad económica que abarca fuentes de empleo directos e indirectos, aportes fiscales, retribuciones sociales ya sea de carácter productivo o recreativo, interdependencia de otros sectores económicos que se relacionan de una u otra manera con la industria mencionada, inyección de divisas mediante usos de los diferentes servicios, productos y requerimientos cotidianos demandados por la industria, sus empleados o interdependientes, y demás variables que podrían responder a cada caso; demostrándose de esta manera que existen ocasiones donde el beneficio es mucho mayor al posible perjuicio.

#### **4.5 Contextualización del cartel permitido por el Derecho de la Competencia.**

Una vez que se ha expuesto los mecanismos que se dispone para efectuar el análisis de los carteles, y tomando en cuenta las posibilidades que tiene un cartel de seguir funcionando en un mercado relevante, es necesario contextualizar al cartel, en las diferentes situaciones donde esto podría suceder, y finalmente exponer de una manera singular a los que podrían aplicar a algunas de las situaciones mencionadas a continuación.

Hasta este momento queda claro que mediante el Análisis Económico del Derecho, que trabaja complementariamente con la Ponderación, es posible determinar la eficiencia de una conducta anticompetitiva, misma que basada en el criterio de costo-beneficio, puede favorecer a que una conducta como el cartel o acuerdo horizontal, que en un principio son considerados anticompetitivos, y de esta manera, los mismos puedan ser tolerados por la autoridad de competencia sin ser objeto de sanción.

Precisamente este hecho de que se tenga que tratar a las conductas anticompetitivas de manera singular, para poder aplicar todos los mecanismos de análisis ya mencionados, podría representar un inconveniente desde el punto de vista estricto de la normativa, ya que implícitamente se estaría hablando de que una conducta tipificada en la normativa, podría resultar vigente y sin sanción, por lo que en un principio, y de manera muy superficial se estaría atropellando a el mandato de la ley<sup>282</sup>, lo que no es del todo cierto, puesto a que existen ocasiones donde derechos, principios, bienes tutelados y normas podrían, contraponerse unas con otras.

Entonces, la pregunta que surge en este punto es, ¿Cómo lograr que las conductas anticompetitivas se traten de modo individual y se puedan aplicar en ellas los mecanismos de análisis como la ponderación y el Análisis Económico del Derecho?

La respuesta a esta pregunta, paradójicamente sale a la luz desde las mismas fuentes del Derecho de la Competencia, y es mediante la aplicación de la regla de la razón, misma que permite analizar al cartel detenidamente, lo que no pasaría mediante la aplicación de la regla *per se* que los juzga de una manera automática.

Ya que se ha tratado los temas estructurales de los acuerdos horizontales y los carteles, así como la óptica de la autoridad administrativa respecto a la responsabilidad y a los mecanismos de análisis por medio del cual se podría dar la tolerancia a los mismos según las diferentes circunstancias inmersas y colindantes, es imprescindible conocer algunas las diferentes circunstancias y condiciones en los cuales se podría tolerar a un cartel o acuerdo horizontal, así como mencionar y ejemplificar algunos de los acuerdos o carteles que se encuentren enmarcados dentro de dichas circunstancias, o que existan precedentes de su tolerancia dentro de la doctrina o el Derecho Comparado.

Con el fin ubicar estas circunstancias en las que se podrían tolerar este tipo de prácticas, hay que tener en cuenta todo lo analizado y expuesto, tanto en la ponderación como en el Análisis Económico del Derecho, ya que se ha dejado claro que las mismas pueden resultar beneficiosas, así como también se ha mencionado la existencia de

---

<sup>282</sup> En ningún momento se plantea una idea contraria al principio de presunción de legalidad.

criterios que en la práctica han hecho posible la tolerancia del cartel. A continuación se expondrán algunas de las circunstancias, razones y casos por las que se podría tolerar un cartel.

#### 4.5.1. Inexistencia de equilibrio competitivo.

Para esto, hay que tener claro que la idea de que la cartelización “no tiene en principio ningún tipo de ventaja de eficiencia productiva que pueda relacionarse con un mejor aprovechamiento de los recursos o con el ahorro de los costos”<sup>283</sup>, a pesar de tener sustento y aplicabilidad en la mayoría de los casos de acuerdos horizontales o carteles comprobados, no es estrictamente concluyente; Germán Coloma deja abierta la puerta para que la ya mencionada expresión no se la tome a manera de afirmación determinante ya que existen excepciones, como por ejemplo mercados que por su naturaleza no conciba un equilibrio competitivo, tal y como se expone a continuación:

“La inexistencia del equilibrio competitivo en mercados que se presentan lo que se conoce como “núcleo vacío” (emptycore), por ejemplo, a llevado a ciertos autores a sostener que la colusión puede ser un mecanismo a través del cual mercados que de otro modo vivirían en permanente desequilibrio (con constantes entradas y salidas de empresas, quiebras y reestructuraciones societarias) logran una estructura industrial estable y más eficiente [...]”<sup>284</sup>

#### 4.5.2 Privilegios otorgados por otras normas

Así mismo existen otras circunstancias, dadas por la misma normativa, y extraídas de otras ramas del Derecho que justifican de cierta manera a circunstancias, que de otro modo se podrían considerar como prácticas anticompetitivas, un ejemplo de lo mencionado podemos encontrar en los Derechos de Propiedad intelectual, ya que los mismos

por su propia naturaleza, confieren a sus titulares una posición en el mercado especialmente privilegiada, parapetándoles, en cierto modo, contra los rigores de la competencia, al otorgarles de un modo “legal” que les faculta para excluir a terceros del acceso y uso del proceso, producto o creación protegida<sup>285</sup>

---

<sup>283</sup> Germán Coloma. *Defensa de la Competencia. Análisis Económico comparado. Óp.cit.*, p. 80.

<sup>284</sup> *Id.*, p. 80.

<sup>285</sup> Luis. Ortiz Blanco. Álvaro Ramos Gómez, *Derecho de la Competencia europeo y Español. Curso de Iniciación Volumen VI*. Editorial Dykinson. Mdrid, España: 2005. Pg. 71

Podemos tomar como ejemplo al caso *Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc.*<sup>286</sup>, caso en el cual la Corte Suprema de los Estados Unidos decide absolver un acuerdo dado entre dos asociaciones de autores y compositores que vendían conjuntamente los derechos de los autores a los que representaban; la corte en este caso adopta un criterio mediante el cual se aduce que se trataba de una restricción a la competencia de carácter auxiliar ya que lo que se pretende mediante dicha restricción es proteger a los derechos de autor y de esta manera se brinda una razón de ser a dichas asociaciones.

Sobre estos casos, podemos decir que “Las medidas consideradas como obstáculos al comercio son materias del ámbito interno de cada país, que tienen su origen en objetivos distintos al comercial”<sup>287</sup>, debido a que cada país y cada legislación, conforme a sus intereses y necesidades define bienes específicos que deberán ser custodiados por la norma, es decir que los mismos “corresponden a la legislación que el país ha creado por razones distintas a las comerciales.”<sup>288</sup>.

#### 4.5.3 Derechos, bienes, e intereses superiores

Algunas de las razones que pueden motivar al Estado a tomar medidas dentro de la normativa para regular, limitar, o permitir conductas pueden ser:

el empleo, la balanza de pagos, la protección al consumidor, la seguridad y soberanía cultural, y objetivos de equidad social o de desarrollo, como la prestación de servicios de calidad a todos los miembros de la población y el establecimiento de capacitación tecnológica<sup>289</sup>

Estas razones, son precisamente las mismas que permiten que el Estado, por medio de sus autoridades reconozca y tolere a un acuerdo horizontal o cartel cuando se

---

<sup>286</sup>U.S. Supreme Court, *Broadcast Music, Inc. v. CBS, Inc.*, 441 U.S. 1 (1979), No. 77-1578, Argued, January 15, 1979, Decided April 17, 1979. 441 U.S. 1

<sup>287</sup> José Manuel Álvarez Z. *La OMC Comentarios Jurídico Económicos para Colombia*. Universidad externado de Colombia. Bogotá, año 1998. p. 243

<sup>288</sup> *Id.*, p. 243

<sup>289</sup> *Id.*, p. 243

considera que el hecho de prohibirlo, bajo circunstancias, podría tener un coste superior al beneficio que genera.

Retomando la cita de, Luis maría Miranda Serrano, en su estudio sobre Defensa de la Competencia y Adquisición de Empresas en Crisis en la Unión Europea, al referirse a algunos pronunciamientos dados en Europa<sup>290</sup>, concluye que

la conservación o el mantenimiento del empleo, la creación de nuevos puestos de trabajo (tanto directos como indirectos) o, en su caso, la reclasificación profesional, se contemplan como efectos sociales beneficiosos, susceptibles de compensar las restricciones de la competencia<sup>291</sup>

Testimonio que sin duda demuestra que las Autoridades de Competencia, en ocasiones pueden flexibilizar en cierta medida la aplicación de la normativa mediante la permisión de conductas como podrían ser los acuerdos horizontales y los carteles, para el beneficio de la comunidad en general y de bienes jurídicos específicos que podrían resultar más importantes que otros, o podrían ser claves en un momento determinado para que los mismos sean tolerados.

Otros casos de carteles que ya han sido mencionados anteriormente por el hecho de haber sido permitidos a pesar de su naturaleza son los casos de EEUU vs Appalachiancoals y el de EEUU vs Chicago Board of Trade<sup>292</sup>, en los cuales se decidió, bajo las premisas de que la conservación de los operadores económicos de un sector, con todo lo que esto implica, y el mejorar y delimitar la comercialización de granos mediante un orden determinado; eran superiores a los daños o posibles daños que estos podrían generar, aplicando de esta manera la doctrina de la restricción auxiliar y la aplicación de criterios mediante se consideran otros elementos externos al mercado relevante.

---

<sup>290</sup>Los pronunciamientos por el referido responden a: Metro, de 25 de octubre de 1977 [Rec. 1977, p. 1875] y Remia, de 11 de julio de 1985 [Rec. 1985, p. 2545], así como las Decisiones Fibras sintéticas, de 4 de julio de 1984 [JOCE, L-207 de 1984, p. 15], Ford/Volkswagen, de 23 de diciembre de 1992 [DOCE L-20 de 1993, p. 14], y StichtingBaksteen, de 29 de abril de 1994 [DOCE, L-131 de 1994, p. 15].

Luis Miranda Serrano. *Defensa de la competencia y adquisiciones de empresas en crisis en la Unión Europea*. Universidad de Córdoba. Córdoba, año 2007. p. 200

<sup>291</sup> *Id.*, p. 200

<sup>292</sup> U.S. Supreme Court. Chicago Board of Trade v. United States, 246 U.S. 231 (1918)

#### 4.5.4 Razones políticas y de orden público

También podemos encontrar situaciones, donde a pesar de que un acuerdo horizontal o cartel pueda estar afectando de una u otra manera a la competencia o determinado bien jurídicamente tutelado, existen razones de peso por las que las autoridades deben, o se ven forzadas a tolerar a dicha conducta, por ejemplo por razones de orden público, de seguridad civil, para resguardar la propiedad privada, entre otros similares que podrían ocasionar altercados de carácter político, por ejemplo:

En el Perú se dio hace unos años un caso de la aprobación de precios mínimos para el transporte terrestre. Esos grupos hicieron huelgas y tomaron carreteras para presionar al Gobierno para que les permitiera cartelizarse en el precio. El Gobierno cedió a las presiones y aprobó el cartel, dándoles incluso respaldo legal mediante la dación del Decreto Supremo No. 045-2003-MTC de fecha 2 de agosto de 2003<sup>293</sup>

En este caso en particular podemos observar, una típica situación que se podría presentar en un país en vías de desarrollo como el Ecuador, donde las condiciones coyunturales, la inestabilidad de los gobiernos, la volatilidad de la población y la falencia institucional, causan que estas temáticas como por ejemplo el transporte terrestre, hagan que el elemento de la libre competencia y sus elementos esenciales se opaquen por principios jurídicos y razones constitucionales más fuertes como es el orden público, la seguridad, el precautelar los bienes públicos y privados, hasta el mismo sistema de gobierno que en el caso del Ecuador es la democracia presidencialista.<sup>294</sup>

Personalmente considero que este tipo de casos debe de ser tomado muy en cuenta en un país como el nuestro, no solo focalizado exclusivamente en el transporte o demás sectores sensibles a primera vista, sino por el hecho de que en muchas ocasiones determinados sectores económicos resultan ser sensibles de por sí, como la agricultura, agroindustria y la ganadería, así como sus diferentes ramas influyentes según cada región.

---

<sup>293</sup> Alfredo Bullard Gonzáles. *Derecho y Economía. Óp.cit.*, p. 1135

<sup>294</sup> En el Ecuador se puede encontrar algo similar a lo expuesto en el caso del precio del pan, donde los panaderos a nivel nacional formaron parte de un consenso en el cual se fijaba el precio para determinados panes. Medida que fue notoria, y causo incluso la implementación del precio del pan popular.

## **4.6 Carteles nominados que deberían ser considerados en un rango de flexibilidad por parte de la Autoridad de Competencia**

Ya que se ha hecho referencia sobre algunas de las circunstancias donde se podría permitir diferentes carteles, es preciso identificar a algunos de los carteles nominados, es decir, que ya existen y se encuentran previamente identificados por la doctrina o por algunas legislaciones, muchos de los cuales ya han sido enunciados y expuestos brevemente en esta tesis. En referencia a la enunciación de carteles dada en el capítulo II, se extraerán algunos de los casos donde se podría permitir su prevalencia en el momento de que surjan en algún mercado.

### 4.6.1 Carteles en crisis

Se ha escogido a este cartel en primer lugar puesto a que si partimos de su nombre, podemos deducir que el cartel de crisis es un acuerdo entre competidores, resultante de una situación económica desfavorable, la misma que se puede dar desde dos puntos de vista: El general, es decir, en el momento que toda una economía se encuentre en crisis, incluyendo al mercado relevante puntual en el cual se ha suscitado un cartel; o el específico, que aboca simplemente a la situación de crisis perteneciente a dicho sector o mercado relevante en particular. Bajo esta segunda premisa se entiende que la crisis se origina a partir de una sostenida reducción de la demanda.<sup>295</sup>

Por otro lado no hay que olvidarse que en este tipo de carteles, los operadores económicos que incurren en el no pretenden perjudicar a competidor alguno, ni efectuar políticas anticompetitivas con la finalidad de aprovecharse de cierto mercado en particular, sino que aflora como mecanismo de supervivencia a manera de una herramienta de defensa frente a una situación de crisis que podría incluso amenazar con la existencia de todo un sector económico.

---

<sup>295</sup>Véase con mayor profundidad al respecto en el libro *El Derecho de la Competencia en Tiempos de Crisis*. Santiago Martínez Lage y Amadeo Petitbo Juan. Fundación Rafael del Pino. Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, año 2010. p.43

Así mismo, es importante recordar que este cartel, debido a que cumple una función fundamental dentro de tiempos difíciles para un sector en particular, debe durar un periodo determinado de tiempo, sino se estaría cayendo en una práctica común de cartel, misma que al no cumplir con los requisitos convencionales establecidos por la normativa, o los requisitos de generar un beneficio mayor que el perjuicio, debería ser sancionado por la autoridad de competencia.

#### 4.6.2 Carteles defensivos

En el caso de los carteles defensivos se entiende que existe una situación precedente a la adopción de esta práctica, la cual afecta el equilibrio y/o la subsistencia de otros operadores económicos involucrados en un mercado relevante; esta conducta, al igual que en el caso de los carteles en crisis, debe ser analizada por la autoridad bajo las premisas de una posible necesidad de la aplicación de la misma, ya que si ésta no es considerada necesaria, no entraría dentro del tipo de los carteles defensivos y debería tratarse igual que los acuerdos horizontales y los carteles ilícitos.,

Sobre este cartel en particular hay que decir que “no hay consenso en la doctrina sobre un tratamiento legal, genérico y uniforme de estos cárteles. En éste, como en otros casos especiales, será el análisis del caso concreto el que determinará si se trata de una conducta prohibida”<sup>296</sup>, o de una conducta que se podría permitir; nuevamente quedando la decisión en manos de la autoridad de competencia, pero siempre dándose la existencia de un análisis minucioso de por medio.

#### 4.6.3 Carteles de exportación

Lo que se podría fomentar mediante la tolerancia de este tipo de carteles, es que mediante los mismos se podría facilitar a que otros operadores económicos que de otra manera se quedarían al margen, ingresen al mercado, incrementando de esta manera la competencia que existiría en el mismo, beneficiando a la postre al consumidor final quien tendrá mayor posibilidades para escoger respecto al producto y la calidad.

---

<sup>296</sup> Julio Pascual y Vicente. *Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia, en España y Europa. Óp. cit.*, p. 129.

“En virtud de la legislación de numerosos países, estos cárteles suelen estar exentos de prohibición si no producen efectos restrictivos de la competencia sobre el mercado interior.”<sup>297</sup>, por lo que de por sí ya existe un indicio previo para que los mismos sean permitidos de una manera abierta, anteponiéndose incluso a la apertura de una investigación igual de minuciosa que en otros carteles nominados, como sería el cartel de crisis.<sup>298</sup>

Este cartel, conjuntamente con los otros que se han mencionado, son un claro ejemplo de carteles que podrían ser permitidos por la Autoridad de competencia, ya que responden a circunstancias concretas que ameritan un análisis minucioso que permitirá comprobar el grado de perjuicio o beneficio que se podría obtener de cada una de las conductas.

---

<sup>297</sup> *Id.*, p. 129

<sup>298</sup> Los fundamentos más comunes que se utilizan para justificar estos cárteles son de corte nacionalista y consisten en afirmar que facilitan la penetración en mercados exteriores de los productos nacionales, con lo que se consiguen transferencias de renta de los consumidores extranjeros hacia los productores nacionales. En España, estos cárteles están prohibidos por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, aunque pueden ser objeto de autorización singular por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia, según el artículo 3.2 de la LDC, *siempre en la medida en que se encuentren justificados por la situación económica general y el interés público(...), siempre que no alteren la competencia en el mercado interno y sean compatibles con las obligaciones que resulten de los Convenios internacionales ratificados por España...* Julio. Pascual y Vicente. Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia, En España y Europa. Civitas. Madrid, año 2002. p. 129

## V. CONCLUSIÓN

En vista de lo planteado en la presente tesis, se ha podido abarcar a la temática de los carteles desde una perspectiva general, exponiéndolos como una conducta que, desde el punto de vista del Derecho de la Competencia es capaz de afectar gravemente a la competencia, pero que también es capaz de no afectarla en el caso de ser intrascendente; también se ha expuesto al cartel como una conducta que puede ser admitida por la Ley con base a justificaciones o exenciones, y finalmente se ha expuesto al cartel como una conducta que puede generar beneficios superiores a los perjuicios en el área del mercado y la competencia en base a restricciones auxiliares, y fuera de ellos en base a las restricciones auxiliares de segundo orden.

Para esto se ha logrado, en primer lugar, que al cartel se lo analice como una conducta individual, respondiendo al hecho de que cada cartel se desenvuelve en un mercado relevante particular y que, por ende, sus características son diferentes a las de otros carteles; por lo que se ha enfatizado en la aplicación de la regla de análisis basada en la razón, misma que permite un análisis individualizado y que el análisis económico del derecho se pueda aplicar en función de los requerimientos del cartel singularizado.

Así mismo se ha demostrado que la Regla de Minimis es completamente aplicable a todos los tipos de carteles siempre y cuando cumplan con el requisito de ser irrelevante dentro del mercado, es decir, que el cartel no tenga inferencia en el comportamiento del mismo y, por ende, no posea el poder de mercado suficiente para ocasionar variaciones en él, así como afectar al consumidor final y a otros operadores económicos que se desarrollan en la misma área.

También se ha logrado comprobar que el cartel es capaz de acceder a las exenciones y restricciones otorgadas por la misma normativa, lo que amplía la oportunidad que tiene un cartel de ser permitido por la autoridad de competencia de una manera explícita y según el caso, sin la necesidad de que sus miembros tengan la obligación de notificar a la misma.

De igual manera, se ha comprobado la posibilidad de que la autoridad de competencia tome en cuenta a las restricciones no brindadas de una manera explícita en la

Ley, pero que se pueden aplicar en base a lo establecido en ella, amparados en la Regla de la Razón y en los principios básicos, estas restricciones a las que se hace referencia consisten en las restricciones auxiliares ligadas a la temática del mercado y de la competencia y las restricciones auxiliares de segundo orden que responden a otros principios y derechos que, de igual manera, se contemplan en la Constitución.

Siguiendo los criterios hasta aquí mencionados, se plantea también los instrumentos de análisis utilizados por el Derecho de la Competencia, los cuales son la ponderación y el análisis económico del Derecho, que resultan ser trascendentales para que se pueda realizar el análisis puntual que cada cartel pueda requerir según la normativa, el criterio de la autoridad y los indicios que se disponga sobre la conducta en particular.

Se ha comprobado la posibilidad de que un cartel sea tolerado por la autoridad de competencia mediante la exposición de las ocasiones en las cuales un cartel puede prevalecer sin ser prohibido ni sus miembros sancionados, para lo cual se ha usado ejemplos sucedidos en otros países así como posiciones doctrinarias al respecto; también se ha nombrado a los carteles que podrían aplicar a las situaciones y condiciones expuestas y que podrían merecer un trato diferente al resto de carteles.

Mediante la presente tesis se ha pretendido explicar que los carteles, a pesar de ser conductas que atentan contra la competencia, desde el punto de vista doctrinario de la rama del Derecho de la Competencia, a veces podrían resultar necesarios en circunstancias concretas y útiles para la sociedad o el mercado, por lo que es necesario que la normativa adopte flexibilidades que permitan estos beneficios aportados en situaciones específicas.

Por otro lado, se ha procurado dar las razones por las que los carteles, al igual que el resto de conductas anticompetitivas, deben de ser tratados de manera individual, sin que se cierre la posibilidad de que las mismas puedan tener una funcionalidad que podría generar beneficios, como por ejemplo, el caso de un cartel de fijación de precios de materia prima proveniente del agro, sin el cual muchos pequeños y medianos agricultores se verían a merced de sus compradores, viéndose perjudicados por estos últimos.

Para terminar, la presente tesis propone que se debe dar coherencia a la normativa en cuanto a la contradicción existente entre el Reglamento y la Ley sobre la aplicabilidad de la Regla de Minimis, específicamente para el caso de los carteles, ya que la misma puede repercutir sobre acuerdos irrelevantes para el mercado pero funcionales para los operadores económicos inmersos en éste.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALBÁN GÓMEZ, Ernesto. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*. Ediciones Legales SA. Quito, año 2008.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, año 1993.
- ÁLVAREZ Z, José Manuel. *La OMC Comentarios Jurídico Económicos para Colombia*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, año 1998.
- AMIN FERRAZ, Daniel. *La Concentración Empresarial en el Comercio Internacional*. Editorial Universidad de Valencia. Valencia, año 2004.
- ARANGO, Rodolfo. *La Ponderación y la Ley de Justicia y Paz*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, año 2008.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado Gestión Pública. Regulaciones Económicas*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, año 2003,
- AYUSO, José Alejandro. "La Constitución económica." 28/6/2011. Disponible en: Vivir en Constitución  
[http://www.josealejandroyuso.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=120:la-constitucion-economica&catid=37:agenda-global&Itemid=28](http://www.josealejandroyuso.com/index.php?option=com_content&view=article&id=120:la-constitucion-economica&catid=37:agenda-global&Itemid=28). Consultado el 30 de julio de 2012.
- BAJO, Miguel y BACIGALUPO, Silvana. *Derecho Penal Económico*. Colección Ceura. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid, año 2001, .
- BARÓN BARRERA, Guillermo Andrés. *El Derecho de la Competencia en los Grupos Empresariales*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá.
- BERNAL F., Pedro Ignacio y otros. *Derecho Económico*. Universidad Externado de Colombia. Colombia, año 2000.

BULLARD GOZÁLES, Alfredo. *Derecho y Economía, El Análisis Económico de las Instituciones Legales*. 2da Edición. Palestra Editores. Lima, año 2006.

CARBONELL, Miguel. *Argumentación Jurídica, El Juicio de Ponderación y el Principio de Proporcionalidad*. Editorial Porrúa. Mexico D.F., año 2011.

CEA EGAÑA, José Luis y FERNANDOIS Arturo. *Derecho Constitucional Económico. Garantías Económicas Doctrina y Jurisprudencia*. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago, año 2006.

CELANI, Marcelo y STANDLEY, Leonardo. "Política de Competencia en América Latina." Red de reestructuración y competitividad división de desarrollo productivo y empresarial. Cepal. Santiago de Chile, año 2003.

CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO DE LA COMPETENCIA. "Anotaciones sobre el Derecho antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica". Ponencia presentada en el seminario "Hacia un Nuevo Régimen de Promoción de la Competencia. Univ. Estud. Bogotá. N° 6: 9-29, enero-diciembre de 2009.

COLOMA, Germán. *Defensa de la Competencia. Análisis Económico Comparado*. Ciudad Argentina. Buenos Aires, año 2003.

COLOMA, Germán. *Prácticas horizontales concertadas y defensa de la competencia*. Universidad del CEMA. Consultado: 8/octubre/ 2012. p. 13. Disponible en: [cdi.mecon.gov.ar/biblio/doc/cema/doctrab/170.pdf](http://cdi.mecon.gov.ar/biblio/doc/cema/doctrab/170.pdf)

COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. Disponible en: <http://www.cncompetencia.es/Inicio/ConocerlaCNC/QueeslaCNC/tabid/77/Default.aspx>. Consultado: 20/octubre/2011.

CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA DE DERECHOS Humanos "Derechos inherentes al Ser Humano, también denominados como Derechos de la Personalidad" reconocidos en La Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 AIII --y-- La Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica. Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969. San José de Costa Rica vigente desde el 18 de julio de 1978.

DALLA VIA, *Alberto Ricardo Derecho Constitucional Económico*. Segunda Edición. Buenos Aires, año 2006.

Derecho en la Guía 2000. Consultado: 5/marzo/2012. Disponible en: <http://derecho.laguia2000.com/parte-general/el-common-law>

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Consultado el 31 de julio de 2012. <http://lema.rae.es/drae/>

DIEZ ESTRELLA, Fernando. *La Discriminación de precios en el Derecho de la Competencia*. Thomson Civitas. Madrid, año 2003.

DOMÍNGUEZ VILA, Antonio. *Constitución y Derecho Sancionador Administrativo*. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid, año 1997.

ECONOMÍA. "TDLC exime a Tecumseh de multa: Whirlpool deberá pagar US\$ 10 millones por colusión". Consultado el 20 de sep. de 12. Disponible: <http://www.emol.com/noticias/economia/2012/06/15/545790/tdlc-exime-a-tecumseh-de-multa-whirlpool-debera-pagar-us-10-mm-por-colusion.html>

El Nuevo Empresario. Hasta octubre de 2010, "los banqueros en Ecuador con canales de Tv optarán por una de las dos actividades" GUERRERO, Manuel. Hasta octubre de 2010, los banqueros en Ecuador con canales de Tv optarán por una de las dos actividades. 13/8/2010. Disponible en: [http://www.elnuevoempresario.com/noticias\\_25278\\_hasta-octubre-de-2010-los-banqueros-en-ecuador-con-canales-de-tv-optaran-por-una-de-las-dos-actividades.php](http://www.elnuevoempresario.com/noticias_25278_hasta-octubre-de-2010-los-banqueros-en-ecuador-con-canales-de-tv-optaran-por-una-de-las-dos-actividades.php). Consultado el 27/10/2011.

SECRETARÍA NACIONAL DE PLANIFICACIÓN Y DESARROLLO. Disponible: <http://www.planificacion.gob.ec/>

EXPANSIÓN.COM , "La lucha contra los carteles e España se americanza". Publicado el 01-05-2011 a las 22:35 por Mercedes Serraller. Consultado: 5/agosto/2012.

Fundación Ibero-Americana para la Gestión de Calidad. "Análisis de Pareto." Consultado el 7 de nov. de 12. Disponible en: [http://www.fundibeq.org/opencms/export/sites/default/PWF/downloads/gallery/methodology/tools/diagrama\\_de\\_pareto.pdf](http://www.fundibeq.org/opencms/export/sites/default/PWF/downloads/gallery/methodology/tools/diagrama_de_pareto.pdf)

GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo. Tomo I*. Editorial Civitas. Madrid, año 1997

GUTIÉRREZ R, Juan David. *Derecho y Política de Libre Competencia en América Latina. Precios Mínimos Para Reventa y la Controversia Causada por Leegin*. 15 de marzo de 2008. Consultado el 25 de septiembre de 2012. Disponible en: <http://lalibrecompetencia.com/2008/03/15/precios-minimos-para-reventa-y-la-controversia-causda-por-leegin/>

HURTADO CONTRERAS, José Tomás. *El Orden Público Económico en la Constitución de 1980*. Editorial Jurídica. Santiago, año 1981.

KATZ, Michael L. y ROSEN, Harvey S. *Microeconomía*. Addison-Wesley Iberoamérica. Wilmington, delaware. E.U.A, año 1994.

LA GRAN ENCICLOPEDIA DE ECONOMÍA. Disponible en: <http://www.economia48.com/spa/d/interes-general/interes-general.htm>. Consultado el 25/7/2012

LA INFORMACIÓN. COM. "Conceptos de Finanzas", Archivos de la Categoría conceptos de Finanzas. Consultado: 17/sep./2012. Disponible en: <http://www.finanzas.com/category/economia/conceptos-de-finanzas>

MARTÍNEZ CÁRDENAS, Rogelio; SÁNCHEZ ORTIZ, Alfredo y GÓMEZ VELÁZQUEZ, Gerardo Jasito. *México Ante el TLC. Primera Edición*. Universidad de Guadalajara. Guadalajara, año 2007.

MARTÍNEZ LAGE, Santiago y PETITBÓ JUAN, Amadeo. *Los Acuerdos Horizontales entre Empresas. Colección Derecho*. Fundación Rafael del Pino. Ediciones Jurídicas y Sociales SA. Madrid, año 2009.

MC EACHERN, William A. *Una Introducción Contemporánea*. Sexta Edición. Thomson Learning. Mexico DF, año 2003.

MIRANDA LONDOÑO, Alfonso y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Juan David. P. *Fundamentos Económicos del Derecho de la Competencia: Los Beneficios del Monopolio. Los Beneficios de la Competencia..* Bogotá. Vol. 2. Año. 2006.

- MIRANDA SERRANO, Luis. *Defensa de la competencia y adquisiciones de empresas en crisis en la unión Europea*. Universidad de Córdoba. Córdoba, año 2007. p. 200
- MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Introducción al Derecho*. Novena Edición Aumentada y Corregida. Temis. Bogotá, año 1994.
- MONTEALEGRE, Eduardo. *La Ponderación en el Derecho*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, año 2008.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho del Trabajo*. Vigésima segunda edición. Editorial Tecnos (grupo Anaya SA.) Madrid, año 2001.
- MONTT RETTIG, Paulo. *Libre Competencia y Retail. Un Análisis Crítico*. Legal Publishing Chile. Santiago, año 2010.
- ORGANIZACIÓN DE PAÍSES EXPORTADORES DE PETROLEO OPEP.OPEC.  
Disponible en: [http://www.opec.org/opec\\_web/en/](http://www.opec.org/opec_web/en/)
- ORTIZ BLANCO, Luis y RAMOS GÓMEZ, Álvaro. *Derecho de la Competencia europeo y Español. Curso de Iniciación Volumen VI*. Editorial Dykinson. Mdrid, España: 2005.
- OSORIO, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. 33ª Edición actualizada. Heliasta. Buenos Aires, año 2008, p. 702.
- PALMA DEL TESO, Ángeles. “El Principio de Culpabilidad en el Derecho Administrativo sancionador”. Editorial Tecnos S.A. Madrid, año 1996.
- PASCUAL Y VICENTE, Julio. *Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia, en España y Europa*. Civitas. Madrid, año 2002.
- PEARCE, David. W. *The Mit Dictionary of Modern Economics*. Fourth Edition. The Mavmillan Press, Great Britain, año 1992.
- PÉREZ, Efraín. *Elementos del Derecho Público Económico*. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito, año 2012,

PINDYCK, Robert S. y RUBINFELD, Daniel I. *Microeconomía*. Tercera edición. Prentice hall INC. p.32

PINKAS, Flint. *Estudio Exegético del D.L. 701. Legislación, Doctrina y Jurisprudencia Regulatoria de la Libre Competencia*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial 2002. Lima, 2002.

PETRACOLA, Diego. Programa de Apoyo a la Defensa de la Competencia y del Consumidor. "Seminario Defensa de la Competencia". Ministerio de Economía y Finanzas. Doctor en Economía Diego Petrecollo. Consultado: 2/agosto/2012. Disponible en:  
<http://www.consumidor.gub.uy/informacion/index.php?Id=294&ShowPDF=1>

Programa empresa. "Análisis de Pareto". Consultado el 7 de nov. de 12. Disponible en:  
<http://www.programaempresa.com/empresa/empresa.nsf/paginas/F0216EF8AA41D80AC125702800566A32?OpenDocument>.

SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. "Acerca del Orden Público Económico. Análisis de un Caso Real". Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción. Concepción, año 1990.

SLOAN, Harold y ZURCHER, Arnold J. *Dictionary of Economics*. Barnes & noble, INC. Nueva York, año 1970.

VALLEJO GIRALDO, Camilo. *La inconveniencia de la Regla Per Se frente a la Economía Antropológica y la Constitución de 1991*. Univ. Estud. Bogotá. N° 6: 9-29, enero-diciembre de 2009.

VELANDIA, Mauricio. *Derecho de la Competencia y del Consumo. Competencia desleal, abuso de la posición de dominio; carteles restrictivos; actos restrictivos; integraciones económicas y protección al consumidor*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, año 2011.

ZAMBRANO, Alfonso. "Teoría de la Pirámide Jurídica de Kelsen. Guía didáctica: Derecho Constitucional". UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA

ZIPITRÍA, Leandro. "Regulación Económica Restricciones Verticales". Departamento de Economía Facultad de Ciencias Sociales y Universidad de Montevideo.  
<http://leandrozipitria.files.wordpress.com/2011/06/clase9.pdf>

## PLEXO NORMATIVO

COMISIÓN de las Comunidades Europeas. Decisión de 16 de julio de 1969 /Decisión de la Comisión de 25 de noviembre de 1971 (IV/26.945/Boehringer).

CONSTITUCIÓN de la República del Ecuador.

CORTE CONSTITUCIONAL. SALA DE REVISION DE TUTELAS. SENTENCIA No. T-375. (Agosto 14 de 1997)... (Sentencia aprobada por la Sala Tercera de Revisión, en la ciudad de Santa Fe de Bogotá, D.C., a los catorce (14) días del mes de agosto de mil novecientos noventa y siete (1997). Colombia

DECISIÓN del Acuerdo de Cartagena No. 608. Registro Oficial Suplemento 18 del 25 de febrero del 2008.

LEY Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Octubre de 2009 - R. O. No. 52

LEY Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Registro Oficial. Suplemento No. 555. 13 de Octubre del 2011. Ecuador.

NORMAS para la Aplicación de la Decisión 608 de la CAN. Decreto Ejecutivo No 1614. Registro Oficial Suplemento 558 del 27 de Marzo del 2009.

PUBLICACIÓN de la Corte Nacional de Justicia sobre los Principios Rectores Pg. 1.  
Consultado: 1/oct/2012. Disponible en:  
[www.cortenacional.gob.ec/.../principios.../principios%20rectores1.pdf](http://www.cortenacional.gob.ec/.../principios.../principios%20rectores1.pdf)

REGLAMENTO a la Ley de Regulación y Control del Poder de Mercado. Decreto Ejecutivo 1152. Registro Oficial 697 del 7 de mayo del 2012.

RESOLUCIÓN 32 del Tribunal Constitucional, Registro Oficial Suplemento 68. 05 de agosto del 2008

RESOLUCIÓN C.N.C. de 23 de febrero de 2012. Resolución en el expediente sancionador s/0244/10 navieras baleares, incoado contra balearia eurolíneas marítimas, s.a. (balearia), compañía transmediterránea, s.a. (transmediterranea), isleña marítima de contenedores, s.a. (iscomar), servicios y concesiones marítimas ibicencas, s.a.

(sercomisa), transmapi-balearia, c.b. y mediterránea pitiusa, s.l. (pitiusa) por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia (ldc).

RESOLUCIÓN Expediente S/0224/10 COLOMER, incoado por la Dirección de Investigación con fecha 10 de febrero de 2010, contra THE COLOMER GROUP SPAIN, S.L. (COLOMER), por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el Artículo 1 de la Ley 15/2007, 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

SENTENCIA del TJCE de 14 de julio de 1972, Asunto 54/69, SA française des matières colorantes (Francolor) c. Comisión, ECR 1972

TRATADO Constitutivo de la Unión Europea. En vigor desde 1 de marzo de 1958.

U.S. Supreme Court. *Addyston Pipe and Steel Co. vs. United States*, 175 U.S. 211 (1899). Estados Unidos.

U.S. Supreme Court of the United States vs. American Tobacco 221 U. S 106 1911

U.S. SupremeCourt, Appalachian Coals, Inc. v. United States - 288 U.S. 344 (1933).

U.S. Supreme Court, Broadcast Music, Inc. v. CBS, Inc., 441 U.S. 1 (1979), No. 77-1578, Argued, January 15, 1979, Decided April 17, 1979. 441 U.S. 1

U.S. Supreme Court, Copperweld v. Independence Tube, 467 U.S. 752 (1984), Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp., No. 82-1260, Argued December 5, 1983, Decided June 19, 1984. 467 U.S. 752

U.S. SupremeCourt, Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co., 220 U. S. 373 (1911)

U.S. SupremeCourt, Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.127 S. Ct. 2705 (2007)

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

