

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

**Aplicación de la regla de la razón en el tratamiento de casos de ventas
atadas en el mercado de la tecnología informática.
Un estudio de los Casos Microsoft.**

Hugo José López Jijón

Sophia Espinosa Coloma, J.S.D., Directora de Tesis

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

Quito, septiembre de 2014

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

“Aplicación de la regla de la razón en el tratamiento de casos de ventas atadas en el mercado de la tecnología informática. Un estudio de los Casos Microsoft”

Hugo López Jjón

Dr. Vladimir Villalba
Presidente del Tribunal

Dra. Sophia Espinosa
Directora de Tesis

Dra. María De Los Ángeles Lombeyda
Informante

Dr. Luis Parraguez
Decano del Colegio de Jurisprudencia



.....
.....
.....
.....

Quito, 17 de Septiembre de 2014

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

EVALUACION DE DIRECTOR / TRABAJO ESCRITO TESINA

TESINA/TITULO: **Aplicación de la regla de la razón en el tratamiento de casos de ventas atadas en el mercado de la tecnología informática. Un estudio de los Casos Microsoft.**

ALUMNO: Hugo López Jijón

E VALUACIÓN:

a) Importancia del problema presentado.

El Derecho de Competencia al ser una nueva rama en el Ecuador presenta nuevos retos para el regulador. Una de las ventajas de tener una Ley de Competencia nueva es el hecho de que el regulador puede tomar como puntos de referencia a otras jurisdicciones, con el fin de determinar sus errores y aciertos, y de esta forma utilizar estos modelos como mejores prácticas que permitan una adecuada aplicación de la norma ecuatoriana. Este es el caso que se evidencia en el caso Microsoft, el cual muestra cómo puntos similares de conflicto fueron resueltos de forma distinta por las Cortes Americana y de la Comunidad Europea. El caso ilustra como el fallo de la Corte de Apelaciones Americana, al enfocarse en las eficiencias creadas por el bundling, es más acertado ya que refleja las realidades y necesidades de un mercado de tecnologías. Por tanto, estos referentes son de vital importancia para el caso ecuatoriano, en donde la industria del software es una de las de mayor crecimiento en los últimos años. Sin duda el problema presentado en esta tesina es relevante por cuanto nos muestra la importancia de aplicar la normativa de competencia en función de las características particulares de cada industria con el fin de que el regulador no se vaya en contra de la libre competencia y de las eficiencias de los mercados.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador.

La hipótesis planteada en este estudio es relevante. El estudiante establece que los casos de ventas atadas en los mercados de tecnologías deben ser tratados bajo la regla de la razón. Las ventas atadas son un tipo que ha sido considerado como per se ilegal, sin embargo es la industria y sus características las que nos indicarán si la venta atada trae un efecto pro-competitivo o no. Este es el caso del mercado de tecnologías en donde las ventas atadas traen ventajas para los consumidores, generando así eficiencias en el mercado. El análisis de los casos Microsoft muestra cómo la sentencia de la Corte de Apelaciones Americana al ir de la mano con las características de la industria, no solo es más eficiente, sino que constituye un incentivo para la innovación tecnológica. Por el otro lado, en el caso Europeo al realizarse un análisis más rígido se da como lugar una sentencia que no solo coarta el desarrollo tecnológico sino que no se adecua a las necesidades de los consumidores.



c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados.

Los documentos empleados son suficientes y pertinentes. El estudiante ha realizado un interesante análisis doctrinario y jurisprudencial. Es muy interesante el uso de diferentes sentencias con el fin de fundamentar sus argumentos dentro del análisis del caso principal. Otro punto que consideramos meritorio es la utilización de las sentencias originales, fuentes primarias que no son de fácil acceso.

d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada).
La investigación se encuentra adecuadamente argumentada. Todos los puntos planteados se fundamentan en doctrina y jurisprudencia. Existe un análisis interesante, lo que hace que este trabajo contribuya al desarrollo de esta rama del derecho. Asimismo, la tesina sigue una estructura sólida, clara y organizada.

FIRMA DIRECTOR:



SOPHIA ESPINOSA COLOMA, J.S.D.

Autorizo al Dr. Farith Simon a firmar por mí.

© 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: Hugo José López Jijón

C.C.: 171347952-3

Lugar: Quito, Ecuador

Fecha: Septiembre de 2014



Acta de Grado

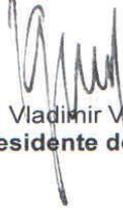
En la Universidad San Francisco de Quito, Colegio de Jurisprudencia, tuvo lugar la Defensa Oral del Ensayo Jurídico intitulado "Aplicación de la regla de la razón en el tratamiento de casos de ventas atadas en el mercado de la tecnología informática. Un estudio de los Casos Microsoft", presentado por el estudiante, señor Hugo José López Jijón, previo a la obtención del título de Abogado.

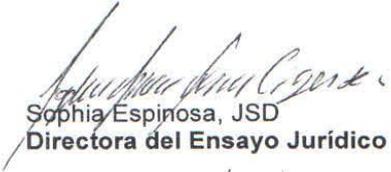
Para tal efecto, el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito conformó el Tribunal de Grado con los siguientes profesores:

Señor Doctor Vladimir Villalba, Presidente del Tribunal;
Señora Doctora Sophia Espinosa, Directora del Ensayo Jurídico;
Señorita Abogada María de los Ángeles Lombeyda, Informante del Ensayo Jurídico.

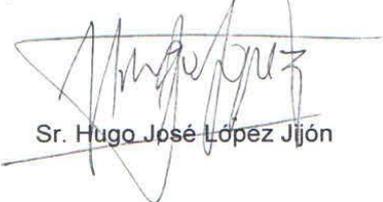
El Tribunal, después de haber examinado al estudiante por espacio de una hora, decidió asignar a la Defensa Oral la calificación de 93/100, la que promediada con la obtenida en el trabajo escrito de 89.5/100, da la nota final de Grado de 91.25/100, equivalente a "A" la que se promediará con las notas obtenidas durante la carrera.

Para constancia firman el presente instrumento, en el Campus de Cumbayá de la Universidad San Francisco de Quito, el día de hoy, 17 de septiembre de 2014.


Dr. Vladimir Villalba
Presidente del Tribunal


Sophia Espinosa, JSD
Directora del Ensayo Jurídico


Ab. María de los Ángeles Lombeyda
Informante del Ensayo Jurídico


Sr. Hugo José López Jijón

DEDICATORIA

Dedico este trabajo a mis padres, Hugo y María Piedad, quienes me enseñaron a nunca bajar los brazos ni dejar de luchar, ya que todas las cosas importantes en la vida requieren dedicación, constancia y sacrificio. Son los mejores papás que pude tener.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a mis hermanos, Ana María, Martín y Andrés, por estar siempre pendientes de mí y apoyarme en todo, llenando de alegría y felicidad cada segundo de mi vida.

Agradezco a mi directora, Sophia, por guiarme en cada paso de esta investigación y empujarme a realizar mi mayor esfuerzo.

Agradezco a todas las personas que de una u otra forma me ayudaron para la redacción de este trabajo, espero sea de su agrado.

RESUMEN

Investigación sobre la regulación en la normativa nacional de Competencia de las ventas atadas en el mercado de la alta tecnología digital. Busca determinar la manera en que esta conducta debe ser tratada en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y coadyuvar con el desarrollo e inteligenciación de la legislación de Competencia de mercado. A través del análisis de los principios que fundamentan al Derecho de la Competencia, y tomando en cuenta a la Economía como herramienta complementaria, se busca establecer el tratamiento jurídico que debe darse a esta práctica comercial. Se utilizan los precedentes jurisprudenciales americano y europeo sobre la regulación de las ventas atadas con el fin de clarificar los mecanismos idóneos que fundamenten un procedimiento efectivo de investigación en el mercado de la alta tecnología digital. Se propone un criterio sobre el objetivo del análisis de competencia a la luz de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, para dilucidar los efectos de la vinculación en el mercado relevante, enfocando las posibles eficiencias generadas y sus efectos pro competitivos. Se busca determinar que las ventas atadas en el mercado de la alta tecnología digital pueden generar eficiencias, por lo que no deben ser sancionadas sin un análisis exhaustivo de su naturaleza.

ABSTRACT

Research about the regulation of tying agreements on the high technology markets in the Ecuadorian Antitrust Law. Seeks to determine how this behavior fits the Ecuadorian legal system and contributes to the development of legislation and the implementation of Antitrust regulations. Through the analysis of the principles underlying the Competition Law, and considering the economy as a complementary tool, it seeks to establish the legal treatment to be given to this business practice. American and European remarkable case law on the regulation of tying agreements is used in order to clarify the appropriate mechanisms to apply an effective method of investigation in the high technology market. Includes a proposal about the criteria to be used in Antitrust analysis of tying agreements in the relevant market, in order to achieve the objectives stated the “Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado”, focusing on the potential efficiencies generated and pro-competitive effects. It seeks to determine that tying agreements on high technology markets can create efficiencies, so they should not be punished without a thorough analysis of its nature.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	14
1. CONCEPTOS GENERALES SOBRE EL ABUSO DE LA POSICIÓN DE DOMINIO, VENTAS ATADAS Y REGLA DE LA RAZÓN.....	18
1.1. Derecho de la Competencia y su bien jurídico protegido.....	18
1.1.1. Breve recuento histórico de la regulación de la competencia de mercado	18
1.1.2. Motivación actual de la regulación de la competencia	20
1.2. Posición de dominio de mercado	25
1.2.1. Elementos de la posición de dominio de mercado	26
1.2.2. Abuso de posición de dominio y determinación de la afectación a la competitividad en el mercado concurrencial	29
1.2.3. Determinación de responsabilidad	32
1.3. Determinación del Mercado Relevante.....	34
1.4 Ventas Atadas	37
1.5. Regla Per Se v. Regla de la Razón.....	46
2. ESTUDIO DE LOS CASOS MICROSOFT	51
2.1 Caso Estados Unidos v. Microsoft Corporation (Internet Explorer)	51
2.1.1. Per se rule v rule of reason	58
2.1.2. Análisis de funcionalidades integradas.....	62
2.2. Caso Comisión de la Comunidad Europea v. Microsoft Corporation (Windows Media Player)	69
2.2.1. Condiciones necesarias para Ventas Atadas Abusivas	73
2.2.2. Existencia de dos productos separados.....	74
2.2.3. Los consumidores están imposibilitados a elegir el producto atador sin adquirir el producto atado.....	80
2.2.4. Afectación a la competencia de mercado.....	84
2.2.5. Ausencia de justificación objetiva	90
2.2.6. Multa y Remedios	93
3. IMPLICACIONES DE LAS SENTENCIAS MICROSOFT EN LOS MERCADOS DE LA TECNOLOGÍA Y LA REGULACIÓN DE LA COMPETENCIA DE MERCADO EN EL ECUADOR.....	98
3.1. Eficiencias del bundling o vinculación comercial en el mercado de tecnologías.....	99
3.1.1. Introducción a lo que son las Eficiencias	99
3.1.2. Elementos doctrinales	103
3.1.3. Eficiencias en el caso MS USA	107
3.1.4. Eficiencias en el caso MS UE	111
3.1.5. Conclusión eficiencias en consumidores	117
3.2. Análisis de la Legislación ecuatoriana de Competencia	120

3.3. Aplicación de la investigación al análisis de la normativa ecuatoriana	128
4. CONCLUSIONES.....	133
Bibliografía.....	140
Jurisprudencia.....	145
Plexo Normativo.....	147
Anexo 1: Oferentes y demandantes concurrenciales.....	148
Anexo 2: Elementos y determinación del Mercado Relevante.....	157

INTRODUCCIÓN

El Derecho de la Competencia es una rama jurídica cuya popularidad ha incrementado de manera vigorosa en los últimos años en países latinoamericanos, a pesar de que en los Estados Unidos el tema se ha desarrollado desde hace más o menos 100 años. El Derecho de regulación de la Competencia es una rama naciente dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, ya que la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado fue promulgada recién en noviembre de 2011. La incorporación de la normativa de Competencia implica grandes retos para el regulador de la Competencia de mercado, ya que éste debe desarrollar las bases que sustentaran su aplicación hacia el futuro. Para una adecuada aplicación de las disposiciones legales, el ente regulador debe iniciar un detallado proceso de identificación y reconocimiento de los elementos que conforman a los mercados ecuatorianos, incorporando a su análisis las mejores experiencias de resoluciones en el área de competencia a nivel mundial.

La inclusión de las herramientas digitales de última tecnología al Ecuador ha representado un importante factor de crecimiento para su gente, donde la industria nacional del software informático se va perfeccionando creando un nicho de mercado interesante. Las características exclusivas del mercado de la alta tecnología digital lo hacen único, ya que su dinamismo e incesante evolución lo distinguen de todos los demás. La regulación de la Competencia en el mercado de la alta tecnología digital constituye un desafío extraordinario para el Derecho, que debe desarrollar criterios jurídicos acordes a la complejidad de la industria, considerando cada uno de sus elementos de forma exhaustiva en los procedimientos de investigación. Las particularidades de esta industria hacen indispensable que el ente regulador determine criterios que le permitan discernir sobre la existencia de prácticas anticompetitivas que afectan al mercado y las conductas pro competitivas que generan eficiencias en los consumidores y competidores.

Para la aplicación del Derecho de la Competencia a las prácticas de ventas atadas, es necesario analizar efectivamente los resultados de las distintas prácticas empresariales para verificar si sus efectos son positivos o negativos con relación a un mercado delimitado. Si bien la ostentación de una posición de dominio no es considerada *per se* ilegal, las prácticas de los operadores económicos calificados con posición dominante son controladas por la autoridad, por el impacto que pueden causar en el mercado. De tal

manera, se busca evitar los abusos de posición de dominio, los que son sancionados por considerarse una práctica restrictiva de la competencia.

Esta tesina busca a analizar las implicaciones jurídicas derivadas del Derecho de la Competencia en virtud de las cuales determinadas prácticas de ventas atadas dentro de la industria de la tecnología podrían no ser sancionadas al generar eficiencias. La importancia de la investigación radica en que las ventas atadas en el mercado de la alta tecnología digital pueden llegar ser consideradas por algunas cortes como productos complementarios por generar eficiencias en el consumidor y por tanto permitidas; en caso de no encontrar una justificación para la vinculación tecnológica, los elementos serán determinados como productos independientes, incurriendo así en el cargo de ventas atadas. ¿La oferta de productos vinculados a través de una atadura tecnológica que genere eficiencias en los consumidores dentro de la industria de la tecnología debería ser analizada a través de una regla de la razón para determinar si ésta podría constituir un caso de abuso de posición de dominio y por ende encuadrarse dentro del supuesto de prácticas comerciales restrictivas de la libre competencia y la libre competitividad del mercado?

El enfoque de este problema jurídico será realizado a la luz de los principios fundamentales del Derecho de la Competencia, del análisis de los casos Microsoft y lo que establece la LORCPM. Es importante el estudio de los elementos de los casos Microsoft por ser precedente fundamental dentro del Derecho de la Competencia a nivel mundial y que tratan en específico el tema de las ventas atadas en el mercado de la alta tecnología. El pronunciamiento emitido por las Cortes, tanto en los Estados Unidos como en la Comunidad Europea, ha sentado un precedente fundamental para el tratamiento de la industria de tecnologías. De ahí, que este estudio tenga como objetivo exponer los distintos efectos generados por estas sentencias, de manera que el Ecuador adopte la posición más adecuada para el mercado en la resolución de conflictos similares o de segmentos económicos de este tipo.

Con respecto a las ventas atadas, tema que nos concierne, el proceso americano determinó que no se podía sancionar a Microsoft por la vinculación funcional de Windows con el Internet Explorer al considerar que la atadura consistía en un desarrollo altamente tecnológico que causaba eficiencias en los consumidores, las mismas que implicaban elementos favorables a la competencia de la industria. En el proceso comunitario, se determinó que Microsoft era responsable de la venta atada del sistema operativo con el

Windows Media Player, a través del test de productos separados por tener mercados independientes cada uno, carecer de justificaciones objetivas que demuestren beneficios en los consumidores y por vulnerar la competencia de mercado. Es importante el análisis de ambos casos para la determinación del mecanismo de investigación más adecuado para la regulación legal de las ventas atadas, especialmente en un segmento de mercado en el que estén presentes las características particulares de la industria de la alta tecnología digital.

El presente estudio busca determinar la manera en que las ventas atadas, en el mercado de la alta tecnología digital, encajan en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. La finalidad es identificar, a través del análisis de los principios que fundamentan el Derecho de la Competencia, los conceptos esenciales que deben tomarse en cuenta para la adecuada sustanciación y delimitación de las prácticas comerciales de ventas atadas como un supuesto anticompetitivo. Se realizará un examen detallado de los principios, conceptos y elementos jurídicos aplicados para la resolución de los casos Microsoft sobre ventas atadas en el mercado de referencia, debido a su importancia y significado para el perfeccionamiento del Derecho de la Competencia a nivel mundial. Por medio de la interpretación de las disposiciones constitucionales y legales que regulan a las ventas atadas en el Ecuador, se buscará identificar el mecanismo de investigación idóneo y el procedimiento a seguir por la autoridad de Competencia para la adecuada regulación de las ventas atadas en el mercado de la alta tecnología.

La propuesta aquí esbozada nos llevará a establecer, de acuerdo a lo prescrito por la legislación ecuatoriana de Competencia, los elementos indispensables que deben formar parte de un procedimiento de investigación jurídica de las conductas de ventas atadas, con especial énfasis en el mercado de la tecnología digital. Consecuentemente, se buscará demostrar que las prácticas de vinculación, englobadas en la naturaleza dinámica de la industria de la alta tecnología digital, deben ser examinadas desde las eficiencias que pueden generar en los consumidores y los efectos favorables se pueden verificar en el mercado.

Debido a que la aplicación de las normativa de Competencia de mercado es prácticamente nueva en el Ecuador, considero imperioso este estudio para dilucidar el procedimiento adecuado que permita establecer los mecanismos que faculten al ente regulador a realizar investigaciones de certeras sobre la existencia de prácticas

anticompetitivas por abuso de posición dominante en el segmento de mercado de la alta tecnología digital, por medio de la venta atada.

En el problema jurídico planteado, es necesario analizar si se puede considerar como una venta atada, dentro del mercado relevante de la tecnología, aquellos desarrollos que se consideran como productos complementarios por conformar una vinculación justificada tecnológicamente que genera eficiencias en los consumidores, debido a que facultan el adecuado funcionamiento del sistema operativo en los dispositivos tecnológicos de avanzada. Por tanto, este estudio plantea que dentro de la industria de la tecnología, para el análisis y resolución de casos sobre ventas atadas en el mercado de los Sistemas Operativos, es necesario aplicar un estudio basado en la regla de la razón sobre las implicaciones derivadas de la venta de productos atados, ya que éstos pueden generar eficiencias y dinamismo en el mercado.

No está demás señalar que la actualidad corresponde a una era digitalizada, donde el perfeccionamiento de los elementos informáticos es incesante hacia la vanguardia tecnológica; la complejidad de la industria implica que el análisis aquí planteado es necesario, ya que sus elementos exclusivos difieren de todos los demás mercados relevantes. El desarrollo tecnológico es un campo estratégico en la política económica de la nación, por lo que la adecuada regulación de la industria de la alta tecnología es una necesidad imperativa.

La idea de proteger administrativa o penalmente a la competencia deriva de la necesidad de potenciar un sistema económico y político determinado. No es de extrañar, entonces, que precisamente los países industrializados hayan sido quienes desde el principio han puesto más interés en introducir y perfeccionar sistemas legales para luchar contra las prácticas restrictivas de la competencia.¹

¹ Abanto Vásquez, Manuel. *El derecho de la Libre Competencia*. Lima: Editorial San Marcos, 1997. Pp. 31.

1. CONCEPTOS GENERALES SOBRE EL ABUSO DE LA POSICIÓN DE DOMINIO, VENTAS ATADAS Y REGLA DE LA RAZÓN

El capítulo primero busca analizar todos los conceptos generales que fundamentan el Derecho de la Competencia de mercado y cuya comprensión resulta indispensable. Se abordarán los principios y particularidades que componen a esta rama del Derecho, necesarios para la delimitación del tema de nuestro estudio.

1.1. Derecho de la Competencia y su bien jurídico protegido

El presente estudio se enfoca en el Derecho de la Competencia, el cual tiene como finalidad precautelar los intereses económicos de las naciones y los particulares, a través del control y regulación de las actividades competitivas de mercado realizadas por los sujetos económicos participantes, garantizando así la libre competencia en los mercados, que es su bien jurídico protegido. Éste se ha desarrollado de diversas maneras y con base a distintos enfoques, dependiendo de la realidad económica donde es aplicado. El Derecho de la Competencia busca reglamentar los mecanismos de comercio entre sujetos del derecho, con el fin de evitar la ocurrencia de prácticas que limiten o entorpezcan el efectivo intercambio de bienes y servicios, y por ende el crecimiento económico. Lo que busca es la eficiencia económica de los mercados.

1.1.1. Breve recuento histórico de la regulación de la competencia de mercado

El Derecho de la Competencia, conocido como Antitrust Law en los países cuyo sistema jurídico es el Common Law, es la rama jurídica que se encarga de la regulación de la competencia de mercado creada por la oferta y demanda de bienes y servicios. Nació en los Estados Unidos de Norteamérica con la finalidad de regular la gran cantidad de Trusts (grupos económicos) que controlaban al comercio y la economía de la nación en aquel momento. El Dr. José Luis Barzallo señala que “como cuerpo legal constituido, el derecho de la competencia tuvo sus inicios en los Estados Unidos en 1890 (Sherman Act), cobrando fuerza a partir de la segunda guerra mundial cuando las grandes potencias necesitaban recuperar su economías con base en la producción interna”.² La coyuntura de

² Barzallo, José Luis. “Introducción”. *Régimen de Competencia*. Juan Carlos Riofrío y Marcelo Marín (Coords.). Quito: Universidad de los Hemisferios y Corporación de Estudios y Publicaciones CEP, 2013. Pp. 19.

dicho momento favorecía el desarrollo de grandes empresas y grupos empresariales que controlaban los mercados, estableciendo grandes monopolios que facultaban el crecimiento de los distintos Estados.

La Ley Sherman (Sherman Act) de 1890 fue la primera regulación de las políticas Antitrust para la protección de la competencia de mercado y garante de los intereses de los consumidores. Esta Ley fue promovida por el partido Republicano de los EE.UU. a través de su senador John Sherman, quien buscaba la promulgación de la mencionada ley federal con el fin de garantizar la protección de las pequeñas industrias y los consumidores³. Las regulaciones promulgadas en el Sherman Act establecían controles de fijación de precios y prohibían la realización de actividades de negocio que tiendan a limitar la competencia de mercado, entre las cuales se encontraban las realizadas por los trusts, que actualmente se los conoce como monopolios o carteles.

Posteriormente, se promulgaron una serie de normas adicionales que complementaron la regulación de esta rama del Derecho, entre las cuales podemos mencionar a la Ley Clayton de 1914, cuyo mayor aporte radica en la promulgación de las guías que autorizaban las fusiones o adquisiciones empresariales, y que debían ser aprobadas por la Federal Trade Commission (FTC), previniendo actos que podían constituirse en barreras de entrada.⁴ Así también, la misma FTC promulgó su Federal Trade Commission Act, aplicable por la Comisión y que comprende al comercio con naciones extranjeras y reglamento operativo interno de dicha Comisión. La Robinson-Patman Act, que establecía una serie de normas aplicables por la FTC y por la división de Antitrust del Departamento de Justicia de los EE.UU., con el fin de regular las variaciones y discriminaciones injustificadas de precios sobre los bienes.

En consecuencia, el Derecho de la Competencia se desarrolló de diversas maneras y en relación a distintos enfoques, dependiendo de la realidad económica donde este debía ser aplicado. Es así que con la constitución de la Comunidad Económica Europea se estableció el Tratado de Funcionamiento de la misma, normativa conocida también como el Tratado de Roma de 1957, en el cual están comprendidas las regulaciones de Competencia Desleal y su aplicación a los países miembros de dicha unión de naciones.

³ Calzada, Gabriel. *Sherman y el origen liberticida de las políticas antimonopolio*. <http://www.juandemariana.org/comentario/142/sherman/origen/liberticida/politicas/antimonopolio/> (Acceso: 20/01/2014).

⁴ Federal Trade Commission. *The Antitrust Laws*. <http://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/antitrust-laws> (Acceso: 21/01/2014).

También en 1957 se firmó el Tratado de Fundación de la Comunidad Económica Europea (Tratado de Roma), el cual prohíbe determinados acuerdos que restringen la competencia (Art. 85) y el abuso de posiciones dominantes en el mercado (Art. 86). Con la jurisprudencia de la Comisión y del Tribunal Europeo y con la legislación (Reglamentos del Consejo y Comunicaciones de la Comisión) posteriores fue tomando forma un modelo alternativo al norteamericano.⁵

A pesar de haber varias normas adicionales que facultaron el desarrollo del Derecho de la Competencia, originalmente fueron las mencionadas aquellas que causaron un mayor cambio y desarrollo en la doctrina mundial de competencia.

1.1.2. Motivación actual de la regulación de la competencia

El Derecho de la Competencia actual es una disciplina jurídica dentro de la cual es imprescindible identificar y diferenciar a sus dos ramas fundamentales, que son el Derecho de la Competencia y el Derecho de Competencia desleal. A pesar de que algunas legislaciones, como la nuestra, lo manejan en un mismo cuerpo normativo, estas son ramas distintas y su análisis debe realizarse por separado. El presente análisis se enfoca en el Derecho de la Competencia, el cual tiene como finalidad precautelar al mercado a través del control y regulación de las actividades competitivas realizadas por los sujetos económicos participantes, garantizando así la libre competencia en los mercados, que es su bien jurídico protegido.

En relación al tema, Juan Delgado y Eva Farraz establecen que “(...) la política de competencia contribuye a la mejora en la asignación de los recursos en la economía, es un instrumento fundamental para promover la innovación y es una fuente de crecimiento e incremento de la productividad”.⁶ Es así que el Derecho de la Competencia busca reglamentar los mecanismos de comercio entre sujetos del derecho, con el fin de evitar la ocurrencia de prácticas que limiten o entorpezcan el efectivo intercambio de bienes y servicios, y por ende el crecimiento económico.

Para poder tratar el tema que estamos abordando, es necesario profundizar un poco en la definición de determinados conceptos que resultan clave para la comprensión cabal del tema en cuestión. Así, el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española establece que se puede definir competencia como la “situación de empresas que rivalizan en un

⁵ Abanto Vázquez, Manuel. *El derecho... Óp. Cit.* Pp. 23.

⁶ Delgado, Juan y Eva Farraz. “Política de competencia, política industrial y campeones...”. *El Derecho de la Competencia en tiempos de crisis*. Santiago Martínez Lage y Amadeo Petibó Juan (Directores). Madrid: Marcial Pons, 2010. Pp. 171.

mercado ofreciendo o demandando un mismo producto o servicio”.⁷ Al referirse a empresas que rivalizan en un mercado el concepto hace alusión a la libre competencia de distintos sujetos que forman parte del intercambio comercial de bienes y servicios, con su respectiva contraprestación económica.⁸ Adicionalmente, el concepto hace alusión a la oferta o demanda de un producto o servicio, determinando que la competencia radica en la lucha por ubicar dicho bien o servicio en un consumidor determinado, satisfaciendo así sus necesidades.

Con base en el concepto analizado, referente a la competencia de mercado, es necesario realizar una observación sobre la Ciencia que se encarga, de manera conjunta al Derecho, de investigar dichas prácticas, analizar sus elementos y efectos, y reglamentarlas; estamos hablando de la Economía, la cual ha sido definida por el autor Mauricio Velandia de la siguiente manera:

La economía estudia la forma como los individuos deciden utilizar los recursos productivos escasos o limitados (el trabajo, el equipo y los conocimientos técnicos) para producir los diversos bienes (como trigo, abrigos, conciertos y alimentos) y distribuirlos para su consumo. La economía es el estudio del dinero, la banca, el capital y la riqueza.⁹ El autor establece que es la Economía la Ciencia que realiza un análisis sobre las preferencias de aprovechamiento que tienen las personas en relación a los bienes o servicios que les permiten satisfacer sus necesidades. Así también, se estudia la manera en que dicho intercambio faculta el desarrollo integral de la Economía y permite así que todos los individuos, de manera relativa a la condición socioeconómica de cada uno, se pueden permitir satisfacer los diferentes niveles de necesidades que se puede tener.¹⁰

El Derecho de la Competencia, como su nombre bien lo señala, es el conjunto de leyes, normas y reglamentos que regulan todas las prácticas que pueden causar una afectación a la libre competencia de mercado, ya que a través del entorpecimiento de la competitividad del mercado se pueden obtener beneficios adicionales derivados de la implementación de una o varias prácticas anticompetitivas. Así, Lorenzo Federico Pace establece que “la finalidad del Derecho de defensa de la competencia es prohibir aquellos comportamientos de los particulares que se dirijan a excluir la competencia y a sustituirla por un monopolio

⁷ Real Academia Española. (2013). *Diccionario de la lengua española* (22. Ed). Consultado en <http://lema.rae.es/drae/?val=competencia>.

⁸ *Ibíd.*

⁹ Velandia, Mauricio. *Derecho de la Competencia y del Consumo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011. Pp. 26.

¹⁰ *Ibíd.*

privado”.¹¹ El fundamento del Derecho de la Competencia es la protección de los mercados y particularmente de la regulación sobre las actuaciones empresariales y comerciales abusivas en los mismos. En concordancia con lo mencionado, cabe citar a Font Galán y Miranda Serrano quienes señalan:

De manera que también conceptualmente el Derecho de la Competencia está en efervescencia e impone su liderazgo: tanto fuera como dentro del Derecho Mercantil. Fuera, establece el orden concurrencial del mercado; y dentro, ejerce una función re estructurante y re ordenadora del más moderno Derecho mercantil.¹²

1.1.3. Concepto de Libre Competencia

El concepto de libre competencia ha sido desarrollado a lo largo de los años especialmente por la Ciencia económica, ya que es fundamento imprescindible del análisis económico de mercado para poder determinar el nivel de libertad en el juego de la oferta y la demanda existente dentro de un mercado particular, analizando así las fuerzas que lo gobiernan. Es así que la definición económica de libre competencia establece que, dentro de la microeconomía, es considerada como un “comportamiento económico caracterizado por la incapacidad de cada agente individual de afectar mediante sus decisiones al precio del producto, y por la existencia de un único precio para cada producto homogéneo”.¹³ Es por esta razón que la economía establece o señala que la libre competencia está caracterizada por la imposibilidad que tiene un oferente de realizar una afectación al mercado únicamente a través de su decisión individual de cambiar el precio del bien, debido a que la existencia de varios oferentes productos homogéneos cubrirá dicha demanda al precio anterior a la modificación.

El Derecho de la Competencia tiene la finalidad de precautelar la eficiencia de los mercados a través de la regulación de prácticas anticompetitivas y acuerdos privados que limitan la participación de terceros en el mercado. La necesidad de regulación de la competencia de mercado se entiende como un mecanismo preventivo adoptado por el Estado para precautelar la existencia de abusos que afecten al mercado. El autor Pinkas

¹¹ Pace, Lorenzo Federico. *Derecho Europeo de la Competencia: prohibiciones antitrust, control de las concentraciones y procedimientos de aplicación*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2007. Pp. 57.

¹² Font Galán, Juan Ignacio y Luis María Miranda Serrano. *Estudios de Derecho de la competencia*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2005. Pág. 12.

¹³ “Libre competencia”. *Economía Planeta diccionario enciclopédico*. Rafael Martínez Cortiña (Dir.). Tomo VI. Barcelona: Editorial Planeta, 1980. Pp. 323.

Flint realiza una definición bastante completa de lo que es el Derecho que protege la libre competencia de mercado, estableciendo lo siguiente:

El Derecho de la libre competencia surge de la imperiosa necesidad de proporcionar al Estado normas que le permitan controlar los excesos de los ofertantes en materia de producción, así como reprimir y castigar dichos excesos sentando las bases para un buen funcionamiento de la concurrencia en el mercado.¹⁴

Es así que, de acuerdo a lo establecido por Flint, la regulación del mercado constituye una política económica necesaria para la vida comercial y jurídica del Estado. La regulación estatal busca eliminar las ineficiencias o desequilibrios del mercado que no pueden resolverse únicamente por las fuerzas de oferta y demanda, generando por ello altos costos de transacción derivados de prácticas restrictivas a la libre competencia o posiciones monopólicas. Por esta razón, el Estado entiende como necesaria su intervención, con la finalidad de defender al consumidor, reprimir las prácticas restrictivas a la libre competencia y eliminar los actos de competencia desleal. La labor subsidiaria del Estado busca asegurar la protección a los principios de la libre competencia de mercado, pero esto no significa la adopción de prácticas proteccionistas, ya que las mismas también pueden causar una distorsión al mercado.

Adicionalmente, la eficiencia de mercado permite la maximización de la producción y los réditos económicos de los intercambios empresariales, facultando el crecimiento integral de una sociedad especialmente en el ámbito económico y social. El Derecho de la Competencia está íntimamente ligado tanto a las demás ramas del Derecho que instrumentan la vida jurídica de la sociedad, cuanto a la Economía, ya que a través de la interrelación de sus prácticas y conceptos se establecen los mecanismos que permiten y facultan el desarrollo de la sociedad. Es por esta razón que el autor Rafael García Pérez establece que “la mención del bien jurídico protegido (la competencia) y de los intereses en virtud de los cuales se tutela dicha competencia (los de todos los que participan en el mercado) tiene una considerable importancia”.¹⁵

De esta manera, y comentando lo citado anteriormente, el bien jurídico protegido por la Ley de Competencia es la libre competencia de mercado; este es el móvil que instrumenta a la regulación legal de las conductas comerciales que se dan en el país. Así también, son los intereses de todos aquellos sujetos que participan en el mercado, como

¹⁴ Flint, Pinkas. *Tratado de Defensa de la Libre Competencia*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002. Pág. 23.

¹⁵ García Pérez, Rafael. *Ley de Competencia Desleal*. Pamplona: Thomson Aranzadi, 2008. Pp. 27.

concepto macro, los derechos que deben ser precautelados por la Legislación de competencia, haciendo de dichos intereses su razón de ser.

“El derecho de la libre competencia es una rama del derecho público económico que regula y ordena los mercados, sancionando las prácticas comerciales anticompetitivas y creando las condiciones para intercambios eficientes”¹⁶. Se dice que es una rama del derecho público debido a que está fuera de la autonomía individual de las partes, aplicando a todos los contratos tanto públicos como privados y está basada en el principio de legalidad. Su finalidad es la regulación y control de los mercados donde se realizan intercambios mercantiles, ya que se busca vigilar y preservar la legalidad e igualdad de dichos intercambios; el objeto del Derecho de la Competencia es la protección de la libre competencia de mercado, de los intereses de los consumidores y de la efectividad de los mercados.

García Machmar en su obra señala que el libre y espontáneo intercambio implica que ninguno de los participantes del mercado tiene una influencia sobre el precio de negociación, el mismo que simplemente resulta del libre juego de la oferta y la demanda en el mercado.

La libre competencia es un medio de asignación de bienes y servicios, que radica su funcionamiento en el libre y espontáneo intercambio de oferentes y demandantes. Se considera hoy en día como un medio deseable, pues es el más idóneo para lograr la eficiencia económica.¹⁷

Derivado de lo establecido por el autor, podemos señalar que para una adecuada competencia de mercado, deben concurrir factores como la existencia de varios oferentes y varios demandantes, el conocimiento general y profundo de las condiciones de compraventa de mercado, y la libertad de entrada y salida de oferentes en base a decisiones independientes. La diferenciación de un producto, en relación a los productos ofertados por la competencia, hace que el oferente pueda manejar su precio de manera independiente ya que es el único que produce determinado bien.

De este modo se comienza a configurar la libre competencia como un principio inspirador del buen funcionamiento del sistema económico y que requiere de la intervención de la Administraciones públicas en la economía para restablecer las condiciones ideales del mercado y así garantizar la libertad y la igualdad de los operadores económicos cuando acceden a éste.¹⁸

El Derecho de la Competencia se enfoca en un análisis de la realidad en la cual se desarrolla la microeconomía de una nación, realizando una revisión de las prácticas

¹⁶ García Machmar, William. *Manual de la Libre Competencia*. Santiago: Thomson Reuters Puntotex, 2010. Pp. 24

¹⁷ *Id.*, Pp. 23.

¹⁸ Guillén Caramés, Javier. *Libre competencia y estado autonómico*. Madrid: Marcial Pons, 2005. Pp. 29.

económicas empresariales y sus resultados tangibles en la realidad socioeconómica nacional. Es así que podemos referirnos a la microeconomía como la rama de la Economía en la cual se realiza un análisis del funcionamiento de los componentes específicos, como son las industrias, los consumidores, los productores y por ende la interacción existente entre ellos¹⁹. De esta manera, se puede establecer que cada uno de los elementos que conforman al conjunto llamado microeconomía deben necesariamente ser estudiados de forma independiente como mercados autónomos para así poder llegar a la obtención de una idea completa y adecuada, apegada a la realidad, de lo que ocurre en el mercado específico.

García Machmar comenta que “normalmente, este concepto de libre competencia comprende o incluye, además, el de libre concurrencia, esto es, aquella situación específica en que se halla un mercado en el cual los agentes económicos tienen plena libertad de acceso, sin barreras ni restricción alguna”.²⁰ Uno de los elementos fundamentales que determinan la existencia y adecuado funcionamiento de la libre competencia es la libertad de entrada y salida real que deben tener los agentes económicos dentro del proceso de intercambio. Su presencia no debe estar condicionada a barreras de entrada o salida, ni debe limitarse el ingreso de nuevos competidores.

Por lo previamente mencionado, podemos concluir que el derecho de la competencia otorga el marco regulatorio necesario para el desarrollo económico de la sociedad, dotando de un mercado eficiente y libre a la sociedad para el desarrollo adecuado de sus prácticas comerciales. El derecho de la competencia asegura principios fundamentales para su desarrollo integral, entre los que podemos encontrar a la libertad de entrada, es decir la ausencia o disminución de barreras de entrada; la libertad de escogencia de entre las opciones existentes; la variedad de precios y servicios como elementos diferenciadores entre los operadores de mercado que ofertan productos similares; y, finalmente, la eficiencia del aparato productivo nacional, como resultado de la aplicación de los demás principios y cuya característica es el aumento de la calidad de los bienes comerciados.²¹

1.2. Posición de dominio de mercado

Una posición de dominio de mercado es un estado económico en el cual puede encontrarse un competidor cuando su eficiencia empresarial le ha llevado a poseer una

¹⁹García, Vilma. “Qué es la Microeconomía?”. *Coyuntura Económica*. <http://coyunturaeconomica.com/economia/microeconomia>. (Acceso: 21/02/2014).

²⁰ García Machmar, William. *Manual de... Óp. Cit.* Pp. 33.

²¹ Flint, Pinkas. *Tratado de Defensa... Óp. Cit.* pp. 28.

amplia cuota de un mercado determinado, haciéndole el principal oferente y referente de dicho segmento de mercado. Esta condición se obtiene como mérito o resultado del éxito empresarial, la calidad del producto y la satisfacción del consumidor. “En un mercado competitivo eficaz, el vendedor individual no puede controlar la oferta de los rivales y dicha oferta establece un margen muy escaso en cuanto a sus posibilidades de fijar los precios y la producción (...)”.²²

1.2.1. Elementos de la posición de dominio de mercado

Una posición de dominio de mercado no es necesariamente negativa para el mercado, ya que obliga a los demás oferentes a mejorar sus prestaciones con el fin de competir efectivamente con quien detenta dicha condición. De esta manera, los autores Inmaculada Gutiérrez y Jorge Padilla señalan acertadamente que “por poder de mercado entendemos la capacidad de una empresa de elevar los precios del mercado de manera significativa, rentable y sostenida”.²³ Esto implica que debido a la efectividad alcanzada por su práctica empresarial, dicha empresa ha adquirido la capacidad de aumentar el precio de sus bienes ofertados en el mercado, de manera que los réditos de la venta les signifique un beneficio significativo y constante en el tiempo. Sin embargo, la línea entre el poder de mercado y el abuso del mismo es delgada, pudiendo fácilmente una empresa aprovecharse de esta situación y causar una afectación a la competencia efectiva de dicho segmento de mercado.

Es así que Rengifo García establece en su obra que:

La posición dominante se la ha definido a la luz del derecho comunitario europeo como la posición de fortaleza económica de una empresa que le permite evitar que en un mercado determinado se mantenga una competencia real por conferirle el poder de conducirse en buena medida con independencia de sus competidores, clientes y, en último extremo, de los consumidores.²⁴

El autor realiza un análisis del cual podemos inferir que la posición dominante permite a la empresa entorpecer la competencia real de mercado por la potestad que ésta tiene de inferir sobre los precios y conductas empresariales del mismo, afectando a los demás competidores y a los consumidores finales de los bienes ofertados, por el aumento del precio. “Este poder deriva de determinadas prácticas anticompetitivas que hacen difícil a

²² Flint, Pinkas. *Tratado de Defensa... Óp. Cit.* pp. 45. Citando a Hunter, Alex. *Monopolio y competencia*. Textos Escogidos. Madrid: Ed. Tecnos, 1969. Pp.66.

²³ Gutiérrez, Inmaculada y Atilano Jorge Padilla. “Economía de la Competencia”. *Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España*. Beneyto, J.M (Dir.) Tomo I. Editorial Bosch, 2005. Pp. 20.

²⁴ Rengifo García, Ernesto. *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*. Segunda Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. Pp. 370.

los competidores que ya están en el mercado su supervivencia, y a los que no están, su entrada”.²⁵

Adicionalmente, podemos complementar el análisis con lo establecido por William García Machmar, quien señala que al abuso de poder de mercado se lo puede definir como una potestad empresarial tendiente a afectar el mercado al aumentar y mantener sus precios de venta en un valor superior a aquellos ofertados por la competencia.²⁶ Esto significa que al hacer uso abusivo de su poder de mercado para limitar la competencia, ocurre una disminución en la estabilidad económica del segmento en cuestión, debido a una disminución en la calidad de la producción.

En la sentencia *United Brands* se define a la posición de dominio en el numeral segundo de la resolución, en la cual se establece que esta es la posición económicamente fuerte o estable que disfruta un oferente de mercado, la misma que le permite prevenir la competencia efectiva de mercado a través de la facultad de actuar de manera suficientemente independiente en relación al mercado, sus competidores y los consumidores en último término.²⁷ En complemento, cabe mencionar a la referencia hecha en el libro de Ortiz Blanco y otros, sobre la noción de posición dominante que fue definida en el Asunto *United Brands*²⁸, en la cual se establece que:

Una posición de fortaleza económica mantenida por una empresa, que le proporciona el poder de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, proporcionándole la posibilidad de comportarse en buena medida con independencia de sus competidores, clientes y, en último extremo, de los consumidores.²⁹

Es por esto que queda claro como una posición dominante consiste en una capacidad empresarial, otorgada por la presencia efectiva de mercado, para entorpecer la competitividad del segmento de mercado en cuestión a través de la determinación y fijación individual de precios y condiciones de venta, las mismas que limitan la capacidad de participación de los demás competidores y afectan finalmente a los intereses de los consumidores. Lo mencionado puede respaldarse en lo establecido por Guillermo

²⁵ Díez Estella, Fernando. *Algunas consideraciones en torno a la Comunicación sobre Definición de mercado relevante de la Comisión Europea y las Merger Guidelines del Departamento de Justicia de EEUU*. “Cátedra Fundación ICO-Nebrija de Derecho y Economía de la Competencia. Madrid: Fundación ICO, 2002. Pp. 5.

²⁶ García Machmar, William. *Manual... Óp. Cit.* Pp. 56.

²⁷ *United Brands Company and United Brands Continentaal BV v Commission of the European Communities*. - Chiquita Bananas. - Case 27/76. Judgment of the Court. 14 February 1978. Paragraph 2.

²⁸ Ortiz Blanco, Luis et al. *Manual de derecho de la competencia*. Madrid: Tecnos, 2008. En el texto se cita la Sentencia del TJCE, de 14 de febrero de 1978, en el asunto 27/76, *United Brands Company y United Brands Continentaal BV c. Comisión*, Rec. P. 207 (Edición especial española p. 67), & 65.

²⁹ Ortiz Blanco, Luis et al. *Manual de... Óp. Cit.* Pp. 150.

Cabanellas al referirse a la posición dominante de mercado establecida en el Memorándum sobre el problema de la concentración en el Mercado Común, Elaborado por la Comisión de las Comunidades Europeas, el cual indica que existe dicha posición:

(...) cuando una o más empresas pueden incidir en medida sustancial sobre las decisiones de otros agentes económicos mediante una estrategia independiente, de modo que una concurrencia practicable y suficientemente efectiva no pueda desenvolverse ni mantenerse en tal mercado.³⁰

De esta manera, podemos mencionar que una posición dominante de mercado requiere de la existencia de un sujeto económico calificado que la detente. Así, se puede concluir que el mercado tiene una dependencia económica hacia quien detenta la posición dominante, por ser el sujeto económicamente calificado para influir en el mismo. Esto tiene lugar por la ausencia de una competencia efectiva en dicho segmento de mercado, que puede darse por la ausencia de otros competidores o la ineffectividad de los mismos.³¹ Es así que en un mercado con competencia efectiva, la obtención de una posición de dominio es más complicada debido a las distintas ofertas de los competidores y su eficiencia empresarial.

Cabe recalcar que a pesar de una posición de dominio de mercado, la competencia en el mismo existe, lo que pasa es que no es efectiva y por ende la única manera de que los consumidores puedan satisfacer sus necesidades es a través de la compra de los bienes ofertados por quien tiene la posición de dominio de mercado, aceptado las condiciones impuestas. En concordancia con lo mencionado, cabe señalar lo que establece el inciso primero del artículo 7 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado del Ecuador, que versa de la siguiente manera:

Poder de mercado.- Es la capacidad de los operadores económicos para influir significativamente en el mercado. Dicha capacidad se puede alcanzar de manera individual o colectiva. Tienen poder de mercado u ostentan posición de dominio los operadores económicos que, por cualquier medio, sean capaces de actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes, proveedores, consumidores, usuarios, distribuidores u otros sujetos que participen en el mercado.³²

De esta manera, podemos señalar que en la legislación ecuatoriana se ha determinado los elementos constitutivos para la reglamentación de una posición de dominio de

³⁰ Cabanellas de las Cuevas, Guillermo. *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*. Tomo II. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2005. Pp. 187.

³¹ Pace, Lorenzo Federico. *Derecho Europeo... Óp. Cit.* Pp. 152.

³² Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 7, inciso primero. Registro Oficial Suplemento 555 de 13-oct-2011.

mercado. Así, el texto legal establece que una posición de dominio de mercado radica en la potestad que tiene uno o varios competidores de realizar actos tendientes a la afectación de la competitividad del mercado, ya sea de manera independiente o conjunta. De dicha práctica de mercado, el competidor obtiene un beneficio o ventaja que le resulta económicamente favorable. Es por esto que la competencia real del mercado en cuestión puede resultar afectada y distorsionada, ya que es un operador del mismo quien tiene el poder para modificar las condiciones establecidas por el libre juego de la oferta y la demanda de mercado.

1.2.2. Abuso de posición de dominio y determinación de la afectación a la competitividad en el mercado concurrencial

El segundo inciso del artículo 7 de la LORCPM del Ecuador establece que una posición de dominio sobre un segmento de mercado que impide, restringe, falsea o distorsiona la competencia, vulnerando la eficiencia económica del mercado y los derechos de los demás competidores y los consumidores, constituye una conducta que afecta la libre competencia. Es por esta razón que el abuso de posición dominante se ve regulado y sancionado en la legislación nacional; el artículo versa de la siguiente manera:

(...) la obtención o el reforzamiento del poder de mercado no atentan contra la competencia, la eficiencia económica o el bienestar general. Sin embargo, el obtener o reforzar el poder de mercado, de manera que impida, restrinja, falsee o distorsione la competencia, atente contra la eficiencia económica o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios, constituirá una conducta sujeta a control, regulación y, de ser el caso, a las sanciones establecidas en esta Ley.³³

Es importante mencionar que para la determinación de una práctica o uso abusivo de una posición de dominio de mercado es necesario realizar un proceso de comprobación de dicha afirmación, ya que la detentación de dicha condición no implica de por sí un abuso al derecho. Como bien menciona García Machmar, “la existencia de un poder de mercado o posición dominante no es ilícita “per se”, ya que lo reprochable es el abuso que de ésta se haga”.³⁴ La autoridad que tiene a su cargo la regulación de las prácticas anticompetitivas debe realizar un análisis exhaustivo que lleve a la comprobación de la utilización abusiva de dicha condición por parte del sujeto económico calificado que la detenta.

³³ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 7, inciso segundo. Registro Oficial Suplemento 555 de 13-oct-2011.

³⁴ García Machmar, William. *Manual de... Óp. Cit.* Pp. 57.

Es así que el uso indebido y abusivo de la misma, para mantener esta posición o evitar la entrada de nuevos agentes a competir dentro de ese mercado, es la conducta a ser sancionada. La detentación de una posición dominante no es sancionable de por sí, debido a que su simple posesión no conforma los elementos necesarios para poder distorsionar a la competencia de mercado y su sola presencia no implica ningún abuso de la misma. Continúa el autor de manera acertada al mencionar que la detentación de dicha posición en el mercado y la participación empresarial, no constituyen un elemento suficiente para determinar un abuso derivado de la posición dominante.

Por razones obvias, todo competidor que se encuentre en una posición clara de dominio de mercado tendrá mayores límites y controles al participar en el mercado, ya que sus decisiones comerciales pueden devenir fácilmente en un abuso de su posición de dominio, influyendo al mercado relevante, limitando la libre competitividad del mismo y causando un detrimento a la competencia de mercado. Ernesto Rengifo García nos clarifica el panorama al analizar el presente concepto de la siguiente forma:

Habrá abuso de posición dominante cuando un competidor, en ejercicio de su derecho de competir en el mercado, abusa de dicho ejercicio y, en consecuencia, lo que era legal deviene ilegal. Hay en el abuso de la posición dominante un cambio de status deóntico no por la posición en sí misma considerada, sino por el ejercicio abusivo del poder que se tiene en el mercado.³⁵

El abuso de la posición dominante constituye un acto restrictivo de la competencia debido a que a través de su implementación en el mercado se lo afecta, siendo el competidor dominante quien establece las pautas bajo las cuales debe funcionar un segmento determinado, tanto hacia los demás competidores, como hacia los consumidores de los bienes en cuestión. Las normas que regulan el abuso de posición dominante buscan controlar las conductas empresariales de quienes detentan dicha condición, evitando su ocurrencia a través de la regulación de mercado y a través de sanciones derivadas, por el ejercicio abusivo de su derecho a competir en el mercado.³⁶ Adicionalmente, se busca evitar la formación de nuevas posiciones de dominio de mercado, con el fin de garantizar la competitividad y la eficiencia de los mercados, tal y como se regula la monopolización en la legislación Antitrust americana.

Cabe hacer clara referencia a lo establecido por Ernesto García, quien nos ofrece nuevamente un concepto claro y concreto de los elementos que conforman al abuso de posición dominante dentro de un mercado; que versa de la siguiente manera:

³⁵ Rengifo García, Ernesto. *Del abuso... Óp. Cit.* Pp. 369.

³⁶ Cabanellas de las Cuevas, Guillermo. *Derecho antimonopólico... Óp. Cit.* Pp. 177.

En el abuso de posición dominante, la conducta abusiva se mira preponderantemente en relación con el mercado, con el perjuicio al interés económico general, aun cuando resulten afectados intereses jurídicos particulares: disminución de precios para excluir la competencia (precios predatorios); condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes (discriminación vertical); cláusulas de amarre o de corbata (cláusulas tying, como se les conoce en la jurisprudencia anglosajona); la venta o prestación de servicios por debajo del costo también para excluir la competencia (precios predatorios regionales), y la obstrucción al mercado o a los canales de distribución.³⁷

El autor nos lleva a realizar un análisis del abuso de la posición dominante de acuerdo a la relación que esta tiene con el mercado y la participación de quien la detenta en la realidad económica de la sociedad. Es así que para poder detentar una posición de dominio, el sujeto (entiéndase persona natural o jurídica) debe estar económicamente calificado para poder tomar una decisión que marque significativamente al segmento de mercado en cuestión, ya que solo al ser una agente económico calificado pueden sus decisiones impactar a la competencia concurrencial. Adicionalmente, éste debe realizar comportamientos que, por su posición de dominio, sean para él prohibidos, ya que para los demás competidores del mismo mercado serán conductas legales por no detentar posición de dominio alguna. “El tema del abuso de la posición dominante es abordado en el Artículo 86. El abusar de una posición de dominio se considera incompatible con el mercado común y por lo tanto su práctica se encuentra prohibida”.³⁸

Por estas razones, desde el punto de vista económico y legal del análisis del mercado concurrencial, la capacidad de alterar los precios, calidad o condiciones de los bienes ofertados constituye un abuso de posición de dominio cuando quien lo realiza es considerado como un sujeto económicamente calificado con una posición dominante del mercado en cuestión. Además, dicha variación significativa para el mercado, resulta prácticamente imperceptible para el oferente dominante, ya que no sufre mayor variación en sus proyecciones financieras y réditos de la forma en que se presenta la afectación para los demás competidores, los consumidores y el mercado. A manera de complemento, el autor Luis Ortiz Blanco menciona que el abuso de una posición de dominio, a través de las diversas prácticas en las cuales ésta puede instrumentarse, afecta a competidores actuales o potenciales, a proveedores, a los consumidores de los bienes y servicios y, en definitiva, a la competitividad del mercado.³⁹

³⁷ Rengifo García, Ernesto. *Del abuso... Óp. Cit.* Pp. 378.

³⁸ Flint, Pinkas. *Tratado de Defensa... Óp. Cit.* Pp. 51.

³⁹ Ortiz Blanco, Luis et. al. *Manual de... Óp. Cit.* Pp. 157.

1.2.3. Determinación de responsabilidad

Una vez introducidos los conceptos jurídicos que nos permiten establecer la existencia de una posición de dominio de mercado y las condiciones en base a las cuales se puede determinar la existencia de una utilización abusiva de dicha condición en el mercado, es importante realizar un análisis que nos lleve a determinar los elementos en virtud de los cuales podemos establecer la responsabilidad derivada de dichas prácticas. Todo abuso de una posición de dominio se deriva de decisiones empresariales adoptadas por aquellas personas que dirigen y establecen las políticas comerciales a nombre de una compañía, razón por la que la responsabilidad de lo actuado recae sobre ellas. Si bien una persona jurídica tiene su patrimonio propio, la responsabilidad civil de los actos realizados recae sobre su ente directivo.

El ordenamiento jurídico contiene una serie de normas adecuadamente promulgadas en virtud de las cuales se regula y prohíbe las situaciones de abuso de posición de dominio en el mercado, buscando así evitar y regular la ocurrencia de estas conductas por ser atentatorias contra el bien jurídico protegido del Derecho de la Competencia, es decir, la libre competencia de mercado. La garantía de los derechos constitucionalmente garantizados que tienen que ver con la participación económica de las empresas en los distintos mercados, se ven protegidos por los cuerpos legales que los reglamentan, así como por los principios constitucionales referentes al tema. El autor Manuel Abanto, citando a Alfonso Miranda, hace alusión al tema del presente análisis, y puntualiza de la siguiente manera.

Las normas sobre prácticas restrictivas y abuso de la posición dominante en el mercado tratan de proteger en primer lugar el bienestar de los consumidores frente a las conductas unilaterales o concertadas de los productores o distribuidores, tendientes a evitar la competencia, las normas sobre protección del consumidor dirigen su esfuerzo principal a exigir garantías mínimas de calidad y servicio para los consumidores, las normas antidumping pretenden proteger en primer lugar a los productores nacionales frente a prácticas desleales de comercio internacional, y las normas sobre competencia desleal tratan de proteger a los competidores frente a las conductas de sus colegas que van en contra de las costumbres mercantiles y que intentan privarles de parte de su mercado.⁴⁰

El desarrollo del Derecho de la Competencia a nivel mundial ha sido un proceso largo y progresivo, razón por la cual las distintas legislaciones nacionales de protección de la Competencia cada vez son más complejas y buscan regular de mejor manera las prácticas empresariales comerciales con el fin de obtener mercados donde la libre competencia esté vigente. Una adecuada regulación de Competencia busca dotar de condiciones al mercado

⁴⁰ Abanto Vásquez, Manuel. *El derecho... Óp. Cit.* Pp. 34. Citando a: Miranda Londoño, Alfonso. "El régimen general de la libre competencia, características principales". Pp. 8.

para el desarrollo de una competencia efectiva, que genere beneficios tanto para las empresas cuanto para los consumidores, buscando proteger las situaciones que puedan causar distorsiones.

Cualquier comportamiento dañoso realizado por un agente económico genera responsabilidades, siempre y cuando se compruebe el daño. Como daño es un concepto que puede llegar a ser sumamente subjetivo, dentro de esta rama del derecho se comprende que éste es la objetiva afectación a la libre competencia, en cualquiera de sus elementos, lo que conlleva por regla general a la existencia de una afectación al mercado en cuestión. Resulta extremadamente pertinente lo que establece Luis Ortiz Blanco, quien señala que:

La naturaleza objetiva del concepto de abuso implica que no es necesario que concurra la intención de perjudicar, ni un comportamiento moralmente reprochable. Los tribunales comunitarios han rechazado como exigente el hecho de que la empresa ignore que sus prácticas fueran abusivas (...).⁴¹

Esto soporta positivamente lo mencionado, ya que para la comprobación del abuso y un posible detrimento a la competencia, no es necesaria la intención del agente económico calificado con posición dominante de afectar la competitividad.

Para determinar la capacidad de una empresa, que detenta un poder de mercado considerable, de distorsionar la competencia de mercado es necesario tomar en cuenta los siguientes elementos; estos son la sustituibilidad de los productos, el poder de la demanda y las eficiencias.⁴² Es importante determinar elementos como la sustituibilidad de los productos, ya que esto implica la potestad empresarial para establecer las condiciones de mercado en las que estos productos se ofrecen y al precio que se lo hace, en virtud de las alternativas para la satisfacción del consumidor.

Una investigación sobre el poder de la demanda en el mercado de producto en cuestión faculta a la determinación de la capacidad que tiene la empresa dominante de imponer a los consumidores las condiciones de venta. “El hecho de que una empresa disponga de un poder de mercado en un determinado mercado de referencia se debe a que su comportamiento no está condicionado, desde el punto de vista de la competencia, por otros operadores del mercado”.⁴³ Esto faculta a la empresa a tener una independencia absoluta en la determinación de sus conductas empresariales, permitiéndole determinar condiciones de venta que los consumidores de dicho bien deberán aceptar para satisfacer sus pretensiones.

⁴¹ Ortiz Blanco, Luis et al. *Manual de... Óp. Cit.* pp. 159.

⁴² Gutiérrez, Inmaculada y Atilano Jorge Padilla. “Economía de la Competencia”. *Tratado de... Óp. Cit.* Pp. 31.

⁴³ Pace, Lorenzo Federico. *Derecho Europeo... Óp. Cit.* Pp. 152.

Finalmente, el análisis de las eficiencias establece que debe realizarse una investigación de las implicaciones reales de las estrategias empresariales adoptadas, ya que no necesariamente una estrategia de naturaleza restrictiva de la competencia va a afectar al mercado y deteriorar las condiciones de los consumidores; es por esto que debe aplicarse una investigación basada en la regla de la razón.⁴⁴ Del análisis objetivo de cada uno de ellos se puede determinar la existencia de un abuso real de la posición de dominio en el mercado y con ella la distorsión de la competencia en el mercado en cuestión, o el resultado puede ser contrario a lo imaginado y causar un beneficio real en el mercado, incentivando la competitividad y beneficiando a los consumidores. Para la sanción de un abuso de posición de dominio por prácticas anticompetitivas en el mercado es necesario que el Tribunal competente compruebe el uso indebido y abusivo de la misma, para mantener esta posición o evitar la entrada de nuevos agentes a competir dentro de ese mercado.

1.3. Determinación del Mercado Relevante

La definición del mercado relevante aplicable a un análisis desde el punto de vista del Derecho de la Competencia es de suma importancia para la determinación objetiva de la dimensión dentro de la cual se deber realizar la investigación relativa a una práctica abusiva derivada de una posición de dominio, ya que ésta se ejerce sobre el mercado. Dentro de un mercado interactúan varios sujetos, los cuales deben tener claras las reglas en virtud de las cuales activar su participación y saber los límites de licitud que deben respetar. El mercado no es un concepto cuya determinación o delimitación sea sencilla, debido a que engloba e incorpora varios elementos; sin embargo, se han desarrollado mecanismos que permiten su identificación con respecto a determinada actividad o conducta por parte de cualquier operador de mercado.

Podemos recurrir a lo establecido por el autor Mauricio Velandia, quien señala que “Mercado es el lugar geográfico donde se cruzan las empresas interesadas en ofrecer un producto con los sujetos económicos interesados en satisfacer sus necesidades, es decir, donde se adquiere un bien o servicio a cambio de un precio”⁴⁵. Por ende, se establece que el mercado comprende a los sujetos que forman parte de los oferentes (oferta), a los sujetos que forman parte de los demandantes (demanda), al territorio en el cual se llevan a cabo las

⁴⁴ Gutiérrez, Inmaculada y Atilano Jorge Padilla. “Economía de la Competencia”. *Tratado de... Óp. Cit.* Pp. 31.

⁴⁵ Velandia, Mauricio. *Derecho de... Óp. Cit.* Pp. 31-32

negociaciones (mercado), el cual puede tener varias manifestaciones; y finalmente, los bienes que son el objeto fundamental del intercambio negocial. Todos estos elementos se encuentran en constante interacción en las sociedades, facultando el comercio en todas las etapas de las diversas cadenas de producción.

En complemento a lo mencionado, el autor Ernesto Rengifo García menciona:

La doctrina ha elaborado tres criterios para la delimitación del mercado relevante: criterio geográfico, criterio temporal y criterio objetivo. De acuerdo al primero y el segundo se debe delimitar espacial y temporalmente el mercado, es decir, en qué lugar se ejerce la posición de dominio y en qué o durante cuánto tiempo; es decir, saber, por ejemplo, si la posición de dominio se da en todo o en parte del mercado nacional y en qué arco de tiempo se ha tenido o se tiene esa posición de dominio: si durante el año, si durante determinadas épocas del año, o si se ha tenido siempre y de manera constante.⁴⁶

De esta manera, el autor señala que la delimitación de un mercado relevante comprende varios factores, que en definitiva, constituyen la estructura de un mercado. La estructura de mercado está compuesta por elementos que determinan una diferenciación entre cada mercado existente debido a sus características esenciales, ya que en todos los mercados se realizan negociaciones que incluyen la alocaación de bienes y servicios a cambio de su contraprestación monetaria. A través de la delimitación de un mercado relevante se puede determinar los bienes o servicios ofrecidos, la competencia existente en el mercado y los beneficios generados por el intercambio económico⁴⁷.

Contrastando con lo analizado, cabe citar a Lorenzo Federico Pace, quien establece que “El mercado de referencia, en el marco del cual se examina un determinado problema de competencia, resulta de combinar el mercado de referencia del producto y el mercado de referencia geográfico”.⁴⁸ En virtud de esta determinación, es imprescindible proceder a la delimitación de los elementos que configuran un mercado relevante, que son su dimensión de producto y su dimensión territorial o geográfica. La finalidad u objetivo de la definición de las dimensiones del mercado es la identificación de la competencia real existente, a través del cálculo de la participación de mercado de cada interviniente, ya que así se puede determinar su poder de mercado y los efectos que pueden generar sus acciones o negativas en el mercado⁴⁹. Así, el autor Felipe Cerda establece que:

El mercado relevante tiene una dimensión material (mercado del producto) y una dimensión espacial (geográfico) donde ocurre la competencia. El mercado del producto identifica qué productos o servicios compiten entre sí y el mercado geográfico identifica

⁴⁶ Rengifo García, Ernesto. *Del abuso... Óp. Cit.* Pp. 412-413.

⁴⁷ Velandía, Mauricio. *Derecho de... Óp. Cit.* Pp. 32 paráfrasis.

⁴⁸ Pace, Lorenzo Federico. *Derecho Europeo... Óp. Cit.* pp. 148.

⁴⁹ Dromi, Roberto. *Competencia y Monopolio: Argentina, Mercosur y OMC.* Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999. Pp. 245.

el área en la que la competencia del producto tiene lugar. Por consiguiente, el mercado en el marco del cual se examina una cuestión de competencia se determina combinando ambas dimensiones.⁵⁰

“El elemento de sustituibilidad en la demanda, determina qué productos son suficientemente similares en cuanto a su función, precio y atributos para ser contemplados por los usuarios como sustitutivos razonables de otro”.⁵¹ Dentro del análisis pertinente para el establecimiento de un criterio sobre el mercado relevante de un bien o servicio específico, es básica la determinación de la existencia de bienes o servicios que se consideran sustitutos del bien principal, tanto aquellos que funcionan como sustitutos perfectos y aquellos que se consideran sustitutos imperfectos, ya que éstos sirven para cumplir con las exigencias de los consumidores de una forma idéntica o similar, y por ende se configuran como elementos competitivos al bien principal.⁵²

Para complementar el análisis con respecto al mercado relevante que debe ser determinado en una investigación de competencia, es importante analizar los conceptos establecidos en la sentencia *United Brands Company v. Comisión Europea*, caso *Chiquita Bananas*, en la cual se realiza un análisis interesante. El primer numeral de la sentencia establece que se debe tomar en cuenta las condiciones particulares del producto en cuestión, en relación a un área geográfica claramente definida, en la cual éste es comercializado y donde las condiciones de competencia sean suficientemente homogéneas, para realizar un adecuado análisis dentro del Antitrust.⁵³ En concordancia, la sentencia establece que las oportunidades de competencia se analizan de acuerdo a las condiciones específicas del producto en cuestión y en relación a un mercado geográfico claramente definido, en el cual el producto es comercializado y las condiciones de la competencia son suficientemente homogéneas.⁵⁴

Así también, señala que la posición dominante consiste en una posición de fuerza económica que permite a quien la detenta prevenir o afectar la competencia efectiva al

⁵⁰ Cerda Becker, Felipe. “El mercado relevante como marco de referencia para un análisis de Competencia: Experiencia nacional y comparada en el sector supermercados”. Paulo Montt Rettig y Nicole Nehme Zalaquett (*Coords*). *Libre Competencia y Retail, un análisis crítico*. Santiago: Abeledo Perrot Legal Publishing, 2010. Pp. 11.

⁵¹ Díez Estella, Fernando. *Algunas consideraciones... Óp. Cit.* Pp. 11.

⁵² *Vid.* Anexo 2. A manera de ampliación sobre los elementos que conforman el Mercado Relevante y su análisis individual, se ha incluido sus conceptos y alcances en el Anexo con la finalidad de facultar una mayor comprensión del tema.

⁵³ *United Brands Company and United Brands Continentaal BV v Commission of the European Communities*. - *Chiquita Bananas*. - Case 27/76. Judgment of the Court. 14 February 1978. Paragraph 1.

⁵⁴ *Id.*, Paragraph 11.

poder actuar con independencia de sus competidores⁵⁵, y que un comerciante solamente puede tener una posición dominante en un segmento de mercado en el cual, a través de sus productos, ha logrado ganar una gran parte del mercado, controlando el curso del mismo.⁵⁶ Para concluir, la sentencia menciona que un abuso de posición dominante cabe cuando se limita el mercado al punto de perjudicar al consumidor y a los demás comerciantes o competidores a través de las decisiones individuales del monopolista, especialmente cuando se segmenta mercados nacionales.⁵⁷ Entonces, para poder determinar si hay una posición dominante de mercado, es imprescindible definir el mercado desde el punto de vista de producto y desde el punto de vista geográfico.⁵⁸ Finalmente, en el caso se determina que el mercado de las Bananas es suficientemente distinto a los mercados de las demás frutas frescas, razón por la cual se debe analizar los cargos de abuso de posición de dominio con respecto a la comercialización de Bananas y sus competidores, únicamente.⁵⁹

1.4 Ventas Atadas

Dentro de las prácticas comerciales utilizadas por los oferentes de mercado con la finalidad de que sus productos sean interesantes y demandados por los consumidores, podemos encontrar cientos de mecanismos que incentivan el consumo de un bien sobre otro. Todas las estrategias de comercialización y mercadeo de productos atacan directamente a las preferencias de los consumidores, buscando siempre generar opciones interesantes de acuerdo al segmento de mercado al que se dirigen. Las preferencias subjetivas de los consumidores, es decir sus intereses y gustos, conforman los grupos de mercado en cuanto a la demanda de productos. Desde la perspectiva de la oferta de productos, lo más importante es determinar adecuadamente las preferencias de los consumidores en relación al producto por ellos ofertado, con la finalidad de poder generar las condiciones más adecuadas para que la demanda de su producto sea lo mayor posible.

Las ventas atadas, conocidas en la legislación americana y europea generalmente como Tying Arrangements, son estrategias de mercadeo y comercialización de productos que buscan incentivar al consumidor a adquirir más productos del mismo oferente, generando así un mayor beneficio para un único productor. Las ventas relacionadas se definen en la

⁵⁵ *Id.*, Paragraph 2.

⁵⁶ *Id.*, Paragraph 3.

⁵⁷ *Id.*, Paragraph 5.

⁵⁸ *Id.*, Paragraph 10.

⁵⁹ *Id.*, Paragraph 35.

Economía como la “limitación establecida por un fabricante en la que obliga a sus clientes a comprar varias mercancías al mismo tiempo, generalmente relacionadas entre sí”.⁶⁰ Esto implica que una venta relacionada incentiva a los consumidores a adquirir una mayor cantidad de los productos ofrecidos por un único oferente de mercado, aprovechando que uno de sus productos es considerado como necesario por el consumidor, ya que la compra está supeditada a la adquisición obligatoria de dos o más productos adicionales del mismo fabricante.

Lorenzo Federico Pace proporciona una definición que consideramos importante en relación a los contratos o ventas vinculadas, ya que establece que son aquellos en los que “el proveedor supedita la compra de un producto (producto vinculante) a la compra de otro producto distinto (producto vinculado) que ofrece el propio proveedor o alguien designado por él. Únicamente el producto vinculado puede adquirirse separadamente”.⁶¹ Un producto vinculado es aquel que necesariamente debe adquirirse si el consumidor desea comprar el producto principal o vinculante, ya que la compra del primero incluye la adquisición del segundo; por el contrario, la adquisición individual del producto vinculado es posible y no incluye la adquisición del vinculante.

Las ventas atadas implican que se sujeta la venta de un producto a la venta de otro que lo vincula. Una práctica comercial de ventas atadas es lícita cuando las condiciones de participación de mercado del ofertante no determinan la detentación de una posición de dominio del mismo. Por consiguiente, “para que la vinculación sea abusiva, la empresa afectada ha de ocupar una posición dominante en el mercado vinculante. En cambio, no es necesario que también sea dominante en el mercado vinculado”.⁶² Una empresa que detenta una posición dominante en un segmento determinado de mercado debe tomar precauciones considerablemente mayores al implementar sus estrategias comerciales, ya que por dicha condición sus prácticas pueden transformarse en atentatorias a la competencia de mercado fácilmente. La afirmación realizada por el autor nos permite establecer que la posición de dominio de mercado será clave en relación al producto vinculante, más no en el producto vinculado, ya que es la presencia de mercado del producto vinculante la que se busca trasladar al producto vinculado, cuya importancia es insignificante en la comparación.

⁶⁰ *Diccionario de Administración y Finanzas*. Carlos Gispert (Dir.) Barcelona: Océano Grupo Editorial, Pp. 535.

⁶¹ Pace, Lorenzo Federico. *Derecho Europeo... Óp. Cit.* pp. 169.

⁶² *Ibíd.*

Las ventas atadas, cuando coadyuvan las condiciones que las transforman en abusivas, devienen en conductas anticompetitivas que están enmarcadas dentro de los acuerdos verticales que limitan o entorpecen la competencia, las mismas que buscan integrar los procesos productivos con la finalidad de llegar a la eficiencia a través de las economías de escala, sin detenerse a analizar la afectación que causan al mercado a través de dicho comportamiento. “Estas prácticas consisten esencialmente en subordinar la adquisición de un bien o la prestación de un servicio, a la adquisición o prestación de otros bienes o servicios diferentes”.⁶³ La finalidad que buscan los productores a través de las ventas atadas de productos por ellos desarrollados es la de maximizar las ventas en el mercado, incorporando varios segmentos de mercado en uno solo y aprovechando la escogencia favorable de los consumidores sobre el producto vinculante para hacer que estos adquieran también el producto vinculado.

“La venta atada se presenta como la condición o sujeción que impone el comerciante al consumidor sobre la compra de un producto. Esta conducta restrictiva exige que exista una condición o prestación extraña a la relación jurídica pretendida por las partes”⁶⁴. Es importante mencionar que para que se dé la ocurrencia de una venta atada, el bien o servicio vendido de manera adicional debe ser extraño al negocio jurídico celebrado por las partes, significando esto que la venta atada no corresponde a la complementariedad del producto en virtud del cual se ha contratado, sino uno adicional del cual podría prescindirse. Esta vinculación necesaria debe estar determinada por el oferente como condición para la venta del producto principal, cuando realmente es un bien o servicio innecesario de manera intrínseca para el desarrollo o funcionamiento del bien principal materia del negocio, haciendo más costosa la transacción para el consumidor.

En concordancia con lo establecido, es necesario analizar a los productos complementarios, que son aquellos “(...) bienes materialmente distintos del bien o servicio al que complementan, pero que están estrechamente relacionados con éste, hasta el punto de que pueden resultar imprescindibles para que el bien o el servicio en cuestión puedan ser objeto de aprovechamiento económico por parte de su comprador”.⁶⁵ Así, un producto complementario necesariamente contribuye para el adecuado funcionamiento del producto complementado. En el caso de productos complementarios no se habla de una venta atada

⁶³ Herrero Suárez, Carmen. *Los contratos vinculados (Tying agreements) en el Derecho de la Competencia*. Madrid: La Ley, 2006. Pp. 21.

⁶⁴ Velandia, Mauricio. *Derecho de... Óp. Cit.* Pp. 153.

⁶⁵ Gutiérrez, Alfonso. *Comentario a la Ley... Óp. Cit.* pp. 158.

de dos productos, sino que se la analiza como una venta individual de dos elementos que requirieren estar juntos para funcionar de manera adecuada y óptima.

Así, podemos establecer que un acuerdo de ventas atadas consiste en la venta de determinado producto que está atada o sujeta a la venta de un producto adicional. Esta consiste en imponer a la venta de un producto la de otro producto que no necesariamente lo complementa, o que su funcionamiento conjunto no es imprescindible. El autor Luis Ortíz Blanco establece que “(...) las prácticas de tying y bundling son habituales en la vida económica y, además, fuente de eficiencias que benefician a los consumidores”.⁶⁶ Esto se debe a que el consumidor normalmente adquiere productos complejos que, sin que éste se dé cuenta, están siendo comercializados de manera atada. El hecho de que el consumidor no se dé cuenta de la atadura tiene mucho que ver con el hecho de que de manera frecuente, tanto el producto vinculante como aquel vinculado, generan en el consumidor eficiencias o beneficios adicionales.

Un adecuado análisis realizado a la luz del Derecho de la Competencia debe necesariamente tomar en cuenta las distintas afectaciones posibles derivadas de prácticas comerciales que se transforman en antijurídicas y atentatorias de los principios consagrados y protegidos por dicha legislación. Una investigación de competencia debe necesariamente verificar las condiciones de los competidores, de la competencia dentro del mercado en cuestión y, claro está, de los consumidores. La venta atada de productos que son adquiridos por los consumidores, cuando deviene en ilegal por las condiciones del ofertante, deberá pasar por una investigación de la autoridad de Competencia para así verificar la afectación causada por la misma.

Es imprescindible el análisis desde la óptica, perspectiva o punto de vista del consumidor, ya que se debe determinar si éste percibe al producto vinculante y al producto vinculado como elementos independientes o como un producto compuesto. Así, para proceder a la determinación adecuada de si dos productos son o no distintos, el Documento de Discusión relativo a la aplicación del Art. 82 del Tratado a abuso de exclusión de la Comunidad Europea establece que:

Dos productos son distintos si, en ausencia del tying o bundling, desde la perspectiva del consumidor los productos se compran o se comprarían separadamente. No es, sin embargo, necesario que dos productos pertenezcan a dos mercados relevantes de producto distintos. En un mercado de productos diferenciados, dos productos pueden ser lo

⁶⁶ Ortiz Blanco, Luis et al. *Manual de... Óp. Cit.* pp. 179.

suficientemente diferenciados que puede afirmarse que una empresa puede vincular o empaquetar dos productos distintos (...).⁶⁷

En virtud de la cita expuesta cabe establecer que la distinción de dos productos radica en la percepción individual de cada uno de ellos por parte de los consumidores, derivada de las preferencias de compra, en las cuales se adquieren los productos considerados como imprescindibles o necesarios. Así, si dos productos son comercializados de igual manera ya sea que se ofrezcan de manera conjunta o separada, no nos encontramos en presencia de una venta atada. Pero sí, desde la perspectiva del consumidor, sólo uno de los bienes sería importante de acuerdo a sus necesidades, ahí se ratifica la existencia de una venta atada que obliga al consumidor a adquirir ambos productos por la necesidad de adquirir solamente aquel que es vinculante.

Dentro de las prácticas de ventas atadas o vinculación de productos, hay distintas variedades de las mismas que son aplicadas por los oferentes de mercado. Esto se debe a que, dependiendo de las características individuales del bien en cuestión y de las preferencias de los consumidores en relación al mismo, es necesario adoptar la estrategia de mercado más adecuada para su comercialización.

Así, existe el empaquetamiento simple de productos, conocido como bundling simple, y el empaquetamiento compuesto de productos, conocido como en bundling mixto. Luis Ortíz Blanco se refiere a estas modalidades y señala que “en el caso primero, dos productos se comercializan únicamente como un paquete, mientras que en el segundo, la empresa dominante da un incentivo financiero para la compra de dos o más productos conjuntamente”.⁶⁸ El empaquetamiento simple de productos es aquella vinculación de productos que necesariamente deberán comercializarse como un paquete, con la finalidad de que el consumidor adquiera la totalidad de los productos empaquetados por el oferente, ya que no se los oferta de manera independiente. El empaquetamiento compuesto de productos es aquella vinculación de productos ofertada por el productor a través de la cual, cabiendo la posibilidad de adquirir de manera independiente los productos aquí empaquetados, al adquirir el bundling mixto el consumidor obtiene un descuento significativo que lo motiva a adquirir el paquete de productos.

En el caso del empaquetamiento simple de productos podemos hacer alusión a lo expresado por el autor García Machmar, quien señala en referencia a las ventas atadas lo

⁶⁷ *Ibíd.* Citando al Documento de Discusión relativo a la aplicación del artículo 82 del Tratado a abuso de exclusión, diciembre de 2005, Bruselas, 185-187 (Traducción del autor).

⁶⁸ *Ibíd.*

siguiente. “Por ejemplo, existen “Ventas Forzadas”, donde debe adquirirse una gama completa de productos para así adquirir tan sólo uno de sus elementos. El comprador que sólo busca un producto específico, para adquirirlo, debe comprar todo el conjunto del que forma parte”.⁶⁹ Este es claramente el caso del empaquetamiento simple de productos o bundling simple; en este caso el consumidor se ve forzado a adquirir el paquete de productos aun cuando desee sólo la adquisición del producto que vincula a los demás. En este caso, el empaquetamiento de los productos causa un claro detrimento económico al consumidor que requiere del producto vinculante para satisfacer sus necesidades.

Por esto que se puede señalar que las prácticas de vinculación de productos, ventas atadas o prestaciones tying, son aquellas conductas comerciales en las que una empresa oferente utiliza su posición dominante en determinado segmento de mercado, para extenderla a otros mercados en los cuales participa con otros productos. Es importante graficar lo aquí señalado con la finalidad de clarificar su entendimiento, y la mejor manera es hacerlo a través del ejemplo propuesto por Ortiz Blanco en su obra.

Supongamos que existe un refresco a base de cola que, debido a su importancia comercial, sea indispensable tener en todos los bares, cafés y discotecas, permitiendo a su fabricante disfrutar de una cómoda posición dominante en ese mercado. Si este fabricante decidiese lanzarse a otros mercados, como pueden ser la tónica o el agua mineral, estaría en condiciones de exigir a sus contratantes la compra de estos últimos productos (llamados productos vinculados) como condición para el suministro continuado de su refresco a base de cola (llamado producto vinculante).⁷⁰

De esta manera, el fabricante del refresco a base de cola, que claramente tiene una posición dominante en el mercado por su popularidad entre los consumidores, podría buscar extender dicha posición de dominio obtenida en el segmento de refrescos a base de cola, a los demás segmentos en donde ofrece sus productos al mercado. La manera de buscar ejercitar esta traslación de la posición de dominio de mercado sería, de acuerdo al ejemplo, empaquetando la venta de los refrescos a base de cola con sus demás productos, como el agua tónica o mineral. Dicho empaquetamiento obligaría a sus consumidores, que serían los bares, cafés y discotecas, a adquirir el paquete de refrescos, generando así eficiencias mayores en el productor que goza de posición de dominio en un segmento de mercado, al incluir sus demás bebidas en la comercialización de dicho segmento de mercado y forzando a sus clientes a adquirir tanto los productos vinculantes como los vinculados.

⁶⁹ García Machmar, William. *Manual de... Óp. Cit.* Pp. 72.

⁷⁰ Ortiz Blanco, Luis et al. *Manual de... Óp. Cit.* pp. 178.

“En las ventas subordinadas un agente con posición de dominio adiciona al producto obligaciones que no tienen que ver con la naturaleza propia del negocio; así aumenta su ganancia basado en la dependencia del mercado hacia él (maximiza su utilidad de forma ilegal)”⁷¹. Debido a la necesidad del consumidor de determinado bien, el oferente que realiza una venta atada obtiene una mayor ganancia de la venta de bienes que de ninguna manera serían necesarios vender de manera conjunta, pero obliga al consumidor a comprarlos en el caso de requerir el bien principal. Es aquí cuando se toma en cuenta la posición de dominio del oferente para determinar si se incurre en un caso de venta atada, ya que si ostenta una posición de dominio en el mercado del bien principal, claramente se verifica una venta atada por ser el único o mayor oferente de dicho bien principal; por el contrario, si no es el oferente quien ostenta una posición de dominio del mercado en cuestión, no se verifica una venta atada por tener el consumidor variadas opciones para satisfacer sus necesidades y no ser el único bien que le pueda crear una plena satisfacción a través de un bien sustituto, ya sea perfecto o imperfecto.

La regulación de las ventas atadas ha recibido una atención cada vez mayor a través de los años de aplicación del Derecho de la Competencia, desarrollando disposiciones legales a través de las que se ha reglamentado su regulación y establecido las condiciones necesarias para la configuración de esta conducta. La subordinación en el suministro de productos a la aceptación de prestaciones adicionales, condiciona al negocio jurídico en cuestión y es por esto que el acto se vuelve antijurídico, al afectar los intereses de la libre competencia de mercado, de los demás competidores y de los consumidores.

Alfonso Gutiérrez contribuye a la determinación de dicha conducta que deviene en antijurídica al establecer que la modalidad de abuso que nos concierne adquiere habitualmente el nombre de ventas vinculadas, ya que consiste en la condición establecida por el oferente en relación al suministro de un determinado bien o servicio, sobre el que tienen una posición de dominio de mercado, a la adquisición de otro bien o servicio diferente, coaccionando la contratación a la compra conjunta⁷². Esto implica que no se podrá obtener el bien o servicio vinculante sin que se haga efectiva la contratación por el vinculado, favoreciendo así al oferente y facultando la extensión de su poder de mercado al dominio sobre el segmento de mercado del bien vinculado.

⁷¹ Velandia, Mauricio. *Derecho de la Competencia... Óp. Cit.* Pp. 185.

⁷² Gutiérrez, Alfonso. *Comentario a la Ley... Óp. Cit.* pp. 195.

Así, en relación a la tipicidad de la conducta, podemos citar a Velandia, quien señala que “el abuso típico es aquel que se presenta por la identidad entre el comportamiento del que ostenta la posición de dominio con el supuesto fáctico prohibitivo”⁷³. Comportamientos que devienen en ilegales cuando son ejecutados por un agente calificado específico por detentar una posición de dominio de mercado, como lo son las ventas atadas.

La legislación americana de Competencia, Antitrust Law, ha regulado a las prácticas de ventas atadas tanto en el Sherman Act como en la Ley Clayton; el Sherman Act, # 1, regula a las prácticas anticompetitivas que consisten en la restricción injustificada del comercio en el mercado relevante, mientras que la Ley Clayton, #3, regula aquellas prácticas de ventas atadas cuyo efecto probable radica en una reducción sustancial de la competencia en el mercado relevante⁷⁴. Así, las conductas de ventas atadas pueden resultar de la condición de que el consumidor debe adquirir todo el paquete ofrecido, incluyendo el producto vinculante y el vinculado, pero también pueden establecer la condición de que la venta del producto vinculante incluye la obligación de no comprar, por parte del consumidor, al producto vinculado de ningún otro productor⁷⁵. De esta manera, las ventas atadas no son por sí mismas antijurídicas, pero se transforman en ilegales cuando se busca extender o mantener la posición de dominio de mercado del oferente a través de su implementación en el mercado, tanto el del producto vinculante como el del producto vinculado.

En relación a la legislación Europea que regula la Competencia, cabe hacer alusión al Art. 82 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea (TCE), inciso d, que establece que es abusivo <<subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos>>. Esto claramente se refiere a las conductas de ventas atadas, ya que como establece el Art. 86, inciso d) del Tratado de Roma, “La imposición de prestaciones u operaciones suplementarias constituye un típico caso de abuso de posición dominante”⁷⁶. Las regulaciones legales claramente establecen las condiciones que deben cumplir las conductas de ventas atadas para considerarse abusivas y por ende ser sancionadas.

⁷³ Velandia, Mauricio. *Derecho de... Óp. Cit.* Pp. 179

⁷⁴ Legal Information Institute. Cornell University Law School. *Tying arrangement*. http://www.law.cornell.edu/wex/tying_arrangement (acceso: 29/05/14).

⁷⁵ *Ibíd.*

⁷⁶ Cabanellas de las Cuevas, Guillermo. *Derecho antimonopólico... Óp. Cit.* Pp. 242.

Así también, haciendo referencia a la legislación de Competencia de la región, podemos hacer alusión a lo expuesto por Xavier Ginebra Serrabou, quien hace un análisis de la legislación del Perú con respecto a los cargos de Ventas Atadas.

La ley peruana recoge como último supuesto específico de abuso de posición de dominio los casos en que una empresa dominante subordina la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos. En este supuesto de abuso debe existir una cierta coerción por parte de la empresa con posición de dominio para que la otra parte contractual adquiriera otro producto o servicio diferente. Por el contrario, si existe una justificación económica de la atadura comercial (mantenimiento idóneo de maquinarias, por ejemplo) la prohibición dejará de tener efecto.⁷⁷

A través del análisis de las distintas legislaciones se puede establecer los elementos que deben cumplir los acuerdos de ventas atadas para ser considerados como un abuso de posición de dominio de mercado por los oferentes de mercado, o en su defecto, para constituir excepciones al abuso como en el expresado caso de la justificación económica de la atadura comercial. Una venta atada radica en la obligación que recae sobre el comprador de pagar por bienes o servicios que no guardan relación intrínseca con el negocio realizado, elevando el precio final del bien adquirido. Esto implica un valor mayor al que el consumidor estaba dispuesto a pagar inicialmente y un beneficio mayor en favor del oferente que busca recibir.

El agente económico calificado que detenta una posición de dominio tiene el derecho a tomar acciones que le permitan defenderse competitivamente dentro del mercado, ya que de otra forma dejaría de participar en el mismo.

El agente con posición de dominio no se puede quedar cruzado de brazos mientras otros competidores atacan su mercado. En tal caso tiene derecho a defenderse, y este es un comportamiento legítimo. Para ello, es necesario probar que la defensa es proporcional al ataque, es decir, que su comportamiento competitivo es razonable⁷⁸.

En el caso de la utilización de un medio de defensa en la competencia de mercado que no sea proporcional al demostrado ataque, el agente económico calificado con la posición de dominio de mercado será sancionado debido a que ahí sí se estaría hablando de una acción de abuso de la posición de dominio, razón por la que el agente debe probar la proporcionalidad del medio utilizado.

Por consiguiente, se puede concluir que la vinculación de acuerdos tiene un efecto económico claro, que consiste en que la conducta de la venta vinculada de dos productos, en los que el oferente tiene posición de dominio en el producto vinculante pero no en el

⁷⁷ Ginebra Serrabou, Xavier. *El derecho de la competencia en tiempos de crisis*. México, D.F.: Editorial Porrúa S.A., 2011. Pp. 154.

⁷⁸ Velandia, Mauricio. *Derecho de... Óp. Cit.* Pp. 188.

vinculado, le representa un beneficio económico significativo y sobre todo le permite extender su posición de dominio del segmento de mercado que comprende el bien vinculante al segmento de mercado no controlado por el bien vinculado, haciendo que el consumidor pague más por los productos en cuestión y en definitiva compre más de lo que necesita para satisfacer sus necesidades. De esta manera, podemos incluir como un comentario sumamente acertado a aquel emitido por Javier Cortázar Mora en su obra, quien establece lo siguiente:

(...) es otra forma de abuso que supone que una empresa con poder de dominio en un mercado vende su producto con la condición de que el comprador adquiriera otro. Se trata de dos productos diferentes en los que el vendedor tiene dominio en uno, pero en el otro no. Es anticompetitiva si tiene efectos adversos a la competencia en el mercado del producto vinculado y no existe una justificación económica racional para la atadura.⁷⁹

1.5. Regla Per Se v. Regla de la Razón

La legislación Americana, pionera en el mundo en el área del Antitrust Law, o Derecho de la Competencia, a través de la Sherman Act de 1890, es la que ha establecido los principios básicos y esenciales a través de los cuales se ha juzgado y desarrollado a la regulación de la Competencia de mercado a nivel mundial. Dentro de los elementos que ha desarrollado podemos encontrar a los estándares en base a los cuales se ha regulado las prácticas anticompetitivas. Así, la Regla Per Se y la Regla de la Razón (Rule of Reason) son estándares de análisis y determinación de las presuntas prácticas anticompetitivas, a la luz del Derecho de la Competencia, en relación a las actividades comerciales realizadas por los sujetos económicos que participan en el mercado concurrencial.⁸⁰ Estos estándares de análisis dentro del Antitrust Law han sido aplicados en un sinnúmero de casos a nivel no solo americano sino mundial, estableciendo los mecanismos para determinar la responsabilidad de quienes han infringido la legislación de Competencia; debido a su importancia dentro de la materia que nos ocupa, es necesario entenderlos.

Las violaciones de la norma, de acuerdo a lo prescrito por la Sherman Act, pueden ser consideradas como violaciones Per Se o como violaciones cuyo análisis requiere la aplicación de la Regla de la Razón. Así, una violación Per Se es aquella que no requiere una investigación profunda de los efectos reales de la actuación en el mercado o las intenciones de quienes cometieron dicha práctica; por el contrario, la Regla de la Razón es el análisis en el cual la Corte debe tomar en cuenta la totalidad de las circunstancias

⁷⁹ Cortázar Mora, Javier. *Curso de Derecho... Óp. Cit.* Pp. 110.

⁸⁰ The Sullivan Group. *The Per Se and Rule of Reason Analysis.*

https://www.thesullivan.com/risk_resources/antitrust/antitrust_4_per_se.asp (acceso: 09/06/2014).

derivadas de la actividad y analizar si la práctica efectivamente afecta o promueve la competencia de mercado.⁸¹ De esta manera, la legislación americana ha desarrollado elementos de análisis para las conductas de mercado realizadas por los competidores, buscando así regular de la forma más adecuada los abusos de mercado y evitando sancionar a aquellos que no deben ser sancionados.

La Regla Per Se es la doctrina por medio de la cual se establece que las violaciones se encuentran tipificadas y, debido a que su naturaleza y efectos son indudablemente anticompetitivos, sin encontrar de por medio una justificación razonable para dicha conducta, no es necesario que se pruebe el motivo o intención que los agentes económicos intervinientes tuvieron al realizar la conducta indebida o restrictiva; así como tampoco es necesaria la determinación del daño real de la acción en el mercado.⁸² La conducta es considerada ilegal Per Se, encajando en el tipo jurídico previsto por la norma, dando por hecho la afectación al mercado y siendo sancionados los responsables de esta vulneración de la economía y libertad de mercado.

La Regla de la Razón, por el contrario, requiere de un test completo y objetivo de las circunstancias, englobando todos los supuestos y el contexto de la violación en relación al caso particular y dentro de dicho segmento de mercado, con el fin de poder determinar objetivamente si el acuerdo o práctica anticompetitiva tuvo un efecto negativo en el mercado; tanto la motivación del análisis como la determinación del daño real son indispensables para esta doctrina.⁸³ Es en virtud de un análisis profundo y multidisciplinario que el ente regulador de la Competencia puede proceder a una adecuada determinación de la afectación real al mercado causada por las conductas analizadas.

Como la Ley Sherman fue redactada en términos muy amplios ya que prohibía cualquier tipo de acuerdo que restringía el comercio, la jurisprudencia ejerció una gran influencia en la medida que los jueces formularan dos principios interpretativos. La Regla de la Razón y la Doctrina de la condenación por sí misma (Regla *Per Se*). La Regla de la Razón surge de un concepto que originalmente proviene del derecho común (Common Law). La intención y base de esta es indagar si los acuerdos o restricciones a la competencia son razonables y si no lo son deben ser invalidados. Los jueces establecieron criterios para calificar las diferentes formas de conducta, teniendo la potestad de decidir, en cada caso, que tan razonable era el acuerdo. En cuanto al principio de la <<condena por sí misma>> o aplicación de la regla per se podemos decir que este principio señala que no importan las razones que se puedan tener. Lo que interesa aquí es que las prácticas

⁸¹ Legal Information Institute. Cornell University Law School. *Antitrust... Op. Cit.*

⁸² Duhaime, Lloyd. *Per Se Doctrine*. <http://www.duhaime.org/LegalDictionary/P/PerSeDoctrine.aspx> (acceso: 09/06/2014).

⁸³ Quinn, Gene. *Antitrust Law Basics: A primer o patent and copyright misuse*. <http://www.ipwatchdog.com/2011/11/17/antitrust-law-basics-a-primer-on-patent-and-copyright-misuse/id=20458/> (acceso: 09/06/2014).

restrictivas a la competencia puedan ser inocuas a corto plazo aun cuando generarán un daño a largo plazo. La Escuela Norteamericana ha adoptado la regla *per se* en todos aquellos casos en que una conducta restrinja la competencia y no tenga a su vez una compensación favorable a la misma competencia o promueva la eficiencia del mercado.⁸⁴

De esta manera se puede establecer que determinadas prácticas de mercado pueden ser consideradas como anticompetitivas al encajar en el tipo determinado en la norma, ya que sin tener una justificación que haga razonable la implementación de las políticas comerciales en cuestión, es la razón por la cual se determinó que dichas conductas llevaban una afectación implícita al mercado y por ende debían ser directamente sancionadas. Por otro lado, el resto de las conductas, cuyos elementos no encajaban de manera absoluta en la norma tipificada y cuya afectación al mercado no era implícita o indudable, debieron ser analizadas a través de un método más completo y riguroso sobre la afectación real que éstas causaban en el mercado, razón por la cual se desarrolló la regla de la razón.

Las doctrinas de la Regla *Per Se* y de la Regla de la Razón buscan establecer mecanismos adecuados para poder ejercer el control judicial y administrativo sobre las actuaciones de empresas y grupos empresariales en un mercado, determinando adecuadamente si las prácticas comerciales en cuestión devienen en anticompetitivas y protegiendo segmentos de mercado que están tutelados por las reglas y normas de Derecho de Competencia. A través de la adecuada implementación de los estándares de análisis se busca eliminar los actos o prácticas anticompetitivas que puedan ejercer presiones sobre la manera en que se desarrolla el mercado, afectando la libre competencia, razón por la que se busca precautelar la existencia de un mercado regulado en su mayor parte por el libre juego de oferta y demanda. En este sentido, cabe señalar lo establecido en su obra por el autor Marcelo Quaglia, quien se refiere a la importancia de la existencia de criterios o estándares de análisis de la siguiente manera:

Es importante determinar qué tipo de acuerdos, actos o prácticas prohíbe la nueva ley de defensa de la competencia, ya que de dicho análisis se podrá concluir si se sancionan violaciones *per se*, o si se exige un perjuicio real sobre el bien jurídico que protege la norma (determinando, obviamente un sistema más restrictivo o más permisivo).⁸⁵

La Regla de la Razón constituye una herramienta más objetiva para el análisis antitrust, debido a que realiza un análisis detallado de todos los elementos que conforman una presunta violación y permite una determinación adecuada de las implicaciones derivadas de cada práctica comercial que, realizada por el sujeto económico calificado, puede devenir en ilegal y anticompetitiva. Además, este método de análisis es aplicable a

⁸⁴ Flint, Pinkas. *Tratado de Defensa... Óp. Cit.* Pág. 49.

⁸⁵ Quaglia, Marcelo Carlos. *Grupos de empresas, defensa de la Competencia y derechos del consumidor.* Buenos Aires: La Ley S.A., 2002. Pp. 128.

una gama mucho más amplia de casos e infracciones dentro del Derecho de la Competencia, debido a que el análisis es realizado caso por caso y las conclusiones son basadas en un procedimiento detallado de investigación, determinando la afectación efectiva al mercado. La Regla de la Razón permite el análisis y resolución de una mayor variedad de casos debido a que la Regla Per Se está limitada a la tipificación legal de una conducta, mientras que en el análisis razonable de cada caso se pueden determinar todas las posibles situaciones de violación a la normativa de Competencia.

Es importante señalar que no toda práctica que a primera vista parece anticompetitiva es necesariamente mala para el mercado, y esto se analiza a profundidad por la Regla de la Razón, cabiendo la posibilidad de que se deriven efectos pro competitivos de determinadas acciones que bajo la Regla Per Sé serían sancionadas.

Al respecto, es necesario señalar que la coexistencia de sanciones “efectivas” y “per se” no implica, en principio, incongruencia alguna, ya que entendemos que sería posible la convivencia dentro de un único sistema de actos violatorios *per se* de la defensa de la competencia y de aquellos que efectivamente la afecten.⁸⁶

En relación al tema del presente análisis, es importante señalar que las prácticas de ventas atadas pueden constituir un supuesto de afectación a la libre competencia de mercado, razón por la cual su reglamentación a través de la ley respectiva establece los elementos en virtud de los cuáles esta debe ser analizada. Así, Alfonso Gutiérrez nos presenta un concepto que cabe la pena recalcar, el cual establece que “La pura vinculación de productos o servicios distintos por parte de una empresa dominante (esto es, supeditar el suministro del producto dominado a la contratación por el cliente del producto secundario) suele equivaler a un abuso *per se*⁸⁷ prohibido”.⁸⁸ El autor claramente aplica un análisis en virtud de la Regla Per Se para la valoración de supuestos anticompetitivos, en virtud de la cual la práctica de vinculación de productos y servicios debería ser reprimida por su mera existencia, sin demostrar la afectación al mercado. Claramente, en este supuesto hay que tomar en cuenta que se está hablando de una empresa cuya posición de dominio en el mercado del producto vinculante le convierte en un sujeto económico calificado para abusar de dicha posición, pudiendo afectar al mercado con sus decisiones individuales. Sin embargo, no todos los casos son iguales y en cada uno las particularidades establecerán los efectos generados por las prácticas en cuestión.

En relación al tema, Carmen Herrero establece que:

⁸⁶ *Id.*, Pp. 129.

⁸⁷ Ver RTDC de 19 de noviembre de 1999, *Arquitectos Madrid*, Exp. 446/98.

⁸⁸ Gutiérrez, Alfonso. *Comentario a la Ley... Óp. Cit.* Pp. 196.

Del mismo modo, en el ámbito doctrinal no existe una posición unánime: junto a posturas intermedias que recalcan la ambigüedad competitiva de las prácticas de vinculación, existen actitudes más maniqueas, que enfrentan a sectores que defienden la anticompetitividad prácticamente *per se* de estas conductas con otros que sostienen, por el contrario, su bondad consustancial y la inexistencia de efectos restrictivos ligados a las mismas.⁸⁹

En virtud de lo expuesto, cabe establecer que cada Corte o Tribunal a cuyo cargo esté la administración de justicia dentro del Derecho de la Competencia debe necesariamente adoptar una postura en relación a la investigación en virtud del cual se deberán procesar las prácticas presuntamente anticompetitivas. Esta decisión comportará uno de los métodos de análisis de un abuso de posición dominante, a través del cual el órgano judicial determinará la responsabilidad de un sujeto económico calificado o lo absolverá de las conductas anticompetitivas alegadas. Finalmente, Javier Cortázar Mora nos ofrece un comentario bastante aplicable al tema, el cual establece que:

Uno de los conceptos fundamentales del derecho antimonopolios es el del poder de dominio o poder de monopolio, o poder de mercado, como quiera denominarse, en la medida en que este concepto depende buena parte del análisis para determinarse el carácter anticompetitivo de las prácticas relativas (rule of reason), y el abuso de la posición de dominio en el terreno del derecho antimonopolios correctivo y buena parte de la evaluación de las grandes integraciones empresariales en el terreno del derecho antimonopolios preventivo. Dicho en otros términos, salvo las prácticas absolutamente anticompetitivas (*per se*) el resto del análisis antimonopolio depende en buena medida del concepto de posición de dominio.⁹⁰

⁸⁹ Herrero Suárez, Carmen. *Los contratos vinculados... Óp. Cit.* Pp. 31.

⁹⁰ Cortázar Mora, Javier. *Curso de Derecho... Óp. Cit.* Pp. 91.

2. ESTUDIO DE LOS CASOS MICROSOFT

El tema escogido para la redacción de esta tesina engloba una gama amplia de particularidades, excepciones y aplicaciones del Derecho de la Competencia, razón por la cual hemos decidido centrarnos en las prácticas de ventas atadas realizadas en el mercado de la alta tecnología digital. Los casos Microsoft ofrecen un precedente jurisprudencial amplio con respecto a la investigación de ventas atadas, razón por la que consideramos imprescindible tomarlos en cuenta para sustentar nuestra investigación. La finalidad del estudio de los casos Microsoft radica en encontrar el mecanismo idóneo para la aplicación de la Ley a las ventas atadas ocurridas en el mercado de la alta tecnología digital. Por esto, el análisis de la importancia del mecanismo aplicable a la investigación de las ventas atadas de acuerdo a la naturaleza del mercado de la tecnología, requiere la aplicación de una Regla de la Razón que permita determinar la naturaleza de la vinculación tecnológica, tomando en cuenta las eficiencias y los efectos pro competitivos que pueden derivarse, para la mejor aplicación de la Ley a cualquier caso similar que ocurra en el Ecuador.

2.1 Caso Estados Unidos v. Microsoft Corporation (Internet Explorer)

El primer proceso judicial a estudiar es la demanda iniciada por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos y varios Estados en contra de Microsoft Corporation, por actos restrictivos a la libre competencia de mercado en abuso de su posición dominante en el mercado de la tecnología digital. Este procedimiento judicial fue iniciado en 1994 y tuvo como puntos fundamentales el análisis del poder de mercado y las prácticas anticompetitivas realizadas por Microsoft con la finalidad de mantener y extender su dominio del mercado informático.

In July 1994, official at the Department of Justice (“DOJ”), on behalf of the United States, filed suit against Microsoft, charging the company with, among other things, unlawfully maintaining a monopoly in the operating system market through anticompetitive terms in its licensing and software developer agreements.⁹¹

Dentro de las prácticas anticompetitivas se investigaba la limitación a la libre competencia por la supuesta venta atada del Internet Explorer como navegador web por

⁹¹ United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit. *USA v. Microsoft*. No. 00-5212, Consolidated with 00-5213. June 28, 2001. Page 14.

defecto dentro del sistema operativo Windows desarrollado por Microsoft⁹². La resolución final del caso se llevó a cabo en la Corte de Apelaciones a través de un acuerdo entre las partes (settlement o compromiso de cese), resolviendo sobre la posición dominante de MS por la monopolización del segmento de navegadores web a través del Internet Explorer y su venta atada al sistema operativo Windows.

Relying almost exclusively on Microsoft's varied efforts to unseat Netscape Navigator as the preeminent internet browser, plaintiffs charged four distinct violations of the Sherman Act: (1) Unlawful exclusive dealing arrangements in violation of #1; (2) unlawful tying of IE to Windows 95 and Windows 98 in violation of #1; (3) unlawful maintenance of a monopoly in the PC operating system market in violation of #2; and, (4) unlawful attempted monopolization of the internet browser market in violation of #2. The States also brought pendent claims charging Microsoft with violations of various State antitrust laws.⁹³

Los cargos por los que se procesó a Microsoft Corporation constituían un conjunto de prácticas comerciales que buscaban mantener y aumentar la presencia de mercado que tenía la compañía, razón por la que se consideró inminente su regulación por el organismo competente. Microsoft se constituyó como una compañía líder en el mercado de la tecnología debido a la amplia gama de funcionalidades que ofrecía a sus usuarios a través del sistema operativo Windows, desarrollando elementos interdependientes y complementarios que doten de todas las herramientas necesarias a sus usuarios.

Microsoft is a large diversified computer software manufacturer. Microsoft produces the Windows family of operating systems for personal computers and servers. It also produces applications software that run on the Windows family of operating systems, most notably the very successful MS-Office Suite consisting of *Word* (word processor), *Excel* (spreadsheet), *PowerPoint* (presentations), *Outlook* (e-mail and news), and *Access* (database). Almost all Microsoft products are complementary to a member of the Windows family of operating systems for personal computers and servers.⁹⁴

Debido a la tecnicidad y dificultad del segmento de mercado relevante, el proceso fue sumamente complejo, contando con la participación de expertos en distintas ramas, tanto del derecho como de distintos ámbitos del desarrollo tecnológico de la informática.

El proceso judicial se centró en el análisis técnico de los sistemas operativos de última tecnología y su compatibilidad con los diferentes modelos y marcas de aparatos de computación, siempre y cuando se vean potenciados por el procesador Intel Inside. La determinación realizada por la Corte de Distrito, posteriormente aceptada y respaldada por la opinión del Tribunal de Apelaciones que conoció el caso, estableció que el mercado

⁹² Economides, Nicholas. *The Microsoft Antitrust case*. New York University, 2001.

⁹³ United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit. *USA v. Microsoft...* Óp. Cit. Pp. 14.

⁹⁴ Economides, Nicholas. *The Microsoft...* Óp. Cit. Pp. 3.

relevante aplicable al análisis en cuestión se limitaba a los sistemas operativos que potenciaban, a través del procesador Intel Inside, a las computadoras personales. Es por esto que se establece que aquellos dispositivos potenciados por otros procesadores como Mac y Linux no constituían el mismo segmento de mercado, por tener características diferenciadoras en su composición que les hacía no compatibles con el sistema operativo distribuido por MS.

The District Court expressly [**41] considered and rejected Microsoft's claims that innovations such as handheld devices and portal web-sites would soon expand the relevant market beyond Intel-compatible PC operating systems. Because the company does not challenge these findings, we have no reason to believe that prompt substitutes are available.⁹⁵

En virtud del análisis realizado con la finalidad de definir adecuadamente el mercado relevante aplicable, la Corte de Distrito procedió a analizar las condiciones del mismo en cuanto a oferentes de mercado, precios de venta y productos, con la finalidad de establecer la existencia de un operador de mercado calificado con una posición de dominio dentro del mismo. El análisis del mercado relevante dejó fuera de su ámbito de aplicación a todos los dispositivos potenciados por otros procesadores, como Apple, estableciendo que no era un competidor directo de Microsoft. Consideramos que la determinación del mercado relevante fue limitada porque como podemos ver en la actualidad los productos MAC han logrado una presencia de mercado altísima. Probablemente si el mercado relevante definido era más amplio, la cuota de dominio de mercado de Microsoft hubiera sido significativamente menor.

The District Court considered these structural factors and concluded that Microsoft possesses monopoly power in a relevant market. Defining the market as Intel-compatible PC operating systems, the District Court found that Microsoft has a greater than 95% share. It also found the company's market position protected by a substantial entry barriers.⁹⁶

En función de la determinación del mercado relevante, la Corte Distrital estableció en primera instancia que Microsoft detentaba una posición monopólica en el segmento de mercado identificado mayor a un 95% de la participación del mismo, sustentando que dicha condición estaba protegida por una serie de barreras de entrada, entre las cuales podemos encontrar a la venta atada del Internet Explorer con el Sistema Operativo Windows.⁹⁷ Así también, determinó que Microsoft era responsable y culpable de los cargos

⁹⁵ United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit. *USA v. Microsoft...* Óp. Cit. Pp. 21.

⁹⁶ *Id.*, Pp. 17.

⁹⁷ *Id.*, Pp. 17.

de monopolización del sistema operativo OS Windows, incluyendo la monopolización del segmento de navegadores web a través del Internet Explorer y, por ende, condenando su venta atada. Posteriormente, el Tribunal de Apelaciones confirmó las conclusiones emitidas por la Corte Distrital, ratificando la existencia y detentación de un poder monopólico. Así, la legislación de Antitrust americana establece que es ilegal que una firma realice acciones de monopolización y por ende las conductas de Microsoft eran susceptibles de sanción.

Section 2 of the Sherman Act makes it unlawful for a firm to “monopolize.” 15 U.S.C. #2. The offense of monopolization has two elements: “(1) the possession of monopoly power in the relevant market and (2) the willful acquisition or maintenance of that power as distinguished from growth or development as a consequence of a superior product, business acumen, or historical accident.” *United States v. Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563, 570-71, 16 L. Ed. 2d 778, 86 S. Ct. 1698 (1966).⁹⁸

La Sección 2 del Sherman Act prescribe que las acciones realizadas por una firma con la tendencia a la monopolización de mercados devienen en ilegales; así la monopolización consiste en la detentación de un poder monopólico en el mercado relevante y el mantenimiento o incremento de dicho poder.⁹⁹ “We begin by considering whether Microsoft possesses monopoly power, see *infra* Section II.A, and finding that it does, we turn to the question whether it maintained this power through anticompetitive means”.¹⁰⁰ El Tribunal de Apelaciones establece acertadamente que una vez determinada la existencia afirmativa de un poder de Mercado por parte de Microsoft, es necesario proceder a clarificar si la condición se ha mantenido a través de prácticas restrictivas a los principios establecidos para asegurar una adecuada competencia de mercado, ya que de lo contrario, se incurre en la tipicidad de la normativa.

Therefore, Microsoft’s efforts to gain market share in one market (browsers) served to meet the threat to Microsoft’s monopoly in another market (operating systems) by keeping rival browsers from gaining the critical mass of users necessary to attract developer attention away from Windows as the platform for software development.¹⁰¹

Las acciones realizadas por Microsoft como mecanismo para mantener su poder de Mercado, de acuerdo a lo establecido por la Corte de Distrito, incluían al cargo de venta atada del programa Internet Explorer como navegador web en relación a la venta del sistema operativo Windows. “The District Court concluded that Microsoft’s contractual

⁹⁸ *Id.*, Pp. 16.

⁹⁹ *Id.*, Pp. 2.

¹⁰⁰ *Id.*, Pp. 16.

¹⁰¹ *Id.*, Pp. 23.

and technological bundling of the IE web browser (the “tied” product) with its Windows operating system (“OS”) (the “tying” product) resulted in a tying arrangement that was per se unlawful”.¹⁰² Esta es la razón por la cual Microsoft apeló a la decisión de primera instancia, ya que consideraba que el análisis con relación al cargo de ventas atadas era incorrecto.

Tying and Bundling. To the government, the "integration" of Internet Explorer with Windows 95 and later versions of the operating system was little different from the contractual bundling of separate products. The government alleged that Microsoft bundled the operating system and browser as a way to protect its existing operating system monopoly by blocking Netscape Navigator from growing into a platform competitor. The government's main concern was not that Microsoft offered an integrated product that combined Internet Explorer and Windows, but rather that Microsoft refused to offer customers the option of taking Windows without the browser (Fisher and Rubinfeld, 2000, p. 23). Under the government's theory, the bundling was predatory rather than exclusionary. Consumers with Internet Explorer already loaded on their personal computers still could install and make use of Navigator. However, the incremental cost to such customers of using Internet Explorer was zero.¹⁰³

A través de la apelación interpuesta por Microsoft sobre la decisión de la Corte Distrital, el Tribunal de Apelaciones realiza un nuevo análisis del proceso. En virtud de su valoración de esa práctica, establece que Microsoft no había incurrido en la conducta de venta atada del sistema operativo con el navegador IE. La determinación del Tribunal de Apelaciones responde a criterios de integración tecnológica de los productos, concluyendo el proceso de integración genera beneficios en los consumidores, y sobretodo, que en ningún caso les afecta la existencia de la vinculación.

En virtud de la apelación realizada por Microsoft ante las conclusiones emitidas por la Corte de Distrito, el Tribunal de Apelación afirmó en una parte y revocó en otra parte las conclusiones venidas en grado. Con relación a las violaciones antitrust por las cuales se procesó a MS. Es así que afirma la ilegalidad de los medios anticompetitivos utilizados para mantener su monopolio en el mercado de los sistemas operativos, pero revocó la determinación de la violación de la sección 2 del Sherman Act, en relación al intento de monopolizar el mercado de navegadores web. Revocó también la conclusión adoptada por

¹⁰² *Id.*, Pp. 39.

¹⁰³ Gilbert, Richard J. and Michael L. Katz. “An Economist's Guide to U.S. v. Microsoft”. *Journal of Economic Perspectives*-Volume 15, Number 2-Spring 2001-Pages 25-44. <http://www.jstor.org/stable/2696590> (Acceso: 29/03/2014). Pp. 35.

la Corte de Distrito en relación a la violación de la sección 1 del Sherman Act, por la venta atada ilegal de su navegador web al sistema operativo.¹⁰⁴

(...) three specific actions Microsoft took to weld IE to Windows: excluding IE from the “Add/Remove Programs” utility; designing Windows so as in certain circumstances to override the user’s choice of a default browser other than IE; and commingling code related to browsing and other code in the same files, so that any attempt to delete the files containing IE would, at the same time, cripple the operating system.¹⁰⁵

En sus versiones previas del Internet Explorer, Microsoft había incluido el programa en la herramienta de desinstalación proveída en el sistema, específicamente en el Windows 95; cuando se modificó el sistema operativo y se lo modernizó con el lanzamiento del Windows 98, Microsoft sacó al Internet Explorer de los programas susceptibles de desinstalación, causando así sospechas en el órgano de control.¹⁰⁶ “Putting code supplying browsing functionality into a file with code supplying operations system functionality ensures that the deletion of any file containing browsing specific routines would also delete vital operating system routines and thus cripple Windows”.¹⁰⁷

La razón por la cual Microsoft creó el navegador web en primera instancia era la de establecer el programa más adecuado en virtud del cual el usuario pudiera hacer un uso idóneo de la funcionalidad para explorar la red digital mundial, aprovechando de manera íntegra la capacidad del sistema operativo. Es por esto que el diseño del Internet Explorer se basa en la utilización de códigos compartidos que están ubicados en el mismo archivo que aquellos códigos necesarios para el adecuado funcionamiento del sistema operativo Windows.¹⁰⁸ La existencia de códigos compartidos para el funcionamiento de programas y aplicaciones que potencian al sistema operativo responde eminentemente a criterios de eficiencia, ya que se minimiza el consumo de memoria de guardado y se maximiza el desempeño del sistema operativo.

The vertical restriction of the 1995 consent decree prohibits product bundling created by contract, but allows Microsoft to keep expanding the number and type of functions of its products, including Windows. In short, in the 1995 consent decree contractual bundling was disallowed, but technological bundling was explicitly allowed.¹⁰⁹

La vinculación de funcionalidades por combinación tecnológica responde únicamente a parámetros altamente técnicos de integración entre el sistema operativo y el navegador

¹⁰⁴ United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit. *USA v. Microsoft...* Óp. Cit. Pp. 13.

¹⁰⁵ *Id.*, Pp. 26.

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ Economides, Nicholas. *The Microsoft...* Óp. Cit. Pp. 4.

web, lo que hace de su funcionamiento altamente eficiente. De acuerdo al decreto de 1995, Microsoft podía expresamente desarrollar sus productos cuando estos estaban agrupados por razones tecnológicas. Esto se verifica en lo expresado en la sentencia, referente a que: “[a] Government expert, Glenn Weadock, testified that Microsoft designed IE so that some of the code that it uses co-resides in the same library files as other code needed for Windows”.¹¹⁰

La tecnificación de la industria requiere que se agoten todas las posibilidades que facultan al productor a configurar un producto complejo altamente eficiente, ya que es la eficiencia del Sistema operativo en conjunto el elemento valorado por los consumidores. La incorporación o uso de códigos que están ubicados en el mismo archivo, entre los que conforman el sistema operativo y los que conforman el navegador web, facultó que Microsoft desarrolle un producto de alto desempeño, valorado positivamente por los consumidores expertos en el tema, justificando dicha práctica en razones altamente técnicas.

Microsoft took in integrating IE into Windows – causing Windows to override the user’s choice of a default browser in certain circumstances – Microsoft argues that it has “valid technical reasons”. (...) *The Windows 98 Help system and Windows Update feature depend on ActiveX controls not supported by Navigator, and the now-discontinued Channel Bar utilized Microsoft’s Channel Definition Format, [**72] which navigator also did not support. Lastly, Windows 98 does not invoke Navigator if a user accesses the internet through “My Computer” or “Windows Explorer” because doing so would defeat one of the purposes of those features – enabling users to move seamlessly from local storage devices to the Web in the same browsing window.*¹¹¹

La integración entre el navegador web y el sistema operativo hizo a Microsoft tomar decisiones en relación a aquello que podía quedar a voluntad de los consumidores, como lo son la determinación del navegador predeterminado. Esta decisión fue adoptada por criterios técnicos, ya que se requería para permitir el funcionamiento adecuado de todos los elementos interdependientes entre ambos programas.

Microsoft responded to the government's bundling charge by contending that the browser was an integral component of the operating system and that bundling Internet Explorer with the operating system was a product improvement no different from including a file management program with the operating system. Moreover, Microsoft argued, even if the operating system and browser were distinct products, there are plausible efficiency advantages from bundling in the form of lower distribution and

¹¹⁰ United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit. *USA v. Microsoft...* Op. Cit. Pp. 26.

¹¹¹ *Id.*, 27.

transactions costs. Microsoft also noted that other operating system vendors, such as BeOS, Linux, and Sun, bundled browsers with their operating systems.¹¹²

La alta tecnificación de la informática hace que existan justificaciones técnicas válidas para dicho proceder, ya que así se aseguraba el funcionamiento ideal del producto compuesto Windows. Los elementos interdependientes no funcionaban igual y por ende no permitían el rendimiento óptimo del sistema operativo, cuando no estaban interconectados a través de los códigos compartidos con el sistema operativo. Es por esto que el Tribunal de Apelaciones establece que en relación a la integración altamente tecnificada entre el Sistema Operativo y el Navegador Web, “Microsoft may not be held liable for this aspect of its product design”.¹¹³

Es imprescindible tomar en cuenta a lo establecido en el caso *Matsushita v. Zenith* resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos, ya que el proceso establece que el análisis de prácticas anticompetitivas debe verificarse a través de un test de legalidad, buscando determinar si la sanción de las prácticas supuestamente atentatorias del Derecho de la competencia afectan efectivamente al mercado haciéndolo menos competitivo.¹¹⁴ Esto es vital para el presente análisis, ya que la aplicación de una Regla de la Razón debe permitir al organismo regulador determinar si las prácticas y su sanción efectivamente favorecen a la libre competencia como bien jurídico protegido, ya que si lo vulneran la esencia de la regulación de la Competencia de mercado se relativiza.

2.1.1. Per se rule v rule of reason

De acuerdo al estudio realizado por el Tribunal de Apelaciones, la aplicación de una sanción por considerar la conducta de Microsoft como Per Se ilegal no era adecuada para el caso en cuestión. El Tribunal de Apelaciones estableció que la Corte no tenía un conocimiento detallado y completo de la industria de tecnologías, por la complejidad del tipo de mercado en el que Microsoft ostentaba su posición de dominio y por los cargos bajo los cuales estaba siendo procesado, razón por la cual era necesario llevar un proceso de aplicación de la Regla de la Razón. “We hold that the rule of reason, rather than per se

¹¹² Gilbert, Richard J. and Michael L. Katz. “An Economist's Guide to U.S. v. Microsoft”. *Journal of... Op. Cit.* Pp. 35 – 36.

¹¹³ United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit. *USA v. Microsoft... Op. Cit.* Pp. 27.

¹¹⁴ Supreme Court of the United States. *Matsushita Electric Industrial Co. et al. v. Zenith Radio Corp. et al.* No. 83-2004. March 26, 1986. Pp. 3.

analysis should govern the legality of tying arrangements involving platform software products”.¹¹⁵

La doctrina del Per Se consiste en la aplicación directa de una sanción ante la existencia de una conducta que encaje en el tipo jurídico establecido como ilícito; en este caso, una práctica tipificada como ilícita en la normativa Antitrust, será sancionada de manera directa a su ocurrencia, por el hecho de ser contraria a los principios del Derecho de la Competencia. Es de vital importancia analizar lo establecido en el precedente jurisprudencial del caso *Continental v. Sylvania* decidido por la Corte Suprema de los Estados Unidos para la determinación del procedimiento adecuado para la investigación de las restricciones verticales a la competencia. En la sentencia se establece que la aplicación de una Regla Per Se para la sanción de prácticas anticompetitivas sólo procede cuando la conducta es manifiestamente anticompetitiva y no hay duda sobre la vulneración de la libre competencia de mercado.¹¹⁶ Por el contrario, cuando no se puede concebir que la práctica es indudablemente anticompetitiva, es mandatorio aplicar una Regla de la Razón para el análisis profundo de los elementos de la práctica y su mercado relevante, para así poder determinar objetivamente la existencia de una afectación.¹¹⁷

The standard for determining whether vertical restrictions are per se violations of 1 of the Sherman Act (15 USCS 1) which must be conclusively presumed to be unreasonable and therefore illegal without elaborate inquiry as to the pre-cise harm they have caused or the business excuse for their use, is whether the restrictions have a pernicious effect on competition and lack any redeeming virtue.¹¹⁸

La existencia de elementos que forman parte de una conducta presuntamente anticompetitiva deben ser analizados cuando no hay certeza de una inminente afectación, dando lugar a la existencia de efectos pro competitivos derivados de la práctica que deben ser tomados en cuenta a través de una Regla de la Razón antes de emitir una sanción Per Se. Si bien la doctrina Per Se fue de mucha utilidad para la reglamentación y sanción de prácticas abusivas dentro del derecho de la competencia, la tendencia del momento se alinea más con la doctrina de la Regla de la Razón. “If tying contracts have some particularly socially harmful feature, this feature must be demonstrated explicitly rather

¹¹⁵ United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit. *USA v. Microsoft...* *Op. Cit.* Pp. 39.

¹¹⁶ Supreme Court of the United States. *Continental Inc. et al. v. GTE Sylvania Inc.* No. 76-15. June 23, 1977. Pp. 4.

¹¹⁷ *Id.*, Pp. 5.

¹¹⁸ *Id.*, Pp. 4.

than assumed”.¹¹⁹ Armentano con su argumentación favorece la investigación de las conductas anticompetitivas a través de una regla de la razón que efectivamente las demuestre, ya que no pueden ser simplemente asumidas. Adicionalmente, por la particularidad de las condiciones de la industria de la tecnología, dicha doctrina no ofrecía las seguridades necesarias para la regulación de las prácticas investigadas a Microsoft Corporation.

As we shall explain, the arrangement before us is an example of the latter, offering the first up-close look at the technological integration of added functionality into software that serves as platform for third-party applications. There being no close parallel in prior antitrust cases, simplistic application of per se tying rules carries a serious risk of harm. Accordingly, we vacate the District Court’s finding of a per se tying violation and remand the case.¹²⁰

El Tribunal de Apelaciones acertadamente determinó era a través de la Regla de la Razón como mecanismo de análisis que se podía realizar una investigación completa y profunda sobre el caso y así poder llegar a una decisión adecuadamente motivada sobre la verdadera conducta de Microsoft.¹²¹ De esta manera, en la resolución se determina que se debía probar la existencia de una conducta predatoria o anticompetitiva, el intento de monopolizar y la probabilidad de poder alcanzar un poder monopolístico en contra de Microsoft para poder condenarle por el cargo de ventas atadas.

Esos elementos son posibles de comprobar a través de la Regla de la Razón y por ende el Tribunal de Apelaciones tuvo un adecuado proceder en el análisis de este caso y en este punto. Adicionalmente, a través de la Regla de la Razón se buscaba determinar objetivamente la existencia o inexistencia de una práctica de ventas atadas y la consecuente limitación a la libre competencia y afectación a los consumidores, tomando en cuenta que eran productos que se incluyeron como interdependientes.¹²²

Es importante hacer una referencia al Caso Broadcast Music como precedente jurisprudencial para el tema que nos convoca, ya que establece el concepto en base al cual se puede determinar la aplicación de una Regla Per Se o una Regla de la Razón para el

¹¹⁹ Armentano, Dominick. *Antitrust and Monopoly*. Second Edition. The Independent Institute: Oakland, 1990. Pp. 199.

¹²⁰ United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit. *USA v. Microsoft... Op. Cit.* Pp. 39.

¹²¹ United States District Court For the District Of Columbia. *United States v. Microsoft Corporation*. Civil Action No. 98-1232 (CKK). Final Judgment (November 12, 2002).
<http://www.justice.gov/atr/cases/f200400/200457.htm>.

¹²² United States District Court For the District Of Columbia. *United States and The State of New York v. Microsoft Corporation*. Civil Action No. 98-1233 (TPJ). “Tying”, Conclusions of Law.
<http://www.justice.gov/atr/cases/f218600/218633.htm>.

análisis de determinadas prácticas. La sentencia emitida por la Corte Suprema de los Estados Unidos determina que cuando la conducta investigada difiere en sus elementos de las conductas tradicionales a las cuales se aplicaba una sanción por ser Per Se ilegales, la aplicación Per Se de una sanción se vuelve imposible para la conducta diferenciada; por el contrario la práctica debe ser analizada por un procedimiento detallado que permita un análisis detallado en aplicación de la Regla de la Razón.¹²³

On certiorari, the United States Supreme Court reversed and remanded. In an opinion by White, J., joined by Burger, Ch. J., and Brennan, Stewart, Marshall, Blackmun, Powell, and Rehnquist, JJ., it was held that the system of blanket licensing for the use of copyrighted musical compositions did not constitute a type of price fixing per se violative of the Sherman Act, and that in determining whether the system of blanket licensing violated the Sherman Act, the appropriate standard of examination was that of the rule of reason generally applied in Sherman Act cases, such standard of analysis being one for the Court of Appeals to utilize on remand if the issue of blanket licenses as employed in the television industry had been preserved in the Court of Appeals.¹²⁴

El Tribunal de Apelaciones determina que debe haber una ausencia de opciones de compra que limiten la decisión del consumidor, viéndose obligado a la compra de los productos que se incluyen en el servicio para que se verifique una venta atada abusiva. La conclusión final del Tribunal de Apelaciones encontró a Microsoft responsable por la afectación de la competencia al incurrir en una conducta anticompetitiva tendiente a la monopolización del Sistema Operativo Windows, pero le absolvió de los cargos de ventas atadas del navegador IE con el OS Windows de Microsoft¹²⁵.

Para su decisión, el Tribunal de Apelaciones tomó en cuenta varios factores en el análisis de los cargos de ventas atadas. Entre estos factores podemos mencionar al análisis realizado sobre la aplicabilidad de una sanción por una conducta Per Se ilegal atribuible a Microsoft o la necesidad de realizar una investigación profunda y técnica a través de la Regla de la Razón. El Tribunal se ratificó en la necesidad de adoptar un análisis a través de la regla de la razón, debido a que considera que la aplicación Per Se de una sanción conllevaría a una decisión incorrecta en relación a la conducta de Microsoft por la naturaleza dinámica del mercado de la tecnología.¹²⁶

¹²³ Supreme Court of the United States. *Broadcast Music, Inc. et al. v. Columbia Broadcasting System Inc. et al.* No. 77-1578. April 17, 1979. Pp. 1.

¹²⁴ *Id.*, Pp. 2.

¹²⁵ United States District Court For the District of Columbia. *United States v. Microsoft... Op. Cit.*

¹²⁶ United States District Court For the District Of Columbia. *United States of America v. Microsoft Corporation.* No. 00-5212, Consolidated with 00-5213. Lexis. February 27, 2001 (Argued); June 28, 2001 (Decided). Pp. 44.

2.1.2. Análisis de funcionalidades integradas

La importancia del negocio de Microsoft radica en ofrecer a los consumidores productos de alta tecnología que funcionen de manera idónea, permitiendo al usuario utilizar todos los elementos que vienen incorporados en el dispositivo. La integración de varias aplicaciones de software al sistema operativo permiten la existencia de varias funcionalidades que cada persona hará uso a su mejor conveniencia, permitiendo la satisfacción de necesidades presentes y futuras en quienes utilizan los productos tecnológicos. La integración de funcionalidades hace perfecto sentido desde un punto de vista técnico al garantizar la existencia de todos los elementos necesarios para el adecuado funcionamiento del sistema operativo, generando satisfacción en el usuario. El desarrollo de las aplicaciones sigue un curso paralelo al del sistema operativo, ya que su funcionamiento es interdependiente al ser imposible utilizar las funcionalidades sin el sistema operativo que las potencie. La satisfacción del consumidor está directamente relacionada a la adquisición de un bien o servicio, por lo que las empresas participantes de la industria de la tecnología dotan a sus productos de la mayor cantidad de funcionalidades que beneficien al consumidor final.

Microsoft gave Internet Explorer away for free and paid Apple to use its browser. The government argued that Microsoft's actions were predatory because they could be profitable only after taking into account benefits to Microsoft from the elimination of competition (Fisher and Rubinfeld, 2000, p. 20). Microsoft responded that the profitability of its actions did not depend on excluding competition from Netscape. Microsoft claimed that wide distribution of Internet Explorer at a zero price made business sense because it made personal computers more attractive and thus increased the sales of its Windows operating system and other software. Microsoft also said that giving away its browser product for free was a valid business model, one followed by many software companies, because it would generate future revenues. For example, a free browser could help Microsoft establish an Internet portal on which it could sell advertising.¹²⁷

Los elementos técnicos del funcionamiento del sistema operativo y sus funcionalidades fueron analizados a profundidad para poder determinar las condiciones de la vinculación y si esta estaba justificada de acuerdo a criterios tecnológicos por generar eficiencias en los consumidores. La finalidad que se busca a través del empaquetamiento del sistema operativo MS con el navegador web IE está íntimamente relacionada con

¹²⁷ Gilbert, Richard J. and Michael L. Katz. "An Economist's Guide to U.S. v. Microsoft". *Journal of... Op. Cit.* Pp. 34.

criterios altamente técnicos e informáticos, los cuales fueron analizados superficialmente por la Corte de Distrito.

The court ignored the issue of compatibility which was probably the most central issue in the case. Backward and forward compatibility are crucial for software markets, and, as explained earlier, are the source of network effects. Microsoft provides *de facto* compatibility through its Windows operating systems. Compatibility is an important benefit to society because it is the source of network effects. Compatibility and its benefits could be quickly eliminated or significantly reduced if Microsoft is broken into competing pieces. Microsoft did not forcefully present to the Court the benefits to society of its dominant position arising from the *de facto* compatibility it created and the resulting network effects.¹²⁸

Es a través de esta venta conjunta, justificada en criterios de compatibilidad, que se deriva una serie de eficiencias en favor de los usuarios de Windows, ya que la integración genera beneficios en el funcionamiento ideal del software en conjunto. “Microsoft contends not only that its integration of IE into Windows is innovative and beneficial but also that it requires non-removal of IE”.¹²⁹ La clave del análisis consiste en la determinación o entendimiento de que el funcionamiento ideal del sistema operativo no puede darse a través de la desinstalación del Internet Explorer y la utilización de otros navegadores, ya que los protocolos de códigos de trabajo son distintos, entorpeciendo procedimientos internos y afectando gravemente la compatibilidad del sistema operativo con las aplicaciones de software. La práctica de ventas atadas de Microsoft fue analizada por el Tribunal de Apelaciones y se estableció que no se podía ofrecer por separado los productos ya que se afectaba la funcionalidad del paquete operativo, aprobando así la integración tecnológica de la vinculación.

On December 11, 1997, Judge Thomas Penfield Jackson ordered Microsoft to offer its Windows 95 operating system and Internet Explorer as separate products. Microsoft appealed his ruling. The appeals court reversed Judge Jackson's order, ruling that Windows 95 and Internet Explorer provided computer users with functionality that did not exist with separate programs and thus passed the "integrated product" provision of the consent decree (U.S. v. Microsoft, U.S. Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, No. 97-5343, June 23, 1998, at footnote 14).¹³⁰

El test Jefferson Parish sobre productos separados busca determinar la existencia de elementos independientes en la vinculación, los mismos que deberían ser ofertados de manera independiente. La aplicación del test de productos separados resultó improcedente para el presente caso, debido a que para su utilización es necesaria la aplicación de la regla

¹²⁸ Economides, Nicholas. *The Microsoft... Op. Cit.* Pp. 26.

¹²⁹ United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit. *USA v. Microsoft... Op. Cit.* Pp. 41.

¹³⁰ Gilbert, Richard J. and Michael L. Katz. “An Economist's Guide to U.S. v. Microsoft”. *Journal of... Op. Cit.* Pp. 26 - 27.

Per Se para la sanción de prácticas anticompetitivas, lo que ya se demostró no procedía en el presente caso.

Microsoft's implicit argument – that in this case looking to a competitive fringe is inadequate to evaluate fully its potentially innovative technological integration, that such a comparison is between apples and oranges – poses a legitimate objection to the operation of *Jefferson Parish's* separate-products test for the per se rule.¹³¹

Adicionalmente, en caso de aplicación de dicho criterio, y por ende del test de productos separados para determinar si los elementos en cuestión son independientes o complementarios podría, implicaría una aplicación errónea de la investigación al caso concreto, resultando en una sanción inadecuada por la naturaleza del mercado relevante. La resolución, en virtud de dicho análisis, podría no sólo ser errada sino que también podría atentar en contra de Microsoft, ya que se vería coartada su intención de innovación y por ende los consumidores sufrirían las consecuencias debido al estancamiento del desarrollo tecnológico informático al verse limitada la integración de productos cuyo funcionamiento conjunto los hace complementarios y genera significativas eficiencias.

In fact there is merit to Microsoft's broader argument that *Jefferson Parish's* consumer demand test would “chill innovation to the detriment of consumers by preventing firms from integrating into their products new functionality previously provided by standalone products – and hence, by definition, subject to separate consumer demand”.¹³²

En caso de la aplicación de dicho criterio de análisis resultaría que todos los productos ofrecidos por Microsoft, como un sistema complejo de elementos unitarios, atentarían contra la libre competencia de mercado. El test Jefferson Parish resulta inaplicable en el mercado de la alta tecnología digital debido a que sanciona la integración de funcionalidades, proceso vital en la industria y elemento del cual no puede prescindirse.

If Internet browsers are in a separate market from the operating systems market, then Microsoft's actions in the browser market in the monopolization part of the case cannot be interpreted as defending Microsoft's monopoly. If instead the browser is in the same market as Windows, there cannot be illegal tying.¹³³

De acuerdo a la integración de funcionalidades, los elementos que cuentan con una justificación objetiva fundada en la interdependencia para su uso no pueden ser tratados como una venta atada, ya que no se consideran dos productos independientes sino partes de un producto complejo. En concordancia, si se determinara que éstos son dos productos

¹³¹ United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit. *USA v. Microsoft...* Op. Cit. Pp. 42.

¹³² *Ibid.*

¹³³ Economides, Nicholas. *The Microsoft...* Op. Cit. Pp. 22.

separados o individuales, la empresa se vería en la obligación de tener que ofrecer cada uno de manera independiente, lo cual elevaría astronómicamente los costos de adquisición de los mismos y haría que el producto compuesto de Microsoft se vea seccionado. Consecuentemente, los consumidores deberían adquirir de manera independiente cada uno de los elementos necesarios para el adecuado funcionamiento del producto; inclusive, podría llegarse al escenario en el cual determinados consumidores no expertos en el tema adquieran solo determinados productos que a su criterio son los esenciales, limitando gravemente la funcionalidad adecuada y completa del sistema operativo.

Ambiguities also arise with Microsoft's physical bundling. Suppose that Microsoft had instead offered both a bundled and an unbundled product at a price differential reflecting their (near zero) difference in marginal costs. While all consumers would be weakly better off with this added choice (assuming the bundled price remained unaltered), Microsoft's costs of distribution would have been higher. (If this seems inconsequential, consider the effect of a rule saying that all functions of Windows must be available separately.) Moreover, although offering this choice would reduce the exclusion of Navigator in some circumstances, such as when computer manufacturers do not want to ship two browsers, but not in others, such as when consumers find it costly to download or install Navigator.¹³⁴

La defensa de Microsoft alegó la existencia de elementos interdependientes para el correcto funcionamiento de su sistema operativo y por ende la necesidad de desarrollar programas y aplicaciones para potenciar la adecuada eficacia del sistema operativo con respecto a los elementos que le permiten acceder a todas sus funciones¹³⁵. “Microsoft does not dispute that many consumers demand alternative browsers. But on industry custom Microsoft contends that no other firm requires non-removal because no other firm has invested the resources to integrate web browsing as deeply into its OS as Microsoft has”.¹³⁶ Microsoft establece que el navegador web Internet Explorer es la herramienta adecuada para poder permitir la interconectividad del sistema operativo Windows con la red digital, derivado de un proceso altamente tecnológico de integración, y convirtiéndose así en un programa fundamental para el funcionamiento de la computadora.

Es importante mencionar que Microsoft no ha sido la única compañía involucrada en la industria de la tecnología digital en incorporar funcionalidades conjuntas a su sistema operativo, con la finalidad de asegurar el adecuado y completo funcionamiento de su

¹³⁴ Whinston D., Michael. “Exclusivity and Tying in U.S. v. Microsoft: What We Know, and Don't Know”. *American Economic Association. The Journal of Economic Perspectives*, Vol. 15, No. 2. (Spring, 2001), pp. 63-80. <http://www.jstor.org/stable/2696592> (Acceso: 29/03/2014). Pp. 78.

¹³⁵ US Court of Appeals for the District of Columbia. *United States v. Microsoft*. No. 253 F.3d 34; 346 U.S. App. D.C. 330; 2001 U.S. App. LEXIS 14324; 2001-1 Trade Cas. (CCH) P73, 321.

¹³⁶ United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit. *USA v. Microsoft... Op. Cit.* Pp. 41.

producto facultando su idóneo funcionamiento. “Just as Microsoft integrated web browsing into its OS, IBM in the 1970s integrated memory into its CPUs, a hardware platform”.¹³⁷ Es así que otro gigante de la industria informática realizó anteriormente procedimientos similares con la finalidad de complementar su producto de la manera más adecuada para su funcionamiento ideal; IBM utilizó un proceso parecido al vincular elementos que permitían la expansión de la memoria incluida en los procesadores de su producción, desarrollando los componentes para que se complementen de manera integral. El Tribunal de Apelaciones, en relación a la industria de la tecnología informática señala lo siguiente: “Most tying cases in the computer industry involve bundling with hardware”.¹³⁸

No solo los competidores que detentan una posición de dominio de mercado en la industria de la tecnología en computación han integrado funcionalidades, ya que todas las empresas que participan en dicho mercado utilizan herramientas similares para desarrollar y potenciar sus productos de esta manera. Esto se debe a que una práctica de ventas atadas, llevada a cabo de manera legal y con la finalidad de favorecer a los consumidores, puede resultar en una estrategia de mercado sumamente útil, más aún cuando está justificada en criterios técnicos de integración.

But not all ties are bad. Bundling obviously saves distribution and consumer transaction costs. 9 PHILLIP E. AREEDA, *ANTITRUST LAW* P 1703g2, at 51-52 (1991). This is likely to be true, to take some examples from the computer industry, with integration of math co-processors and memory into microprocessor chips and the inclusion of spell checkers in word processors.¹³⁹

Es por esto que debemos volver a señalar o hacer referencia a la inaplicabilidad de la regla Per Se a la industria de la tecnología para la sanción de prácticas de ventas atadas en virtud de la mera referencia a la tipicidad de la conducta, ya que dentro de un mercado tan dinámico como el de la tecnología informática el desarrollo puede fácilmente generar eficiencias en favor de la industria y de los consumidores. La generación de eficiencias por la vinculación establece la justificación objetiva para la misma, demostrando la complementariedad de sus elementos.

En ciertos casos la explicación puede ser que los productos ofrecidos son complementarios en el consumo (como, por ejemplo, un automóvil y accesorios tales como su receptor de radio o su equipo de aire acondicionado) o en la producción (como,

¹³⁷ *Id.*, Pp. 43.

¹³⁸ *Ibíd.*

¹³⁹ *Id.*, Pp. 40.

por ejemplo, el conjunto de cortes de carne vacuna que un frigorífico le vende a una carnicería).¹⁴⁰

Así, es imprescindible realizar un análisis en virtud de una Regla de la Razón, del cual se desprendan las implicaciones reales derivadas de las conductas de los participantes del mercado y sus actuaciones, asentando los efectos en la realidad económica en la cual se desenvuelven dichas prácticas en la realidad. Es por esto que, así como la simple detentación de una posición de dominio de mercado no puede ser sancionada, las prácticas de ventas atadas tampoco pueden serlo, sin que se lleve a cabo un análisis adecuado de las implicaciones reales de dicha conducta en el mercado.

A monopolist does not violate the antitrust laws simply by developing a product that is incompatible with those of its rivals. In order to violate antitrust laws, the incompatible product must have an anticompetitive effect that out weights any procompetitive justification for the design.¹⁴¹

El desarrollo de productos complejos implica necesariamente avances tecnológicos internos en su configuración, de manera más acentuada ocurre esto en el mercado de la informática, debido a la necesidad de establecer elementos diferenciadores que llamen la atención de los usuarios. De esta manera, la innovación realizada resultante en un producto complejo que se diferencia de los demás es la finalidad de esta industria, ofertando elementos compuestos que los demás oferentes no lo hacen. Así, un producto incompatible con aquellos desarrollados por la competencia no es por ese motivo ilegal ni atenta contra los principios de la libre competencia.

“Indirect evidence includes the behavior of firms without market power in the tying good market, presumably on the notion that (competitive) supply follows demand. If competitive firms always bundle the tying and tied goods, then they are a single product”.¹⁴² Esta es la razón, según Microsoft, por la que no se incluyó al Internet Explorer dentro de los programas susceptibles de desinstalación, sino en los programas que forman parte del software, siendo además el navegador por defecto y por ende un elemento interdependiente del sistema operativo Windows, sin el cual no podría este funcionar adecuadamente o en su mayor capacidad. La integración responde a razones de funcionalidad interdependiente.

¹⁴⁰ Coloma, Germán. *Defensa de la Competencia... Op. Cit.* Pp. 52.

¹⁴¹ United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit. *USA v. Microsoft... Op. Cit.* Pp. 5.

¹⁴² *Id.*, Pp. 40.

A pesar de que el Tribunal de Apelaciones establece que la conducta de Microsoft en relación a la atadura del sistema operativo Windows con el navegador Internet Explorer constituía una violación de la sección segunda del Sherman Act, en la resolución final se verifica como decide no sancionar a Microsoft por dicho cargo, ya que no encontró los elementos de convicción suficientes y necesarios para poder sustentar dicha condena. Así, por el cargo de ventas atadas, Microsoft no recibe ninguna sanción, demostrándose la integración de funcionalidades como justificación objetiva a la vinculación.

The District Court found that many consumers, if given the option, would choose their browser separately from the OS. Turning to industry custom, the court found that, although all major OS vendors bundled browsers with their OSs, these companies either sold versions without a browser or allowed OEMs or end-users either not to install the bundled browser or in any event to “uninstall” it. The court did not discuss the record evidence as to whether OS vendors other than Microsoft sold at a bundled price, with no discount for a browserless OS, perhaps because the record evidence on the issue was in conflict.¹⁴³

De acuerdo a los elementos fundamentales desarrollados en el caso, otro de los temas de importancia que analiza el Tribunal de Apelaciones es la inexistencia de un valor económico individual para el Internet Explorer como navegador web.

I believe that the Judge erred in ruling that free distribution of IE significantly harmed consumers by degrading performance and restricting available computer memory. First, because IE has been integrated into Windows, it is very hard to judge how a computer would work without it, how much memory it would use, how quickly it would run, etc. One would have to construct a computer with some other new component of the OS taking over the functions that IE performs now in Windows, and then test it. The Court failed to do so, and cannot conclusively rule on this issue. Second, the Internet-related tasks of operating systems are in very high demand as the Internet is presently in an exponential expansion path. The number of consumers who have been harmed in the way suggested by the Judge is likely to be very small, and in an age of cheap computers, memory, and hard drive capacity, their losses could not be very large.¹⁴⁴

Esto significa que el producto era ofrecido como un beneficio a los usuarios sin una contraprestación económica de por medio por formar parte integral del sistema operativo; otros vendedores de Sistemas Operativos ofrecían dos versiones de su producto, una que incorporaba el navegador web y otra que no, las cuales se comercializaban a dos precios distintos. Los consumidores no sufrieron un detrimento por la existencia del navegador en su sistema operativo, muy al contrario, ya que los beneficios derivados de la inclusión del mismo son incuantificables. El desarrollo actual de la funcionalidad web no hubiera alcanzado el nivel actual si no hubiera sido integrada al sistema operativo por Microsoft.

¹⁴³ *Id.*, Pp. 41.

¹⁴⁴ Economides, Nicholas. *The Microsoft... Op. Cit.* Pp. 26.

Was the free distribution of IE anti-competitive? Clearly, Microsoft had a procompetitive incentive to freely distribute IE since that would stimulate demand for the Windows platform. Were there anti-competitive effects? If one assumes (as DOJ does in the tying part of the case) that the two markets (operating systems and browsers) are separate and therefore tying occurred, the crucial question is whether tying was anticompetitive. In particular, was the incremental increase in the price of Windows when IE functionality to new versions of Windows and distributing IE free of charge for older versions of Windows and for other operating systems did not harm consumers. Was bundled with it larger than the price increase justified by the value of functionality that IE added? This is the test that the Court should have conducted, and it failed to do so. My view is that it is very hard to prove that a quality-adjusted new version of Windows *without* IE would not have had a higher hedonic price than old Windows. That is, a modest increase in the market price of Windows was likely to be justified by the enhancement of features of Windows even without the inclusion of IE. Thus, if the Court had performed this test, I believe it is likely that it would have found that adding IE functionality to new versions of Windows and distributing IE free of charge for older versions of Windows and for other operating systems did not harm consumers.¹⁴⁵

Si bien el Tribunal de Apelaciones emitió sus comentarios con respecto a aquello que confirmó y aquello que revocó en relación a la decisión emitida por la Corte de Distrito, finalmente ésta aprobó el acuerdo vinculante a través del cual Microsoft y el Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América llegaron a una negociación exitosa en el presente caso. No hubo cargos de ventas atadas en contra de Microsoft por la vinculación del Sistema Operativo con el Internet Explorer, en virtud de lo analizado y ordenado por el Tribunal de Apelaciones.

Netscape and Internet Explorer ended up being very similar products in terms of their functionality. Most computer magazines rate recent versions of IE above Netscape's. There does not seem to be any loss in variety or quality by the domination of the browser market by IE. Windows-based computers can run both IE and Navigator simultaneously, and users are not forced to choose one to the exclusion of the other. One could use one browser for some tasks and another for others.¹⁴⁶

2.2. Caso Comisión de la Comunidad Europea v. Microsoft Corporation (Windows Media Player)

El segundo caso que merece nuestro estudio es aquel llevado a cabo por la Comisión de la Comunidad Europea de Naciones en contra de Microsoft. El proceso fue iniciado en 1998 y se formalizó en el año 2000. La Comisión define a Microsoft como una compañía dedicada al diseño y desarrollo de una amplia gama de productos relacionados a la industria de la computación, entre los que constan los sistemas operativos para

¹⁴⁵ *Id.*, Pp. 23 – 24.

¹⁴⁶ *Id.*, Pp. 26.

computadoras personales (client PC's), los sistemas operativos para servidores de grupos de trabajo y los reproductores multimedia con capacidad de streaming en la Web.¹⁴⁷

In February 2000, the Commission, acting on its own initiative, launched an investigation relating, particularly, to Microsoft's Windows 2000 generation of client PC and work group server operating systems and to the integration by Microsoft of its Windows Media Player in its Windows client PC operating system.¹⁴⁸

La investigación se basaba en la supuesta ejecución por parte de Microsoft de prácticas restrictivas a la competencia en el mercado comunitario, debido a una limitación de la libre competencia en el segmento de la tecnología informática. La investigación terminó en agosto de 2001, cuando la Comisión envió a Microsoft el segundo pliego de objeciones. Entre ellas se encuentran el análisis de las condiciones de interoperabilidad entre los grupos de servidores de trabajo y la integración del Windows Media Player al sistema operativo Windows client PC.¹⁴⁹ “In the contested decision, the Commission finds that Microsoft infringed Article 82 EC and Article 54 of the Agreement on the European Economic Area (EEA) by twice abusing a dominant position”.¹⁵⁰ Es así que el proceso en contra de Microsoft, llevado por la Comisión de la Unión Europea, se fundamenta en el examen de un supuesto abuso de posición de dominio, incurriendo en una violación a la legislación comunitaria.

El proceso europeo determina adecuadamente la necesidad de utilizar una regla de la razón para el análisis de las condiciones que engloban a la práctica. Se puede hacer referencia a lo establecido en la Sentencia Broadcast Music de la Corte Suprema de los Estados Unidos para sustentar este punto, ya que determina que en caso de industrias dinámicas y complejas que difieren de los tradicionales segmentos de mercado previamente ya analizados por los Tribunales, es necesario aplicar un test que englobe la totalidad de las circunstancias sobre la conducta analizada.¹⁵¹ El tribunal de regulación debe estudiar y comprender al mercado relevante en el cual se verifican las prácticas para poder adecuadamente establecer la legalidad o ilegalidad de las mismas; solamente en industrias muy conocidas y en base a prácticas anticompetitivas que no presentan elementos diferenciadores se puede sancionar Per Se su afectación. A pesar de que la Comisión determinó adecuadamente el mecanismo de investigación para entender los

¹⁴⁷ Court of First Instance of the European Communities (Grand Chamber). *Microsoft v Commission*. Case T-201/04. Judgment of the Court. 17 September 2007. Pp. 3623.

¹⁴⁸ *Id.*, Pp. 3627.

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ *Id.*, Pp. 3629.

¹⁵¹ Supreme Court of the United States. *Broadcast Music... Op. Cit.* Pp. 6.

elementos de la práctica de ventas atadas, su análisis se quedó corto al limitarse a la determinación de productos separados por la existencia de mercados independientes, sin tomar en cuenta las eficiencias derivadas de la integración de los elementos en el mercado de la alta tecnología digital.

El análisis de la Comisión se centra en tres elementos fundamentales, dentro del mercado relevante de producto, y son los elementos relativos al sistema operativo Client PC como controlador de las funciones básicas de la computadora, la información de interoperabilidad entre las aplicaciones existentes y el análisis de la venta atada del sistema operativo con el reproductor multimedia.¹⁵² En relación con el mercado relevante en su aspecto geográfico, consiste en el mercado mundial, debido al alcance e importancia de los mismos en cada mercado nacional.¹⁵³ En cuanto a la posición de dominio de Microsoft en el mercado de la referencia, la Comisión encontró que Microsoft tenía una posición de dominio del mercado del sistema operativo Client PC desde 1996 y en los sistemas operativos de los servidores de grupos de trabajo desde el 2002.¹⁵⁴ “However, when a firm has acquired a dominant position, it has a special responsibility under Article 82 to compete on the merits and to avoid behaviour that merely exploits its dominant position to stifle competition on the dominated market or on neighbouring markets”.¹⁵⁵ La Comisión establece los factores que le llevan a determinar dicha conclusión, que los expone de la siguiente manera.

As regards the client PC operating systems market, the Commission relies essentially on the following factors to arrive at that conclusion:

- Microsoft's market shares are over 90% (recitals 430 to 435 to the contested decision);
- Microsoft's market power has 'enjoyed an enduring stability and continuity' (recital 436 to the contested decision);
- there are significant barriers to market entry, owing to indirect network effects (recitals 448 to 464 to the contested decision);
- those network effects derive, first, from the fact that users like platforms on which they can use a large number of applications and, second, from the fact that software designers write applications for the client PC operating systems

¹⁵² Court of First Instance of the European Communities (Grand Chamber). *Microsoft v Commission... Op. Cit.* Pp. 3629.

¹⁵³ *Id.*, Pp. 3631.

¹⁵⁴ *Ibid.*

¹⁵⁵ Whelan, Anthony. “Brief reflection on EU competition policy and the *Microsoft* case”. *The Implications of the CFI Decision in Microsoft for Tying and Compulsory Licensing*. Chicago: The American Bar Association Section of Antitrust Law and the ABA Center for Continuing Legal Education, 2007. Pp. 25.

that are the most popular among users (recitals 449 and 450 to the contested decision).¹⁵⁶

Una vez establecida y sustentada la determinación de la detentación de la posición de dominio de Microsoft, de acuerdo a lo expresado por la Comisión y reiterado por la Corte, se procede a analizar las conductas de la empresa para verificar la existencia de un abuso de dicha condición dominante. “It is common ground that Microsoft has a dominant position on the market for the tying product, namely client PC operating systems”.¹⁵⁷

Enfocándonos en el problema jurídico de la tesina, es necesario analizar el caso desde la perspectiva de los cargos por ventas atadas. Para estudiar adecuadamente este precedente jurisprudencial debemos referirnos a los elementos que llevaron a la Comisión, y posteriormente a la Corte, a determinar la existencia de una vinculación ilegal por abuso a la posición de dominio de mercado. El informe de la Comisión establece los elementos de convicción para la sanción a Microsoft.

The second abusive conduct in which Microsoft is found to have engaged consists in the fact that from May 1999 to the date of notification of the contested decision Microsoft made the availability of the Windows client PC operating system conditional on the simultaneous acquisition of the Windows Media Player software (Article 2(b) of the contested decision).¹⁵⁸

Microsoft fue procesado y sancionado por la Comisión de la Comunidad Europea de Naciones en virtud del cargo de venta atada del sistema operativo client PC con el reproductor multimedia Windows Media Player (WMP). En el proceso se determinó que la práctica de vinculación era abusiva afectando a la competencia en la industria de la tecnología.

La Comisión determinó que el mercado relevante era el de los reproductores multimedia con capacidad de reproducción streaming, que es la reproducción de archivos en línea, a los cuales se les incluye dentro de los programas del software que se incluyen en un sistema operativo.¹⁵⁹ Así, un reproductor multimedia es aquel que tiene la capacidad de decodificar contenido de audio y video en formato digital y permite al usuario escuchar música o ver videos, ya sea de un archivo descargado a la memoria interna de su computadora o cuyos archivos fuente se encuentran en la red informática; la información

¹⁵⁶ Court of First Instance of the European Communities (Grand Chamber). *Microsoft v Commission...* Op. Cit. Pp. 3632.

¹⁵⁷ Ezrachi, Ariel. *EU Competition Law. An analytical guide to the leading cases.* Hart Publishing: Portland, 2012. Pp. 254.

¹⁵⁸ Court of First Instance of the European Communities (Grand Chamber). *Microsoft v Commission...* Op. Cit. Pp. 3636.

¹⁵⁹ *Id.*, Pp. 3630 – 3631.

es enviada al hardware como instrucciones para el funcionamiento de ésta, ya sea a través de los parlantes o de la pantalla.¹⁶⁰ La incorporación de la funcionalidad multimedia al sistema operativo fue considerada por la autoridad de control como una práctica de vinculación.

Microsoft alegó en su defensa que la vinculación de dicho programa de software, tal y como la Comisión lo define, era imprescindible para el adecuado funcionamiento del sistema operativo, ya que facultaba la reproducción multimedia generando eficiencias en los consumidores por dotarles de la herramienta idónea para hacerlo; la Corte tuvo una perspectiva distinta, estableciendo a dicha conducta como anticompetitiva.¹⁶¹ El proceso se queda corto al no tomar en cuenta la necesidad de integración de los componentes en el producto complejo sistema operativo, ya que para que las funcionalidades de audio y video existan es necesaria la incorporación de una aplicación que reconozca los protocolos de información y le indique al sistema operativo como reproducirlos.¹⁶² Además, esta no toma en cuenta la voluntariedad que implica el acuerdo de vinculación, ya que Microsoft no obliga a sus usuarios a comprar sus productos, pero si van a hacerlo deben comprar un producto adecuadamente compuesto para que así se garantice su satisfacción plena. “[...] since tying is an agreement, it is explicit evidence of an increase, ex ante, in efficiency and benefit as far as the parties to the contract are concerned”.¹⁶³

Una vez realizada una aproximación al problema jurídico del caso en cuestión, y en virtud de la finalidad del presente trabajo de investigación, procedemos al análisis de los elementos específicos en virtud de los cuales se llegó a juzgar como anticompetitiva la vinculación del reproductor multimedia al sistema operativo por parte de Microsoft.

2.2.1. Condiciones necesarias para Ventas Atadas Abusivas

La Comisión establece, en su análisis del caso, que existen determinados factores que permiten identificar una venta atada que es abusiva dentro de las prácticas comerciales reguladas por el Derecho de la Competencia. Estas consisten en que el producto atador y el producto atado sean dos productos separados; que quien oferta dichos productos detenta una posición de dominio de mercado en el producto atador; que dicha atadura limite la opción de los consumidores de obtener el producto atador sin la adquisición del producto

¹⁶⁰ *Id.*, Pp. 3867.

¹⁶¹ *Id.*, Pp. 3636.

¹⁶² *Id.*, Pp. 3868 - 3869.

¹⁶³ Armentano, Dominick. *Antitrust and Monopoly... Op. Cit.* Pp. 203.

atado; y finalmente, que la práctica en cuestión afecte la competencia de mercado.¹⁶⁴ “It is open to the dominant firm to demonstrate that its behaviour is, in reality, objectively justified, e.g. because it enhances its own ability and incentive to lower costs and prices, raise quality, increase variety, etc. for the benefit of consumers”.¹⁶⁵

En el análisis realizado por la Comisión, y posteriormente ratificado por la Corte, podemos encontrar el sustento de dicho razonamiento.

Furthermore, as will be made explicit at paragraphs 1031 to 1058 below, the applicant cannot claim that the Commission relied on a new and highly speculative theory to reach the conclusion that a foreclosure effect exists in the present case. As indicated at recital 841 to the contested decision, the Commission considered that, in light of the specific circumstances of the present case, it could not merely assume, as it normally does in cases of abusive tying, that the tying of a specific product and a dominant product has by its nature a foreclosure effect. The Commission therefore examined more closely the actual effects which the bundling had already had on the streaming media player market and also the way in which that market was likely to evolve.¹⁶⁶

La Comisión realiza un análisis profundo, punto por punto, de los elementos a los que se ha hecho alusión para su determinación de la existencia de una conducta abusiva y anticompetitiva por parte de Microsoft. Tal y como señala la cita incorporada, se toman en cuenta las condiciones específicas del caso en cuestión para establecer objetivamente que la venta atada del producto tiene un efecto nocivo en el mercado de los reproductores multimedia.¹⁶⁷ A partir de esta determinación, se verifican una por una las condiciones necesarias para establecer de la existencia de una venta atada abusiva en el proceso, razón por la que se las analiza de manera individual.

2.2.2. Existencia de dos productos separados

El primer elemento analizado por la Comisión, y el que considero el elemento fundamental del análisis, es la determinación de la existencia de un producto único o dos productos separados, con respecto al sistema operativo Windows y a su reproductor multimedia Windows Media Player. “In the first place, it takes particular care to demonstrate that streaming media players and client PC operating systems are separate products”.¹⁶⁸ Este es el eje central del análisis realizado y fundamento de la aplicación de

¹⁶⁴ Ezrachi, Ariel. *EU Competition Law... Op. Cit.* Pp. 253.

¹⁶⁵ Whelan, Anthony. “Brief reflection on EU competition policy and the *Microsoft* case”. *The Implications... Op. Cit.* Pp. 25.

¹⁶⁶ Court of First Instance of the European Communities (Grand Chamber). *Microsoft v Commission... Op. Cit.* Pp. 3882.

¹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸ *Id.*, Pp. 3883.

la legislación por parte de la Comisión, ratificado posteriormente por la Corte en virtud de la apelación.

Under the first head of its analysis, the Commission explains, first, that, according to the case-law, the fact that there are independent manufacturers who specialize in the manufacture of the tied product indicates the existence of separate consumer demand and therefore of a distinct market for the tied product (recital 802 to the contested decision). The Commission therefore considers that the distinctness of products for the purposes of an analysis under Article 82 EC must be assessed in the light of consumer demand, in the sense that if there is no separate demand for what is alleged to be a tied product the products at issue are not distinct (recital 803 to the contested decision).¹⁶⁹

En relación a la determinación de la existencia de dos productos separados o independientes, se estableció que debido a la existencia de oferentes de mercado cuyo negocio es exclusivamente el desarrollo y producción del producto vinculado, los productos se pueden considerar como distintos, ya que hay una demanda independiente de dicho elemento.¹⁷⁰

It is Microsoft's submission that the Commission has failed to establish this element because the alleged tying product (the Windows PC operating system) and alleged tied product ("Windows Media Player") constitute a single, integrated product. According to Microsoft, Windows Media Player is one of many integrated features in Windows, and the existence of two separate products can only be met if the Commission can show the existence of demand for the alleged tying product without the alleged tied product.¹⁷¹ For example, selling shoes with laces can only amount to tying if there is demand for shoes without laces. Microsoft has repeatedly pointed out that there is no evidence that its customers (whether end users or OEMs) want to obtain PC operating systems (the "tying" product, analogous to shoes) without the streaming media functionality at issue (the "tied" product, analogous to laces).¹⁷²

“Para determinar qué ha de entenderse por productos distintos ha de atenderse a la demanda de los clientes. Dos productos son distintos si, a falta de vinculación o agrupación, desde la perspectiva de los clientes son o podrían ser adquiridos por

¹⁶⁹ *Id.*, Pp. 3884.

¹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷¹ In fact, even this test may be unduly restrictive, as it focuses on historic demand and could force dominant undertakings to freeze products in their current state. Thus, this test should arguably also include a factor requiring the Commission to take into account whether, in the foreseeable future, there is likely to be demand for the alleged tying product without the alleged tied product. The Commission acknowledged in Recital 808 of the Decision that its test could risk “*ignoring efficiency benefits from new product integration*”, but concludes that this is not a concern here as, in “*the case of WMP, however, there is non-insignificant consumer demand for alternative players some four years after Microsoft started tying its streaming media players with Windows*”. Thus, in trying to defend the “two product” element of tying, the Commission effectively undermines its theory of foreclosure. It is also notable that in footnote 938 of the Decision, the Commission suggests that integration which causes complete foreclosure (as the Commission claims occurred after Microsoft included support for the mouse-driven interface in Windows) would demonstrate that the foreclosed functionality is part of Windows, and thus demonstrate that there is no act of tying.

¹⁷² Bellis, Jean-Francois. “The Commission’s *Microsoft* Tying Case: Implications for Innovation Throughout the High-Technology Sector”. *The Implications of the CFI Decision in Microsoft for Tying and Compulsory Licensing*. Chicago: The American Bar Association Section of Antitrust Law and the ABA Center for Continuing Legal Education, 2007. Pp. 42.

separado”.¹⁷³ Las prácticas abusivas de vinculación son aquellas que no han podido ser adecuada y objetivamente justificadas por quien las ha realizado, ya que cuando la justificación es adecuada en razón de la generación de eficiencias en el consumidor, la empresa no es sancionada por ventas atadas.

Second, the Court found the Commission had demonstrated that the Windows operating system and WMP are two separate products. The Court held that the Commission had ample evidence to establish that there existed separate consumer demand for PC operating systems and streaming media players; that there existed suppliers, such as Apple and RealNetworks, who develop and supply streaming media players on an autonomous basis; and that Microsoft itself made WMP available separately from the Windows operating system. Moreover, the Court found that Microsoft's arguments simply ignored the important role played by original equipment manufacturers ("OEMs").¹⁷⁴

Así, en virtud de la demanda de los consumidores, se puede aseverar que los productos son independientes, ya que se observa que hay un requerimiento de reproductores multimedia de manera individual y separados del sistema operativo.¹⁷⁵ La Comisión determina que el número de consumidores que demandan de manera independiente el reproductor multimedia, sin que sea interdependiente del sistema operativo, es considerable y poco insignificante¹⁷⁶; así también, establece que varios usuarios del sistema operativo no necesitan o no quieren tener incorporado el reproductor multimedia en su computadora.¹⁷⁷ Es por esto que rechaza el argumento de Microsoft que establece que no hay una demanda individual del reproductor multimedia.¹⁷⁸

Separabilidad de los productos (single product issue). Es importante determinar si nos encontramos frente al caso de dos productos independientes y diferenciables o si la venta consiste en un producto compuesto único, ya que no hay vinculación en este caso. A pesar de que en la teoría la diferenciación parece sencilla, en la práctica su identificación es menos evidente, ya que “la mayoría de los productos sujetos a contrato pueden ser descompuestos en diversos componentes y que, casi cualquier bien puede ser combinado con otro en una oferta más amplia y, en ocasiones, mejorada de la que resultaría de la venta de los distintos componentes aisladamente”.¹⁷⁹ Es posible graficar esta aseveración con el ejemplo de la venta de un par de zapatos y sus cordones, ya que se podría descomponer el producto en zapato derecho, zapato izquierdo y cordones. “Es posible describir un producto como un paquete de componentes diferenciados, incluso si

¹⁷³ Pace, Lorenzo Federico. *Derecho Europeo de la Competencia...* Óp. Cit. pp. 169.

¹⁷⁴ Vinje, Thomas. “The European Court of First Instance's Judgment in Microsoft”. *The Implications of the CFI Decision in Microsoft for Tying and Compulsory Licensing*. Chicago: The American Bar Association Section of Antitrust Law and the ABA Center for Continuing Legal Education, 2007. Pp. 32.

¹⁷⁵ Court of First Instance of the European Communities (Grand Chamber). *Microsoft v Commission...* Op. Cit. Pp. 3884.

¹⁷⁶ *Id.*, Pp. 3885.

¹⁷⁷ *Ibid.*

¹⁷⁸ *Ibid.*

¹⁷⁹ Herrero Suárez, Carmen. *Los contratos vinculados...* Op. Cit. Pp. 151.

éstos se encuentran físicamente integrados en el momento de su venta a los consumidores.¹⁸⁰

Desde otra perspectiva del análisis, la Comisión hace referencia a la promoción realizada por Microsoft de su Windows Media Player, señalando que esta es realizada de manera independiente al sistema operativo y busca la aceptación del reproductor multimedia en sus usuarios sin hacerlo con base en el señalamiento de su interdependencia al sistema operativo Windows.¹⁸¹ Adicionalmente, se refiere al hecho de que Microsoft desarrolla mejoras funcionales o actualizaciones del reproductor multimedia Windows Media Player de manera individual, independientemente de las actualizaciones del sistema operativo.¹⁸²

En cuanto a las funcionalidades del sistema operativo Windows client PC y el reproductor multimedia Windows Media Player, la Comisión establece que estos dos productos difieren en este sentido por su composición tecnológica.¹⁸³ “Microsoft itself differentiates, in its technical documentation, the files which constitute Windows Media Player from the other media files, in particular those relating to the basic media infrastructure of the operating system”.¹⁸⁴ Esto se corrobora con la opinión de la Comisión en la cual asevera que los dos productos tienen estructuras industriales distintas, ya que Microsoft tiene competidores en el mercado de los reproductores multimedia mientras que su competencia en el mercado de los sistemas operativos es insignificante.¹⁸⁵

La Comisión rechaza el argumento de Microsoft que establece que el bundling o vinculación del reproductor multimedia con el sistema operativo es una práctica comercial aceptada en la industria de la tecnología¹⁸⁶, señalando que es difícil hablar de un uso comercial aceptado en una industria controlada en un 95% por Microsoft.¹⁸⁷ Ariel Ezrachi nos permite profundizar el análisis en cuanto al mercado de la tecnología, ya que asevera que es un mercado en constante evolución.¹⁸⁸

¹⁸⁰ *Ibid.*

¹⁸¹ Court of First Instance of the European Communities (Grand Chamber). *Microsoft v Commission... Op. Cit.* Pp. 3885.

¹⁸² *Id.*, Pp. 3884.

¹⁸³ *Id.*, Pp. 3885.

¹⁸⁴ *Id.*, Pp. 3896.

¹⁸⁵ *Id.*, Pp. 3885.

¹⁸⁶ *Id.*, Pp. 3886.

¹⁸⁷ *Id.*, Pp. 3903.

¹⁸⁸ Ezrachi, Ariel. *EU Competition Law... Op. Cit.* Pp. 253.

In such an industry what initially appear to be separate products may subsequently be regarded as forming a single product, both from the technological aspect and from the aspect of the competition rules.¹⁸⁹

Es así que en el caso de productos complementarios en la industria de la tecnología, en la cual caben los sistemas operativos y los reproductores multimedia como aplicaciones de software, es sumamente posible y probable que los usuarios quieran tener ambos productos de manera conjunta, pero no necesariamente buscan obtenerlos de la misma fuente o productor.¹⁹⁰ “For example, the fact that most client PC users want their client PC operating system to come with word-processing software does not transform those separate products into a single product for the purposes of Article 82 EC”.¹⁹¹ Ante esto, la Comisión menciona el Caso Hilti¹⁹², en el cual se ofrecían pistolas de clavos y los clavos que funcionaban con dicho producto¹⁹³. A pesar de que la pistola sin los clavos es inservible, esto no evitó que se pueda concluir que los productos eran separados y pertenecían a dos segmentos distintos de mercado, por lo que debían ser ofertados de manera independiente.¹⁹⁴

As the Commission very correctly observes at recital 809 to the contested decision, if OEMs¹⁹⁵ and consumers were able to obtain Windows without Windows Media Player, that would not mean that they would choose to obtain Windows without a streaming media player. OEMs follow consumer demand for a pre-installed media player on the operating system and offer a software package including a streaming media player that works with Windows, the difference being that that player would not necessarily be Windows Media Player.¹⁹⁶

¹⁸⁹ *Ibid.*

¹⁹⁰ Court of First Instance of the European Communities (Grand Chamber). *Microsoft v Commission... Op. Cit.* Pp. 3898.

¹⁹¹ *Ibid.*

¹⁹² This analysis fails to appreciate that the conduct involved in *Microsoft* is fundamentally different from *Hilti* and *Tetra Pak II* in a number of important ways. In *Hilti and Tetra Pak II*, it was commonly accepted that there was distinct demand for the “tying” product without the “tied” product. The fact that customers purchased third party consumables for use with Hilti’s and Tetra Pak’s primary products (nail guns/nail cartridges and liquid packaging machines) necessarily demonstrated that customers wanted to obtain the primary products without the consumables (nails and drinks cartons), because the consumables were homogenous¹⁵ products purchased separately. In contrast, media functionality in Windows and third party media players is not homogeneous,¹⁶ is not a consumable and is offered at no additional price by Microsoft or by any of the vendors of media playing applications software. Thus, customers can, and frequently do, use multiple media players. Accordingly, unlike the situations in *Hilti* and *Tetra Pak II*, consumer demand for the “tied” product from a third party in the Microsoft case does not logically demonstrate that consumers do not also want the alleged “tying” product with the alleged “tied” product—consumers generally will want both, as the lack of demand for Windows XP N and Windows Vista N further demonstrates.

¹⁹³ Bellis, Jean-Francois. “The Commission’s *Microsoft* Tying Case: Implications for Innovation Throughout the High-Technology Sector”. *The Implications... Op. Cit.* Pp. 42 – 43.

¹⁹⁴ Court of First Instance of the European Communities (Grand Chamber). *Microsoft v Commission... Op. Cit.* Pp. 3897 – 3898.

¹⁹⁵ OEMs. Original Equipment Manufacturers.

¹⁹⁶ Court of First Instance of the European Communities (Grand Chamber). *Microsoft v Commission... Op. Cit.* Pp. 3898.

Esto significa que los las empresas que se dedican a la comercialización de sistemas operativos Windows, bajo licencias otorgadas por Microsoft, tienen la obligación de instalar el Windows Media Player como reproductor multimedia por defecto del OS; en el caso de poder elegir entre comprar un sistema operativo con o sin el reproductor multimedia WMP, probablemente elegirían tener un reproductor incorporado, pero esto no significa que necesariamente quisieran que sea el Windows Media Player su reproductor por defecto que venga incluido en el paquete.¹⁹⁷ Además, la Comisión establece que algunos comercializadores de sistemas operativos que no son Windows ofrecen su OS con la opción de la instalación de un reproductor multimedia, que puede ser elegido por los usuarios, o permiten su desinstalación.¹⁹⁸

Microsoft cannot rely on the fact that vendors of competing client PC operating systems also bundle those systems with a streaming media player. On the one hand, Microsoft has not adduced any evidence that such bundling was already carried out by its competitors at the time when the abusive bundling commenced. On the other hand, moreover, it is clear that the commercial conduct of those competitors, far from invalidating the Commissions argument, corroborates it.¹⁹⁹

Finalmente, Microsoft defiende que la funcionalidad multimedia no es un producto separado del sistema operativo Windows client PC, sino que por el contrario forma una parte integral de éste. La defensa determina que el análisis debería enfocarse en un producto único que es el sistema operativo Windows y éste se encuentra en constante desarrollo. Al adquirir el sistema operativo, los consumidores esperan que tenga todas las funcionalidades necesarias incorporadas y actualizadas, entre las que se incluyen a la capacidad de reproducción de audio y video.²⁰⁰

Una cuestión crucial en este caso era determinar si existían o no dos productos (el sistema operativo y el reproductor multimedia). Según Microsoft, Windows es un sistema operativo complejo que evoluciona incorporando nuevas funcionalidades con cada nueva versión. No fue éste el parecer ni de la Comisión Europea ni del Tribunal de Primera Instancia, que se basaron en el hecho de que los reproductores multimedia pueden ser adquiridos de manera separada y que existen fabricantes dedicados específicamente a ello para llegar a la conclusión contraria.²⁰¹

Ante esto la Comisión señala que “(...) in spite of the bundling applied by Microsoft, a not insignificant number of customers continue to acquire media players from Microsoft's competitors, separately from their client PC operating system, which shows that they

¹⁹⁷ *Ibíd.*

¹⁹⁸ *Id.*, Pp. 3903.

¹⁹⁹ *Ibíd.*

²⁰⁰ *Id.*, Pp. 3895.

²⁰¹ Ortiz Blanco, Luis et al. *Manual de... Óp. Cit.* pp. 180.

regard the two products as separate”.²⁰² La Comisión en su análisis sostiene férreamente que los productos en cuestión son separados e independientes, fundamentando su postura en la demanda individual de los productos por parte de los consumidores y la oferta independiente de los mismos por otros oferentes de mercado. “Two products are distinct if, in the absence of tying and bundling, a substantial number of consumers would purchase or would have purchased the tying product without also buying the tied product from the same supplier, thereby allowing standalone production”.²⁰³ La Corte determina que las conclusiones de la Comisión son correctas en relación al sistema operativo Windows client PC y el reproductor multimedia Windows Media Player, dictaminando que estos son productos separados a la luz de la normativa comunitaria y el Artículo 82 EC.²⁰⁴

Client PC operating systems and streaming media players do not, by their nature, constitute indissociable products. While it is true that there is a link between a client PC operating system such as Windows and application software such as Windows Media Player, in the sense that both products are on the same computer from the user's perspective and that a media player will only work when an operating system is present, that does not mean that the two products are not dissociable in economic and commercial terms for the purpose of competition rules.²⁰⁵

2.2.3. Los consumidores están imposibilitados a elegir el producto atador sin adquirir el producto atado

En relación al producto compuesto por el sistema operativo Windows client PC y el reproductor multimedia Windows Media Player, la Comisión determinó que los consumidores se encontraban imposibilitados de adquirir el producto atador sin tener que necesariamente adquirir el producto atado.

En el caso europeo de Microsoft, la Comisión encontró, por ejemplo, que esta empresa, que tiene poder dominante en los sistemas operativos de los computadores de uso personal (PC, notebooks, netbooks) vinculó injustificadamente a estos sistemas operativos otros programas, concretamente el reproductor multimedia (Media Player) y el explorador de Internet, aunque no estableció precios separados para estos programas y el usuario no estaba obligado a utilizarlos, ya que podía reproducir archivos multimedia utilizando otros programas o navegar en la red utilizando otros exploradores.²⁰⁶

Microsoft en su defensa alegó que dicha vinculación no implicaba ningún tipo de coerción a los usuarios al uso de su producto, ni constituía ninguna obligación adicional a

²⁰² Court of First Instance of the European Communities (Grand Chamber). *Microsoft v Commission...* Op. Cit. Pp. 3901.

²⁰³ Whish, Richard. *EU Competition Law*. Masters in EU Competition Law 2012/2013, Postgraduate diploma. Unit 3. Kings College London: London, 2012. Pp. 3.

²⁰⁴ Court of First Instance of the European Communities (Grand Chamber). *Microsoft v Commission...* Op. Cit. Pp. 3901.

²⁰⁵ *Id.*, Pp. 3902.

²⁰⁶ Cortázar Mora, Javier. *Curso de Derecho...* Op. Cit. Pp. 111.

la adquisición del sistema operativo Windows. “Microsoft contends, in essence, that the fact that it integrated Windows Media Player in the Windows client PC operating system does not entail any coercion or supplementary obligation within the meaning of Article 82(d) EC”.²⁰⁷

According to Microsoft, there is no coercion (i.e., harm to end users) because end users are not required to pay anything extra for the media functionality in Windows, are not required to use the media functionality in Windows, and are not restricted from using third-party media players instead of, or in addition to, the media functionality in Windows. Thus, end users acquire the media functionality at issue with Windows, and they suffer no appreciable harm of the type that the competition rules are designed to protect.²⁰⁸

De acuerdo a lo argumentado por Microsoft, los consumidores no debían pagar ningún valor extra por la integración del reproductor multimedia Windows Media Player al sistema operativo Windows, no había ninguna obligación del usuario de usar dicho producto o funcionalidad y cualquiera puede instalar y utilizar un reproductor multimedia compatible desarrollado y comercializado por cualquier competidor de Microsoft.²⁰⁹

(...) coercion is applied primarily to OEMs, and is then passed on to consumers. OEMs, who assemble client PCs, install on those PCs a client PC operating system provided by a software producer or developed by themselves. OEMs who wish to install a Windows operating system on the client PCs which they assemble must obtain a license from Microsoft in order to do so. Under Microsoft's licensing system, it is not possible to obtain a license on the Windows operating system without Windows Media Player.²¹⁰

A través de las licencias otorgadas por Microsoft a los OEMs para la instalación de su sistema operativo client PC, la compañía concede la posibilidad de instalar Windows en computadoras armadas o desarrolladas por los OEMs, quienes deciden en base a la demanda de mercado cuales son los elementos necesarios que deben ser instalados en el sistema operativo, asegurando así la satisfacción de los consumidores. La licencia desarrollada y ofrecida por Microsoft incorpora al Windows Media Player como reproductor multimedia del sistema operativo debido a que así ofrece a los OEMs y a los usuarios un producto completo en cuanto a todas sus funcionalidades; sin embargo, se determina que no ofrece licencias que no incluyan el WMP como reproductor multimedia del sistema operativo.²¹¹ La Corte señala que la gran mayoría de ventas del sistema operativo Windows client PC se realizan a través de estos vendedores, utilizando licencias

²⁰⁷ Court of First Instance of the European Communities (Grand Chamber). *Microsoft v Commission...* *Op. Cit.* Pp. 3908.

²⁰⁸ Bellis, Jean-Francois. “The Commission’s *Microsoft* Tying Case: Implications for Innovation Throughout the High-Technology Sector”. *The Implications...* *Op. Cit.* Pp. 44.

²⁰⁹ Court of First Instance of the European Communities (Grand Chamber). *Microsoft v Commission...* *Op. Cit.* Pp. 3908.

²¹⁰ *Id.*, Pp. 3909.

²¹¹ *Ibid.*

otorgadas por Microsoft, mientras que solamente un 10% de las ventas de esos sistemas operativos se generan directamente por la venta individual y directa de la licencia al consumidor.²¹²

As OEMs act in their relationships with software producers as intermediaries on behalf of end users, and as they supply end users with an 'out-of-the-box' PC, the impossibility of acquiring the Windows client PC operating system without simultaneously acquiring Windows Media Player applies ultimately to those users.²¹³

Los OEMs trabajan tanto con los desarrolladores como con los usuarios finales del producto complejo; al ser quienes ofertan en su gran mayoría las computadoras como productos ya compuestos y listos para usarse, estos deben determinar cuáles son las necesidades de los consumidores finales para así poder ofrecerles todo lo que estos requieren. La Comisión establece que debido a que los OEMs son quienes representan al consumidor final con relación a la proveedora del sistema operativo, en este caso Microsoft, son estos quienes también se ven afectados por no poder adquirir una licencia de Windows OS sin que esta tenga incorporado ya el reproductor multimedia WMP.²¹⁴ Sin embargo, el autor Bellis establece que la existencia de funcionalidades multimedia en Windows no previene a los usuarios de adquirir, instalar y usar un reproductor multimedia que éstos escojan, ni previene que los desarrolladores independientes incluyan la pre instalación de otros reproductores que consideren mejores.²¹⁵

En relación a la ausencia de un valor monetario como contraprestación económica a la adquisición del WMP como reproductor multimedia dentro del sistema operativo Windows, la Comisión establece que aunque es verdad que no hay un precio separado que Microsoft cargue por el reproductor, esto no significa que éste es entregado de manera absolutamente gratuita. “As is evident from paragraph 232 of Microsoft's application, the price of Windows Media Player is included in the total price of the Windows client PC operating system”.²¹⁶ Además, la Comisión establece que en virtud de un análisis de la normativa de competencia y de la casuística pertinente, no se puede inferir que en un caso de ventas atadas los consumidores necesariamente deben pagar un precio independiente por el producto atado para que se pueda determinar que existen prestaciones

²¹² *Ibíd.*

²¹³ *Ibíd.*

²¹⁴ *Ibíd.*

²¹⁵ Bellis, Jean-Francois. “The Commission’s *Microsoft* Tying Case: Implications for Innovation Throughout the High-Technology Sector”. *The Implications... Op. Cit.* Pp. 45.

²¹⁶ Court of First Instance of the European Communities (Grand Chamber). *Microsoft v Commission... Op. Cit.* Pp. 3910.

suplementarias al contrato principal sobre el producto atador.²¹⁷ Es decir que, aunque haya una ausencia de precio en el producto atado, la Comisión determina que igual se puede verificar una vinculación entre productos separados.

Third, the Court found that Microsoft did not give customers a choice as to whether they obtain the tying product (the Windows operating system) without the tied product (WMP). The Court rejected Microsoft's arguments that WMP is made available in the operating system "for free" – as the Court noted, apart from the fact that the price of WMP is simply included in the price of the Windows operating system, there is nothing either in Article 82(d) or in the existing case law to indicate that customers must pay a certain price for the tied product. It was also irrelevant that consumers were not required to use it.²¹⁸

Con respecto a la obligación impuesta en los consumidores al uso del reproductor multimedia Windows Media Player que se encuentra pre instalado en el sistema operativo Windows Client PC, la compañía estableció que no había ninguna obligación de por medio ya que los usuarios podían instalar y utilizar cualquier otro reproductor multimedia en su sistema operativo. "[...] consumers are not injured when they prefer differentiated products, and are willing to pay higher prices for different goods".²¹⁹ Las características diferenciadoras de los bienes o servicios los hacen atractivos a los consumidores, buscando satisfacer necesidades específicas, el hecho de que los consumidores consientan en pagar un valor mayor por un bien diferenciado de los demás no constituye una afectación ni se está obligando a que lo hagan, ya que hay otras opciones en el mercado. Ante esto la Comisión se expresa de la siguiente manera.

Again, neither Article 82(d) EC nor the case-law on bundling requires that consumers must be forced to use the tied product or prevented from using the same product supplied by a competitor of the dominant undertaking in order for the condition that the Conclusion of contracts is made subject to acceptance of supplementary obligations to be capable of being regarded as satisfied.²²⁰

Es así que la Comisión vuelve a realizar un análisis en el cual señala que ni la legislación ni la jurisprudencia requieren que el usuario sea forzado al uso del producto atado o que no pueda utilizar otros productos para que la vinculación sea abusiva por tener condiciones suplementarias.²²¹ Es por esto que la Corte aprueba el análisis de la Comisión y reitera que de la conducta impugnada se puede determinar la limitación a la libertad de elección de los consumidores por la imposibilidad de adquirir el Windows client PC como

²¹⁷ *Ibíd.*

²¹⁸ Vinje, Thomas. "The European Court of First Instance's Judgment in Microsoft". *The Implications... Op. Cit.* Pp. 32 – 33.

²¹⁹ Armentano, Dominick. *Antitrust and Monopoly... Op. Cit.* Pp. 200.

²²⁰ Court of First Instance of the European Communities (Grand Chamber). *Microsoft v Commission... Op. Cit.* Pp. 3910 – 3911.

²²¹ *Ibíd.*

sistema operativo sin tener que adquirir simultáneamente el Windows Media Player como reproductor multimedia, estableciendo condiciones suplementarias al contrato.²²² Finalmente, y en relación a las medidas adoptadas por Microsoft en relación al proceso americano la Comisión señala lo siguiente:

As the Commission correctly observes at recital 828 to the contested decision, the measures which Microsoft adopted under the United States settlement did not have the consequence of allowing consumers to acquire the Windows client PC operating system without having to acquire Windows Media Player at the same time. Under that settlement, Microsoft was only required to remove the Windows Media Player icon which appeared on the screen and the similar points of access and also to disable the automatic implementation of that player. As Windows Media Player thus remained pre-installed and fully active, OEMs and customers continued to be compelled to acquire both products together. Furthermore, as stated at recital 852 to the contested decision, Microsoft devised the mechanism in such a way that Windows Media Player could override the default setting and reappear when the user used Internet Explorer to access media files streamed over the Internet.²²³

2.2.4. Afectación a la competencia de mercado

La defensa de Microsoft, en relación a los cargos de afectación a la competencia de mercado, estableció que la Comisión tuvo que aplicar una teoría nueva y altamente especulativa debido a que no estaban tratando con un caso típico de ventas atadas, analizando al mercado de acuerdo a las posibles reacciones de terceras partes para determinar que dicha venta atada afectaba a la competencia.²²⁴

Moreover, it appears that the application of such a “new” test was self-imposed by the Commission to offer Microsoft the full benefit of an effects analysis (rather than the virtually automatic finding of infringement that normally comes in tying cases once tying is established), by taking into account the effects of the tie on the various market participants affected by the tie, including competing manufacturers, OEMs and consumers.²²⁵

Ante esto, la Corte señaló que la Comisión demostró claramente que desde Mayo de 1999 Microsoft ofrecía a los OEMs, para la pre instalación de su sistema operativo Windows en los equipos de los consumidores, únicamente la versión de Windows que incorporaba al Windows Media Player como reproductor multimedia por defecto, afectando así al mercado y a las relaciones entre Microsoft, los OEMs y los consumidores

²²² *Id.*, Pp. 3908.

²²³ *Id.*, Pp. 3911 – 3912.

²²⁴ *Id.*, Pp. 3930.

²²⁵ Fine, Frank L. “The implications of the cfi decision in *microsoft*: An introduction to the aba teleseminar of october 1, 2007”. *The Implications of the CFI Decision in Microsoft for Tying and Compulsory Licensing*. Chicago: The American Bar Association Section of Antitrust Law and the ABA Center for Continuing Legal Education, 2007. Pp. 6.

finales.²²⁶ A pesar de que Microsoft alegó que sus prácticas no prevenían que los usuarios finales puedan instalar software desarrollado por otras compañías en sus sistemas operativos, y que tampoco prevenía el uso de dicho software en adición o en lugar de la funcionalidad de su reproductor en Windows, la Corte no aceptó dicha consideración.²²⁷ Además, la Corte estableció también la existencia a una afectación a los desarrolladores de aplicaciones multimedia independientes, alterando a la competencia en su favor y afectado a otros operadores de mercado.²²⁸

La Decisión de la Comisión Europea analizaba la práctica de Microsoft consistente en incluir un reproductor multimedia (Windows Media Player), en las nuevas versiones de Windows. Según la institución, al incluir un reproductor multimedia en el sistema operativo, otras empresas fabricantes de este tipo de programas corrían el riesgo de verse excluidas del mercado, como sucedió anteriormente con Netscape.²²⁹

En relación a la alegación de Microsoft sobre la manera en que se determinó por la Comisión a la afectación al mercado en cuestión, la Corte establece que la Comisión examinó los efectos reales y actuales que la vinculación generó en el mercado y la manera como las condiciones de mercado se había desarrollado.²³⁰ Así también, señala que en este caso no se tomó a la vinculación como naturalmente atentatoria a la competencia, como se hace con los casos tradicionales de ventas atadas, debido a las condiciones específicas del caso, lo que no implica la adopción de una nueva teoría legal.²³¹ Sobre el análisis de la afectación al mercado es importante el siguiente apartado.

The Commission's analysis of the foreclosure condition begins at recital 841 to the contested decision, where the Commission states that in the present case there are good reasons not to assume without further analysis that the bundling of Windows and Windows Media Player constitutes conduct which by its very nature is liable to foreclose competition (see paragraph 977 above). In substance, the conclusion which the Commission reached is based on the finding that the bundling of Windows Media Player with the Windows client PC operating system — the operating system pre-installed on the great majority of client PCs sold throughout the world — without the possibility of removing that media player from the operating system, allows Windows Media Player to benefit from the ubiquity of that operating system on client PCs, which cannot be counterbalanced by the other methods of distributing media players.²³²

²²⁶ Court of First Instance of the European Communities (Grand Chamber). *Microsoft v Commission...* Op. Cit. Pp. 3930.

²²⁷ Bellis, Jean-Francois. "The Commission's *Microsoft* Tying Case: Implications for Innovation Throughout the High-Technology Sector". *The Implications...* Op. Cit. Pp. 38.

²²⁸ Court of First Instance of the European Communities (Grand Chamber). *Microsoft v Commission...* Op. Cit. Pp. 3930.

²²⁹ Ortiz Blanco, Luis et al. *Manual de...* Op. Cit. Pp. 180.

²³⁰ Court of First Instance of the European Communities (Grand Chamber). *Microsoft v Commission...* Op. Cit. Pp. 3930 – 3931.

²³¹ *Ibid.*

²³² *Id.*, Pp. 3931.

Es por esto que se establece que debido a la vinculación comercial aplicada, el WMP como reproductor multimedia tenía una presencia absoluta en todos los sistemas operativos Windows client PC que se comercializaban a nivel mundial, adquiriendo un nivel de penetración al mercado igual al detentado por el sistema operativo, sin que haya de por medio una competencia de este producto en virtud de sus condiciones o méritos individuales.²³³ La decisión europea realiza una determinación detallada de los elementos que considera causan una afectación al mercado por la conducta de Microsoft, pero consideramos se queda en la mera argumentación de los mismos y no los demuestra. La sentencia americana *Continental. v. Sylvania*, resuelta por la Corte Suprema de Justicia nos permite determinar que la mera referencia a los efectos anticompetitivos no es suficiente para la determinación de una afectación real al mercado, la cual debe ser demostrada.

Although particular applications of vertical restrictions might justify per se prohibition, nevertheless, departure from the rule of reason standard in determining violations of 1 of the Sherman Act (15 USCS 1) must be based upon *demonstrable economic effect rather than upon formalistic line drawing*.²³⁴ [Las cursivas son mías]

La comisión no realiza una demostración económica de los efectos derivados de la conducta investigada en el mercado, limitándose a su mención sustentada en la posición dominante de Microsoft. Debido a la ya probada cuota de mercado de Microsoft en el segmento de mercado de los sistemas operativos client PC, la cual ascendía a más del 90%, y a que la gran mayoría de ventas eran realizadas por los OEMs a los consumidores finales (aproximadamente 75%), todas estas computadoras llevaban pre instalado el WMP en el Sistema Operativo.²³⁵

Thus, the figures cited at recital 843 to the contested decision show that in 2002 Microsoft had a market share of 93.8% by units shipped on the client PC operating systems market (see also recital 431 to the contested decision) and that Windows — and, as a result, Windows Media Player — was pre-installed on 196 million of the 207 million client PCs shipped in the world between October 2001 and March 2003.²³⁶

La Comisión estableció que no había ni hay manera que aplicaciones de otros desarrolladores pudieran adquirir dicho nivel de penetración de mercado, debido a que la ventaja en cuanto a la distribución del Windows Media Player por estar vinculado al sistema operativo Windows le otorgaba automáticamente dicha condición de

²³³ *Id.*, Pp. 3931 – 3932.

²³⁴ Supreme Court of the United States. *Continental Inc... Op. Cit.* Pp. 5.

²³⁵ Court of First Instance of the European Communities (Grand Chamber). *Microsoft v Commission... Op. Cit.* Pp. 3931 – 3932.

²³⁶ *Ibid.*

omnipresencia.²³⁷ Además, sostuvo que los usuarios que encuentran el reproductor pre instalado en su sistema operativo generalmente no tienen la necesidad de buscar reproductores multimedia alternativos, porque consideran que ya tienen una aplicación que les faculta a leer archivos multimedia y a reproducir aquellos que funcionan a través del streaming²³⁸; también se establece que la presencia de varios reproductores multimedia en el mismo sistema operativo crean riesgo de confusión en los usuarios y aumentan los costos de servicio al cliente y pruebas de calidad.²³⁹

Adicionalmente, establece la Comisión que los OEMs se rehúsan a incorporar un segundo reproductor multimedia al paquete del sistema operativo que ofrecen a los consumidores debido a que éste utilizaría memoria y capacidad del disco duro para su funcionamiento pero ofrecería funciones similares a los usuarios, los que no pagarían un valor mayor por una computadora que tenga esta característica particular.²⁴⁰

Thus, the release of the bundled version of Windows and Windows Media Player as the only version of the Windows operating system capable of being pre-installed by OEMs on new client PCs had the direct and immediate consequence of depriving OEMs of the possibility previously open to them of assembling the products which they deemed most attractive for consumers and, more particularly, of preventing them from choosing one of Windows Media Player's competitors as the only media player.²⁴¹

Inclusive en el caso de que se instalarían dos reproductores multimedia en el sistema operativo, los competidores de Microsoft seguirían estando en desventaja porque nunca podrían ser el único reproductor multimedia que compone al sistema operativo, por la imposibilidad de desinstalación del WMP; la Comisión determina que la vinculación previene que los desarrolladores de reproductores multimedia independientes compitan con Microsoft sólo en virtud de las capacidades del producto.²⁴² En el caso de poder pre instalar reproductores independientes en adición al WMP, todos los desarrolladores competirían entre sí por ser el segundo reproductor del sistema operativo, asegurando así la posición de dominio de Microsoft en el segmento.

La Corte procede a analizar la posibilidad de descarga desde Internet de los reproductores multimedia adicionales y desarrollados independientemente, pero determina

²³⁷ Ezrachi, Ariel. *EU Competition Law... Op. Cit.* Pp. 255.

²³⁸ Court of First Instance of the European Communities (Grand Chamber). *Microsoft v Commission... Op. Cit.* Pp. 3932.

²³⁹ Ezrachi, Ariel. *EU Competition Law... Op. Cit.* Pp. 255.

²⁴⁰ Court of First Instance of the European Communities (Grand Chamber). *Microsoft v Commission... Op. Cit.* Pp. 3933.

²⁴¹ *Id.*, Pp. 3934.

²⁴² *Id.*, Pp. 3934 – 3935.

que dicho procedimiento es significativamente menos efectivo que la pre instalación en los sistemas operativos, debido a que es imposible garantizar una presencia de mercado equivalente a aquella detentada por el Windows Media Player; además, la descarga presenta mayores complicaciones técnicas desde el punto de vista de los usuarios, ya que un número importante de intentos de descarga no se concluyen efectivamente, mientras que la pre instalación presenta un producto listo para usar.²⁴³

Por otro lado, Microsoft negaba que esta práctica tuviese efecto restrictivo alguno sobre la competencia. La empresa hacía valer fundamentalmente que la inclusión de Windows Media Player en Windows no impedía a los usuarios descargar fácilmente otros reproductores multimedia; en este sentido, no se trataría de un caso tradicional de tying. Estos argumentos fueron rechazados por la Comisión Europea y posteriormente por el Tribunal de Primera Instancia, que observaron que desde el momento en que el Windows Media Player fue incorporado al sistema operativo, este producto se convirtió en el líder del mercado, lo que ya constituiría evidencia suficiente de un efecto restrictivo. Por otro lado, el TPI ha considerado que los usuarios que encuentran un reproductor multimedia en el sistema operativo carecen de incentivos para instalar otros reproductores.²⁴⁴

Desde el punto de vista de los consumidores, se determina que es altamente probable que estos consideren que el reproductor multimedia integrado al sistema operativo que han adquirido debe funcionar mejor que un producto que ellos mismos puedan instalar, por lo que esto elimina incentivos para buscar un reproductor multimedia secundario.²⁴⁵

It is clear that owing to the bundling, Windows Media Player enjoyed an unparalleled presence on client PCs throughout the world, because it thereby automatically achieved a level of market penetration corresponding to that of the Windows client PC operating system. No third-party media player could achieve such a level of market penetration.²⁴⁶

La Corte afirma que el análisis realizado por la Comisión tiene elementos suficientes como para determinar la existencia de una vinculación abusiva en el presente caso, rechazando la utilización de una nueva o especulativa teoría como alegaba Microsoft.

A pesar de que la Comisión ni la Corte utilizan el precedente de manera formal, se podría entender la aplicación de los criterios establecidos en el proceso americano *Matsushita v. Zenith* para la implementación de un test de legalidad. El caso *Matsushita* resuelto por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos implica un interesante precedente jurisprudencial en el Derecho de la Competencia al incorporar el test de legalidad al análisis de prácticas anticompetitivas; establece que la investigación de cargos

²⁴³ *Id.*, Pp. 3935.

²⁴⁴ Ortiz Blanco, Luis et al. *Manual de... Op. Cit.* Pp. 181.

²⁴⁵ Court of First Instance of the European Communities (Grand Chamber). *Microsoft v Commission... Op. Cit.* Pp. 3936.

²⁴⁶ Ezrachi, Ariel. *EU Competition Law... Op. Cit.* Pp. 256.

anticompetitivos deben ser realizados tomando en cuenta el marco normativo que regula al mercado relevante, ya que las resoluciones del ente regulador de la competencia deben preservar la legalidad del sistema y velar por la consagración del bien jurídico protegido que es la libre competencia.²⁴⁷ Así la investigación debe tomar en cuenta todos los elementos de la práctica anticompetitiva, del mercado en el que es realizada y asegurar la consagración del libre mercado para ser adecuadamente aplicada.

Es así que se determina que debido a la naturaleza de las prácticas comerciales de Microsoft, las condiciones del mercado y los productos relevantes en cuestión, se podía fijar la responsabilidad en Microsoft por la afectación a la libre competencia del mercado.²⁴⁸

In essence, the Court found that Microsoft's durable market power and significant market penetration, and the significant network effects that characterize the industry, meant that it was almost inevitable that content providers and application developers would use WMP instead of rival streaming media players at every opportunity.²⁴⁹

Así, se determina que Microsoft utilizó a Windows como canal de distribución para el reproductor multimedia; que la vinculación generaba condiciones de ventaja comercial en favor de Microsoft; que Microsoft intervino el normal desenvolvimiento del proceso competitivo en el mercado; que la vinculación constituye una barrera de entrada a los competidores directos; y finalmente, que Microsoft expandió su posición de dominio debilitando a la competencia y por ende desincentivando la innovación.²⁵⁰

Thomas Barnett, the Assistant Attorney General for the Antitrust Division of the U.S. Department of Justice, issued a press release on September 17, 2007, stating that “the *standard* applied to unilateral conduct by the CFI, rather than helping consumers, may have the unfortunate consequence of harming consumers by chilling innovation and discouraging competition,”²⁵¹ thus directly suggesting that the CFI (and by implication, the Commission), have created a legal precedent that, at least from the DOJ’s perspective, may harm rather than benefit consumers.²⁵²

²⁴⁷ Supreme Court of the United States. *Matsushita... Op. Cit.* Pp. 3.

²⁴⁸ Court of First Instance of the European Communities (Grand Chamber). *Microsoft v Commission... Op. Cit.* Pp. 3938.

²⁴⁹ Vinje, Thomas. “The European Court of First Instance's Judgment in Microsoft”. *The Implications... Op. Cit.* Pp. 33.

²⁵⁰ Court of First Instance of the European Communities (Grand Chamber). *Microsoft v Commission... Op. Cit.* Pp. 3948.

²⁵¹ U.S. Department of Justice Press Release of September 17, 2007.

http://www.usdoj.gov/atr/public/press_releases/2007/226070.htm.

²⁵² Fine, Frank L. “The implications of the cfi decision in *microsoft*: An introduction to the aba teleseminar of october 1, 2007”. *The Implications... Op. Cit.* Pp. 2.

2.2.5. Ausencia de justificación objetiva

La Comisión alega que Microsoft no ha provisto de una justificación objetiva que sustente adecuadamente la vinculación de productos en cuestión, debido a que los elementos presentados no son ni suficientes ni concluyentes. Microsoft arguye que la Comisión ignoró en su análisis los beneficios de su modelo de negocios compuesto, el cual asegura la integración adecuada de las funcionalidades del sistema operativo de manera completa; además, asevera que la remoción de la funcionalidad multimedia del sistema que consiste en Windows y el Windows Media Player crearía una serie de problemas en los consumidores, desarrolladores de software y creadores de dominios de Internet.²⁵³

Similarly, there may be concerns, whether justifiable or not, that the tying aspects of the CFI judgment pose dangers to manufacturers of products, other than software makers, which integrate components that purportedly enhance product functionality (as a matter of fact, the CFI found not only that there were no technical benefits resulting from the tie, but also that the functionalities provided by Windows Media Player were capable of being offered to OEMs and to consumers on an independent basis, which is what the Commission's remedy was designed to accomplish).²⁵⁴

La compañía asegura que la integración de la funcionalidad multimedia en Windows es indispensable para el adecuado funcionamiento del sistema operativo y para que los desarrolladores de software y los creadores de dominios en Internet puedan beneficiarse de las ventajas significativas que ofrece la estable y bien definida plataforma de Windows.²⁵⁵ “When a particular agreement is completed in a free market, it must be concluded that the traders tend to find the terms preferable to other arrangements that they could have chosen”.²⁵⁶

Microsoft alega también que la generación de eficiencias en los consumidores constituye una justificación objetiva a la venta atada que debe ser tomada en cuenta.²⁵⁷ “A dominant firm may lawfully exclude its competitors from its markets by improving its products or lowering its costs – such behaviour is in consumers' interests and it reflects

²⁵³ Court of First Instance of the European Communities (Grand Chamber). *Microsoft v Commission...* Op. Cit. Pp. 3964.

²⁵⁴ Fine, Frank L. “The implications of the cfi decision in *microsoft*: An introduction to the aba teleseminar of october 1, 2007”. *The Implications...* Op. Cit. Pp. 4 – 5.

²⁵⁵ Court of First Instance of the European Communities (Grand Chamber). *Microsoft v Commission...* Op. Cit. Pp. 3964.

²⁵⁶ Armentano, Dominick. *Antitrust and Monopoly...* Op. Cit. Pp. 201.

²⁵⁷ Whish, Richard. *EU Competition Law...* Op. Cit. Pp. 3.

rather than harms the competitive process”.²⁵⁸ Microsoft señala que el sistema operativo Windows se basa en un método conocido como “componentisation”, el cual consiste en la integración de sus componentes y por ende la eliminación de su funcionalidad multimedia resultaría en la degradación y fragmentación de su sistema operativo.²⁵⁹ Ante esto la Comisión responde de la siguiente manera.

The circumstance to which the Commission takes exception in the contested decision is not that Microsoft integrates Windows Media Player in Windows, but that it offers on the market only a version of Windows in which Windows Media Player is integrated, that is to say, that it does not allow OEMs or consumers to obtain Windows without Windows Media Player or, at least, to remove Windows Media Player from the system consisting of Windows and Windows Media Player. Thus, while Article 6(a) of the contested decision requires Microsoft to offer a 'fullfunctioning version of the Windows Client PC Operating System which does not incorporate Windows Media Player', it expressly states that 'Microsoft ... retains the right to offer a bundle of the Windows Client PC Operating System and Windows Media Player' (see, to the same effect, recitals 1011 and 1023 to the contested decision).²⁶⁰

La Comisión defiende su postura alegando que el abuso de la posición de dominio de Microsoft radica en la oferta vinculada de sus productos ya que esto afecta al mercado en cuestión, pero advierte que queda a salvo la posibilidad de que Microsoft ofrezca dos versiones de su sistema operativo, una con el reproductor multimedia y una sin, pero garantizando el adecuado funcionamiento de éste. La Comisión establece que no interfiere con el modelo de negocios de Microsoft al requerir que se ofrezca una versión vinculada y una versión desvinculada del reproductor multimedia Windows Media Player, ya que así se protege la escogencia de los usuarios, OEMs y desarrolladores al poder éstos escoger la instalación del producto que elijan como reproductor multimedia primario.²⁶¹

Thus, the Commission does not interfere with Microsoft's business model in so far as that model includes the integration of a streaming media player in its client PC operating system or the possibility for that operating system to allow software developers and Internet site creators to take advantage of the benefits offered by the stable and well-defined' Windows platform.²⁶²

Si bien el hecho de que la vinculación faculta a los desarrolladores a estar seguros de que la funcionalidad multimedia de todas las computadoras que están potenciadas por el sistema operativo Windows client PC, tal y como alega Microsoft, la Comisión determina

²⁵⁸ Whelan, Anthony. “Brief reflection on EU competition policy and the *Microsoft* case”. *The Implications... Op. Cit.* Pp. 25.

²⁵⁹ Court of First Instance of the European Communities (Grand Chamber). *Microsoft v Commission... Op. Cit.* Pp. 3964.

²⁶⁰ *Id.*, Pp. 3964 – 3965.

²⁶¹ *Id.*, Pp. 3965.

²⁶² *Ibid.*

que ésta es precisamente una de las razones fundamentales por las cuales se pudo definir que la vinculación constituía un abuso de la posición de dominio de Microsoft y por ende afectaba al mercado de los reproductores multimedia.²⁶³ “Although the uniform presence to which Microsoft refers may have advantages for those operators, that cannot suffice to offset the anti-competitive effects of the tying at issue”.²⁶⁴ Es por esto que se determina que la demanda de los consumidores de un sistema operativo compuesto y con funcionamiento ideal puede fácilmente ser satisfecha por los OEMs, sin que esto implique que necesariamente se debe vincular al sistema operativo y al reproductor multimedia de Windows, por la existencia de otras opciones.²⁶⁵

La Corte determina que Microsoft no ha demostrado justificaciones objetivas para haber realizado la vinculación de sus productos, ya que no ha podido demostrar que dicha integración crea eficiencias técnicas que lleven a un desempeño técnico superior de su producto.²⁶⁶ Por esto, no se demuestra que la remoción del reproductor multimedia afecte al funcionamiento del sistema operativo, ya que quedan a salvo las funcionalidades multimedia, las cuales tienen un sistema de códigos de archivo distintas a las del reproductor, habiendo Microsoft diferenciado este elemento.²⁶⁷

Furthermore, throughout the period between June 1998 and May 1999, when Microsoft first integrated WMP 6 in its Windows client PC operating system without allowing OEMs or users to remove it from that system, Microsoft offered its streaming media player as separate application software, without any effect on the functioning of the Windows operating system. The Court further notes that, pursuant to the remedy prescribed in Article 6(a) of the contested decision, Microsoft placed on the market a version of Windows without Windows Media Player and that that version is fully functional.²⁶⁸

Es por esto que Microsoft no puede sustentar que la remoción del Windows Media Player del sistema operativo afectaría a la funcionalidad conjunta del Windows client PC. Además, la Corte resalta que dentro de los remedios del proceso, previo a la apelación, Microsoft ya presentó una versión desvinculada de su sistema operativo que presentaba adecuada funcionalidad. Por ende, se establece la inexistencia de justificación objetiva para

²⁶³ *Ibid.*

²⁶⁴ *Ibid.*

²⁶⁵ *Id.*, Pp. 3966.

²⁶⁶ Ezrachi, Ariel. *EU Competition Law... Op. Cit.* Pp. 256.

²⁶⁷ Court of First Instance of the European Communities (Grand Chamber). *Microsoft v Commission... Op. Cit.* Pp. 3969.

²⁶⁸ *Ibid.*

la vinculación abusiva del Windows Media Player con el sistema operativo Windows client PC.²⁶⁹

2.2.6. Multa y Remedios

In the contested decision, the Commission considers that that conduct satisfies the conditions for a finding of a tying abuse for the purposes of Article 82 EC (recitals 794 to 954 to the contested decision). First, it reiterates that Microsoft has a dominant position on the client PC operating systems market (recital 799 to the contested decision). Second, it considers that streaming media players and client PC operating systems constitute separate products (recitals 800 to 825 to the contested decision). Third, it asserts that Microsoft does not give consumers the opportunity to buy Windows without Windows Media Player (recitals 826 to 834 to the contested decision). Fourth, it contends that the tying in question restricts competition on the media players market (recitals 835 to 954 to the contested decision).²⁷⁰

La Comisión establece determinados mecanismos tendientes a la resolución del proceso, sancionando las conductas anticompetitivas de Microsoft derivadas de sus prácticas abusivas de su poder de dominio en el mercado de la tecnología. Una vez determinada la existencia, duración, vigencia y antijuridicidad de las conductas mencionadas, Microsoft recibió una multa de 497'196.304 Euros, la cual fue ratificada por la Corte de Primera Instancia de la Cámara Grande de la Comunidad Europea ante la apelación realizada.²⁷¹ La Corte determinó que el proceso fue adecuadamente sustanciado, las conclusiones correctamente fundamentadas y la sanción bien cuantificada, razón por la que avala el proceder de la Comisión con respecto a los abusos identificados.

The remedies imposed by the Decision - requiring Microsoft to disclose the information needed by competitors to allow their workgroup server operating systems to interoperate with Microsoft's, and requiring Microsoft to make available a version of Windows without WMP pre-installed - were upheld by the Court in their entirety, as was the record EUR 497.2 million fine imposed on the software giant. Only one aspect of the Decision was partially annulled, namely aspects of the mechanism by which the Monitoring Trustee ensures Microsoft's compliance with the remedies.²⁷²

En relación a las conductas investigadas en contra de Microsoft, la Comisión determina los remedios a través de los cuales subsanar los abusos encontrados, los cuales estaban fundamentados a profundidad en el Artículo 2 (a) de la decisión, estableciendo las medidas de reparación de la siguiente manera:

²⁶⁹ *Id.*, Pp. 3970.

²⁷⁰ *Id.*, Pp. 3636.

²⁷¹ *Id.*, Pp. 3637.

²⁷² Vinje, Thomas. "The European Court of First Instance's Judgment in Microsoft". *The Implications... Op. Cit.* Pp. 31.

(a) Microsoft ... shall, within 120 days of the date of notification of [the contested decision], make the interoperability information available to any undertaking having an interest in developing and distributing work group server operating system products and shall, on reasonable and non-discriminatory terms, allow the use of the interoperability information by such undertakings for the purpose of developing and distributing work group server operating system products;

(b) Microsoft ... shall ensure that the interoperability information made available is kept updated on an ongoing basis and in a timely manner;

(c) Microsoft ... shall, within 120 days of the date of notification of [the contested decision], set up an evaluation mechanism that will give interested undertakings a workable possibility of informing themselves about the scope and terms of use of the interoperability information; as regards this evaluation mechanism, Microsoft ... may impose reasonable and non-discriminatory conditions to ensure that access to the interoperability information is granted for evaluation purposes only;²⁷³

A pesar de los fundamentados argumentos con que Microsoft defendió su posición, la corte se dictaminó en su contra encontrando a la multinacional como responsable del cumplimiento de conductas anticompetitivas que limitaban la entrada de nuevos competidores al segmento de análisis en cuestión, incluyendo un abuso de su posición dominante enfocado a la información de interoperabilidad²⁷⁴. Por esto, la resolución incluyó una multa de 497 millones de euros en contra de Microsoft por abuso de su posición dominante dentro del segmento de mercado de la tecnología de las telecomunicaciones y aparatos cibernéticos, agravada por la duración y el amplia aplicación de la posición de dominio²⁷⁵; así también, la resolución del tribunal incluyó una obligación de publicación de la información de interoperabilidad de Microsoft a las empresas competidoras y la obligación a Microsoft de ofrecer al público una versión del sistema operativo Windows que no incluya el Windows media Player como reproductor del OS, dejando a salvo la posibilidad de seguir ofreciendo una versión de OS Windows con WMP como reproductor por defecto.

However, as this paper explains, the theories applied by the European Commission (the “Commission”) against Microsoft are unsupported factually and legally. Instead of carrying out a thorough and proper analysis of the issues, it appears that the Commission gave undue weight to the self-interested claims of one third party media player vendor.

²⁷³ Court of First Instance of the European Communities (Grand Chamber). *Microsoft v Commission...* Op. Cit. Pp. 3637 – 3638.

²⁷⁴ Colombani, Antoine and Marisa Gonzalez. *Antitrust: Commission fines Microsoft for non-compliance with browser choice commitments*. Brussels, 6 march 2013. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-196_en.htm (Acceso: 05/05/2013).

²⁷⁵ Court of First Instance (Grand Chamber) for the European Commission. *Microsoft v. Commission*. Judgment of the court in the Case T-201/04. 17 september 2007. <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30db41495f6cab8a4d84b59abf3971d9cd12.e34KaxiLc3gMb40Rch0SaxuLax50?text=&docid=62940&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=861990>. (Acceso: 30/04/2013).

The Commission's continuing attempts to defend its theories should be of serious concern to any company innovating in hightechnology products who wish to improve existing features or add new features to successive versions of its products on a uniform basis.²⁷⁶

El tribunal de Instancia de las Comunidades Europeas creó una comisión o holding a través del cual poder ejecutar sus resoluciones de una manera coactiva. Entre estas podemos encontrar a la obligación impuesta en contra de MS en virtud de la cual se revelarían a la comisión todos los documentos, información, códigos fuente y demás elementos confidenciales de Microsoft, como mecanismo de análisis de la posición de dominio de Microsoft en su segmento de mercado. Esto correspondía a la información de interoperabilidad para la creación de programas, software y, en especial, reproductores multimedia que puedan funcionar con la plataforma del sistema operativo Windows creado por Microsoft²⁷⁷. Dichos elementos de interoperabilidad contaban con la protección de derechos de propiedad intelectual en favor de Microsoft, los cuales limitaban su obligación de exponerlos, dejando únicamente a salvo un proceso inverso de descubrimiento de los mismos, a través de la descomposición de los programas para los competidores que buscaban desarrollar programas compatibles. Microsoft alegó que la protección a los programas protegidos por derechos de propiedad intelectual por ellos creados no constituía una conducta anticompetitiva.

En relación a la investigación realizada sobre la práctica abusiva por la vinculación del sistema operativo Windows client PC con el reproductor multimedia Windows Media Player, tema que nos concierne específicamente en virtud del análisis del presente trabajo, se determinó que la remediación procedía de la siguiente manera. Como mecanismo de remedio en virtud de la venta atada realizada por Microsoft, encontrada como abusiva por la Comisión y ratificada por la Corte en lo sustanciado en el Artículo 2 (b) de la decisión, se ordenó a Microsoft, dentro de los 90 días posteriores a la notificación de la sanción, a ofrecer a los consumidores una versión totalmente funcional del sistema operativo Windows client PC que no incorpore al Windows Media Player entre sus aplicaciones; a salvo quedó el derecho de Microsoft de ofrecer una versión que incluya la vinculación (bundling) del sistema operativo con el reproductor multimedia.²⁷⁸

²⁷⁶ Bellis, Jean-Francois. "The Commission's *Microsoft* Tying Case: Implications for Innovation Throughout the High-Technology Sector". *The Implications... Op. Cit.* Pp. 35.

²⁷⁷ Genakos, Uwe and Van Reenen, *The European Commission versus Microsoft; competition policy in high-tech industries*. CentrePiece summer 2007. PDF.

²⁷⁸ Court of First Instance of the European Communities (Grand Chamber). *Microsoft v Commission... Op. Cit.* Pp. 3638.

In Microsoft's view, the tying part of the Decision directly challenges Microsoft's ability to engage in beneficial and pro-competitive conduct, as the Decision imposes limits on Microsoft's ability to meet consumer and industry demand for new and improved functionality with each new release of the Windows PC operating system and therefore match the ever improving offerings of operating system competitors like Apple or Linux. End users expect operating systems to offer new functionality as technology develops, much in the same way that they expect other consumer products to incorporate new functionality over time.²⁷⁹

La corte considera que la comisión actuó adecuadamente en concluir que hubo una venta atada abusiva en base a la legislación comunitaria. Señala que la commission resolvió adecuadamente sobre lo siguiente:

It observes that those factors are as follows: first, the undertaking concerned must have a dominant position on the market for the tying product; second, the tying product and the tied product must be two separate products; third, consumers must not have a choice to obtain the tying product without the tied product; and, fourth, the practice must foreclose competition.²⁸⁰

Esto implica que la obligación de Microsoft constituía en, aparte de pagar la multa en la que se incluye la valoración de los daños derivados de la venta atada, ofrecer a los consumidores una versión de su sistema operativo que no incorpore al reproductor multimedia dentro de los programas o aplicaciones pre instaladas y que éste, en caso de ser instalado voluntariamente por el usuario, sea susceptible de desinstalación.

The code removal remedy, under which Microsoft was ordered to offer an unbundled version, came under criticism from the US Department of Justice which argued that it went beyond what was necessary or appropriate to protect consumers and risked protecting competitors, rather than competition.²⁸¹

A pesar de retener el derecho a ofrecer una versión del sistema operativo que incluya al Windows Media Player como una aplicación pre instalada, esta versión sería adicional a elección del consumidor o de los OEMs para su comercialización.

With regard to the Commission's ordered unbundling of Windows Media Player, Commissioner Kroes conceded that this remedy had not produced the intended result of increasing competition—to the contrary, Microsoft's Media Player "had come to dominate the market".²⁸²

²⁷⁹ Bellis, Jean-Francois. "The Commission's *Microsoft* Tying Case: Implications for Innovation Throughout the High-Technology Sector". *The Implications... Op. Cit.* Pp. 36.

²⁸⁰ Press Release no. 63/07. *Microsoft Corp. v Commission of the European Communities*. Judgment of the Court of First Instance in Case T-201/04. Luxembourg: 17 September 2007. Pp. 3.

²⁸¹ Ezrachi, Ariel. *EU Competition Law... Op. Cit.* Pp. 256.

²⁸² Fine, Frank L. "The implications of the cfi decision in *microsoft*: An introduction to the aba teleseminar of october 1, 2007". *The Implications... Op. Cit.* Pp. 3. *Vid.* The Commission's March 2004 decision permitted Microsoft to retain the right to market a version of Windows with Windows Media Player bundled into it, as Microsoft attested throughout the Commission proceedings, with no additional cost for Windows Media Player. The anecdotal evidence is that Microsoft has had insignificant sales of Windows stripped of Windows

Media Player. Commissioner Kroes's observation would appear to confirm that the Commission's unwillingness or inability to compel Microsoft to charge consumers for Windows Media Player when it is bundled into Windows may have caused most consumers to choose the bundled version of Windows due to their widely-held perception that Windows Media Player is installed in Windows "for free."

3. IMPLICACIONES DE LAS SENTENCIAS MICROSOFT EN LOS MERCADOS DE LA TECNOLOGÍA Y LA REGULACIÓN DE LA COMPETENCIA DE MERCADO EN EL ECUADOR

Debido a la trascendencia internacional que ha tenido el desarrollo de Microsoft en el campo de la tecnología digital y la inmensa aceptación y uso de sus productos a nivel mundial, esta multinacional ha tenido que defenderse de varios procesos judiciales llevados en su contra, en diferentes jurisdicciones, los cuales han sido iniciados por demandas que han alegado una serie de abusos de dicha posición de dominio de mercado.²⁸³ Dentro del *Antitrust Law* o Derecho de la Competencia, esta compañía ha sido demandada y procesada judicialmente con el fin de establecer límites a su participación y poder de mercado, buscando así mantener un nivel adecuado de competitividad dentro de los mercados de la tecnología. Las demandas a las que ha tenido que hacer frente se han basado en alegaciones de conductas contrarias a la libre competencia de mercado, por ejecutar Microsoft prácticas anticompetitivas tendientes a proteger su dominancia de mercado y limitar la libre participación de sus competidores.²⁸⁴

En dichos procesos judiciales, se han establecido los elementos y restricciones para lo venidero, con base en los cuales Microsoft ha debido funcionar desde ese momento en adelante, debiendo cumplir con dichas resoluciones para evitar incurrir en nuevas prácticas anticompetitivas y más sanciones procedimentales y económicas. Los procesos legales que Microsoft ha debido afrontar en los últimos años han sido extremadamente complejos, largos y altamente técnicos, por lo que los elementos de cada procedimiento, la alegación de pruebas, los alegatos de cada parte y las resoluciones judiciales motivadas han marcado un importante precedente jurisprudencial a nivel mundial dentro del Derecho de la Competencia y sus ramas derivadas²⁸⁵.

Una vez realizado el análisis de los dos procesos más significativos, nos encontramos ante dos resoluciones judiciales que difieren en aspectos determinados, por lo que es

²⁸³ Carmen Herrero Suárez. *Los contratos vinculados... Op. Cit.* Pp. 30.

²⁸⁴ Gheringer, Edward. *US vs. Microsoft; why was the Antitrust case brought up against Microsoft?* <http://ethics.csc.ncsu.edu/commerce/anticompetitive/dominance/microsoft/study.php> (acceso: 30/04/2013).

²⁸⁵ Trott, Bob. *What if Microsoft loses the antitrust case? Justice department quietly considers potential remedies.* CNN. <http://edition.cnn.com/TECH/computing/9902/19/whatif.idg/> (acceso: 05/05/2013).

importante detenernos sobre los elementos de mayor trascendencia para el punto específico de la presente tesina, es decir, los elementos determinantes para lograr una adecuada regulación de las ventas atadas en los mercados de la tecnología digital. Los elementos jurídicos fundamentales de ambos procesos constituyen actualmente precedentes vigentes y necesarios para el adecuado desarrollo y aplicación de la normativa de competencia a nivel mundial en relación al mercado de la alta tecnología digital. Así también, los procesos referidos permiten obtener conclusiones aplicables a los diferentes ordenamientos jurídicos que deben juzgar conflictos de competencia, inteligenciando la aplicación de los principios generales de esta rama del Derecho y su subsunción al caso concreto.

En los últimos años hemos asistido a un rebrote del protagonismo de esta conducta dentro del Derecho de la competencia, como consecuencia del largo –y conflictivo– proceso entablado contra la empresa informática *Microsoft*, tanto en el ámbito estadounidense como en el europeo. Caso que constituye, en nuestra opinión, un preludeo o anticipo de futuros problemas similares, principalmente en los mercados de nuevas tecnologías, como el sector informático en el que la integración entre funciones o programas constituye una constante.²⁸⁶

3.1. Eficiencias del bundling o vinculación comercial en el mercado de tecnologías

3.1.1. Introducción a lo que son las Eficiencias

Una vez analizados a profundidad los procesos desarrollados en contra de Microsoft Corporation, tanto en los Estados Unidos cuanto en la Comunidad Europea, es necesario centrar la atención de esta investigación a la determinación de las eficiencias desarrolladas por las prácticas de vinculación en el mercado de la alta tecnología digital. Si bien las resoluciones de ambos procesos son distintas en cuanto a la determinación de las ventas atadas como práctica anticompetitiva por abuso de posición dominante, es imprescindible entender la interconexión existente entre ambas determinaciones. Esta interrelación es la generación de eficiencias en los consumidores, la cual debe necesariamente ser analizada, con la finalidad de establecer la existencia o no de las mismas, como finalidad de la práctica en cuestión.

Para el análisis de las eficiencias a favor de los consumidores es absolutamente necesaria la comprensión de la figura de vinculación contractual o *tying arrangements*. Para poder proceder de acuerdo a lo señalado, se toma en cuenta el estudio en conjunto de los sistemas jurídicos principales que regulan a la materia que estamos tratando, los cuales son el Derecho Antitrust norteamericano y el Derecho de la Competencia de la Europa

²⁸⁶ Carmen Herrero Suárez. *Los contratos vinculados... Op. Cit.* Pp. 28.

comunitaria.²⁸⁷ Los elementos referentes a la regulación de cada una de estas legislaciones desde el punto de vista jurídico y en lo referente a las ventas atadas han sido expuestos y desarrollados de manera individual previamente en el presente trabajo, por lo que este apartado se destina al análisis conjunto de los mismos, buscando determinar los elementos jurídicos más adecuados para la regulación de esta conducta.

Para el análisis de una conducta dentro del Derecho de la Competencia es imprescindible tomar en cuenta a los elementos económicos que coadyuvan para lograr una adecuada determinación del poder de mercado, por lo que un análisis que no incluya dichos elementos tendrá serias carencias en cuanto a la realidad y aplicabilidad de las prácticas en el mercado concurrencial. Para esto, elementos como la posición de dominio de mercado y la determinación de los mercados relevantes en los cuales ésta se detenta deben ser analizados, estableciendo un período y la estructura de mercado del segmento en cuestión.

Con carácter general, hay que señalar que la posición de dominio y su posible abuso deben juzgarse en relación con un tiempo o momento determinado, ya que como consecuencia de las modificaciones en las condiciones del mercado o en la estructura de las empresas puede desaparecer la posición dominante.²⁸⁸

La determinación de la detentación de una posición dominante por una empresa específica es una cuestión de prueba fáctica, ya que a través de un análisis económico de las condiciones reales del mercado en cuestión es la única manera de poder determinar objetivamente la existencia de una posición dominante en un segmento de mercado. Una vez establecida la posición dominante debe verse si dicha empresa ha abusado de la misma a través de prácticas anticompetitivas que la hagan sancionable.

(...) a dominant firm may not lawfully exclude its competitors by means which actually negate the competitive process, by exploiting the firm's dominance to deny consumers the effective possibility to choose between competing products or services on the basis of price, quality, variety, etc.²⁸⁹

Derivado de dicho análisis se puede clarificar la existencia de una competencia sustancial o efectiva en un mercado relevante, pudiendo así identificar la detentación de una posición dominante por un sujeto económico calificado; a través de este procedimiento

²⁸⁷ *Id.*, Pp. 29.

²⁸⁸ Rengifo García, Ernesto. *Del abuso del derecho... Ob. Cit.* Pp. 413. Citando a Rodríguez Artigas, Fernando. "Sobre el abuso de posición dominante en la defensa de la libre competencia", en *Estudios jurídicos en homenaje a Aureliano Meléndez*, t.1, Madrid: Editorial Civitas, 1996. Pp. 983 a 1017.

²⁸⁹ Whelan, Anthony. "Brief reflection on EU competition policy and the *Microsoft* case". *The Implications... Ob. Cit.* Pp. 25.

se puede determinar el poder de mercado de la compañía analizada y ver si las decisiones individuales de esta pueden ser adoptadas de manera independiente sin importar la competencia, los clientes y los consumidores, afectando a la libre competencia de mercado.²⁹⁰ La existencia de una competencia de mercado efectiva y real, dependiendo obviamente su determinación del mercado relevante sobre el cual se realiza el análisis, es uno de los factores que elimina la posibilidad de un abuso de posición dominante por un operador de mercado, ya que son las fuerzas de la libre competencia las que regulan su actuación concurrencial.

En términos económicos esto tiene sentido si se considera como operador dominante a aquel con capacidad de imponer precios u otras condiciones contractuales de manera sostenida y por abuso, aquellas conductas que no están justificadas desde el punto de vista de la eficiencia y que reducen de manera sostenida el bienestar del consumidor.²⁹¹

La finalidad de la participación de mercado de todas las empresas es la eficiencia en sus procesos, buscando así generar satisfacción en los consumidores con sus productos y por ende recibir los réditos económicos de la venta de los mismos, como retribución al proceso productivo realizado. “La mejora de la eficiencia técnica de los factores productivos permite que las empresas produzcan una cantidad igual de productos, en menor tiempo y con un menor uso de recursos”.²⁹² La eficiencia productiva, a la que nos hemos referido debe necesariamente cumplirse en cada una de las etapas de la cadena de producción de un producto, ya que esto dota de valor agregado al bien que será ofertado a los consumidores. Los bienes adquiridos por los consumidores son aquellos que les permiten satisfacer sus necesidades fundamentales, las cuales son subjetivas, tal y como vimos en el capítulo primero de esta tesina. Es por esto que se puede señalar, sin temor a equivocarse, que los bienes elegidos por los consumidores y por ende adquiridos a los oferentes de mercado, son aquellos que les permiten satisfacer sus necesidades individuales, ya que el producto les genera eficiencias que consideran necesarias.

Desde el punto de vista del consumidor, cada uno de los productos que adquiere le genera determinadas eficiencias y así satisface sus necesidades; por el contrario, desde el punto de vista del oferente, el producto por este comercializado consta de determinadas características que lo individualizan de su competencia, haciéndolo atractivo a los ojos del

²⁹⁰ Rengifo García, Ernesto. *Del abuso del derecho... Ob. Cit.* Pp. 415.

²⁹¹ Gutiérrez, Inmaculada y Atilano Jorge Padilla. “Economía de la Competencia”. *Tratado de... Ob. Cit.* Pp. 54.

²⁹² Flint, Pinkas. *Tratado de Defensa... Ob. Cit.* Pp. 30.

consumidor.²⁹³ Cada producto ofertado tiene determinadas eficiencias con las que puede satisfacer a los intereses del consumidor, siendo esta la razón por la cual existe una gran oferta de productos similares pero, a la vez, distintos. Además, cada producto tiene un conjunto de particularidades que lo individualizan y le dotan de valor agregado, sin embargo, el consumidor desde su perspectiva subjetiva de los elementos que le permiten satisfacer sus necesidades, tomará una decisión comercial.

Con base en las preferencias de los consumidores es que las empresas adoptan sus estrategias comerciales para la promoción y venta de sus productos, tomando en cuenta las necesidades que los consumidores tengan o puedan llegar a tener, garantizando así su satisfacción presente y futura.

(...) The consumer wants an operating system that runs not only types of applications that he knows he will want to use, but also those types in which he might develop an interest later. Also, the consumer knows that if he chooses an operating system with enough demand to support multiple applications in each product category, he will be less likely to find himself straitened later by having to use an application whose features disappoint him. Finally, the average user knows that, generally speaking, applications improve through successive versions. He thus wants an operating system for which successive generations of his favorite applications will be released promptly at that. The fact that a vastly larger number of applications are written for Windows than for other PC operating systems attracts consumers to Windows, because it reassures them that their interests will be met as long as they use Microsoft's product.²⁹⁴

Guillermo Cabanellas nos dice que el sistema jurídico es el que regula las conductas comerciales, las cuales como cualquier otra conducta social, causan efectos sobre la producción, la distribución y el consumo de bienes y servicios, razón por la cual el análisis económico del derecho intenta determinar y reglamentar adecuadamente las mismas.²⁹⁵

El Derecho de la libre competencia, incluyendo dentro de las prácticas restrictivas de la competencia la vinculación contractual, no pretende sancionar transacciones eficientes. Su finalidad no es atacar operaciones comerciales cuya estructura obedece a puras y obvias razones de eficiencia económica, sino impedir que una determinada modalidad de utilización del poder económico sobre un determinado bien falsee o perjudique el juego de la competencia en un mercado no influido o afectado originariamente por ese poder económico.²⁹⁶

Dentro de las prácticas empresariales que revisten un interés especial para el Derecho por su necesidad de regulación con la finalidad de prevenir distorsiones al mercado cuando existe de por medio un abuso de posición de dominio de mercado, es la vinculación

²⁹³ Díez Estella, Fernando. *Algunas consideraciones... Ob. Cit.* Pp. 16.

²⁹⁴ United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit. *USA v. Microsoft... Ob. Cit.* Pp. 37.

²⁹⁵ Cabanellas de las Cuevas, Guillermo. *Derecho antimonopólico... Op. Cit.* Pp. 154.

²⁹⁶ Carmen Herrero Suárez. *Los contratos vinculados... Op. Cit.* Pp. 155.

contractual; la vinculación o venta atada consiste en acuerdos que incluyen como condición para su perfeccionamiento al requerimiento de aceptación de obligaciones suplementarias, que no tienen conexión estricta con la obligación contractual principal.²⁹⁷

El hecho de que una determinada estrategia empresarial sea por su naturaleza restrictiva de la competencia no implica que necesariamente deteriore el bienestar de los consumidores. Puede ocurrir que venga justificada por las eficiencias que genera a corto y a largo plazo, de manera que para valorarla debe tenerse en cuenta su efecto agregado. Esto hace que se deba otorgar un papel destacado al análisis de las eficiencias en cualquier valoración de la conducta de las empresas.²⁹⁸

Las prácticas de vinculación o venta deben ser analizadas de forma individual, ya que cada una comporta elementos diferenciadores, evitando la posibilidad de juzgar a todas las ventas atadas de una manera estandarizada. Estas conductas comportan también a la vinculación de un bien principal a bienes accesorios necesarios para su funcionamiento, así como a productos o servicios de mantenimiento, razón por la cual se pueden derivar relaciones de funcionalidad entre los mismos, modificando la concepción original de atadura comercial.²⁹⁹ Es por esto que las prácticas de vinculación no necesariamente son nocivas para el mercado, ya que “no existirá abuso si la conducta está objetivamente justificada, esto es, si responde a una racionalidad económica distinta de la simple restricción de la competencia en el mercado”.³⁰⁰

3.1.2. Elementos doctrinales

Si bien las prácticas comerciales de ventas atadas han sido vistas desde un principio como conductas anticompetitivas por su supuesta afectación inminente al mercado en cuestión, el desarrollo informático ha hecho que este concepto sufra una necesaria modificación por la naturaleza misma de una industria en constante y rápida evolución. Tradicionalmente se las ha visto con recelo ya que en la legislación norteamericana la Clayton Act de 1914 las prohibió de manera expresa y en la normativa europea está tipificada como posible supuesto de hecho de un acuerdo colusorio o de una explotación abusiva de una posición de dominio (Art. 82.2.d del TCE).³⁰¹

²⁹⁷ *Id.*, Pp. 145.

²⁹⁸ Gutiérrez, Inmaculada y Atilano Jorge Padilla. “Economía de la Competencia”. *Tratado de Derecho... Op. Cit.* Pp. 31.

²⁹⁹ Carmen Herrero Suárez. *Los contratos vinculados... Op. Cit.* Pp. 154.

³⁰⁰ Gutiérrez, Alfonso. *Comentario a la Ley... Op. Cit.* Pp. 165.

³⁰¹ Carmen Herrero Suárez. *Los contratos vinculados... Op. Cit.* Pp. 21

Actualmente, las legislaciones han determinado elementos esenciales que deben cumplir las prácticas de ventas atadas o vinculación para que se configure un abuso a una posición de dominio de mercado que pueda ser sancionada por la autoridad competente. Luis Ortiz Blanco las recoge en su obra, señalando que su origen radica en los procesos Microsoft, y señala que éstas deben cumplir con determinados elementos concurrentes para poder determinar la existencia de dicha conducta anticompetitiva. Así, para la configuración de una práctica abusiva de vinculación es necesaria la ocurrencia simultánea de las siguientes condiciones: que el producto vinculado y el producto vinculante sean distintos; que el oferente detente una posición dominante al menos en el mercado del producto vinculante; que el producto vinculante incluya al producto vinculado sin la posibilidad de su adquisición por separado; que la práctica cause una afectación a la competencia de mercado; y finalmente, que la vinculación carezca de una justificación objetiva, ya que en caso de generar eficiencias en el consumidor ésta es admitida.³⁰²

En relación a las condiciones que deben verificarse para la determinación de una práctica de vinculación que constituya un abuso de posición dominante en un mercado determinado, algunos de los elementos generan mayor tensión que otros al realizar un análisis de Competencia. Con respecto a la detentación de una posición dominante de mercado su determinación se deriva de una adecuada definición de la cuota de mercado relevante, bien definido en sus aspectos económicos, ya que a través de un análisis económico se puede establecer objetivamente el porcentaje de dominio. En cuanto a la posibilidad de adquisición individual de los productos vinculante y vinculado por separado, es una cuestión de prueba fáctica de acuerdo a la comercialización de los productos, elemento que no suscita mayor debate. Por el contrario, la distinción entre el producto vinculante y el vinculado, la afectación a la competencia de mercado y la justificación objetiva de la venta atada han generado un debate altamente técnico y esencial para la regulación adecuada de estas conductas en la realidad.

Para poder determinar la distinción existente entre los productos que forman parte de la vinculación comercial o atadura, se debe recurrir a los mercados relevantes implicados en cada uno de los bienes o servicios en cuestión, ya que se establece que si se verifica la existencia de mercados diferenciados para cada uno de los bienes o servicios que conforman la venta atada, entonces se puede determinar que éstos son independientes y

³⁰² Ortiz Blanco, Luis et al. *Manual de... Óp. Cit.* Pp. 179-180.

diferenciables; por consiguiente, en caso de inexistencia de mercados distintos para cada uno de los productos, se puede concluir que se está analizando un producto compuesto, en el cual la vinculación de sus elementos genera eficiencias en los consumidores y así se justifica su venta en conjunto.³⁰³ “En la vida económica es muy frecuente que la venta de un bien o la prestación de un servicio vayan acompañados -simultánea o posteriormente- del suministro de bienes y/o servicios materialmente distintos”.³⁰⁴

Lo fundamental para distinguir si esa práctica posee el potencial lesivo de la competencia es si la unión de productos posee sentido desde un punto de vista económico o si, por el contrario, de esa vinculación no se deduce una justificación económica aparente. La separación relevante a efectos de aplicación de la normativa *antitrust*, no es la posibilidad de diferenciación física, sino la racionalidad de la afirmación de productos diversos desde un punto de vista económico, es decir, la posibilidad de disociación económica.³⁰⁵

En relación a la justificación objetiva de la venta atada, concepto referido previamente, se establece que esta debe ser provista por quien realiza la supuesta práctica anticompetitiva con la finalidad de demostrar la existencia de elementos económicos que demuestren que la vinculación tiene sentido desde un punto de vista objetivo en la sociedad, ya que genera eficiencias en los consumidores. Así también, una justificación económica adecuadamente comprobada debido a las eficiencias que genera en los consumidores puede constituir una excepción a la afectación de la competencia de mercado, ya que la práctica está fundamentada objetivamente y su finalidad no es la exclusión de la competencia de mercado sino que busca generar beneficios demostrables en los consumidores. El mejor ejemplo de lo mencionado podemos encontrar en la industria automotriz. “Se excluye a la venta vinculada del conjunto de los componentes de un producto complejo (por ejemplo, las ruedas, las luces y la carrocería de un automóvil). No es relevante que estos componentes estén disponibles en el mercado sin estar vinculados al resto”.³⁰⁶

Este concepto es aplicable a la venta conjunta de productos distintos por su naturaleza pero que están utilizados como parte de un producto complejo, conformándolo y dotándole de todas las funcionalidades necesarias para su adecuado funcionamiento. Es importante remarcar que ante la perspectiva del consumidor un vehículo es un único producto compuesto, sin importar que éste se haya construido con una serie de partes que también

³⁰³ Carmen Herrero Suárez. *Los contratos vinculados... Op. Cit.* Pp. 157.

³⁰⁴ Gutierrez, Alfonso. *Comentario a la Ley... Op. Cit.* Pp. 158.

³⁰⁵ Carmen Herrero Suárez. *Los contratos vinculados... Op. Cit.* Pp. 156.

³⁰⁶ Ortiz Blanco, Luis et al. *Manual de... Op. Cit.* Pp. 179.

tienen un mercado independiente, ya que no se puede adquirir un vehículo por partes. Los elementos o componentes son distintos y separables, sin embargo se encuentran integrados formando un producto complejo que tiene una utilidad y una eficiencia a favor de los consumidores. Otro ejemplo que podemos mencionar en relación al tema es el análisis de los elementos que conforman una computadora personal, en cuanto a su estructura física; si bien son una serie de productos distintos e independientes, han sido confeccionados para funcionar de manera conjunta; esto se verifica en que no me sirve de nada un monitor sin un procesador que le dote de la información e imágenes a proyectar.

Hay que tomar en cuenta que la vinculación contractual puede responder a criterios económicos o de eficiencias como se ha mencionado, pero la complejidad de la conducta en cuestión hace que su análisis individual y detallado se absolutamente necesario para la determinación de la comercialización de un producto complejo o la atadura comercial de dos productos distintos para los que no hay una justificación de eficiencias o complementariedad. “Por ejemplo, existen “ventas forzadas”, donde debe adquirirse una gama completa de productos para así adquirir tan sólo uno de sus elementos. El comprador que sólo busca un producto específico para adquirirlo, debe comprar todo el conjunto del que forma parte”.³⁰⁷ Así, una venta forzada donde se deben adquirir varios productos por el hecho de requerir solamente uno de ellos podría devenir en una limitación o restricción a la libre escogencia del consumidor, afectando también a la competencia de mercado al disminuir la libertad de competencia efectiva en dicho segmento.³⁰⁸ Cabe señalar que en el caso referido la vinculación no responde a criterios técnicos de complementariedad entre productos, más bien se entiende que responde a una necesidad meramente comercial para vender todos los productos en cuestión.

En relación a la afectación al mercado, Guillermo Cabanellas ha expuesto determinados elementos que permiten determinar la afectación a la competencia de mercado, y los expone así: “Se ha explicado que se impide la competencia en caso de su eliminación total; que existe una restricción cuando no se elimina totalmente sino sólo en cuanto a ciertos aspectos de la competencia o que se limita cuantitativamente (...)”.³⁰⁹ Es por esto que hablamos de una restricción a la competencia cuando se verifica la

³⁰⁷ García Machmar, William. *Manual de... Óp. Cit.* Pp. 72.

³⁰⁸ Cabanellas de las Cuevas, Guillermo. *Derecho antimonopólico... Op. Cit.* Pp. 328.

³⁰⁹ *Id.*, P 906. Citando la obra de J. Megret, J. V. Louis, D. Vignes y M. Waelbroeck: *Le droit de la communauté Economique Européene* (Bruselas, 1972).

inexistencia de una competencia real y efectiva en determinado segmento de mercado por las prácticas anticompetitivas realizadas por un operador dominante; hablamos de una limitación a la competencia cuando ésta no se ha eliminado de manera absoluta, pero aspectos fundamentales de la misma han sido limitados cuantitativamente por las referidas prácticas.³¹⁰

Sobre la participación de mercado de una empresa con posición de dominio del mismo, es importante referirnos a lo referido por el autor Bellis, quien se refiere al caso Microsoft v. Comisión de la Comunidad Europea de la siguiente manera. “Of course, Microsoft recognizes that competition law can place limits on how companies design their products, and is very aware of its “special responsibility” under Article 82 EC as the dominant supplier of PC operating systems”.³¹¹ Es así que las firmas que detentan una posición dominante tienen especial obligación de precautelar la manera en que realizan sus prácticas comerciales, debido a que fácilmente pueden incurrir en conductas anticompetitivas por causar una afectación al mercado al abusar de su posición de privilegio.

3.1.3. Eficiencias en el caso MS USA

Una vez establecidos los elementos que nos permiten establecer que las prácticas de vinculación en el mercado de la alta tecnología informática se pueden diferenciar de las prácticas comunes de vinculación comercial debido a la posibilidad de generación de eficiencias a favor de los consumidores derivadas de la naturaleza misma de la atadura, es necesario hacer alusión en estos términos a los procesos en los que ha estado envuelto Microsoft Corporation para lograr una comprensión adecuada y completa del tema en cuestión.

Es importante referirnos al proceso desarrollado en los Estados Unidos en contra de Microsoft Corporation y, tomando en cuenta todo lo anteriormente analizado en el análisis detallado del caso, pasar a comprender la manera en que el Tribunal de Apelaciones de Washington sustentó su análisis para la final determinación de que la venta atada del programa navegador web Internet Explorer y el sistema operativo Windows no constituía un abuso de la posición dominante detentada por Microsoft. Cabe aclarar que el análisis

³¹⁰ *Ibid.*

³¹¹ Bellis, Jean-Francois. “The Commission’s *Microsoft* Tying Case: Implications for Innovation Throughout the High-Technology Sector”. *The Implications... Op. Cit.* Pp. 35.

realizado por el Tribunal de Apelaciones claramente establece la particularidad del segmento de Mercado en cuestión, ya que por su naturaleza y su constante desarrollo debía ser analizado de manera especial, diferenciándolo de los demás casos típicos de ventas atadas.

El Mercado de la alta tecnología digital está en constante e incesante evolución, ya que su desarrollo no se detiene nunca y tiene una velocidad de mejora que se puede ver en pocos segmentos de Mercado. Este es el elemento que caracteriza a la industria de la alta tecnología digital, razón por la que el análisis debe ser específico tomando en cuenta las características del segmento de mercado. En relación a las eficiencias derivadas de la vinculación técnica del navegador web con el sistema operativo, es necesario entender la importancia de la aplicación de un test adecuado para la determinación de la posible afectación al mercado que la práctica pudo tener.

Renata Hesse realizó un análisis que consideramos sumamente objetivo y adecuadamente fundamentado sobre el tema que nos concierne, estableciendo los elementos clave para la adecuada sustanciación del proceso americano. Así, la autora establece primero que los elementos para la sanción de la conducta de ventas atadas bajo una Regla Per Se se pueden resumir de la siguiente manera: el producto vinculante y el producto vinculado deben ser dos productos separados; la empresa que desarrolla la vinculación debe tener posición de dominio en el mercado del producto vinculante; debe restringirse la posibilidad de los consumidores de adquirir el producto vinculado sin comprar el producto vinculante por la atadura; y finalmente, la vinculación contractual debe afectar sustancialmente al comercio del mercado en cuestión.³¹² Adicionalmente, cabe mencionar que en aplicación de una Regla Per Se para la sanción de una práctica de ventas atadas, el análisis detallado en virtud de los elementos económicos del mercado en cuestión no es necesario, ya que la determinación de que la conducta cumple con las condiciones antes mencionadas aprueba la sanción pertinente.

So bundling by all competitive firms implies strong net efficiencies. If a court finds either that there is no noticeable separate demand for the tied product or, there being no convincing direct evidence of separate demand, that the entire “competitive fringe”

³¹² Hesse, Renata. “Contrasting Approaches to Bundling and Refusals: Greater Divergence Between the U.S. and EU after the CFI’s Decision in *Microsoft*?” *The Implications of the CFI Decision in Microsoft for Tying and Compulsory Licensing*. Chicago: The American Bar Association Section of Antitrust Law and the ABA Center for Continuing Legal Education, 2007. Pp. 19.

engages in the same behavior as the defendant, then the tying and tied products should be declared one product and per se liability should be rejected.³¹³

Por el contrario, en relación a la aplicación de la regla de la Razón y a la luz de esta doctrina se establece que son los demandantes quienes deben demostrar que la conducta de vinculación causó una afectación injustificada a la competencia de mercado, y para poder hacerlo es necesario desarrollar y fundamentar un análisis que abarque los efectos reales y objetivos que la supuesta conducta anticompetitiva causó en el mercado de referencia.³¹⁴ Así, en virtud de la Regla de la Razón, la compañía puede presentar justificaciones objetivas sobre la generación de eficiencias a favor de los consumidores que le llevó a optar por dicha práctica de vinculación, estableciendo elementos técnicos que pueden demostrar la necesidad de la atadura.³¹⁵ Además, se puede demostrar a través de la justificación técnica de los elementos de la venta atada que las eficiencias generadas son significativamente más importantes que la afectación a la competencia del segmento de mercado, beneficiando a los consumidores y desarrollando a la industria.

The failure of the separate-products test to screen out certain cases of productive integration is particularly troubling in platform [*93] software markets such as that in which the defendant competes. Not only is integration common in such markets, but it is common among firms without market power. We have already reviewed evidence that nearly all competitive OS vendors also bundle browsers. Moreover, plaintiffs do not dispute that OS vendors can and do incorporate basic internet plumbing and other useful functionality into their OSs. See Direct Testimony of Richard Schmalensee P 508, reprinted in 7 J.A. at 4462-64 (disk [**152] defragmentation, memory management, peer-to-peer networking or file sharing); 11/19/98 am Tr. at 82-83 (trial testimony of Frederick Warren-Boulton), reprinted in 10 J.A. at 6427-28 (TCP/IP stacks). Firms without market power have no incentive to package different pieces of software together unless there are efficiency gains from doing so. The ubiquity of bundling in competitive platform software markets should give courts reason to pause before condemning such behavior in less competitive markets.³¹⁶

Es por las razones mencionadas que en el Caso Microsoft Estados Unidos el Tribunal de Apelaciones determinó que la Regla de la Razón, en lugar a la aplicación de la Regla Per Se, era el test idóneo para el análisis adecuado y la determinación de las ventas atadas dentro del mercado de la alta tecnología digital, a la luz de la legislación americana de Competencia; en virtud de la Regla de la Razón se puede efectivamente considerar los beneficios de la vinculación en los mercados de software, particularmente de los sistemas operativos, y ponderar las eficiencias generadas a favor de los consumidores con respecto a

³¹³ United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit. *USA v. Microsoft...* Op. Cit. Pp. 41.

³¹⁴ Hesse, Renata. "Contrasting Approaches to Bundling and Refusals: Greater Divergence Between the U.S. and EU after the CFI's Decision in *Microsoft*?" *The Implications...* Op. Cit. Pp. 20.

³¹⁵ *Ibid.*

³¹⁶ United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit. *USA v. Microsoft...* Op. Cit. Pp. 44.

la competencia de mercado.³¹⁷ La aplicación de la ley a las ventas atadas dentro del segmento de la tecnología que se refiere a productos de software debe estar necesariamente precedida de un completo análisis económico del segmento de mercado relevante en cuestión y las condiciones del mismo, ya que por su naturaleza de vanguardia implica varios elementos tecnológicos que difieren de las ventas atadas tradicionales.

We have found four antitrust cases involving arrangements in which a software program is tied to the purchase of a software platform – two district court cases and two appellate court cases, including one from this court. The first case, *Innovation Data Processing, Inc. v. IBM Corp.*, 585 F. Supp. 1470 (D.N.J. 1984), involved an allegation that IBM bundled with its OS a utility used to transfer data from a tape drive to a computer's disk drive. Although the court mentioned the efficiencies achieved by bundling, it ultimately dismissed the per se tying claim because IBM sold a discounted version of the OS without the utility. *Id.* at 1475-76. The second case, *A.I. Root Co. v. Computer/Dynamics, Inc.*, 806 F.2d 673 (6th Cir. 1986), [**148] was brought by a business customer who claimed that an OS manufacturer illegally conditioned the sale of its OS on the purchase of other software applications. The court quickly disposed of the case on the ground that defendant Computer/Dynamics had no market power. *Id.* at 675-77. There was no mention of the efficiencies from the tie. The third case, *Caldera, Inc. v. Microsoft Corp.*, 72 F. Supp. 2d 1295 [**92] (D. Utah 1999), involved a complaint that the technological integration of MS-DOS and Windows 3.1 into Windows 95 constituted a per se tying violation. The court formulated the "single product" issue in terms of whether the tie constituted a technological improvement, ultimately concluding that Microsoft was not entitled to summary judgment on that issue. *Id.* at 1322-28. The software case that bears the greatest resemblance to that at bar is, not surprisingly, *Microsoft II*, 331 U.S. App. D.C. 121, 147 F.3d 935, where we examined the bundling of IE with Windows 95. But the issue there was whether the bundle constituted an "integrated product" as the term was used in a 1994 consent decree between the Department of Justice [**149] and Microsoft. 147 F.3d at 939. We did not consider whether Microsoft's bundling should be condemned as per se illegal. We certainly did not make any finding that bundling IE with Windows had "no purpose except stifling of competition".³¹⁸

Las eficiencias generadas deben entenderse como favorables tanto en el consumidor final cuanto en el desarrollo de mercado a través de la producción de programas complementarios diseñados por empresas dedicadas a la creación de productos de software basados en una plataforma estable como la ofrecida por Windows. Así, son los beneficios derivados de la vinculación comercial por criterios de desarrollo tecnológico lo que en definitiva debe analizarse para la determinación de la afectación causada por conductas de ventas atadas, cuando estas se demuestran abusivas al no estar objetivamente justificadas, en la competencia de un mercado en cuestión. Este criterio se fundamenta en la resolución del Tribunal de Apelaciones para el Circuito de Washington en el caso *US v. Microsoft Corp.*, ya que se determina que un análisis en virtud de la Regla de la Razón y enfocado en

³¹⁷ Hesse, Renata. "Contrasting Approaches to Bundling and Refusals: Greater Divergence Between the U.S. and EU after the CFI's Decision in *Microsoft*?" *The Implications... Op. Cit.* Pp. 19.

³¹⁸ United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit. *USA v. Microsoft... Op. Cit.* Pp. 43.

el análisis de las eficiencias derivadas de dicha conducta vinculatoria, puede permitir establecer adecuadamente si la oferta por parte de Microsoft del sistema operativo atado al navegador web Internet Explorer generaba eficiencias significativas en los consumidores por el bundling en cuestión, las cuales justificaban objetivamente la atadura.

3.1.4. Eficiencias en el caso MS UE

Una vez analizado el proceso llevado en contra de Microsoft Corporation en los Estados Unidos y tomando en cuenta los elementos particulares que llevaron al Tribunal de Apelaciones a la decisión de no sancionar a MS por los cargos de ventas atadas que originalmente fueron determinados como un abuso de su posición dominante en el mercado de la alta tecnología digital por la Corte de Distrito, es necesario realizar el mismo ejercicio con respecto al proceso comunitario. Es importante mencionar que cada una de las legislaciones tiene sus elementos y estructura individual, razón por la cual la determinación y análisis de una conducta puede diferir de acuerdo al ordenamiento jurídico aplicable al caso concreto.

En la sentencia de la comunidad europea, al contrario del proceder del Tribunal de Apelaciones americano, se determinó que la venta atada del sistema operativo Windows y el reproductor multimedia Windows Media Player constituían un abuso a la posición de dominio detentada por Microsoft. Los elementos jurídicos que llevaron a la Comisión, y posteriormente fueron ratificados por la Corte Europea, a determinar la existencia de un abuso de posición dominante de acuerdo a los cargos en contra de Microsoft fueron desarrollados ya en el capítulo anterior de este trabajo. A manera de recapitulación, cabe señalar que se encontró a Microsoft culpable de un abuso ilegal de su posición de dominio en el mercado de los sistemas operativos Windows client PC al haber vinculado el reproductor multimedia Windows Media Player al SO desde el lanzamiento de la segunda edición del Windows 98' en Mayo de 1999.³¹⁹

Consideramos necesario volver al caso para realizar un análisis más específico con respecto a las ventas atadas y la naturaleza de las mismas, siguiendo la línea del presente análisis en relación a la importancia de las eficiencias generadas por la vinculación en el mercado de la alta tecnología digital. El artículo 82 del Tratado constitutivo de la Unión

³¹⁹ Vinje, Thomas. "The European Court of First Instance's Judgment in Microsoft". *The Implications... Op. Cit.* Pp. 32.

Europea establece que las ventas atadas requieren de los siguientes elementos: el bien atador y el bien atado deben ser dos productos separados; debe detentarse posición de dominio en el mercado del producto vinculante; los consumidores deben verse limitados en su opción de adquirir el bien vinculado sin necesariamente tener que adquirir el producto vinculante; la práctica de vinculación debe afectar o entorpecer la competencia de mercado; y, no debe existir una justificación objetiva que se aplique a la vinculación.³²⁰ La Comisión y la Corte determinan el cumplimiento absoluto de cada una de estas condiciones, por lo que se sanciona a Microsoft por la práctica de ventas atadas.

Ahora bien, la separación de productos, al menos en el caso europeo, es sólo el punto de partida en el complejísimo proceso de análisis de la valoración económica de la vinculación contractual. [...] En nuestra opinión, las eficiencias particulares que puedan derivarse de las operaciones individualmente consideradas y que no resulten de esta primera valoración general, han de ser evaluadas en un momento ulterior del análisis, conceptualmente diverso a la fase de delimitación de la figura prohibida.³²¹

La Corte Europea demuestra quedarse satisfecha al ratificar una determinación superficial realizada por la Comisión en relación al punto de la separación de productos, ya que su análisis es sumamente elemental y no toma en cuenta las realidades del segmento de Mercado en cuestión. En lugar de buscar establecer la separabilidad real de los productos vinculados por Microsoft de acuerdo a criterios técnicos y económicos para determinar si estos eran productos individuales o complementarios de acuerdo a su naturaleza y elementos, la Comisión se limita a establecer exclusivamente la existencia de un Mercado distinto para el producto atado.³²² El razonamiento de la Comisión y posteriormente de la Corte establece que la existencia de un Mercado individual para el producto atado implica necesariamente que éste se puede comercializar de manera independiente al producto atador o vinculante. Entonces, en las ventas atadas, la separabilidad de los productos deja de depender de los elementos o características intrínsecas de los mismos y pasa a depender de la existencia o inexistencia de mercados individuales para cada uno de los productos vinculados. Por lo que podemos establecer. Que en el caso Europeo la corte utiliza la norma per se para el juzgamiento de esta práctica.

According to the Commission, the Court of First Instance rejected similar “*integrative*” arguments raised by Hilti and Tetra Pak, concluding that tying existed under Article 82 EC simply because “*there existed independent manufacturers who specialized*

³²⁰ Hesse, Renata. “Contrasting Approaches to Bundling and Refusals: Greater Divergence Between the U.S. and EU after the CFI’s Decision in *Microsoft*?”. *The Implications... Op. Cit.* Pp. 20.

³²¹ Carmen Herrero Suárez. *Los contratos vinculados... Op. Cit.* Pp. 158-159.

³²² Bellis, Jean-Francois. “The Commission’s *Microsoft* Tying Case: Implications for Innovation Throughout the High-Technology Sector”. *The Implications... Op. Cit.* Pp. 42.

in the manufacture of the tied product, a fact which indicated that there was separate consumer demand and hence a distinct market for the tied product” (Decision, ¶ 802).³²³

Esto implica que para la Comisión el hecho de que haya una producción independiente del producto vinculado indica y determina que hay una demanda separada por parte de los consumidores para cada uno de los productos que conforman la atadura, estableciendo que los mercados para cada uno de los productos son distintos. Además, se establece que la Comisión considera que la vinculación que responde a supuestos criterios de integración debe someterse al mismo análisis para determinar la existencia de una práctica de ventas atadas abusiva, por lo que en los casos previos Hilti y Tetra Pak rechazó las justificaciones relativas a los elementos integrativos como justificación de la vinculación, determinando al bundling como abusivo.³²⁴ Alfonso Gutiérrez nos ayuda a complementar nuestro análisis en relación al proceder de la Comisión, ya que se lo puede contrastar con la manera en que el Tribunal de Defensa de la Competencia de España da tratamiento a las prácticas de vinculación.

La práctica del TDC revela que los productos complementarios se consideran por lo general pertenecientes a un mercado distinto del bien o servicio al que complementa, con independencia de que (i) se suelen suministrar conjuntamente con dicho bien o servicio; (ii) se suministren de forma gratuita (ausencia de prestación económica); (iii) resulten imprescindibles e inseparables económicamente del bien o servicio complementado.³²⁵

Este proceder es especialmente pertinente para el Mercado de la alta tecnología digital que nos ocupa, ya que el análisis de la vinculación en cuestión debe necesariamente pasar por la determinación de la posibilidad de existencia de productos complementarios que facultan el adecuado funcionamiento del bien o servicio final que se ofrece al consumidor. Así el autor establece que las justificaciones objetivas para que un producto pueda ser complementario de otro que lo vincula, consisten en que éstos sean suministrados de manera conjunta, de que su vinculación sea gratuita con respecto al producto vinculado y que la atadura resulte imprescindible de acuerdo a los elementos y la función del bien complementado.³²⁶ Esta es la razón por la cual un simple análisis de la existencia de mercados independientes en los cuales se ofrezcan tanto el producto vinculante como el vinculado, no implica necesariamente que éstos sean independientes y no puedan ser

³²³ *Ibid.*

³²⁴ Vinje, Thomas. “The European Court of First Instance's Judgment in Microsoft”. *The Implications... Op. Cit.* Pp. 32.

³²⁵ Gutiérrez, Alfonso. *Comentario a la Ley... Óp. Cit.* Pp. 158.

³²⁶ Gutiérrez, Alfonso. *Comentario a la Ley... Óp. Cit.* Pp. 158.

atados, ya que es necesario tomar en cuenta la posibilidad de existencia de un producto compuesto que se complementa por la vinculación del bien atador y el atado.

Es importante referirse a lo establecido en la sentencia con respecto a los elementos técnicos de la vinculación, ya que es la mejor manera de comprender su profunda interconexión tecnológica.

Commission explains that the audio and video content is arranged in digital media files according to certain specific formats and that compression and decompression algorithms have been developed in order to reduce the storage space required by that content without any loss of audio or video quality. Those algorithms are implemented in media players and in encoding software which make it possible to generate compressed files. The piece of code in a media player that implements a compression/decompression algorithm is called a codec' and, in order to be able to act correctly with a compressed media content in a specific format using a specific compression/decompression algorithm, a media player needs to understand that format and that compression/decompression algorithm, that is to say, it needs to implement the corresponding codec.³²⁷

Los elementos altamente técnicos que configuran la vinculación del sistema operativo Windows con el reproductor multimedia Windows Media Player hacen que la conducta de ventas atadas en cuestión deba ser analizada de igual manera, es decir, a través de un análisis altamente técnico que permita verificar si dicha vinculación es necesaria e indispensable para el desarrollo adecuado del producto complejo. De acuerdo a lo expresado por la Comisión, la presencia de un codificador de información que permite almacenar el audio y video en el sistema operativo de manera comprimida y posteriormente recuperar dicha información multimedia y reproducirla constituye un funcionamiento claramente interdependiente entre el sistema operativo y el reproductor multimedia, siendo necesaria la presencia conjunta de ambos para poder realizar dicho procedimiento. La ausencia del reproductor multimedia implica que la codificación no será hecha y los archivos no podrán ser reproducidos; la presencia de otro reproductor multimedia implicará que el procedimiento de compresión de archivos y de reproducción de los mismos no será realizado de la misma manera, la cual ha sido establecida después de una investigación adecuada para determinarlo.

“Microsoft was correct in asserting that the Commission had indeed considered the improbability of content providers of encoding streamed content into several formats as

³²⁷ Court of First Instance of the European Communities (Grand Chamber). *Microsoft v Commission...* Op. Cit. Pp. 3867 – 3868.

being both expensive and time-consuming”.³²⁸ Esto se debe a que Microsoft a través de la vinculación establecía un formato estable que estaba incorporado en cada una de las computadoras que utilizaban su sistema operativo. El formato estable y uniforme de la plataforma multimedia Microsoft beneficiaba principalmente a los desarrolladores de software independiente, ya que éstos tenían así la posibilidad de desarrollar programas y aplicaciones que funcionen de manera ideal con el sistema operativo provisto, ahorrando dinero en investigación y tiempo en el desarrollo de nuevos formatos compatibles con las distintas plataformas. Este argumento fue analizado por la Comisión, pero su determinación no le otorgó la importancia que se merece, afectando los intereses de la pequeña industria mundial del desarrollo de software independiente, ya que estableció que la conducta de Microsoft afectó a la competencia a través de la pre instalación del Windows Media Player generando un desbalance en la competencia de mercado favorable a sus intereses.

Microsoft generó eficiencias tanto en el segmento de mercado de la alta tecnología digital, especialmente del desarrollo multimedia, que eran favorables tanto para los consumidores finales de sus productos cuanto para sus competidores directos en dicho mercado, sin embargo fue sancionado.

The Commission rejects Microsoft's arguments to the effect that, first, the tying in question produces efficiency gains capable of offsetting the anti-competitive effects identified in the contested decision (recitals 955 to 970 to the contested decision) and, second, Microsoft had no interest in anti-competitive' tying.³²⁹

En lugar de analizar la Comisión, y posteriormente la Corte, los elementos reales derivados de la atadura realizada por Microsoft en términos de eficiencias favorables al mercado relevante del desarrollo multimedia en la tecnología digital, se centró en los elementos anticompetitivos relacionados con la conducta. Así, la Corte confirmó la determinación de la Comisión con respecto a la ausencia de una justificación objetiva que avale el bundling del reproductor multimedia con el sistema operativo, estableciendo que Microsoft no podía sustentar que su modelo de negocios causaba beneficios para el segmento de mercado ni que la remoción del Windows Media Player fragmentaría

³²⁸ Fine, Frank L. “The implications of the cfi decision in *microsoft*: An introduction to the aba teleseminar of october 1, 2007”. *The Implications... Op. Cit.* Pp. 6.

³²⁹ Court of First Instance of the European Communities (Grand Chamber). *Microsoft v Commission... Op. Cit.* Pp. 3636.

negativamente el funcionamiento de la plataforma multimedia.³³⁰ Se determina que el abuso de la posición dominante implica, con respecto a los consumidores, una pérdida en su posibilidad de elegir libremente sus opciones de compra al estar sujetos a una operación vinculada que se les impone, razón por la cual se afecta a la competencia efectiva.³³¹

Although it had not received a single complaint from third party developers of media players or from any Microsoft customer regarding the product design that triggered the tying infringement, the Commission nevertheless began an own-initiative investigation into Microsoft's decision to improve the media functionality already present in Windows.³³²

El Mercado relevante de Microsoft, representado por los desarrolladores de software independiente como su competencia y los consumidores finales, estaba muy a gusto con el desarrollo e implementación de las funcionalidades multimedia, sin embargo la Comisión consideró que estas atentaban contra la competencia de mercado y decidió hacer la investigación. El elemento que considero fue fundamental para que la Comisión haya procesado a Microsoft es la posición de dominio que detentaba en el mercado de los sistemas operativos client PC, donde su poder de mercado era mayor al 90% de dominio y el alcance de sus prácticas remarcable.³³³ Así también, se estableció que las conductas realizadas por Microsoft constituían prácticamente un estándar de hecho en los sistemas operativos, debido a su amplia dominancia y aceptación.³³⁴

La decisión europea del caso Microsoft es criticada principalmente por haber fallado de cierta manera en establecer un análisis objetivo de los elementos fundamentales de la vinculación en cuestión, ya que su análisis se desvió hacia elementos de menor importancia al tomar en cuenta el segmento de mercado relevante en cuestión, que es el de la alta tecnología digital. Las eficiencias generadas por Microsoft no recibieron la importancia determinante que merecían en la investigación y su resolución, las mismas que causaban un efecto positivo tanto en los competidores cuanto en los consumidores finales, incentivando el desarrollo de la industria y dotando de herramientas necesarias a los consumidores, quienes recibían un sistema operativo completo que garantizaba el

³³⁰ Vinje, Thomas. "The European Court of First Instance's Judgment in Microsoft". *The Implications... Op. Cit.* Pp. 33.

³³¹ Cabanellas de las Cuevas, Guillermo. *Derecho antimonopólico... Op. Cit.* Pp. 243.

³³² Bellis, Jean-Francois. "The Commission's Microsoft Tying Case: Implications for Innovation Throughout the High-Technology Sector". *The Implications... Op. Cit.* Pp. 38.

³³³ Vinje, Thomas. "The European Court of First Instance's Judgment in Microsoft". *The Implications... Op. Cit.* Pp. 33.

³³⁴ Court of First Instance of the European Communities (Grand Chamber). *Microsoft v Commission... Op. Cit.* Pp. 3632.

adecuado funcionamiento de todas las funcionalidades. A pesar de que se establece que la finalidad de las políticas de competencia de la Comunidad Europea de naciones consiste en asegurar a los consumidores los beneficios de una economía de mercado dinámica y eficiente, en este caso se sacrificó el desarrollo tecnológico con la limitación impuesta a Microsoft.³³⁵

Finalmente, es importante señalar que la Comisión rechazó sin mayor explicación las evidencias presentadas por Microsoft relacionadas al mercado relevante de las funcionalidades multimedia en la alta tecnología digital, la cual demostraba un mercado dinámico y creciente. “En la escuela europea, salvo casos excepcionales, prima no sólo la regla de la razón sino además la que se denomina regla de *minimis* que significa que aún en aquellos casos de conductas ilegales el derecho no las sancionará si su efecto en el mercado no es significativo”.³³⁶ En el presente caso claramente no se aplicó la regla del *minimis*, ya que el efecto de las conductas de Microsoft en el mercado relevante no eran significativas al establecer un análisis comparativo con los beneficios y eficiencias generadas, tanto en los consumidores como en los competidores y el desarrollo integral del mercado, las cuales constituían válidas justificaciones objetivas favorables a la competencia que sustentaban su posición.

3.1.5. Conclusión eficiencias en consumidores

Marco Aurelio Zuluaga establece que la competencia se la debe entender como una situación de mercado tendiente a la satisfacción de las preferencias y necesidades de los consumidores, ya que los oferentes buscan alocar los bienes y servicios que ofrecen en sus nichos de mercado, incrementando sus ventas, aumentando la utilidad y ganancia derivada de su práctica empresarial y buscando, obviamente, una mayor participación del segmento de mercado en el que actúan.³³⁷ Resulta necesario entender y aclarar que todas las compañías que participan en un segmento de mercado determinado deben necesariamente buscar satisfacer la demanda de los consumidores a través de su proceso productivo, tomando en cuenta las ofertas de la competencia y mejorando las características de su

³³⁵ Whelan, Anthony. “Brief reflection on EU competition policy and the *Microsoft* case”. *The Implications... Op. Cit.* Pp. 25.

³³⁶ Flint, Pinkas. *Tratado de Defensa... Op. Cit.* Pp. 47.

³³⁷ Zuluaga, Marco Aurelio. “La perspectiva colombiana de la promoción de la competencia. *Derecho de la Competencia*. Velilla, Marco (ed.). Bogotá: El Navegante Editores, 1998. Pp. 32.

producto ofreciendo características individualizadoras; inclusive las empresas que detentan una posición de dominio deben hacerlo, sin incurrir en abusos de dicha posición.³³⁸

Mientras las reglas de la libre competencia se cumplan, un desequilibrio entre la oferta y la demanda de un bien o servicio o alguna otra ineficiencia en la asignación de recursos tendrá normalmente un carácter transitorio y podrá ser resuelto en la gran mayoría de casos por las propias fuerzas del mercado.³³⁹

Son las fuerzas de la libre competencia quienes regulan los desequilibrios de Mercado, siempre y cuando estos no sean causados por abusos de posición de dominio ya que ahí si es necesaria la regulación estatal para asegurar la libre competitividad del mercado, garantizando así las condiciones idóneas para su funcionamiento y sancionando las prácticas abusivas. Si los consumidores demandan sistemas operativos que incluyan funcionalidades multimedia y todos los competidores del mercado ofrecen al producto compuesto de esta forma, debe analizarse bien si el hecho de que quien detenta posición de dominio y lo hace estaría incurriendo en un abuso a dicha condición privilegiada en el mercado, lo cual debe ser establecido de manera objetiva y comprobable.³⁴⁰ “El poder de mercado de que disfruten la o las empresas responsables de un determinado comportamiento permitirá determinar si los consumidores podrán beneficiarse de sus efectos positivos y, por tanto si es aceptable desde el ángulo del Derecho de la Competencia”.³⁴¹

Para poder establecer las eficiencias que genera la comercialización de un bien determinado en un segmento de mercado es necesario identificar los beneficios que favorecen a los participantes del mismo, por lo que se debe tomar en cuenta el valor que significa para los consumidores la adquisición de determinado producto y también el costo y esfuerzo productivo que la oferta de éste implica para el productor.³⁴² La integración de nuevas funcionalidades y la mejora de aquellas existentes en un sistema operativo de alta tecnología es un proceso altamente costoso y complejo, razón por la que las empresas líderes del mercado de la tecnología realizan esfuerzos económicos y aplican su conocimiento a la mejora de los elementos que componen un sistema operativo para su mejor funcionamiento; este proceso beneficia a los usuarios y a los desarrolladores

³³⁸ Bellis, Jean-Francois. “The Commission’s *Microsoft Tying Case*: Implications for Innovation Throughout the High-Technology Sector”. *The Implications... Op. Cit.* Pp. 43.

³³⁹ Flint, Pinkas. *Tratado de Defensa... Op. Cit.* Pp. 29.

³⁴⁰ Bellis, Jean-Francois. “The Commission’s *Microsoft Tying Case*: Implications for Innovation Throughout the High-Technology Sector”. *The Implications... Op. Cit.* Pp. 44.

³⁴¹ Ortiz Blanco, Luis et al. *Manual de derecho... Op. Cit.* Pp. 37.

³⁴² Coloma, Germán. *Defensa de la Competencia... Op. Cit.* Pp. 30.

independientes haciéndolo pro competitivo, ya que así se incluyen más y mejores funcionalidades en el producto complejo ofrecido a los consumidores, mejorando su experiencia de uso y dotando a los desarrolladores de la posibilidad de ofrecer nuevos programas y aplicaciones adicionales.³⁴³

El rol del análisis económico en materia de defensa de la competencia es distinto del que ocupa en relación con otras áreas jurídicas. No se trata ya solamente de describir, con fines doctrinarios o informativos, las consecuencias de ciertas normas jurídicas, o de examinar sus efectos para su evaluación de *lege ferenda*. Por el contrario, en materia de defensa de la competencia, el análisis económico es esencial para la aplicación de la legislación positiva. Sólo sobre la base de ese análisis puede determinarse si una conducta es o no lesiva para el interés económico general (...).³⁴⁴

En todo análisis de Competencia debe necesariamente tomarse en cuenta los efectos reales y posibles de las prácticas realizadas por los operadores de mercado, analizando económica y jurídicamente los elementos derivados y haciendo una interpretación objetiva de las mismas para llegar a una conclusión adecuada sobre la existencia o inexistencia de afectaciones al mercado y sus participantes o eficiencias. “De hecho, mucho de lo que se considera manufactura o producción consiste, en realidad, en el montaje, por ejemplo a través de la integración física, de diversos componentes, los cuales frecuentemente son producidos por otras empresas”.³⁴⁵ En el caso de las prácticas de ventas atadas, hay que considerar que las funcionalidades conjuntas son las que determinan la existencia de una vinculación legal y justificable, asegurando así que el producto complejo incluirá todos los elementos necesarios para su correcta utilización y que ésta viene dada por la necesidad de funcionamiento o existencia conjunta.

La venta conjunta de bienes físicamente autónomos o independientes puede obedecer a razones de pura eficiencia económica. Volviendo a los ejemplos anteriormente apuntados, el hecho de que la mayoría de tiendas dedicadas al comercio de zapatos ofrezcan éstos exclusivamente por pares puede ser explicado en atención a los enormes costes que ocasionaría a la empresa –y que, en último término, repercutirían en los consumidores- si tuviera que atender a las exigencias de eventuales consumidores que solamente desearan adquirir una unidad (p.e. una persona coja que tuviera interés simplemente en obtener el zapato derecho). Tendría que afrontar los costes, bien de ordenar u nuevo zapato derecho para completar el par, de devolver a fábrica el zapato restante o, de mantenerlo en el inventario a la espera de que un comprador solicitara únicamente ese zapato izquierdo. Similares razones de eficiencia explican por qué los automóviles sólo se venden con sus ruedas o las camisas con botones.³⁴⁶

³⁴³ Bellis, Jean-Francois. “The Commission’s *Microsoft* Tying Case: Implications for Innovation Throughout the High-Technology Sector”. *The Implications... Op. Cit.* Pp. 50.

³⁴⁴ Cabanellas de las Cuevas, Guillermo. *Derecho antimonopólico... Op. Cit.* Pp. 155.

³⁴⁵ Carmen Herrero Suárez. *Los contratos vinculados... Op. Cit.* Pp. 151.

³⁴⁶ *Id.*, Pp. 155.

3.2. Análisis de la Legislación ecuatoriana de Competencia

La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM) fue promulgada en Octubre de 2011 con mención de urgencia en materia económica, y con ella se ha buscado desarrollar elementos de control sobre el mercado ecuatoriano, a través del análisis, protección y mejoramiento de las condiciones comerciales del mercado concurrencial en el cual las empresas ofrecen y comercializan sus productos. Anteriormente, era la Subsecretaría de Competencia la entidad encargada del análisis y regulación de la Competencia de mercado, la cual estaba adscrita al Ministerio de Industria y Competitividad; la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM) pasó a reemplazar a dicha Subsecretaría en virtud de la Disposición Transitoria Tercera de la LORCPM, continuando con el trámite de los procesos en marcha de acuerdo a las normas establecidas en la misma disposición transitoria.³⁴⁷ Así, actualmente es la Superintendencia del Control de Poder de Mercado la entidad de Derecho Público encargada de la determinación de las políticas de mercado en base a las cuales se deben realizar los intercambios económicos en el territorio nacional y debe determinar, procesar y resolver todos los casos en los cuales se verifique la existencia de condiciones que atentan o pudieran atentar contra el adecuado funcionamiento del Mercado.

Los fundamentos constitucionales que sustentan la regulación de la Competencia de mercado se encuentran dispersos a través del cuerpo de la Carta Magna, dotando de un aval a la regulación pública de la competitividad del mercado por ser un sector clave y estratégico para el desarrollo integral de la Economía del Ecuador. Podemos encontrar derechos como el de disponer de bienes y servicios de óptima calidad que deben poder elegirse con libertad por los ciudadanos³⁴⁸, el derecho al acceso los mismos en términos de eficiencia y buen trato en favor de los consumidores³⁴⁹ a través de la consagración del interés general sobre el interés particular³⁵⁰ como elementos constitucionalmente garantizados que se pueden aplicar a la competencia de mercado. Dentro del derecho al

³⁴⁷ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Disposición Transitoria Tercera. Registro Oficial Suplemento No.555 de 13 de octubre de 2011.

³⁴⁸ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 52. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008. Última modificación: 13 de julio de 2011.

³⁴⁹ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 66. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008. Última modificación: 13 de julio de 2011.

³⁵⁰ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 85 numerales 1 y 2. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008. Última modificación: 13 de julio de 2011.

buen vivir, proclamado por la Constitución de 2008, las personas y colectividades tienen el derecho al intercambio, adquisición y consumo de bienes y servicios que les permitan satisfacer sus necesidades básicas.³⁵¹

Dentro de los objetivos de la Política Económica, la cual busca dotar de una relación dinámica y equilibrada entre la sociedad, el estado y mercado, garantizando la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir, se incluye al incentivo de la producción nacional, la productividad y la competitividad sistemáticas a través de la acumulación y acceso al conocimiento científico y tecnológico que faculte al Estado a insertarse en la economía mundial, buscando el máximo nivel de producción y empleo sostenibles en el tiempo.³⁵² El objetivo de la política comercial del Estado busca evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten de cualquier manera al funcionamiento de los mercados³⁵³; el Estado tiene el deber de impulsar y velar por un comercio justo, garantizando los bienes y servicios de calidad al evitar las distorsiones de mercado para asegurar la transparencia y eficiencia de los mercados que se verifica a través de la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades para los participantes del mercado.³⁵⁴

Art. 335.- El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos.

El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal.³⁵⁵

Una vez analizados los principios constitucionales que fundamentan a la regulación y control del poder de mercado, es necesario pasar a analizar las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, que a través de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado como organismo público que se

³⁵¹ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 278. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008. Última modificación: 13 de julio de 2011.

³⁵² Constitución de la República del Ecuador. Artículo 283 y 284. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008. Última modificación: 13 de julio de 2011.

³⁵³ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 304. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008. Última modificación: 13 de julio de 2011.

³⁵⁴ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 336. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008. Última modificación: 13 de julio de 2011.

³⁵⁵ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 335. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008. Última modificación: 13 de julio de 2011.

encarga de la ejecución de las políticas mencionadas, actuando de acuerdo al principio de Especialidad al ser una Ley Orgánica y prevaleciendo sobre las normas de inferior jerarquía de acuerdo a lo previsto por el Artículo 425 de la Constitución del Ecuador. El Artículo 1 de la LORCPM se refiere al objeto de la promulgación de la presente Ley, estableciéndolo de la siguiente manera:

Art. 1.- Objeto.- El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible.³⁵⁶

En virtud del análisis del Artículo 1 de la LORCPM podemos establecer que la finalidad de la aplicación de este cuerpo normativo es velar por el adecuado funcionamiento de la economía de mercado, que se realiza a través de la regulación de las prácticas anticompetitivas que pueden causar distorsiones en el mismo, las cuales deben ser evitadas, erradicadas o sancionadas de acuerdo al caso concreto de la práctica en el mercado. En relación a las prácticas que implican un abuso de posición de dominio, estas están incluidas en primer lugar del objeto para el cual fue concebida la Ley precautelando que éstas no puedan verificarse en el mercado. La finalidad de la Ley es la existencia de mercados eficientes donde un comercio justo faculte el bienestar de consumidores, usuarios y competidores. El ámbito de la Ley determina que todos los operadores económicos, incluyendo a personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, actuales o potenciales tanto en el territorio nacional como aquellas que sean realizadas fuera de él pero sus efectos recaigan en el Ecuador, están sometidos a sus disposiciones legales.³⁵⁷

Los lineamientos para la regulación de la competencia de mercado y los principios de aplicación para las disposiciones legales pertinentes buscan desarrollar una política pública que implique el mejoramiento de las condiciones económicas de la sociedad entendida globalmente, asegurando una competencia efectiva en cada uno de los segmentos de mercado. Éstos están enumerados en el Artículo 4 de la Ley y se determina que han sido

³⁵⁶ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 1. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre de 2011.

³⁵⁷ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 2. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre de 2011.

creados en concordancia con la Constitución del Ecuador y demás normas jurídicas que conforman el ordenamiento jurídico de la República.

Art. 4.- Lineamientos para la regulación y principios para la aplicación.- En concordancia con la Constitución de la República y el ordenamiento jurídico vigente, los siguientes lineamientos se aplicarán para la regulación y formulación de política pública en la materia de esta Ley:

1. *El reconocimiento del ser humano como sujeto y fin del sistema económico.*
2. *La defensa del interés general de la sociedad, que prevalece sobre el interés particular.*
3. *El reconocimiento de la heterogeneidad estructural de la economía ecuatoriana y de las diferentes formas de organización económica, incluyendo las organizaciones populares y solidarias.*
4. *El fomento de la desconcentración económica, a efecto de evitar prácticas monopólicas y oligopólicas privadas contrarias al interés general, buscando la eficiencia en los mercados.*
5. *El derecho a desarrollar actividades económicas y la libre concurrencia de los operadores económicos al mercado.*
6. *El establecimiento de un marco normativo que permita el ejercicio del derecho a desarrollar actividades económicas, en un sistema de libre concurrencia.*
7. *El impulso y fortalecimiento del comercio justo para reducir las distorsiones de la intermediación.*
8. *El desarrollo de mecanismos que garanticen que las personas, pueblos y nacionalidades alcancen la autosuficiencia de alimentos sanos a través de la redistribución de los recursos como la tierra y el agua.*
9. *La distribución equitativa de los beneficios de desarrollo, incentivar la producción, la productividad, la competitividad, desarrollar el conocimiento científico y tecnológico; y,*
10. *La necesidad de contar con mercados transparentes y eficientes.*

Para la aplicación de la presente Ley se observarán los principios de no discriminación, transparencia, proporcionalidad y debido proceso.³⁵⁸ {Las cursivas son mías}

La importancia de lo establecido en el Artículo 3 de la Ley es también significativa para el Derecho de la Competencia, ya que establece que la aplicación de las regulaciones de Competencia será dada a la luz de la primacía de la realidad, en virtud de la cual la autoridad administrativa tiene la obligación de determinar la naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a su realidad y efecto económico particular en el mercado.³⁵⁹

³⁵⁸ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 4. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre de 2011

³⁵⁹ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 3. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre de 2011.

Dentro del Derecho de la Competencia es esencial la determinación de la verdadera naturaleza de las prácticas comerciales, debido a que es únicamente a través de este análisis que se puede identificar si estas efectivamente tienen la capacidad de afectar a la Competencia de mercado, o si por el contrario pueden implicar otros efectos una vez aplicadas a la realidad jurídica y económica del país.

Para proceder de acuerdo a lo mencionado y así poder permitir que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado adecuadamente analice la verdadera naturaleza de las conductas comerciales analizadas, la Ley determina los elementos que permiten encuadrar a las conductas en la tipificación legal. Debido a que toda conducta posiblemente anticompetitiva debe ser necesariamente realizada en un segmento de mercado y aplicada en el tránsito económico dentro del comercio, la Ley establece los elementos que conforman dicho mercado. Entre dichos elementos encontramos a lo establecido en el Artículo 5 de la Ley, que hace referencia al mercado relevante y la manera de determinarlo. Así, se establece que el mercado relevante debe ser determinado caso por caso y que éste está conformado por el mercado del producto o servicio, el mercado geográfico y las características relevantes de los grupos específicos que lo componen.³⁶⁰ En el desarrollo de este trabajo ya se analizó la vital importancia de la determinación adecuada del mercado relevante como elemento económico necesariamente coadyuvante para el establecimiento de la realidad eficaz de las prácticas en el mercado, así como sus efectos reales y los sujetos que las realizan.

Una vez determinado el mercado relevante de manera completa y específica se debe proceder a realizar un análisis del poder de mercado que detenta un operador específico sobre el mismo, para llegar a determinar si las decisiones adoptadas por el sujeto económicamente calificado con una posición de dominio pueden causar distorsiones en el mercado concurrencial. La Ley tipifica al poder de mercado en los siguientes términos:

Art. 7.- Poder de mercado.- Es la capacidad de los operadores económicos para influir significativamente en el mercado. Dicha capacidad se puede alcanzar de manera individual o colectiva. Tienen poder de mercado u ostentan posición de dominio los operadores económicos que, por cualquier medio, sean capaces de actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes, proveedores, consumidores, usuarios, distribuidores u otros sujetos que participen en el mercado.

³⁶⁰ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 5. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre de 2011.

La obtención o el reforzamiento del poder de mercado no atentan contra la competencia, la eficiencia económica o el bienestar general. Sin embargo, el obtener o reforzar el poder de mercado, de manera que impida, restrinja, falsee o distorsione la competencia, atente contra la eficiencia económica o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios, constituirá una conducta sujeta a control, regulación y, de ser el caso, a las sanciones establecidas en esta Ley.³⁶¹

La determinación de la detentación de una posición de dominio permite establecer adecuadamente el impacto que determinada conducta del sujeto económicamente calificado puede llegar a tener en el mercado concurrencial, generando elementos de fundamentación para que la autoridad administrativa pueda llegar a sancionar a la empresa dominante en caso de incurrir en prácticas abusivas que afecten a la competencia de mercado. Es importante tanto la determinación del mercado relevante como la de la posición dominante, pues las prácticas del sujeto económicamente calificado deben necesariamente llevarse a cabo en dicho mercado relevante y son esas prácticas abusivas las que están sujetas a un procedimiento administrativo cuando vulneran a la libre competencia del mercado en ese segmento particular. Vale recalcar que la mera detentación de una posición de dominio no implica ninguna ilegalidad, es el abuso hecho a través de prácticas restrictivas por parte del dominante la conducta sujeta a investigación y posible sanción.

El abuso de poder de mercado, tal y como está determinado en la LORCPM, está prohibido debido a que se considera que el operador económico dominante hace uso de su posición privilegiada sobre el mercado para realizar actos tendientes a la distorsión de la competencia de mercado, afectando a la eficiencia económica y a la libre competencia por incurrir en prácticas ilegales, causando beneficios mayores a los comunes de la práctica comercial en su favor.³⁶² La Ley establece una lista taxativa de las conductas que constituyen abuso de poder de mercado, entre las cuales podemos encontrar en su inciso octavo a la venta condicionada y la venta atada, las cuales deben ser injustificadas para ser abusivas.³⁶³

Para poder analizar a profundidad la determinación legal a la que nos hemos referido, es necesario revisar lo que establece el Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y

³⁶¹ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 7. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre de 2011.

³⁶² Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 9. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre de 2011.

³⁶³ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 9 numeral 8. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre de 2011.

Control del Poder de Mercado, que de conformidad a la Disposición Transitoria Quinta de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y a lo establecido en el numeral 13 del artículo 147 de la Constitución de la República del Ecuador, le correspondía al Presidente de la República dictarlo para la aplicación de las leyes y la buena marcha de la administración pública. El Artículo 1 del Reglamento establece su objeto, señalando que “El presente reglamento tiene por objeto establecer las disposiciones reglamentarias necesarias para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, que en lo sucesivo se denominará la Ley”.³⁶⁴

El análisis desarrollado en el presente trabajo nos lleva a centrar nuestra atención en el Artículo 6 del RLORCPM, que está dentro de la Sección primera referente al poder de mercado y los acuerdos y prácticas restrictivas. Este artículo se refiere al abuso de poder de mercado, tipificado en los Artículos 9 y 10 de la Ley, y establece las condiciones de aplicación de la norma. “**Art. 6.-** Abuso de poder de mercado.- Las conductas de abuso de poder de mercado tipificadas en los artículos 9 y 10 de la Ley no serán susceptibles de exoneración alguna, la acción de Estado, de conformidad con el artículo 28 y siguientes de la Ley, se sustentará en el interés público y el buen vivir”.³⁶⁵ Del análisis de lo que establece el reglamento encontramos una grave contradicción entre la aplicación de la Ley y lo establecido en el Reglamento, con respecto a la práctica de ventas atadas.

La Ley establece, como fue ya señalado, que las prácticas de ventas atadas y condicionadas están prohibidas cuando impidan, restrinjan, falseen o distorsionen a la competencia, afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general, cuando sean injustificadas.³⁶⁶ El Reglamento, por el contrario, establece que las conductas tipificadas en los artículos 9 y 10 de la Ley no serán susceptibles de exoneración alguna.³⁶⁷ Si la Ley establece que las prácticas de ventas atadas o condicionadas podrán ser susceptibles de justificación, a través de la cual quien las ha realizado pueda fundamentar motivadamente las razones económicas que le han llevado a realizarla, esto implicaría un motivo de excepción para la sanción por prácticas de vinculación abusivas que atenten

³⁶⁴ Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 1. Registro Oficial No. 697 de 07 de mayo de 2012. Última modificación: 05 de noviembre de 2012.

³⁶⁵ Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 6. Registro Oficial No. 697 de 07 de mayo de 2012. Última modificación: 05 de noviembre de 2012.

³⁶⁶ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 9 numeral 8. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre de 2011.

³⁶⁷ Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 6. Registro Oficial No. 697 de 07 de mayo de 2012. Última modificación: 05 de noviembre de 2012.

contra el mercado. En cambio el Reglamento señala que las conductas tipificadas en el Art. 9, en este caso las conductas de ventas atadas injustificadas, no serán susceptibles de exoneración alguna, entonces a través de una disposición reglamentaria se estaría contradiciendo a la Ley, dificultando o imposibilitando la adecuada aplicación de la misma.

En aplicación del principio constitucional que garantiza la existencia de un orden jerárquico de aplicación de las normas, nuestro análisis debe necesariamente referirse a la normativa constitucional en cuestión. El mecanismo legal técnico para poder solucionar el conflicto señalado consiste en la aplicación del principio de jerarquía normativa. Así, el Art. 425 de la Constitución vigente del Ecuador establece taxativamente el orden de aplicación de las normas y lo hace de la siguiente manera:

Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; *las leyes orgánicas*; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; *los decretos y reglamentos*; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.

La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.³⁶⁸ {Las cursivas son mías}

Esto nos permite concluir que el Artículo 6 del Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado es inaplicable, con respecto a la conducta de ventas condicionadas y atadas injustificadas únicamente, en virtud del principio constitucional de supremacía jerárquica y de la determinación establecida en la Ley, la misma que regula a la materia que nos ocupa de manera competente y exclusiva. De acuerdo a lo establecido en la Carta Magna del Ecuador, las autoridades administrativas deberán aplicar la norma jerárquicamente superior por el principio de jerarquía normativa; esto implica que las ventas condicionadas y las ventas atadas podrán ser susceptibles de justificación objetiva, a través de la cual ésta conducta puede evitar su prohibición por motivos de eficiencia económica adecuadamente fundamentados. Así también, consideramos necesaria la reforma del Artículo 6 del Reglamento a la LORCPM debido a

³⁶⁸ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 425. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008. Última modificación: 13 de julio de 2011.

que contraría una norma jerárquicamente superior, con la finalidad de establecer un mecanismo legal adecuado que faculte la correcta reglamentación de la norma.

3.3. Aplicación de la investigación al análisis de la normativa ecuatoriana

Una vez establecidos los elementos legales que regulan a la conducta de ventas atadas en el Ecuador, debemos aplicar la investigación realizada en la presente tesina para el análisis de su real alcance. Consideramos necesario analizar el tipo de normas existentes en la Ley de Regulación y Control del Poder de Mercado y en su Reglamento, estableciendo si las prácticas anticompetitivas serán investigadas y procesadas por medio de una Regla Per Se o una Regla de la Razón. El Artículo 3 de la LORCPM establece los parámetros que rigen la aplicación de la Ley en cuanto al mecanismo de análisis de las conductas para determinar su anti competitividad y efectos en el Mercado concurrencial, llamando a este proceder primacía de la realidad.

Art. 3.- Primacía de la realidad.- 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.³⁶⁹

Del análisis del artículo 3 podemos establecer que la LORCPM establece que la política de análisis e investigación de las conductas supuestamente anticompetitivas será realizado a través de una Regla de la Razón, en virtud de la cual se deben analizar todos los elementos que permitan a la autoridad determinar la afectación real de la práctica en el mercado en cuestión. Es así que las conductas serán investigadas tomando en cuenta la realidad del mercado, las características de las prácticas en específico y el efecto económico derivado de la aplicación de la conducta en el mercado concurrencial, buscando identificar de la manera más objetiva a las conductas anticompetitivas y su nivel de afectación. Así también, el análisis tal y como ha sido descrito permitiría determinar los posibles beneficios derivados de la práctica ya que al realizar una investigación detallada de sus efectos en el mercado se podría encontrar la existencia de elementos pro competitivos y eficiencias.

³⁶⁹ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 3. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre de 2011.

La investigación de las conductas se complementa con la determinación adecuada del mercado relevante en las que éstas causan sus efectos, razón por la que la identificación correcta del mismo es vital para el proceso administrativo. El Artículo 5 del mismo cuerpo normativo establece que para la determinación objetiva del mercado relevante se hará un análisis del mercado de producto o servicio, del mercado geográfico donde se da el intercambio comercial y de los sujetos económicos que participan, buscando así determinar sin lugar a dudas el mercado relevante en el cual deben analizarse las conductas, y que este análisis debe hacerse caso por caso, tomando en cuenta los elementos individuales y diferenciadores de cada situación.³⁷⁰ Además es importante tomar en cuenta que cada industria es distinta, por lo que el mercado relevante de una industria o segmento de mercado será necesariamente distinto del mercado relevante de otro segmento. Este artículo nos permite concluir que el análisis de mercado relevante se enmarca también en la aplicación de una investigación por Regla de la Razón.

Los Artículos 7 y 8 de la LORCPM también han sido redactados atendiendo al mismo principio de aplicación de una Regla de la Razón, en virtud de la que la determinación del poder de mercado deberá realizarse a través del cumplimiento de una serie de condiciones objetivas que reflejan su real existencia y aplicabilidad. Así la Ley determina que para atender contra la eficiencia económica o el bienestar general y distorsionar la competencia, la conducta debe ser realizada de una manera abusiva y dentro del mercado relevante determinado.³⁷¹ Para establecer la existencia de un abuso de posición dominante debe vulnerarse a los elementos establecidos en el artículo 8 de la Ley, estableciendo un procedimiento de determinación que consideramos adecuado.

En relación al abuso de poder de mercado, la norma cambia un poco el paradigma de análisis, ya que implementa una Regla Per Se para la determinación de las conductas prohibidas y sancionadas, por constituir un abuso del poder de mercado detentado y considerar que afectan negativamente a la eficiencia económica.³⁷² Las conductas establecidas como anticompetitivas por abuso de poder de mercado en la Ley de acuerdo a lo tipificado por el Art. 9 siguen una enumeración taxativa, lo cual se asemeja fuertemente

³⁷⁰ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 5. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre de 2011.

³⁷¹ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 7. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre de 2011.

³⁷² Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 9. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre de 2011.

a la Regla Per Se de sanción. Consideramos que, a pesar de contravenir lo establecido por la misma Ley con referencia a la aplicación de análisis razonado de todos los elementos de las conductas, de cierta manera es positiva la tipicidad así presentada, ya que limita la discrecionalidad que recae sobre la autoridad competente para la resolución y dota de una seguridad jurídica a los sujetos del Derecho de la Competencia. A manera de recomendación, consideramos necesaria la modificación de la redacción del artículo para no encerrarse en una sanción Per Se a las conductas en cuestión, sin embargo es positiva la tipificación de las mismas.

Cabe señalar que para la aplicación de la prohibición impuesta por el Art. 9 es imprescindible realizar el análisis previamente referido, así que se aplicará un procedimiento de análisis completo y objetivo de las conductas a través de la Regla de la Razón para determinar objetivamente si éstas encajan en el tipo jurídico establecido y pueden ser sancionadas. La Regla de la Razón debe aplicarse con mayor razón a industrias o mercados cuyo comportamiento resulta nuevo para la autoridad de control, ya que es necesario que ésta comprenda sus elementos al detalle para poder reglamentar adecuadamente la competitividad. En el caso del mercado de la alta tecnología digital, industria altamente dinámica y en constante evolución altamente tecnificada, la Regla de la Razón constituye el procedimiento idóneo para poder proceder a una objetiva sanción de las prácticas que podrían atentar contra los elementos individuales de la industria en cuestión.

Adicionalmente, lo analizado se complementa con el denominado criterio general de evaluación, establecido en el Reglamento a la Ley.

Art. 4.- Criterio general de evaluación.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, para determinar el carácter restrictivo de las conductas y actuaciones de los operadores económicos, analizará su comportamiento caso por caso, evaluando si tales conductas y actuaciones, tienen por objeto o efecto, actual o potencialmente, impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o atentar contra la eficiencia económica, el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios.

Tanto la Ley y el Reglamento establecen que el análisis de los procesos que deberán llevarse a cabo por parte de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado tienen que sustanciarse a través de la aplicación de una Regla de la Razón. Esta regla implica que los procesos deben necesariamente investigarse tomando en cuenta todos los elementos relacionados al mismo para lograr determinar objetiva y fundamentadamente la existencia de una práctica anticompetitiva, con relación a un mercado determinado, ejecutada por un

sujeto económicamente calificado con posición dominante en dicho mercado, y que debe causar efectos negativos en la competencia de mercado o afectar a la eficiencia económica. Consideramos a esta determinación adecuada para el análisis de procesos dentro del Derecho de la Competencia, ya que como se ha sustentado a lo largo de todo el trabajo, las autoridades que deben regular a la competencia de mercado no pueden remitirse simplemente al encajamiento de una conducta en la tipificación de la norma legal, sino que deben necesariamente analizar todos los elementos que conforman dicha conducta para poder establecer adecuadamente si es o no una práctica anticompetitiva que causa detrimento al mercado concurrencial y así poder sancionarla.

Hay que tomar en cuenta también que, como se ha demostrado a lo largo de la Tesina, no todas las prácticas que en un principio aparentan ser completamente anticompetitivas necesariamente causan efectos nocivos para el mercado en el que son aplicadas, ya que pueden derivarse efectos pro competitivos para el Mercado entendido de manera global. De acuerdo a la investigación presentada en este trabajo consideramos que la aplicación de la Regla de la Razón para el análisis de las conductas anticompetitivas dentro del Derecho de la Competencia es el mecanismo adecuado para asegurar la adecuada aplicación de la Ley a la economía de mercado. Todos los elementos o aristas de cada una de las conductas deben ser necesariamente analizados para poder determinar su naturaleza, y así establecer los efectos que la práctica causa en el mercado concurrencial.

Como se analizó en el subcapítulo sobre las eficiencias de mercado de las prácticas presuntamente anticompetitivas, es importante considerar la posibilidad de que la conducta tenga efectos que promuevan la competencia de mercado, generando eficiencias significativas en los consumidores y en los demás competidores dentro del segmento delimitado de mercado. El análisis de la autoridad de competencia no se puede limitar a la simple aplicación de la tipificación de la Ley, es necesario llegar al fondo del asunto y, tal como establece el proceso americano en contra de Microsoft Corporation, determinar la práctica con respecto a las eficiencias generadas objetivamente en el mercado y no aplicar simplemente un análisis de la demanda del producto atado como lo hace el proceso europeo, ya que se demostró que el sistema operativo Microsoft que no incluía el reproductor multimedia prácticamente no tuvo demanda ni acogida en el mercado; obviamente toda conducta que no justifique eficiencias será sancionada por ser anticompetitiva.

En relación al mercado de la alta tecnología digital, que es el elemento céntrico de nuestro análisis, la investigación de conductas competitivas en este segmento de mercado en cuestión debe ser realizada con un gran cuidado, detenimiento y objetividad. La industria de la alta tecnología digital tiene que ser analizada, tal y como se ha demostrado en la presente tesina, de acuerdo a parámetros altamente técnicos de integración con respecto a las ventas atadas. Consideramos que en el mercado de la alta tecnología digital se debe aplicar más aún el análisis de las conductas supuestamente restrictivas de la competencia de acuerdo a una Regla de la Razón, ya que la necesidad de establecer claramente los elementos adecuados y distintivos de la industria es imperativa. Al ser un segmento de mercado completamente dinámico y técnico, las investigaciones sobre elementos competitivos deben determinar profundamente la naturaleza de la práctica y así generar una convicción en la autoridad competente. Las prácticas de ventas atadas en el mercado de la alta tecnología digital deben necesariamente ser analizadas en virtud de las eficiencias que la vinculación puede causar en favor de los consumidores y de los demás competidores, ya que una atadura altamente técnica puede devenir en un producto complementario, estableciendo justificaciones objetivas para la necesidad de dicha atadura en criterios de eficiencias y desarrollo tecnológico.

El Ecuador como un país en vías de desarrollo, debe necesariamente realizar todos los esfuerzos tendientes a facultar e incentivar el crecimiento exponencial de la alta tecnología digital, tal y como todos los países desarrollados lo están haciendo. El mundo actual es absolutamente dependiente de la tecnología y todos los procesos productivos dependen de ella, razón por la que debe ser desarrollada y sustentada. Consideramos que el análisis de ventas atadas dentro del mercado de la tecnología debe aplicar de manera más estricta una investigación en virtud de la regla de la razón y enfocada en las eficiencias derivadas de la vinculación, ya que así se evitará sancionar ataduras eficientes y prometedoras para el desarrollo de nuestro país. Por tanto, se debe reformar el Art. 6 del Reglamento a la LORCPM con el fin de evitar malinterpretaciones que puedan causar un detrimento a la competencia. De igual manera, es fundamental que la autoridad de control tome como referente el caso americano para el análisis de posibles infracciones a la competencia en mercados de tecnologías, en especial en lo referente a ventas atadas. Sustentamos esta postura puesto que consideramos que la posición de la Corte americana va de la mano con el dinamismo de la industria de tecnología, lo que permite que su fallo se ajuste a los requerimientos del mercado, generando así un incentivo en el desarrollo tecnológico.

4. CONCLUSIONES

El Derecho de la Competencia es una rama jurídica que ha sufrido un incremento significativo en cuanto a su importancia en los últimos años, debido a la necesidad estatal de regular los mercados nacionales y garantizar su competitividad. La libre competencia de mercado es el bien jurídico protegido, que se busca garantizar como medio para la consecución de mercados eficientes y dinámicos. En el Ecuador la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado fue promulgada recién en 2011, por lo que nos encontramos en su etapa de desarrollo. Consideramos imprescindible su crecimiento para facultar la existencia de mejores condiciones de mercado que coadyuven con el crecimiento de la Economía nacional. El trabajo aquí planteado busca colaborar con la evolución de la regulación de la Competencia, a través del análisis del tema particular de las ventas atadas.

La Superintendencia de Control del Poder de Mercado es el ente administrativo que se encarga de la aplicación de la LORCPM y por ende de la regulación del mercado de acuerdo al ordenamiento jurídico ecuatoriano. El organismo de control se encuentra en una fase de crecimiento, estableciendo e implementando las directrices de la aplicación normativa a través de sus primeras resoluciones. Consideramos que este estudio podría contribuir a la clarificación de los criterios que permitan dar un tratamiento legal adecuado ante la ocurrencia de prácticas de ventas atadas, generando elementos jurídicos que permitan implementar los mecanismos más apropiados para la mejor interpretación y aplicación de la Ley, favoreciendo el crecimiento de los mercados.

La investigación aquí planteada ha buscado fijar los elementos característicos que componen a las prácticas de vinculación comercial o ventas atadas, apuntando a la clarificación de la naturaleza y las particularidades que pueden presentarse. La delimitación del problema jurídico nos lleva a analizar a las ventas atadas realizadas en el mercado de la alta tecnología digital, ya que creemos que la industria informática reviste una importancia manifiesta con respecto a los distintos mercados que conforman a la economía nacional. La implementación de herramientas digitales en cada uno de los aspectos de la economía nacional es paradigmática, así como lo es en la vida de cada persona, ya que la tecnología gobierna a la sociedad moderna generando eficiencias. Por ende, hemos considerado pertinente y coyuntural al tema de esta tesina, buscando colaborar con el progreso del Derecho de la Competencia en el Ecuador.

A través del presente estudio de investigación se ha buscado determinar individualmente cada una de las conclusiones obtenidas de acuerdo al tema tratado, sin embargo es importante reforzar las mismas para obtener conclusiones generales del análisis del tema que nos ocupa. Las conclusiones aquí planteadas son una consecuencia lógica a la línea argumentativa desarrollada, buscando acentuar los principales elementos del análisis y aplicarlos a la realidad del Ecuador. Cada uno de los capítulos ha buscado referirse a temas vitales para la adecuada fundamentación de los puntos tratados, estableciendo los mecanismos de resolución para el problema jurídico planteado.

El primer capítulo de la tesina desarrolla los conceptos generales necesarios para la comprensión cabal del Derecho de la Competencia y sus particularidades. Nuestra intención ha sido la de dotar al lector de los elementos necesarios para la adecuada comprensión de la magnitud del tema planteado. Se ha buscado establecer los principios fundamentales que integran el Derecho de la Competencia y la importancia de la regulación del mercado concurrencial. El bien jurídico protegido es la libre competencia, elemento que debe ser precautelado a toda costa con el fin de asegurar el adecuado desenvolvimiento de los mercados que conforman la Economía del Ecuador. Resulta fundamental la determinación de los fines a los cuales sirve la regulación del mercado ya que así se puede comprender como es necesaria la intervención del Estado cuando las fuerzas del mercado, instrumentadas a través de la competencia de cada segmento, no pueden autorregularse. La intervención estatal debe ser mínima en la medida de lo posible, pero consideramos necesaria para garantizar el adecuado desenvolvimiento de los mercados frente a distorsiones que pueden afectarles.

Entre los elementos que se han descrito y analizado a profundidad podemos encontrar al abuso de posición de dominio de mercado como una práctica anticompetitiva que puede causar un detrimento a la competencia de mercado. Para incurrir en un abuso de posición de dominio de mercado es necesario que el operador esté calificado con la condición de dominancia. La detentación de una posición dominante no es sancionable por sí misma, pero el aprovechamiento de la misma con finalidades anticompetitivas si lo es, generando un abuso de posición dominante. Para poder determinar la dominancia de un operador, es requisito elemental la identificación del mercado relevante en la que ésta se detenta, analizando a la competencia efectiva y las acciones adoptadas por quien domina el segmento determinado. Una vez calificada la posición de un operador dominante de un

mercado de referencia es necesario proceder a la investigación objetiva de las conductas o prácticas realizadas que suponen un abuso de posición dominante.

Las ventas atadas están tipificadas en el Art. 9 numeral 8 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. El articulado establece que las ventas atadas injustificadas están prohibidas y serán sancionadas. Nuestro trabajo busca demostrar como las ventas atadas deben ser investigadas a través de un procedimiento exhaustivo que tome en consideración todos los elementos de las que están compuestas, para así poder determinar en última instancia si existe una justificación objetiva que evite su sanción o si deben ser reprimidas por constituir un abuso real de posición de dominio. Como mecanismos de análisis se ha tomado en cuenta las doctrinas aplicadas por el Derecho de Competencia mundial, que son la Regla Per Se y la Regla de la Razón. La aplicación de una doctrina o la otra dependerá de la conducta investigada, razón por la que en el caso de este estudio debemos analizarla de acuerdo a las prácticas de ventas atadas realizadas en el mercado de la alta tecnología digital.

El Derecho de la Competencia mundial goza de una evolución significativamente mayor en los países más desarrollados, razón por la cual el capítulo segundo de la tesina está dedicado al estudio del caso Microsoft. Los procesos sustanciados en contra de Microsoft Corporation sobre las ventas atadas en el mercado de la alta tecnología digital constituyen precedentes jurisprudenciales reconocidos en el Derecho de la Competencia a nivel mundial. Se ha considerado que el análisis de los elementos discutidos en cada uno de los procedimientos, tanto a nivel norteamericano como europeo, permite establecer los criterios más adecuados para la comprensión de la industria y sus prácticas, aplicándolos al Ecuador.

Las resoluciones tomadas en cada uno de los casos son distintas, por lo que se han analizado los principios jurídicos utilizados, los elementos de análisis y la fundamentación de las sentencias para extraer criterios uniformes y objetivos que permitan desarrollar la aplicación de la Ley en el Ecuador de mejor manera, con miras a la futura ocurrencia de casos similares. Este estudio busca argumentar el análisis legal realizado en cada uno de los casos y la manera en que fue concebido, con la finalidad de considerar las mejores experiencias aplicables a la conducta de vinculación en la industria de la alta tecnología, adoptando los elementos positivos para su incorporación al caso ecuatoriano.

El estudio de los casos nos permite emprender un acercamiento hacia el criterio de análisis que fundamenta la mejor aplicación de los preceptos contenidos en el Derecho de

la Competencia a los casos de vinculación realizada en la industria de la tecnología informática. Consecuentemente, logramos establecer que el test idóneo para la investigación de prácticas anticompetitivas en el segmento de mercado que hemos delimitado es el enfoque de la Regla de la Razón. La doctrina de la Regla de la Razón busca implementar criterios de análisis que engloban la totalidad de las circunstancias y elementos integrales de las prácticas de vinculación o ventas atadas, tomando en cuenta a las características individuales del mercado, de los competidores y de los consumidores de los bienes y servicios ofertados. Adicionalmente, consideramos que la aplicación de la doctrina permite determinar objetivamente la afectación a la competencia de mercado o en su defecto la existencia de beneficios pro competitivos y eficiencias derivadas de una integración tecnológica.

Luego, el capítulo tercero de nuestro estudio se enfoca en el análisis de las eficiencias derivadas de la vinculación tecnológica y la aplicación de la legislación ecuatoriana a las ventas atadas. Nuestra investigación establece que las prácticas de vinculación en el mercado de la alta tecnología digital difieren de las tradicionales ventas atadas, por la industria en las que son utilizadas. El mercado de la alta tecnología digital presenta particularidades que le hacen diferir de los demás mercados, obligando al ente regulador a realizar un análisis detallado de los elementos que lo conforman para poder discernir sobre la existencia de distorsiones a la competencia por prácticas supuestamente anticompetitivas. El dinamismo, evolución y tecnicidad de este mercado hace que las ventas atadas en él realizadas tengan una naturaleza distinta a la concepción tradicional. Debido al mercado relevante de nuestro análisis, consideramos fundamental que una investigación del ente regulador implique la adopción de la doctrina de la Regla de la Razón, por ser el único mecanismo que permitirá determinar objetivamente los elementos de la industria en cuanto a su naturaleza. La aplicación de la Ley debe responder a la realidad del mercado, por lo que no se la puede aplicar sin estudiar exhaustivamente sus características.

En relación a las prácticas de vinculación en el mercado de la alta tecnología digital, se demuestra que la integración de componentes responde a funcionalidades integradas, que requieren de su existencia conjunta para facultar el adecuado funcionamiento de un producto complejo. Los productos compuestos de esta industria incluyen la integración de una amplia gama de componentes que solamente al trabajar de manera conjunta pueden causar la funcionalidad adecuada. Nuestro estudio demuestra que en la industria de la

tecnología las prácticas de vinculación difieren de las prácticas de ventas atadas tradicionales, ya que responden a criterios objetivos de integración funcional, que puede ser demostrada. Así, la aplicación de la Ley a estas prácticas debe ser correctamente enfocada para su adecuada regulación. La integración tecnológica de componentes vinculados responde a criterios técnicos y su oferta conjunta al mercado debe ser entendida como un producto individual, ya que su funcionamiento es interdependiente.

La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado establece adecuadamente que las conductas de ventas atadas serán sancionadas siempre y cuando sean injustificadas. Esto implica que a criterio del legislador pueden ser justificadas y por ende estar exentas de sanción. Se analizó también el Reglamento a la LORCPM y se determinó que la disposición del Art. 6, en lo referente a las ventas atadas debería ser derogada por contravenir la propia Ley, ya que prescribe la imposibilidad de causales de excepción en las prácticas tipificadas en el Art. 9 de la Ley. De acuerdo a la disposición constitucional referente a la jerarquía normativa en el Ecuador, hemos sustentado esta afirmación, ya que el reglamento contradice lo prescrito en la Ley.

Es importante señalar que la LORCPM en su cuerpo normativo adecuadamente ha establecido la primacía de la realidad para todas las investigaciones realizadas por el ente regulador, lo que consideramos adecuado. Así, el planteamiento de nuestro trabajo va de la mano con lo establecido en la Ley, pues aseveramos la necesidad de aplicación de un criterio basado en la Regla de la Razón para la investigación de todas las conductas anticompetitivas que puedan causar efectos nocivos en el mercado, dando a la primacía de la realidad de las conductas en el mercado un lugar principal dentro de la finalidad del análisis. Consideramos que la aplicación de este criterio faculta la adecuada aplicación de la Ley a la realidad comercial del Ecuador, incentivando así el comercio y la producción.

Para concluir, consideramos que se ha cumplido con la demostración del problema jurídico planteado para este estudio, fundamentando la manera en que debe ser solucionado y emitiendo un mecanismo idóneo para hacerlo. Consecuentemente, consideramos que las ventas atadas realizadas a través de la integración funcional en la industria de la alta tecnología digital deben ser analizadas por el ente regulador de manera detallada y exhaustiva debido a que su naturaleza es única. La vinculación tecnológica, lejos de causar efectos anticompetitivos en el mercado, provoca efectos pro competitivos que favorecen al libre mercado y al desarrollo, y genera eficiencias significativas en los consumidores. Los efectos pro competitivos generados por la vinculación tecnológica facultan el crecimiento,

desarrollo y tecnificación de la industria nacional, generando beneficios en la malla productiva nacional y favoreciendo el desarrollo del Ecuador.

Por ende, las prácticas de ventas atadas en el mercado de la alta tecnología digital pueden justificarse en criterios de integración funcional, generando eficiencias en los consumidores y efectos pro competitivos en el mercado. La investigación de las prácticas a las que nos referimos requiere que el organismo de control aplique criterios exhaustivos de análisis de la práctica en cuestión, del mercado relevante por la industria, de la competencia efectiva de mercado; y que establezca los efectos derivados aplicables al mercado y su competencia de manera objetiva y real, utilizando el criterio de la Regla de la Razón para garantizar la primacía de la realidad en la aplicación de la Ley. Es a través del procedimiento mencionado que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá realizar investigaciones idóneas que garanticen la consecución de un mercado dinámico y eficiente, como prescribe la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

En el Ecuador no ha habido hasta el momento ni un solo proceso por ventas atadas y menos en un mercado como el de la alta tecnología digital, razón por la cual el ente regulador debe adoptar los criterios establecidos en casos trascendentales de la jurisprudencia mundial como referencia, para determinar las líneas de acción que faculten una adecuada resolución en el caso de la ocurrencia de un caso similar a MS en el Ecuador, estudiando y comprendiendo al mercado de la alta tecnología digital de acuerdo a su real naturaleza. Los casos Microsoft nos han permitido inteligenciar este análisis y poder establecer que la Regla de la Razón es el criterio adecuado para poder investigar de manera exhaustiva las conductas anticompetitivas, tomando en cuenta cada uno de sus elementos y dotando de una aplicabilidad práctica y efectiva a la subsunción de la Ley al caso concreto. No está demás señalar que una visión limitada y restrictiva del Derecho de la Competencia es contraria al desarrollo de los mercados, pues desincentiva la inversión y el éxito empresarial, sancionando la eficiencia.

A manera de síntesis, entendemos la importancia del presente estudio es determinar o establecer un procedimiento idóneo para la sustanciación del análisis por prácticas de ventas atadas en el mercado de la tecnología digital, utilizando como base la LORCPM y su Reglamento. Se ha buscado establecer que cualquier análisis de una práctica de ventas atadas debe seguir un procedimiento adecuado que determine efectivamente las consecuencias jurídicas y reales de la práctica en cuestión. El procedimiento debería

llevarse en virtud de los principios de la Regla de la Razón americana, aplicando este test para la determinación de la afectación de mercado por la conducta analizada. Finalmente, el análisis debería recaer en la determinación de existencia de eficiencias a favor de los consumidores por la vinculación tecnológica, entendiendo si la vinculación se justifica por criterios altamente técnicos o es injustificada.

Una vez determinada la justificación de la atadura y las eficiencias derivadas de esta, debe establecerse si la vulneración a la competencia causada por el abuso a la posición de dominio de mercado es más grave que el beneficio que generan las eficiencias de la vinculación tecnológica en los consumidores y en el mercado, ponderando ambas conductas. Así se puede regular de manera adecuada, objetiva y real al mercado de las tecnologías digitales. Para la autoridad de control es vital establecer un procedimiento que incluya una investigación profunda de la conducta, el mercado relevante, la finalidad de la atadura, los elementos tecnológicos como posible justificación objetiva de la vinculación, la existencia o inexistencia de eficiencias y la afectación real al mercado derivado de un análisis económico, resultando en sentencias de altura.

Bibliografía

- Abanto Vásquez, Manuel. *El derecho de la Libre Competencia*. Lima: Editorial San Marcos, 1997.
- Armentano, Dominick. *Antitrust and Monopoly*. Second Edition. The Independent Institute: Oackland, 1990.
- Barzallo, José Luis. “Introducción”. *Régimen de Competencia*. Juan Carlos Riofrío y Marcelo Marín (Coords.). Quito: Universidad de los Hemisferios y Corporación de Estudios y Publicaciones CEP, 2013.
- Bellis, Jean-Francois. “The Commission’s *Microsoft* Tying Case: Implications for Innovation Throughout the High-Technology Sector”. *The Implications of the CFI Decision in Microsoft for Tying and Compulsory Licensing*. Chicago: The American Bar Association Section of Antitrust Law and the ABA Center for Continuing Legal Education, 2007.
- Cabanellas de las Cuevas, Guillermo. *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*. Tomo II. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2005.
- Calzada, Gabriel. *Sherman y el origen liberticida de las políticas antimonopolio*. <http://www.juandemariana.org/comentario/142/sherman/origen/liberticida/politicas/antimonopolio/> (Acceso: 20/01/2014).
- Cerda Becker, Felipe. “El mercado relevante como marco de referencia para un análisis de Competencia: Experiencia nacional y comparada en el sector supermercados”. Paulo Montt Rettig y Nicole Nehme Zalaquett (Coords). *Libre Competencia y Retail, un análisis crítico*. Santiago: Abeledo Perrot Legal Publishing, 2010.
- Coloma, Germán. *Defensa de la Competencia. Análisis económico comparado*. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2003.
- Colombani, Antoine and Marisa Gonzalez. *Antitrust: Commission fines Microsoft for non-compliance with browser choice commitments*. Brussels, 6 march 2013. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-196_en.htm (Acceso: 05/05/2013).
- Cortázar Mora, Javier. *Curso de Derecho de la Competencia (Antimonopolios)*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana y Editorial Temis, 2011.

- Delgado, Juan y Eva Farraz. “Política de competencia, política industrial y campeones...”. *El Derecho de la Competencia en tiempos de crisis*. Santiago Martínez Lage y Amadeo Petibó Juan (Directores). Madrid: Marcial Pons, 2010.
- Diccionario de Administración y Finanzas*. Carlos Gispert (Dir.) Barcelona: Océano Grupo Editorial.
- Díez Estella, Fernando. *Algunas consideraciones en torno a la Comunicación sobre Definición de mercado relevante de la Comisión Europea y las Merger Guidelines del Departamento de Justicia de EEUU*. “Cátedra Fundación ICO-Nebrija de Derecho y Economía de la Competencia. Madrid: Fundación ICO, 2002.
- Dromi, Roberto. *Competencia y Monopolio: Argentina, Mercosur y OMC*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999.
- Duhaime, Lloyd. *Per Se Doctrine*.
<http://www.duhaime.org/LegalDictionary/P/PerSeDoctrine.aspx> (acceso: 09/06/2014).
- Economía Planeta diccionario enciclopédico*. Rafael Martínez Cortiña (Dir.). Tomo VI. Barcelona: Editorial Planeta, 1980.
- E-conomic *Definición de ley de oferta y demanda*.. <http://www.e-conomic.es/programa/glosario/definicion-ley-oferta-demanda> (acceso: 26/03/2014).
- Economides, Nicholas. *The Microsoft Antitrust case*. New York University, 2001.
- Ezrachi, Ariel. *EU Competition Law. An analytical guide to the leading cases*. Hart Publishing: Portland, 2012.
- Federal Trade Commission. *The Antitrust Laws*. . <http://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/antitrust-laws> (Acceso: 21/01/2014).
- Fernández-Lerga Garralda, Carlos. *Derecho de la Competencia; Comunidad Europea y España*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 1994.
- Fine, Frank L. “The implications of the cfi decision in *microsoft*: An introduction to the aba teleseminar of october 1, 2007”. *The Implications of the CFI Decision in Microsoft for Tying and Compulsory Licensing*. Chicago: The American Bar Association Section of Antitrust Law and the ABA Center for Continuing Legal Education, 2007.

- Flint, Pinkas. *Tratado de Defensa de la Libre Competencia*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002.
- Font Galán, Juan Ignacio y Luis María Miranda Serrano. *Estudios de Derecho de la competencia*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2005.
- García Machmar, William. *Manual de la Libre Competencia*. Santiago: Thomson Reuters Puntotex, 2010.
- García Pérez, Rafael. *Ley de Competencia Desleal*. Pamplona: Thomson Aranzadi, 2008.
- García, Vilma. “Qué es la Microeconomía?”. *Coyuntura Económica*. <http://coyunturaeconomica.com/economia/microeconomia>. (Acceso: 21/02/2014).
- Genakos, Uwe and Van Reenen, *The European Commission versus Microsoft; competition policy in high-tech industries*. CentrePiece summer 2007. PDF.
- Gheringer, Edward. *US vs. Microsoft; why was the Antitrust case brought up against Microsoft?* <http://ethics.csc.ncsu.edu/commerce/anticompetitive/dominance/microsoft/study.php> (acceso: 30/04/2013).
- Gilbert, Richard J. and Michael L. Katz. “An Economist's Guide to U.S. v. Microsoft”. *Journal of Economic Perspectives*-Volume 15, Number 2-Spring 2001-Pages 25-44. <http://www.jstor.org/stable/2696590> (Acceso: 29/03/2014).
- Ginebra Serrabou, Xavier. *El derecho de la competencia en tiempos de crisis*. México, D.F.: Editorial Porrúa S.A., 2011.
- Guillén Caramés, Javier. *Libre competencia y estado autonómico*. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- Gutiérrez, Inmaculada y Atilano Jorge Padilla. “Economía de la Competencia”. *Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España*. Beneyto, J.M (Dir.) Tomo I. Editorial Bosch, 2005.
- Herrero Suárez, Carmen. *Los contratos vinculados (Tying agreements) en el Derecho de la Competencia*. Madrid: La Ley, 2006.

- Hesse, Renata. “Contrasting Approaches to Bundling and Refusals: Greater Divergence Between the U.S. and EU after the CFI’s Decision in *Microsoft*?” *The Implications of the CFI Decision in Microsoft for Tying and Compulsory Licensing*. Chicago: The American Bar Association Section of Antitrust Law and the ABA Center for Continuing Legal Education, 2007.
- Legal Information Institute Cornell University Law School. *Tying arrangement*. http://www.law.cornell.edu/wex/tying_arrangement (acceso: 29/05/14).
- Legal Information Institute. Cornell University Law School. *Antitrust*. <http://www.law.cornell.edu/wex/antitrust> (acceso: 29/05/2013).
- López, José. “Mercado Relevante”. <http://procompetencia.gov.do/es/promocion/cultura/glosario/mercado-relevante.html>. (Acceso: 18 de noviembre de 2012).
- Ortíz Blanco, Luis et al. *Manual de derecho de la competencia*. Madrid: Tecnos, 2008.
- Pace, Lorenzo Federico. *Derecho Europeo de la Competencia: prohibiciones antitrust, control de las concentraciones y procedimientos de aplicación*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2007.
- Quaglia, Marcelo Carlos. *Grupos de empresas, defensa de la Competencia y derechos del consumidor*. Buenos Aires: La Ley S.A., 2002.
- Quinn, Gene. *Antitrust Law Basics: A primer o patent and copyright misuse*. <http://www.ipwatchdog.com/2011/11/17/antitrust-law-basics-a-primer-on-patent-and-copyright-misuse/id=20458/> (acceso: 09/06/2014).
- Real Academia Española. (2013). *Diccionario de la lengua española* (22. Ed). Consultado en <http://lema.rae.es/drae/?val=competencia>.
- Rengifo García, Ernesto. *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*. Segunda Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.
- Ten Kate, Adriaan. “El concepto de Mercado relevante...”. http://www.competenciaeconomica.com.mx/articulos/Mercado_relevante_Adriaan_Ten_Kate.pdf. (Acceso: 28/05/2014).

The Sullivan Group. *The Per Se and Rule of Reason Analysis*.

https://www.thesullivangroup.com/risk_resources/antitrust/antitrust_4_per_se.asp

(acceso: 09/06/2014).

Trott, Bob. *What if Microsoft loses the antitrust case? Justice department quietly considers potential remedies.* CNN.

<http://edition.cnn.com/TECH/computing/9902/19/whatif.idg/> (acceso: 05/05/2013).

Velandia, Mauricio. *Derecho de la Competencia y del Consumo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.

Vinje, Thomas. "The European Court of First Instance's Judgment in Microsoft". *The Implications of the CFI Decision in Microsoft for Tying and Compulsory Licensing*. Chicago: The American Bar Association Section of Antitrust Law and the ABA Center for Continuing Legal Education, 2007.

Whelan, Anthony. "Brief reflection on EU competition policy and the Microsoft case". *The Implications of the CFI Decision in Microsoft for Tying and Compulsory Licensing*. Chicago: The American Bar Association Section of Antitrust Law and the ABA Center for Continuing Legal Education, 2007.

Whinston D., Michael. "Exclusivity and Tying in U.S. v. Microsoft: What We Know, and Don't Know". *American Economic Association. The Journal of Economic Perspectives, Vol. 15, No. 2. (Spring, 2001), pp. 63-80.* <http://www.jstor.org/stable/2696592> (Acceso: 29/03/2014).

Whish, Richard. *EU Competition Law*. Masters in EU Competition Law 2012/2013, Postgraduate diploma. Unit 3. Kings College London: London, 2012.

Zuluaga, Marco Aurelio. "La perspectiva colombiana de la promoción de la competencia." *Derecho de la Competencia*. Velilla, Marco (ed.). Bogotá: El Navegante Editores, 1998.

Jurisprudencia

Court of First Instance (Grand Chamber) for the European Commission. *Microsoft v. Commission*. Judgment of the court in the Case T-201/04. 17 September 2007. <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30db41495f6cab8a4d84b59abf3971d9cd12.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuLax50?text=&docid=62940&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=861990> (Acceso: 30/04/2013).

Court of First Instance of the European Communities (Grand Chamber). *Microsoft v Commission*. Case T-201/04. Judgment of the Court. 17 September 2007.

Court of First Instance of the European Communities. Press Release no. 63/07. *Microsoft Corp. v Commission of the European Communities*. Judgment of the Court of First Instance in Case T-201/04. Luxembourg: 17 September 2007.

European Communities Court of Justice. *United Brands Company and United Brands Continentaal BV v Commission of the European Communities. - Chiquita Bananas.* – Case No. 27/76. Judgment of the Court. 14 February 1978.

Supreme Court of the United States. *Broadcast Music, Inc. et al. v. Columbia Broadcasting System Inc. et al.* No. 77-1578. April 17, 1979.

Supreme Court of the United States. *Continental Inc. et al. v. GTE Sylvania Inc.* No. 76-15. June 23, 1977.

Supreme Court of the United States. *Matsushita Electric Industrial Co. et al. v. Zenith Radio Corp. et al.* No. 83-2004. March 26, 1986.

U.S. Department of Justice. Press Release of September 17, 2007. http://www.usdoj.gov/atr/public/press_releases/2007/226070.htm

United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit. *USA v. Microsoft*. No. 00-5212, Consolidated with 00-5213. June 28, 2001.

United States District Court For the District of Columbia. *United States v. Microsoft Corporation*. Civil Action No. 98-1232 (CKK). Final Judgment (November 12, 2002). <http://www.justice.gov/atr/cases/f200400/200457.htm>

United States District Court For the District Of Columbia. *United States and the State of New York v. Microsoft Corporation*. Civil Action No. 98-1233 (TPJ). “Tying”, Conclusions of Law. <http://www.justice.gov/atr/cases/f218600/218633.htm>

United States District Court For the District of Columbia. *United States of America v. Microsoft Corporation*. No. 00-5212, Consolidated with 00-5213. Lexis. February 27, 2001 (Argued); June 28, 2001 (Decided).

US Court of Appeals for the District of Columbia. *United States v. Microsoft*. No. **253** F.3d 34; 346 U.S. App. D.C. 330; 2001 U.S. App. LEXIS 14324; 2001-1 Trade Cas. (CCH).

Plexo Normativo

Comunidad Andina de Naciones, Decisión 608.

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008. Última modificación: 13 de julio de 2011.

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

Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Registro Oficial No. 697 de 07 de mayo de 2012. Última modificación: 05 de noviembre de 2012.

Sherman Act (Estados Unidos). July 2, 1890, ch. 647, 26 Stat. 209, 15 U.S.C. §§ 1–7.

Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea y Tratado de la Unión Europea (2006).

Anexo 1: Oferentes y demandantes concurrenciales

Para la adecuada determinación de las partes que concurren o participan en un mercado segmentado, y así poder realizar un análisis adecuado del mismo, es necesario definir con claridad a la oferta, a la demanda y al libre juego de estas prácticas económicas en el mercado. Al ser la Economía una Ciencia que coadyuva de manera relevante y necesaria con el Derecho de la Competencia, es imprescindible tomar en cuenta sus principios y elementos para un adecuado análisis Antitrust.

Definición y alcance de la oferta

Se entiende comúnmente a la oferta de mercado como el fenómeno económico a través del cual varios productores de determinados bienes o servicios ponen a disposición de los consumidores su producción, con el fin de venderlos y así satisfacer las necesidades de los consumidores, de lo cual se derivan sus beneficios económicos por dicho proceso productivo³⁷³. La importancia de la oferta radica en que ésta implica una determinada cantidad de productos que pueden ser negociados efectivamente en un mercado determinado, dependiendo de las preferencias expresadas por los consumidores a través de sus decisiones adquisitivas.

El jurista Mauricio Velandia nos presenta un concepto de oferta, a través del cual busca precisar los elementos que la conforman e instrumentan, para así poder comprender dicho fenómeno económico. Así, el autor señala que:

La oferta es la relación entre el precio y la cantidad ofrecida. La oferta indica qué tantos bienes el productor está dispuesto y puede ofrecer a la venta por período a cada uno de los posibles precios (...), así, a más bajo precio menor es la cantidad ofrecida, así como a mayor precio mayor será la cantidad ofrecida³⁷⁴.

Velandia determina que la oferta de mercado radica en la relación existente entre el precio de venta al público que se establece para un bien o servicio particular y la cantidad ofrecida del mismo. En virtud de dicha interdependencia, se infiere que el ofertante, productor o quien presta determinado servicio, toma una decisión sobre la cantidad de bienes que entregará al consumidor en un momento específico a cambio de una contraprestación económica pactada. La venta o destino del bien o servicio dependerá del precio pactado por comprador y vendedor, en un espacio temporal y en un mercado determinado.

³⁷³ Definición de ley de oferta y demanda. E-conomic. <http://www.e-conomic.es/programa/glosario/definicion-ley-oferta-demanda> (acceso: 26/03/2014).

³⁷⁴ Velandia, Mauricio. *Derecho de... Óp. Cit.* Pp. 29

Por otro lado, la definición económica de oferta establece que ésta se puede definir como la “cantidad de un bien o servicio que entra en el mercado a un precio dado en un período de tiempo determinado”.³⁷⁵ Dentro de los elementos de la referida definición podemos encontrar al precio de venta y al transcurso del tiempo, los cuales son de recurrencia imprescindible para la configuración adecuada de una oferta de mercado. Esto se debe a que la cantidad de bienes y servicios ofertados tiene una dependencia directa al valor por el cual estos van a ser negociados; a mayor precio, mayor será la cantidad de bienes ofertados. Así mismo, se determina que cuando el período de tiempo es más amplio, la cantidad de empresarios que buscan ofertar su producción será mayor, ya que éstos quieren beneficiarse de las variaciones del precio por el producto, lo que puede llevarles a obtener mayores beneficios económicos.

Las empresas se encargan de producir bienes o servicios que venden o prestan a los consumidores a cambio de una contraprestación económica. Para ello, deben decidir qué factores productivos combinar para producir una cantidad de producto determinada maximizando sus beneficios, o de manera equivalente, minimizando sus costes.³⁷⁶

La participación de mercado de las empresas tiene una finalidad, que es la obtención de réditos económicos adecuados en relación al esfuerzo productivo realizado. El comercio es una actividad que tiene un objetivo fundamental que es el desarrollo económico de quienes lo ejercen; nadie realiza una actividad económica sin que ésta le resulte significativamente onerosa. Los productores invierten capital, conocimiento y tiempo en sus productos, con la finalidad de que el resultado de su esfuerzo productivo sea un bien o servicio de calidad del cual poder obtener beneficios económicos y utilidades derivadas de su venta.

Adicionalmente, es necesario tomar en cuenta la existencia de restricciones del mercado, que son aquellas impuestas por la demanda y la existencia de otros competidores que buscan colocar de igual manera sus productos en el mercado. Un adecuado esfuerzo productivo realizado por un oferente, instrumentado a través de un análisis objetivo de los requerimientos del mercado en cuestión, se ve reflejado en la eficiencia o rentabilidad que determinada actividad de producción de bienes o servicios derive en la contabilidad de una empresa. Así, la eficiencia nos permite determinar la existencia de un producto cuya calidad implique un proceso de producción al menor coste posible y una satisfacción palpable de los bienes mejor valorados por los consumidores.

³⁷⁵ “Oferta”. *Economía Planeta...Óp. Cit.* Tomo VII. Pp. 204.

³⁷⁶ Gutiérrez, Inmaculada y Atilano Jorge Padilla. “Economía de la Competencia”. *Tratado de... Óp. Cit.* Pp. 12.

No hay que perder de vista la existencia de elementos variables que modifican la oferta, entre los cuales se destacan los cambios en la tecnología de punta, la variación de precios de los bienes y servicios que satisfacen las necesidades actuales de los consumidores en cada segmento de mercado y la competencia efectiva que se verifique en cada segmento de mercado. En relación a uno de los factores mencionados, Velandia señala lo siguiente: “cambio en la tecnología: ya que hace más eficiente la operación. En tal sentido, las empresas producen a menores costos lo cual se ve reflejado en el precio; así pueden producir y vender más bienes aumentando su utilidad por volumen”.³⁷⁷ Esto refleja la necesidad absoluta que tienen los productores de actualizar constantemente la tecnología utilizada para la confección de sus productos, ya que la utilización de los recursos tecnológicos de punta les permite obtener mejores resultados productivos y económicos de su participación de mercado.

Finalmente, cabe hacer alusión a dos conceptos económicos que tienen una vigencia remarcable en el presente análisis. La oferta comercial es considerada como un producto ofrecido al consumidor dentro de condiciones especiales, ya que esta no es constante sino que busca desarrollar un producto en determinado mercado o permitir la venta de existencias no agotadas.³⁷⁸ La oferta comercial se verifica frecuentemente cuando se promociona un producto nuevo, ya que el valor del mismo es menor con la finalidad de permitir su acceso al mercado. Por otro lado, es importante mencionar a la oferta múltiple, la cual consiste en un “número y variedad indefinidos de mercancías, cada una de las cuales es capaz de satisfacer una necesidad determinada.”³⁷⁹ La oferta múltiple ocurre cuando un oferente comercia varios productos en el mercado, razón por la que participa simultáneamente en algunos mercados específicos, ya que su producción se ve dirigida a la satisfacción de varias necesidades que un mismo consumidor puede tener.

Definición y alcance de la demanda

Una vez que se ha realizado una conceptualización de lo que significa la oferta de mercado, es necesario proceder a realizar el mismo ejercicio con respecto a la demanda. Se entiende que la demanda es la necesidad manifiesta de los consumidores, a través del requerimiento de determinados bienes o servicios, para adquirir productos específicos que

³⁷⁷ Velandia, Mauricio. *Derecho de... Óp. Cit.* Pp. 30

³⁷⁸ “Oferta comercial”. *Economía Planeta... Óp. Cit.* Tomo VII. Pp. 205.

³⁷⁹ *Diccionario de Administración... Óp. Cit.* Pp. 348.

les lleva a la satisfacción de sus necesidades³⁸⁰. La definición económica de demanda establece que ésta consiste en la “voluntad y capacidad de los consumidores para adquirir bienes y servicios. (...) Cantidad de un bien que se desea comprar a un precio determinado en un momento concreto”.³⁸¹ La demanda de mercado, por tanto, es la manifestación expresa de los consumidores en relación a los bienes o servicios que éstos necesitan comprar con la finalidad de satisfacer sus necesidades, y la cantidad que van a adquirir está relacionada con el precio que cada uno de los productos tiene en el momento en que se va a realizar la transacción.

En materia económica se dice que la demanda es inversamente proporcional al precio del producto, y esto se debe a que cuando el precio de un producto aumenta, la posibilidad o capacidad de adquisición que tienen los consumidores disminuye, debido a que su renta no ha aumentado. Lo mencionado se soporta en la opinión emitida por Inmaculada Gutiérrez y Atilano Jorge Padilla, quienes establecen en su obra que “la teoría económica asume que los consumidores son agentes racionales que eligen los bienes que van a consumir tratando de maximizar la satisfacción que obtienen, dada su renta (restricción presupuestaria) y los precios de los bienes”.³⁸² La racionalidad de los agentes económicos que buscan satisfacer sus pretensiones a través de la compra de bienes y servicios se refleja claramente en las preferencias de consumo que se verifican en el mercado real, ya que una variación del precio hace a los consumidores replantear su necesidad de compra de dicho bien o servicio, pudiendo resultar en la decisión de adquirir un producto idéntico o similar, que le sirva de la misma manera. Por ende, podemos definir a la demanda de la siguiente manera.

Deseo o plan de adquisición de un bien o de un conjunto de bienes; el concepto puede referirse a todas las posibilidades de agregación de los bienes y de los sujetos demandantes. (...) En general, se admite que la demanda depende del precio del bien, de la renta del sujeto y de los precios de los bienes que son sustitutivos o complementarios del primero.³⁸³

La demanda es el factor a través del cual se determina las solicitudes que el mercado de determinado producto y determinado lugar hace a los oferentes, estableciendo la cantidad y el precio al cual dicho producto debería comercializarse: así, una vez analizada la demanda, los productores pueden establecer cuáles son las tendencias actuales de

³⁸⁰ *Definición de ley de oferta y demanda... Óp. Cit.*

³⁸¹ *Diccionario de Administración... Óp. Cit.* Pp. 150.

³⁸² Gutiérrez, Inmaculada y Atilano Jorge Padilla. “Economía de la Competencia”. *Tratado de... Óp. Cit.* Pp. 7.

³⁸³ “Demanda”. *Economía Planeta... Óp. Cit.* Tomo III. Pp. 307.

consumo de determinado bien o servicio y en determinado mercado en específico. Entre los elementos que determinan a la demanda de mercado se señalan al precio de venta en el cual se podría adquirir el bien, a la renta individual de cada uno de los sujetos demandantes y a los bienes sustitutos que le permiten al consumidor satisfacer de la misma manera sus necesidades.

Entre los elementos que configuran una demanda objetiva, podemos hacer alusión al ingreso de los consumidores, al precio de venta de los bienes que les permiten satisfacer sus necesidades, a sus preferencias entre bienes relacionados y a la cantidad de consumidores que requieren de un bien en específico; sin embargo, el factor más importante consideramos que es el precio de bienes relacionados. Mauricio Velandia establece en su obra que “los bienes relacionados son aquellos que pueden sustituir la demanda de otro. De tal suerte que se pueden sustituir unos bienes por otros cuando el precio resulta medianamente similar y otorgan la misma satisfacción de necesidades”³⁸⁴. El consumo de determinado bien o servicio estará determinado por los factores aludidos previamente, y la libertad para optar por la adquisición de uno u otro producto que satisface determinada necesidad recae en último término en el criterio subjetivo del consumidor.

Finalmente, es importante comentar que dentro de la ciencia económica se habla de la demanda conjunta, la cual establece que cabe la posibilidad que determinados productos sirvan para satisfacer necesidades de un determinado consumidor de forma conjunta, razón por la cual la compra de un bien o servicio permite satisfacer una pluralidad de necesidades y así la demanda de otros productos se reduce, resultando económicamente favorable para el consumidor dicha transacción.³⁸⁵ Esto se refiere principalmente a productos complementarios, que son aquellos a través de los cuales un consumidor puede satisfacer una pluralidad de necesidades con la compra de productos específicos que incluyen varios elementos que le son de utilidad. Dichos productos facultan el ahorro del consumidor y le permiten utilizar de manera más eficiente sus ingresos.

Libre juego de la oferta y demanda en el mercado; principios económicos básicos

Para poder realizar un análisis adecuado sobre la manera en que un mercado se desenvuelve en relación a las fuerzas que causan su funcionamiento, es necesario

³⁸⁴ Velandia, Mauricio. *Derecho de... Óp. Cit.* Pp. 28

³⁸⁵ “Demanda Conjunta”. *Economía Planeta... Óp. Cit.* Tomo III. Pp. 307-308.

establecer la manera en que éstas lo influyen al momento de interactuar. Un mercado comercial está compuesto de varios elementos o fuerzas que entran en juego cuando los comerciantes deciden interactuar, y la finalidad de cada uno de ellos es obtener el mayor beneficio económico derivado de su participación. “Se tiene que considerar que el mercado es de libre competencia, existen negociaciones entre los oferentes y los demandantes y se permite el libre tráfico de mercancías”.³⁸⁶ Así, el juego de las fuerzas que condicionan los mercados provoca la fijación de precios de intercambio de bienes y servicios a cambio de una contraprestación económica.³⁸⁷ Todas las personas que participan de un mercado deben sujetarse a las condiciones que éste presenta, razón por la que existen las relaciones comerciales.

La economía de mercado se concibe como un elemento económico que se ve determinado por las fuerzas de la oferta y la demanda, las cuales se derivan de las decisiones adoptadas por los diferentes agentes económicos que concurren en determinado mercado. El jurista Pinkas Flint señala que:

El concepto de economía de mercado tiene uno de sus fundamentos principales en la libre competencia, que resulta de la concurrencia libre en el mercado de ofertantes que producen bienes o servicios similares y, a su vez, consumidores que toman decisiones libres sobre sus compras en el mercado con información suficiente sobre las características de precio y calidad de los productos, sin que en estas decisiones intervengan fuerzas distintas a las del mercado mismo.³⁸⁸

La libre competencia de mercado es el resultado de la concurrencia de quienes participan de él, tanto desde el lado de la oferta como de la demanda, estableciendo los bienes y servicios que son requeridos de acuerdo a sus finalidades de uso. Los consumidores establecen sus preferencias en virtud de la información que les procura el mercado, estableciendo así la demanda dentro de cada segmento de mercado. Los productores determinan sus estrategias productivas en virtud de las preferencias de consumo y de la competencia que se verifique en ese mercado específico. La definición realizada por Manuel Abanto señala que:

El funcionamiento de un sistema de economía de mercado supone, en principio, dejar que sean las propias fuerzas económicas, a través del libre juego de la oferta y la demanda, las que regulen los precios de los bienes y servicios. Según la teoría económica, el precio resultante de esta dinámica será el más favorable para el consumidor final.³⁸⁹

Las fuerzas económicas a las que se refiere el autor son las derivadas de la oferta y la demanda de mercado, cuando éstas interactúan y así se definen los elementos de un

³⁸⁶ *Definición de ley de oferta y demanda... Óp. Cit.*

³⁸⁷ *Diccionario de Administración... Óp. Cit.* Pp. 319.

³⁸⁸ Flint, Pinkas. *Tratado de Defensa... Óp. Cit.* Pp. 28.

³⁸⁹ Abanto Vásquez, Manuel. *El derecho... Óp. Cit.* Pp. 21.

segmento específico de productos. “Oferta es el precio máximo pedido por el vendedor; demanda, el máximo precio que el comprador está dispuesto a pagar por la compra de una mercancía o título valor”.³⁹⁰ Estos elementos configuran la realidad económica del mercado concurrencial, el cual se define por segmento de productos y así se determina cuál es la oferta y cuál es la demanda aplicable a dicho sector de la economía. La economía de mercado se determina efectivamente a través de la escogencia que realizan los consumidores en relación a los bienes o servicios con los que pueden satisfacer sus necesidades, ya que la calidad, características y precio de los productos son determinantes en su elección.

Cabe hacer referencia a la Economía liberal, ya que es a través de sus preceptos que se establece que son las fuerzas de mercado, a través del libre juego de oferta y demanda concurrenciales, el elemento principal para establecer un equilibrio que regule adecuadamente los precios de transferencia de bienes y servicios, generando un beneficio económico en los productores y una satisfacción subjetiva en los consumidores. La economía liberal establece que la intervención del Estado en la realidad económica de los mercados debe ser la menor posible, ya que son las fuerzas del mercado las que regulan la competencia en cada segmento y equilibran de manera integral a la Economía.

Así, la economía liberal se asienta sobre cuatro principios básicos: libertad individual en materia económica, propiedad privada, control privado de la actividad productiva y creencia en la armonía de las actuaciones individuales, que al perseguir el interés privado coadyuvan al logro del máximo bienestar social.³⁹¹

Buscando un enfoque diferente al referido, es importante analizar lo mencionado por el autor Guillermo Cabanellas de las Cuevas, quien establece que la estructura de la oferta y la demanda es uno de los elementos que coadyuvan a conformar el concepto de Competencia y señala que:

Cuanto mayor sea el número de partes que operan en un mercado, mayores tendrán que ser, por regla general, las posibilidades de que éstas actúen independientemente, y menores las de impedir el ingreso de nuevas firmas en el mercado y de imponer determinadas condiciones sobre los competidores.³⁹²

La actuación real de las fuerzas de la oferta y la demanda en el mercado concurrencial tiene el efecto de establecer, en buena manera, las condiciones adecuadas para el desarrollo del mismo, ya que los intereses subjetivos en juego buscan su ideal funcionamiento. Sin embargo, la sola interacción de dichas fuerzas no es suficiente para regular de manera

³⁹⁰ *Diccionario de Administración y Finanzas... Óp. Cit.* Pp. 349.

³⁹¹ “Economía liberal”. *Economía Planeta... Óp. Cit.* Tomo IV. Pp. 75.

³⁹² Cabanellas de las Cuevas, Guillermo. *Derecho antimonopólico... Óp. Cit.* Tomo I. Pp. 345.

adecuada al mercado, ya que pueden desarrollarse factores externos a éste que limiten su independencia.

“Desde el punto de vista económico, la competencia es un mecanismo de la organización de la producción y de la determinación de precios e ingresos que descansa sobre el libre intercambio de oferentes y demandantes”³⁹³. Para una adecuada competencia de mercado, deben concurrir factores como la existencia de varios oferentes y varios demandantes, el conocimiento general y profundo de las condiciones de compraventa de mercado, y la libertad de entrada y salida de oferentes en base a decisiones independientes. La diferenciación de un producto, en relación a los productos ofertados por la competencia, hace que el oferente pueda manejar su precio de venta con mayor independencia, ya que es el único que produce determinado bien.

El Derecho entra a regular las relaciones comerciales con la finalidad de preservar los elementos fundamentales que aseguran el ideal desenvolvimiento de los mercados concurrenciales, buscando así dotar de condiciones idóneas para una adecuada participación a todos los agentes económicos que participan en el mercado, con la intención de asegurar una adecuada economía de mercado.

El Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia constituye uno de los elementos jurídicos esenciales de una economía de mercado. Sin un Derecho eficaz en esa área, la lucha económica y las energías en ella puestas se centran en la conquista de rentas monopólicas, en lugar de orientarse a la innovación y la eficiencia.³⁹⁴ La innovación y la eficiencia son elementos fundamentales que permiten el desarrollo y fortalecimiento de los mercados, razón por la que es imprescindible la adopción de políticas jurídicas que busquen asegurar que el mercado esté facultado a tomar dicho rumbo.

El Derecho de la Competencia busca proteger a todos los sujetos económicos que participan en el mercado, privilegiando los intereses de cada uno de ellos y sus posibilidades de éxito, a través de la prohibición de actos anticompetitivos.³⁹⁵ Las prácticas de mercado que son contrarias a los principios del Derecho de la Competencia entorpecen y distorsionan gravemente el libre juego de la oferta y la demanda en el mercado, causando su ineficiencia y evitando el crecimiento de los agentes económicos que en él participan. La competencia de mercado se refiere a las diferentes posibilidades en que se pueden negociar los bienes y productos ofertados para la satisfacción de las necesidades de los

³⁹³ García Machmar, William. *Manual de...* Óp. Cit. Pp. 5.

³⁹⁴ Cabanellas de las Cuevas, Guillermo. *Derecho antimonopólico...* Óp. Cit. Pp. 9.

³⁹⁵ García Pérez, Rafael. *Ley de Competencia Desleal...* Óp. Cit. Pp. 27.

consumidores, ya que sus decisiones comerciales dependen de la calidad de dichos bienes o servicios, de las preferencias de consumo, de los precios de venta y de las rentas a las que acceden los consumidores.

La competitividad de un mercado se ve beneficiada por la presencia de varios agentes económicos que participen en los procesos de oferta y demanda, fenómenos que coadyuvan para su adecuado funcionamiento. Un mercado competitivo está compuesto por varios oferentes, cuyas prácticas comerciales en conjunto establecen los parámetros de actuación en virtud de los cuales se disciplina a los demás competidores; los precios de venta, la oferta de diferentes productos, la variedad de oferentes, las preferencias de los consumidores y las decisiones de compra regulan la competencia de cada segmento de mercado.³⁹⁶ El beneficio de los consumidores, así como de la libre competencia, radica en la posibilidad de escoger los bienes o servicios cuyas características, precio y presentación sean más adecuadas, dentro de todas las opciones existentes y disponibles, para la satisfacción de necesidades objetivas.

Para concluir, cabe plasmar lo establecido por el jurista Mauricio Velandia en relación al libre mercado desde el punto de vista empresarial, sus elementos y sus finalidades.

De la oferta hacen parte las empresas, quienes son las encargadas de proponer negocios, satisfaciendo necesidades de los consumidores. Dicho proceso de oferta requiere de una inversión de dinero por parte de las empresas, a cambio de lo cual, la Nación les brinda un entorno jurídico de protección de inversión. Bajo ese entorno las empresas son libres de escoger qué producto o servicio ofrecerán; cómo venderán esos productos, es decir, bajo qué condiciones; cuándo los pondrán a la venta, en circunstancias de tiempo; y dónde adelantarán su actividad, en otras palabras, el territorio donde sentarán su negocio. Ninguna persona puede limitar los derechos que tiene cualquier empresa de elegir un mercado: esto es lo que se conoce como libertad de entrada, libertad de empresa o libertad empresarial.³⁹⁷

Es así que podemos de cierta manera concluir que tanto para la Economía, cuanto para el Derecho, “la competencia significa que los precios de los bienes y servicios se determinan conforme a la oferta y a la demanda que se presentan en las condiciones normales de mercado”.³⁹⁸

³⁹⁶ Gutiérrez, Inmaculada y Atilano Jorge Padilla. “Economía de la Competencia”. *Tratado de... Óp. Cit.* Pp. 19.

³⁹⁷ Velandia, Mauricio. *Derecho de... Óp. Cit.* Pp. 31

³⁹⁸ Ginebra Serrabou, Xavier. *El derecho de... Óp. Cit.* Pp. 131.

Anexo 2: Elementos y determinación del Mercado Relevante

Mercado de producto o servicio

El primer elemento a analizar, con la intención de poder establecer aquellos que conforman al análisis del mercado relevante, es el mercado de producto o servicio. Los autores Inmaculada Gutiérrez y Atilano Jorge Padilla señalan en su obra que “El mercado relevante de producto comprende el conjunto de bienes o servicios por los que el consumidor puede sustituir el producto considerado dadas sus características, su precio y el uso que de los mismos pretenda hacer”.³⁹⁹ Dentro de la delimitación del mercado relevante en su consideración en cuanto al producto ofrecido, las características individuales de cada producto son los elementos que establecen la diferenciación entre uno y otro; entre éstas se encuentran a los elementos particulares que configuran al producto y que al mismo tiempo le dotan de su individualidad, al precio de venta que éste tenga y a la satisfacción de necesidades que genere en los consumidores.

Al analizar el concepto ofrecido por Luis Ortiz Blanco en su obra, podemos encontrar ciertas similitudes y diferencias en la definición provista y la anteriormente señalada. El autor establece que un mercado de producto de referencia es aquel que incorpora a todos los productos y servicios que la demanda provee para la satisfacción de las necesidades de los consumidores, quienes los determinan como intercambiables o sustituibles, unos por otros, en virtud de las características individuales, el precio y el uso que se les pretende dar⁴⁰⁰. Sin embargo, el autor profundiza su análisis y señala, a diferencia del concepto emitido por Gutiérrez y Padilla, que “En algunos casos, un mercado de producto de referencia puede estar compuesto por una serie de productos o servicios individuales que, en gran medida, presentan características físicas o técnicas de gran similitud y son intercambiables”.⁴⁰¹ Esto implica que son las preferencias subjetivas de los consumidores, en los casos de productos cuyas prestaciones son sumamente similares, las que determinan su elección al momento de realizar una compra, dando valor primordial a un producto sobre otro.

La determinación del mercado de referencia, desde el punto de vista del producto, consiste en el conjunto de bienes y servicios que son considerados intercambiables o sustituibles por los consumidores, en virtud de su naturaleza individual, del precio de venta

³⁹⁹ Gutiérrez, Inmaculada y Atilano Jorge Padilla. “Economía de la Competencia”. *Tratado de... Óp. Cit.* Pp. 37.

⁴⁰⁰ Ortiz Blanco, Luis et al. *Manual de... Óp. Cit.* Pp. 43.

⁴⁰¹ Ortiz Blanco, Luis et al. *Manual de... Óp. Cit.* Pp. 43.

y del uso que se puede hacer de ellos⁴⁰². Dromi sustenta lo señalado al establecer que “De este modo, el mercado de producto de referencia comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideran intercambiables o sustituibles en razón de sus características, precio o uso que se prevea hacer de los mismos”.⁴⁰³ La intercambiabilidad de los productos está relacionada a la manera como éstos facultan al consumidor a satisfacer sus necesidades a través de la compra de uno u otro producto, ya que ambos le generan la misma satisfacción, o sus diferencias son mínimas. Esto se fundamenta en la opinión emitida por William García Machmar, quien señala que:

De este modo, se habla, en primer lugar, de mercado relevante de producto para referirse al conjunto de bienes o servicios que pueden considerarse intercambiables entre sí, desde el punto de vista de la satisfacción de quien lo adquiere, cuando existe un cambio en los precios, calidades o condiciones contractuales de uno de ellos. Está estrechamente vinculado a la idea de “elasticidad cruzada precio-demanda”, es decir, la medida en que el precio de un bien afecta su demanda, y la de los demás bienes que son intercambiables con él.⁴⁰⁴

Los bienes y servicios ofertados en un segmento de mercado tienen como finalidad satisfacer los distintos intereses generados por los consumidores, y en el proceso de escogencia competir entre sí para obtener una mayor presencia de mercado con el fin de que el volumen de ventas del producto sea el mayor posible. “A su vez, un producto se estima sustituible por la demanda cuando otros productos reúnen condiciones de similitud de tal entidad que los consumidores los tienen como sustitutos razonables, siendo una cuestión de hecho que depende de las circunstancias concretas del caso”.⁴⁰⁵ El mercado de producto se determina como mercado específico a través de su distinción y capacidad de ser individualizado, debido a que comporta las características objetivas de los productos comerciados y tienen estos la aptitud de satisfacer las necesidades de los consumidores, ya sea a través del producto principal, o a través de la sustituibilidad de los demás productos la cual no debe necesariamente ser absoluta.⁴⁰⁶

El autor Roberto Dromi nos permite representar mediante un ejemplo al concepto analizado. El mercado de producto debe definirse en relación a los elementos que permiten diferenciar a un producto en específico de los demás, ya que dentro de un segmento de mercado se tiene varios segmentos más, y un bien o servicio puede formar parte de un determinado mercado pero puede ser individualizado en un segmento más pequeño. “Así,

⁴⁰² Pace, Lorenzo Federico. *Derecho Europeo... Óp. Cit.* Pp. 148.

⁴⁰³ Dromi, Roberto. *Competencia y Monopolio... Óp. Cit.* Pp. 241.

⁴⁰⁴ García Machmar, William. *Manual de... Óp. Cit.* Pp. 55.

⁴⁰⁵ Dromi, Roberto. *Competencia y Monopolio... Óp. Cit.* Pp. 241.

⁴⁰⁶ Fernández-Lerga Garralda, Carlos. *Derecho de la Competencia; Comunidad Europea y España.* Pamplona: Editorial Aranzadi, 1994. Pp. 187.

no podría constituir un mercado de producto el de todas las bebidas alcohólicas, que no se sustituyen entre sí desde la óptica del consumidor⁴⁰⁷. Este ejemplo nos permite entender que a pesar de que todas las bebidas alcohólicas forman parte de una clasificación en el mercado, que sería aquel de las bebidas espirituosas, cada tipo de bebida alcohólica (whisky, vodka, tequila) constituye un segmento de mercado distinto. Dos productores de vodka compiten entre sí por los consumidores que prefieren el consumo de dicho tipo de licor, pero un productor de whisky no compete en el mismo segmento. Esto se complementa con lo expresado por el autor Alfonso Gutiérrez, quien menciona lo siguiente:

Las características (técnicas, físicas o comerciales) y las funciones de los productos constituyen un elemento básico para medir la sustituibilidad de la demanda y delimitar el mercado relevante. Así, en principio pertenecen a un mismo mercado los productos cuyas características y funciones sean similares o intercambiables.⁴⁰⁸

Mercado geográfico

Mercado geográfico o mercado territorio es aquel lugar geográfico, virtual o electrónico en el que concurre efectivamente el libre juego de la oferta y la demanda como mecanismos de intercambio económico, siendo sumamente importante debido a que es el lugar donde tiene efectos la competencia.⁴⁰⁹ Es la dimensión donde se da la compraventa real de bienes o servicios a cambio de un precio determinado y justo para cada elemento lo que permite el desarrollo del mercado y de la economía, ya que en esta operación económica se da la interacción de los agentes económicos que dan vida al mercado instrumentado la oferta y la demanda.

En relación al mercado geográfico de referencia, la delimitación hace alusión a un lugar específico en el cual se pueda demarcar los límites reales dentro de los cuales se lleva a cabo el intercambio de bienes y servicios por su contraprestación económica, a través de las fuerzas de oferta y demanda. El autor Luis Ortiz Blanco establece que un mercado geográfico de referencia es aquel que incluye una zona determinada en la cual las empresas que concurren y desarrollan actividades de oferta de bienes y servicios lo hacen en condiciones de competencia que son consideradas como suficientemente homogéneas para

⁴⁰⁷ Dromi, Roberto. *Competencia y Monopolio... Óp. Cit.* Pp. 242.

⁴⁰⁸ Gutiérrez, Alfonso. *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*. Tercera Edición. *Idem (Dir.)*. Navarra: Thomson Reuters, 2012. pp. 146.

⁴⁰⁹ López, José. "Mercado Relevante". <http://procompetencia.gov.do/es/promocion/cultura/glosario/mercado-relevante.html>. (Acceso: 18 de noviembre de 2012).

todos los productores.⁴¹⁰ Además, Lorenzo Federico Pace colabora con el análisis al señalar que la particularidad de un mercado geográfico de referencia es la posibilidad de diferenciación existente entre determinada zona geográfica, donde se dan prácticas específicas de oferta y demanda, de entre zonas geográficas próximas cuyas condiciones de competencia de mercado son sensiblemente diferenciables.⁴¹¹

El mercado geográfico de referencia comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de la competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquéllas.⁴¹²

Es importante anotar lo desarrollado por Alfonso Gutiérrez, quien menciona que la Comunicación de la Comunidad Europea de naciones define a un mercado geográfico como la zona territorial en la cual las condiciones de competencia de determinado bien o servicio son homogéneas para todos los oferentes de mercado, ya que de ser sensiblemente diferentes, estaríamos hablando de una zona geográfica de referencia que abarca distintos segmentos de la producción.⁴¹³ Así, el autor profundiza su análisis al emitir el siguiente comentario, relativo a la finalidad e importancia de la determinación territorial del mercado en cuestión. “La delimitación del mercado geográfico relevante persigue averiguar si los clientes de la empresa investigada adquirirían productos procedentes de otras zonas geográficas en caso de incremento de los precios por parte de dicha empresa”.⁴¹⁴ Es decir, la importancia radica en obtener conclusiones sobre la variabilidad de las preferencias de consumo de los demandantes de un bien o servicio específico en el caso de una variación de precios por la procedencia de dicha oferta, la cual al provenir de una zona geográfica diferente, claramente implicará un precio mayor de venta.

“Mediante la delimitación del mercado geográfico, se busca determinar el costo de adquirir en el lugar objeto de análisis el producto relevante proveniente de otra área geográfica, de forma que dicho producto satisfaga la demanda a niveles competitivos”.⁴¹⁵

Un mercado territorio implica un segmento de mercado delimitado por una zona geográfica en la cual determinada empresa u oferente posee una influencia que le permite

⁴¹⁰ Ortiz Blanco, Luis et al. *Manual de... Óp. Cit.* pp. 43.

⁴¹¹ Pace, Lorenzo Federico. *Derecho Europeo... Óp. Cit.* pp. 148.

⁴¹² Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, párrafo 8.

⁴¹³ Gutiérrez, Alfonso. *Comentario a la Ley... Óp. Cit.* pp. 148.

⁴¹⁴ *Ibíd.*

⁴¹⁵ Cerda Becker, Felipe. “El mercado relevante como marco de referencia para un análisis de Competencia: Experiencia nacional y comparada en el sector supermercados”. *Libre Competencia... Óp. Cit.* Pp. 13. Citando a Figari *et. al.* (2004) disponible en <http://www.indecopi.gob.pe>.

comercializar efectivamente sus productos, tomando en cuenta el lugar donde éstos serán adquiridos por los consumidores. “El mercado geográfico relevante comprende el territorio en el cual se desarrolla la oferta y demanda de aquellos productos que han sido considerados sustitutivos en condiciones suficientemente homogéneas y sustancialmente distintas a las que se observan en otros territorios vecinos”.⁴¹⁶ Para una adecuada determinación del mercado geográfico, es necesario clarificar respecto de una determinada zona geográfica el grado de sustituibilidad, tanto en oferta como en demanda, que cada producto tiene.

Como ya se ha indicado, el mercado geográfico de referencia constituye una zona en la que las condiciones objetivas de competencia del producto de que se trata son similares para todos los operadores económicos. Esto no implica que las condiciones de competencia deban ser exactamente iguales en todo el mercado geográfico según haya sido definido; bastará que las eventuales diferencias no sean susceptibles de obstaculizar el acceso a determinadas partes de ese mercado a las empresas que operan en las distintas áreas del mismo.⁴¹⁷

En relación a lo analizado, cabe contrastar con la opinión de Dromi, quien establece que un mercado geográfico de referencia está compuesto por el territorio físico en el cual compradores y vendedores intervienen a través de su oferta y demanda, dentro de un marco competitivo similar, ya que si no lo es, constituye otro mercado geográfico de referencia, por sus diversas condiciones de mercado.⁴¹⁸ “Inciden en ello factores tales como las preferencias nacionales o las preferencias por marcas nacionales, dadas por el lenguaje, la cultura y el estilo de vida. A todo lo cual se suma la necesidad de tener una presencia local, lo que tiene un fuerte potencial para delimitar el ámbito geográfico de la competencia”.⁴¹⁹ Las preferencias subjetivas de consumo, expresadas por los compradores a través de su poder adquisitivo, determinan el éxito o fracaso de bienes o servicios ofertados dentro de un mercado geográfico establecido.

El hecho de que los principales clientes que compran los productos o servicios incluidos en el mercado relevante se aprovisionen habitualmente y en condiciones similares de empresas situadas en una zona determinada constituye una indicación muy significativa de que el mercado tiene la dimensión geográfica de la zona en cuestión.⁴²⁰

Los consumidores de bienes y servicios, es decir los demandantes de uno u otro producto, establecen a través de sus prácticas comerciales la importancia de la existencia y compraventa de un bien principal dentro de determinado territorio. Cuando la sustitución

⁴¹⁶ Gutiérrez, Inmaculada y Atilano Jorge Padilla. “Economía de la Competencia”. *Tratado de... Ob. Cit.* Pp. 37.

⁴¹⁷ Ortiz Blanco, Luis et al. *Manual de... Óp. Cit.* pp. 48.

⁴¹⁸ Dromi, Roberto. *Competencia y Monopolio...* Pp. 242.

⁴¹⁹ Dromi, Roberto. *Competencia y Monopolio...* *Óp. Cit.* Pp. 243.

⁴²⁰ Ortiz Blanco, Luis et al. *Manual de... Óp. Cit.* pp. 50.

de un bien principal por uno secundario se da, de inmediato o en relación a otros proveedores que ofertan dicho bien en la misma zona, como respuesta a un incremento en el precio de venta, se puede hablar de una sustitución con respecto al mercado de referencia geográfico en un segmento de la producción.⁴²¹ Es por esto que las decisiones comerciales de quienes ofertan bienes y servicios, en cuanto a la modificación de precios, deben ser analizadas en todos los posibles escenarios, ya que una sustitución en las preferencias de consumo puede provocar que a pesar del aumento de precio de un determinado bien o servicio, el beneficio final de la venta resulte negativo para el empresario.

En el caso del mercado geográfico, si los aumentos pequeños pero significativos y permanentes del monopolista hipotético hacen que pierda ventas porque los consumidores pueden conseguir el producto en otro lugar, al espacio inicial se le adiciona ese otro lugar y así sucesivamente hasta que esto no sea posible, esto es, que el aumento no implique pérdida de ventas al monopolista hipotético porque los consumidores no pueden obtener el bien en otro lugar en condiciones más ventajosas. Así llegamos a la determinación del mercado geográfico, que puede abarcar desde un lugar muy concreto hasta todo el mundo.⁴²²

Mercado relevante

Realizado el análisis adecuado con respecto a los elementos que conforman al mercado relevante, es necesario establecer la importancia de hacerlo correctamente. “Lo que se persigue con la definición de mercado no es otra cosa que identificar a aquellos competidores reales de las empresas afectadas que puedan limitar el comportamiento de éstas o impedirles actuar con independencia de cualquier presión que resulta de una competencia efectiva”.⁴²³ La importancia de una adecuada delimitación del mercado relevante en cuestión dentro de un proceso en el Derecho de la Competencia es vital, debido a que una falla en el análisis del mercado relevante dentro del cual se deben vigilar las conductas realizadas por los operadores de mercado, puede llevar a severas fallas en la decisión adoptada por la autoridad de Competencia.

Es así que la doctrina ha establecido que la determinación del mercado de producto y el mercado geográfico, en los cuales se ofertan los bienes o servicios por los agentes económicos, permiten establecer en definitiva el mercado relevante de dichos bienes o

⁴²¹ Dromi, Roberto. *Competencia y Monopolio...* Pp. 244.

⁴²² Cortázar Mora, Javier. *Curso de Derecho de la Competencia (Antimonopolios)*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana y Editorial Temis, 2011. Pp. 95.

⁴²³ Díez Estella, Fernando. *Algunas consideraciones... Óp. Cit.* Pp. 4.

servicios, siendo este el mercado específico al cual el empresario debe dirigir sus productos con el fin de obtener el mayor éxito empresarial posible.

En este sentido, el mercado se halla encuadrado por dos dimensiones –el espacio geográfico en el que se efectúan las transacciones y el lapso de tiempo durante el cual se estima que no variarán los comportamientos de oferta y demanda- y dos elementos que colaboran en su configuración –la tecnología necesaria para la producción, que debe ser común a todos los oferentes, y los productos o servicios que cubren una demanda determinada.⁴²⁴

La determinación del mercado relevante de un producto en específico, dentro de determinado territorio, permite determinar el daño eventual o real que una posición dominante de dicho agente económico podría causar en el mercado o segmento específico de la economía, afectando gravemente la libre competencia. “La idea es entonces definir qué productos o variedades (y qué zonas geográficas en las cuales dichos productos o variedades de comercian) conforman un mercado, quedando por oposición fuera de dicho mercado otros productos, variedades y zonas geográficas”.⁴²⁵

Dentro de la definición y análisis de un mercado relevante es necesario tomar en cuenta la existencia de los bienes o servicios que se pueden considerar como sustitutos disponibles, ya que son éstos quienes compiten dentro de un territorio determinado con los productos acerca de los cuales se realiza el análisis en cuestión.

La sustitución es un elemento esencialmente técnico relacionado con las posibilidades de intercambio del bien en cuestión y comprende tanto el uso, como las características y el costo de ambos artículos. Dos o más productos son razonablemente intercambiables o sustituibles si por su similitud los consumidores están dispuestos a cambiar uno por otro por causa de variaciones del precio, lo que los economistas denominan las elasticidades cruzadas de la demanda de cada uno de los productos.⁴²⁶

La posibilidad de sustitución se debe a la naturaleza del bien o servicio en cuestión, su precio y el uso del mismo, ya que para poder ser un bien sustituto perfecto debe cumplir con las funciones primordiales de la misma manera que lo hace el bien o servicio original, emulando sus características y beneficios.

(...) el criterio de la intercambiabilidad razonable del uso de los productos se ha basado en el test de la *elasticidad cruzada de demanda*, es decir, la respuesta en la cantidad demandada de un producto ante cambios en el precio de otro. La elasticidad cruzada es positiva si los bienes son buenos sustitutos (El ejemplo típico es el aumento en el precio del billete de autobús urbano llevará a una mayor demanda de billetes de metro). La elasticidad cruzada es negativa si los bienes son complementarios (un aumento de precio de la gasolina llevará a un descenso de la demanda de aceites lubricantes para motor).⁴²⁷

⁴²⁴ Roberto Dromi. *Competencia y Monopolio... Óp. Cit.* Pp. 241.

⁴²⁵ Coloma, Germán. *Defensa de la Competencia. Análisis económico comparado*. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2003. Pp. 68.

⁴²⁶ Cortázar Mora, Javier. *Curso de... Óp. Cit.* Pp. 94.

⁴²⁷ Díez Estella, Fernando. *Algunas consideraciones... Óp. Cit.* Pp. 11 y 12.

Dentro del mercado, para los agentes económicos que en éste intervienen es sumamente necesario poder determinar todos los bienes sustitutos de los productos por ellos ofertados, ya que así se pueden desarrollar características de contingencia que protejan la presencia de mercado de su producto y por ende la satisfacción y fidelidad de sus consumidores, evitando que estos puedan optar por aprovechar de un bien sustituto. Estas características son aquellas que dotan de individualidad al producto, siendo elementos únicos que le dan un valor agregado.

Así, el mercado relevante se compone por el mercado de producto, el cual consiste en los bienes o servicios que son, o pueden llegar a ser, considerados como bienes sustitutos por los consumidores⁴²⁸; así como también por el mercado geográfico en el cual se comercializan efectivamente dichos bienes. Es primordial establecer que la determinación de un mercado relevante debe ir de la mano con los principios fundamentales de la libre competencia, ya que son estos los que regulan las actuaciones de los agentes económicos en el mercado real. Entre estos podemos mencionar a la libertad de entrada, a la libertad de escogencia, a la variedad de precios y servicios y a la eficiencia del aparato productivo nacional. Estos principios buscan desarrollar una situación de competencia efectiva dentro del mercado interno y externo de un país, incentivando la competitividad y evitando situaciones o conductas restrictivas a la libre competencia.

En efecto, en áreas como el abuso de posición de dominio o el control de concentraciones, la definición del mercado constituye, muchas veces, la clave de la legalidad de la práctica en cuestión. Esto es así no porque la definición de mercado sea un fin en sí mismo, sino porque está universalmente admitido que dicha definición provee del marco analítico necesario para determinar la existencia de poder de mercado, que a su vez es esencial en la determinación de si dicha conducta u operación tiene o no la capacidad de falsear la competencia o perjudicar a los consumidores.⁴²⁹

⁴²⁸ Ten Kate, Adriaan. “El concepto de Mercado relevante...”. http://www.competenciaeconomica.com.mx/articulos/Mercado_relevante_Adriaan_Ten_Kate.pdf. (Acceso: 28/05/2014).

⁴²⁹ Díez Estella, Fernando. *Algunas consideraciones... Óp. Cit.* Pp. 1 y 2.