

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO
USFQ**

Colegio de Jurisprudencia

La prueba de los efectos anticompetitivos en el régimen ecuatoriano

Luis Felipe Maldonado González

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito
para la obtención del título de:

Abogado

Quito, 23 de noviembre de 2023

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Luis Felipe Maldonado González

Código: 00212572

Cédula de identidad: 1719762419

Lugar y fecha: Quito, 23 de noviembre de 2023

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETheses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPEThes>

LA PRUEBA DE LOS EFECTOS ANTICOMPETITIVOS EN EL RÉGIMEN ECUATORIANO¹

THE PROOF OF ANTICOMPETITIVE EFFECTS IN THE ECUADORIAN REGIME

Luis Felipe Maldonado González²

lfmaldonadogonzalez@gmail.com

Resumen

Recientemente se han intensificado las discusiones sobre la definición de efecto anticompetitivo y cómo debería probarse. Cada perspectiva, con sus particularidades, ofrece ventajas y desventajas que deben ponderarse para construir un régimen predecible, pero sensible a las complejidades inherentes de un caso de competencia. Contra este fondo, este trabajo analiza sobre cuál es el efecto anticompetitivo sancionado por el régimen ecuatoriano y de qué forma la Superintendencia de Competencia Económica debería conducir sus investigaciones para acreditarlo.

Palabras clave

Efecto anticompetitivo, estándar de bienestar del consumidor, competidor igualmente eficiente, aproximación basada en efectos.

Abstract

Debates on the definition of anticompetitive effect and how it should be proven have recently heated. Each perspective has its own nuances, offering a set of advantages and disadvantages that must be considered when building a predictable, yet sufficiently sensitive competition regime. Against this background, this paper examines the nature of anticompetitive effect that is sought out under the Ecuadorian regime and outlines how the Superintendency of Economic Competition should conduct its investigations to verify it.

Keywords

Anticompetitive effect, consumer welfare standard, as efficient competitor, effects-based approach.

Fecha de lectura: 23 de noviembre de 2023

Fecha de publicación: 23 de noviembre de 2023

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Mario Navarrete Serrano.

² 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, 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

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN. - 2. MARCO TEÓRICO. - 3. ESTADO DEL ARTE. - 4. MARCO NORMATIVO. - 5. DISCUSIONES. - 5.1. PRIMERA DISCUSIÓN: ¿QUÉ SON LOS EFECTOS ANTICOMPETITIVOS? - 5.2 SEGUNDA DISCUSIÓN: ¿CÓMO SE ACREDITAN LOS EFECTOS ANTICOMPETITIVOS? - 5.2.1 APROXIMACIÓN FORMALISTA. - 5.2.2. APROXIMACIÓN SUSTANTIVA. - 5.2.3 APOLOGÍA POR LA APROXIMACIÓN SUSTANTIVA. - 5.3 TERCERA DISCUSIÓN: ¿CÓMO ACREDITA LA SCE LOS EFECTOS ANTICOMPETITIVOS? - 6. CONCLUSIONES.

1. Introducción

A lo largo de casi un siglo se han desarrollado e implementado varias teorías sobre qué protege el derecho de competencia y cómo debe hacerlo. Las dificultades que han surgido para entender qué fines que debería perseguir el sistema y qué métodos se deberían utilizar para alcanzarlos, llevaron a la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos a comparar la rama con un barco que navega en un mar de incertidumbres³. En este sentido, la evolución del derecho de competencia ha estado orientada a la creación de un sistema coherente y predecible. En más palabras, un sistema que brinde un método de evaluación uniforme para todas las conductas y que permita anticipar qué efectos las vuelven anticompetitivas.

Crear un sistema coherente y predecible depende esencialmente de dos variables: qué se considera como efecto anticompetitivo y qué métodos probatorios se empleen para demostrarlo. Por lo tanto, el presente trabajo revisará los distintos tipos de efectos anticompetitivos (sección 5.1) y las aproximaciones probatorias (sección 5.2) que ha utilizado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (, **TJUE**,), con el propósito de determinar qué combinación de ambas variables permiten la creación de un sistema coherente y predecible. Como se explicará en el trabajo, se propone la utilización de la definición de efecto provista por el estándar del bienestar del consumidor y el método de prueba sustantivo. Finalmente, en el trabajo también se analiza brevemente la situación actual del régimen ecuatoriano (sección 5.3), con el propósito de evaluar si es posible caracterizarlo como coherente.

2. Marco teórico

Los efectos anticompetitivos son el centro de gravedad de las discusiones sobre cómo construir un sistema coherente. En esencia, el efecto anticompetitivo hace

³ United States v. Addyston Pipe & Steel Co., Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, 1899, pág. 283-284.

referencia a qué consecuencias de una conducta se evalúan para determinar si esta es anticompetitiva⁴. Por lo tanto, a partir de la definición de efecto es posible articular el estándar de análisis o la barra bajo la cual se mide cada práctica investigada y los métodos que serán utilizados para realizar esta evaluación. A continuación, se revisarán las principales posturas existentes sobre qué efectos se deberían considerar como anticompetitivos y qué metodologías se deberían utilizar para probarlos.

3. Estado del arte

La definición de qué es un efecto anticompetitivo está estrechamente vinculada con el bien jurídico protegido por el sistema de competencia. En este sentido, hay dos posiciones predominantes en la doctrina sobre cuál es bien jurídico tutelado y qué es un efecto. De un lado se encuentra la posición ortodoxa. Según esta posición⁵, una conducta tiene efectos anticompetitivos cuando afecta al bienestar del consumidor (, EBC,), el bien jurídico protegido por el sistema. Es decir, una práctica es reprimida por el régimen de competencia cuando sus consecuencias inciden sobre parámetros relevantes para los consumidores, como el precio, la cantidad o la calidad de los bienes y servicios que están contratando⁶.

Por otro lado, en los últimos años han aparecido voces que abogan por no restringir la noción de efecto anticompetitivo a la ortodoxa. Impulsadas por las limitaciones del EBC, recientemente han resurgido autores que patrocinan ampliar la noción de efecto anticompetitivo. Esta posición, amparada por el movimiento *neobrandesiano*⁷, aboga por flexibilizar el derecho de la competencia para que también tutele bienes jurídicos relacionados con el interés público⁸. De esta corriente se desprende que los efectos anticompetitivos también pueden ser aquellos en los que se genere daños

⁴ Pablo Ibáñez Colomo, "Anticompetitive Effects in EU Competition Law", *Journal of Competition Law & Economics*, Vol. 17 (2021), 311.

⁵ Barak Orbach, "How Antitrust Lost Its Goal", *Fordham Law Review* Vol. 81 (2013), 2255. De acuerdo con el autor, las contribuciones de Robert Borck con su artículo *The Antitrust Paradox* y de Phillip Areeda y Donald Turner con su trabajo *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application* pusieron en el centro de escena al estándar de bienestar del consumidor.

⁶ Jorge Padilla, "Neoclassical Competition Policy without apology", en *The Transformation of EU Competition Law: Next Generation Issues*, ed. de Adina Claiici, Assimakis Komninou, Denis Waelbroeck (Philadelphia: Wolters Kluwer, 2023), 147-150.

⁷ Lina M. Khan, "Amazon's Antitrust Paradox", *The Yale Law Journal* Vol. 126 (2017), 739-746. Jonathan Kanter (*Digital markets and trends towards concentration*) y Tim Wu (*The Course of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age*) son otros autores relevantes sobre los cuales se puede consultar sobre la posiciones del movimiento *neobrandesiano*.

⁸ OECD, *The Consumer Welfare Standard- Advantages and Disadvantages Compared to Alternative Standards* (2023), 19-25.

a las minorías, injerencias indeseadas del poder económico en el poder político, socavaciones a las libertades individuales, desigualdad, entre otros.

Paralela a la discusión sobre cuál es el efecto anticompetitivo, existe otra sobre cómo deberían ser probados. En esta segunda discusión, se puede resaltar la existencia de tres posiciones principales: la formalista, la sustantiva y la simplificadora. Como sus nombres indican, la posición formalista aboga por evaluar los efectos de una práctica con base en las características formales de una conducta. La sustancialista, en cambio, defiende la utilización de pruebas económicas -y diferenciadas por conductas- que permitan capturar con la mayor certeza el contexto y las consecuencias de la práctica⁹. Finalmente, la propuesta simplificadora patrocina la utilización de análisis económicos intuitivos y aplicables a todos los tipos de prácticas¹⁰. Así, los proponentes de la teoría simplificadora creen que toda práctica podría valorarse solo con dos preguntas: 1. ¿la conducta incrementa o tiende a incrementar el poder de mercado del investigado? y 2. ¿la conducta es razonablemente necesaria para conseguir los beneficios propuestos?¹¹.

Con estas ideas en mente, en la siguiente sección se evaluará qué indica el ordenamiento jurídico ecuatoriano sobre el efecto anticompetitivo.

4. Marco normativo

El artículo 1 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (, **LORCPM**,) señala que existen cuatro bienes jurídicos tutelados por el régimen de competencia: la eficiencia en los mercados, el bienestar general, el bienestar de los consumidores y el comercio justo:¹²

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

⁹ Fernando Castillo de la Torre, "Is the Effects-Based Approach Too Cumbersome?: Taking Stock of Recent Practice and Case Law on Article 102 TFEU" en *The Transformation of EU Competition Law: Next Generation Issues*, ed. de Adina Claiici, Assimakis Komninou, Denis Waelbroeck (Philadelphia: Wolters Kluwer, 2023), 200-205.

¹⁰ Douglas Melamed, "Maybe we have all been wrong about antitrust law", *Journal of Antitrust Enforcement Vol. 11* (2023), 230-235.

¹¹ La propuesta simplificadora, en complejidad, se ubica al medio de las visiones formalistas y sustancialistas. En este sentido, la prueba no sobresimplifica el análisis de efectos, como sucedía con el formalismo. Pero, a su vez, tampoco acoje la complejidad y sofisticación requerida para conducir el análisis patrocinado por la aproximación sustantiva. Esta versión de *test* simplificado -en el pasado se han creado distintas versiones- fue creada por Melamed y refleja el esfuerzo más reciente por crear una aproximación a la prueba que recoja lo mejor del formalismo -simpleza- y sustancialismo -precisión.

¹² OECD, *Exámenes inter-pares de la OCDE y el BID sobre el derecho y política de competencia: Ecuador* (2023), 30.

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 sostenible¹³. (el resaltado me pertenece)

Por lo tanto, una práctica tiene efectos anticompetitivos, y es sancionada, en la medida en que se demuestre que afecta negativamente a cualquiera de los bienes protegidos.

Con las recientes reformas a la LORCPM y al Reglamento a la LORCPM, se ha intentado acercar el efecto del régimen local al estándar del bienestar del consumidor. En este sentido, el actual artículo 2 de la LORCPM indica que "[l]a presente Ley persigue la promoción y protección de la competencia con base en méritos, buscando el bienestar general por medio de la eficiencia económica"¹⁴ y el artículo 4 del RLOCPM establece que cada conducta "se considerará preferiblemente respecto del estándar de bienestar general de los consumidores como parámetro de eficiencia". De todas maneras y a pesar de las reformas, es importante aclarar que el estándar del bienestar del consumidor no es el único efecto dentro del régimen.

El ordenamiento jurídico tampoco ofrece respuestas precisas sobre cómo se deberían probar los efectos. El artículo 199 del Código Orgánico Administrativo establece que en el transcurso de un proceso se pueden emplear todos los medios de prueba admisibles en derecho. Por lo que, la Superintendencia de Competencia Económica (, SCE,) tiene la facultad de determinar qué pruebas utilizará para acreditar el carácter anticompetitivo de las conductas en cada caso.

La SCE sí ha señalado sus criterios de evaluación para los efectos anticompetitivos. Al revisar la Guía para la investigación de conductas de abuso del poder de mercado y la Guía para la investigación de acuerdos y prácticas restrictivas, parece que la SCE opta por utilizar una posición más sustantiva. Por ejemplo, en la Guía para la investigación de conductas de abuso del poder de mercado, la agencia diferenció por conductas las pruebas económicas que utilizará para la prueba de efectos. De esta forma, indicó que la prueba AKZO¹⁵, por ejemplo, es la que va a utilizar para determinar si los precios son efectivamente predatorios o no. De forma más general, en la Guía para la

¹³ Artículo 1, Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado [LORCPM], Registro Oficial No. 555, de 13 de octubre de 2011, reformado por última vez R.O. 311 de 16 de mayo de 2023.

¹⁴ Artículo 2, LORCPM.

¹⁵ Guía para la investigación de conductas de abuso del poder de mercado, Superintendencia de Competencia Económica, 30.

investigación de acuerdos y prácticas restrictivas la SCE también da luces a una aproximación más sustantiva, al indicar que:

Las conclusiones de este análisis deberán evidenciar afectaciones a la competencia real o potencial en una medida tal que pueda preverse que tendrá efectos negativos sobre los precios, la producción, la innovación o la variedad o calidad de los productos y servicios en el mercado de referencia con un grado razonable de probabilidad. Los efectos negativos deben ser sensibles y por tanto probados por la autoridad¹⁶.

Para concluir el punto, es importante aclarar que las guías en sí mismas no son vinculantes. Las guías fueron emitidas por la propia SCE, un ente de control que no posee facultades regulatorias. En el mismo sentido, y como se verá más adelante, la propia SCE se ha apartado de sus propias guías en la investigación de conductas anticompetitivas. Por ende, hay que considerar que el valor jurídico de este instrumento es limitado.

5. Discusiones

5.1 Primera discusión: ¿Qué son los efectos anticompetitivos?

La determinación del efecto anticompetitivo es la primera variable relevante que se debe tomar en cuenta para el diseño de un sistema coherente. Solo a partir de una definición clara de qué efectos se consideran anticompetitivos -y por ende ilegales- es posible articular los *tests* que permitirán medirlos. Con esto en mente, en esta sección se explicará con más detalle en qué consiste el estándar del bienestar del consumidor y porque este, a diferencia de los demás estándares, aporta una definición de efectos que permite construir un sistema predecible.

Previo a iniciar, es importante aclarar que en todo sistema existe una noción de qué es anticompetitivo, independientemente de si se adopta una posición más o menos ortodoxa. Es decir, si el sistema protege a la justicia en el comercio, el menoscabo a la justicia es el efecto anticompetitivo. De la misma manera, si el sistema está orientado a proteger el bienestar del consumidor, las conductas que dejen a este en una peor posición son anticompetitivas. Esta sección parte de la premisa que el efecto anticompetitivo debería ser el propuesto por la posición ortodoxa, pero también reconoce que esta posición implica una renuncia a la amplitud de los objetivos que podrían preservar las

¹⁶ Guía para la investigación de conductas de acuerdos y prácticas restrictivas, Superintendencia Competencia Económica, 32.

agencias de competencia - como los relacionados con desigualdad, la protección del ambiente y afines.

Continuando, ¿qué es el estándar del bienestar del consumidor? Como se mencionó, el EBC es una postura respecto a qué efectos de una conducta la vuelven anticompetitiva. El EBC nació como una crítica a las dificultades que existían para anticipar qué convertía a una conducta en ilegal, por la amplitud de los fines que perseguía la rama en un primer momento¹⁷. En este contexto, la posición ortodoxa indica que el rol del derecho de la competencia se centra únicamente en propender la eficiencia en los mercados y maximizar el bienestar de los consumidores¹⁸. Por lo tanto, una práctica tiene efectos anticompetitivos siempre que afecte negativamente a estos, en parámetros relevantes como precios, cantidades e innovación.

El EBC se fundamenta en la teoría económica neoclásica. Según esta, los mercados competitivos generan eficiencias asignativas -los bienes llegan a manos de quienes los valoran más- y productivas -existen incentivos para innovar y poder producir más al mismo o menor costo¹⁹. Por el contrario, los mercados en los que existe dominancia²⁰, resultan en equilibrios ineficientes para los consumidores. A su vez, los equilibrios dominantes afectan al consumidor porque permiten a un operador económico cobrar precios supra competitivos de manera rentable, reducir la cantidad de bienes producidos sin ver sus retornos afectados y tienen menores incentivos para continuar innovando²¹.

Segundo, ¿por qué el estándar del consumidor permite construir sistemas coherentes? En esencia, la predictibilidad del EBC permite diseñar pruebas legales que sean útiles para la generalidad de los casos. Como se verá a continuación, estándares alternativos pueden resultar útiles para la evaluación de un caso concreto, pero no son

¹⁷ Robert Bork, *The antitrust paradox a policy at war with itself* (Nueva York: Basic Books, Inc., 1978), 70.

¹⁸ Jorge Padilla, "Neoclassical Competition Policy without apology", 147-150.

¹⁹ Tony Lawson "What is this 'school' called neoclassical economics?", *Cambridge Journal of Economics Vol. 37* (2013), 955-968.

²⁰ La dominancia es un fallo que los mercados no pueden corregir por sí mismos y resulta en equilibrios ineficientes. Massimo Motta, *Competition Policy: Theory and Practice* (Cambridge: Cambridge University Press, 2004), 18-21.

²¹ William Kovacic y Carl Shapiro, "Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking", *Journal of Economic Perspectives Vol. 14* (2000), 58-60.

extrapolables al resto de prácticas controladas por el régimen²². La introducción de un estándar por casos vuelve inmanejable al sistema, debido a que los operadores económicos no pueden conocer con antelación qué teoría de efectos va a ser propuesta por la agencia y cómo demostrará esos efectos.

Un ejemplo es el estándar de bienestar comunitario propuesto por Cappers y Day²³. Según los autores, el derecho de la competencia ortodoxo está sesgado y tiende a subestimar el daño producido por las conductas en las comunidades más marginalizadas. Como muestra, señalan a las fusiones entre cadenas de supermercados. Cuando las cadenas se fusionan, los efectos positivos de la operación -como la baja de precios en los alimentos frescos- son capturados por los sectores más favorecidos de la sociedad. Por el contrario, las comunidades más marginalizadas van a ser afectadas desproporcionadamente. La evidencia muestra que las cadenas de supermercados generalmente han optado por cerrar sus operaciones en los barrios más pobres, limitando el acceso a comida de calidad en el sector y forzando a la comunidad a consumir alimentos menos saludables que sí están a su alcance²⁴.

En este contexto, los autores consideran que también debería ser anticompetitiva la pérdida de acceso a supermercados que enfrenta la comunidad marginalizada. Por lo que proponen articular, para este caso concreto, una prueba que mida la pérdida de acceso como efecto anticompetitivo. Pero ¿cómo se puede utilizar este estándar y esta prueba para un caso de restricciones verticales entre un productor y distribuidor de colchones? ¿qué parámetros del estándar del bienestar comunitario deben ser rescatados para analizar todo el resto de los casos que pueden existir en el mundo *antitrust*? Hasta el momento no se ha encontrado respuesta clara para ninguna de estas dos preguntas.

Resumiendo, la noción de efectos es central para construcción del régimen, más allá de que utilice un estándar ortodoxo o no. Este trabajo solamente favorece el EBC por su predictibilidad. El estándar ortodoxo renuncia a la amplitud de fines que podría perseguir un régimen de competencia, pero eso permite que sea utilizado para evaluar todas las conductas de manera uniforme -siempre buscando incrementos en precios, reducción de cantidad o ralentización de la innovación. Por el contrario, hasta ahora no

²² Laurent Warloutzet, "Towards a Fourth Paradigm in European Competition Policy? A Historical Perspective (1957-2003)", en *The Transformation of EU Competition Law: Next Generation Issues*, ed. de Adina Claiçi, Assimakis Komninos, Denis Waelbroeck (Philadelphia: Wolters Kluwer, 2023), 33-52.

²³ Bennett Capers y Gregory Day, "Race-ing Antitrust", *Michigan Law Review Vol. 121* (2023), 524.

²⁴ *Id.*, 525.

se ha encontrado una definición alternativa de efecto anticompetitivo que pueda ser uniformemente aplicada en el régimen.

5.2. Segunda discusión: ¿Cómo se acreditan los efectos anticompetitivos?

El cómo se prueban los efectos anticompetitivos es la segunda variable relevante para la construcción de un régimen coherente. Por tanto, si en la primera discusión se determinó que una conducta tiene efectos anticompetitivos cuando afecta a los consumidores, esta segunda discusión evaluará cuál es el mejor método para medir cómo está el consumidor después de una conducta. Para estos fines, se revisará a las dos aproximaciones que han seguido las agencias de competencia para probar la existencia de efectos: las formalistas (5.2.1) y sustantivas (5.2.2). Finalmente, se demostrará por qué la aproximación sustantiva es la que mayor precisión aporta al régimen (5.2.3).

5.2.1 Aproximación formalista

En primer lugar, se tiene a la aproximación más formalista para la prueba de efectos anticompetitivos. Para el desarrollo de esta primera aproximación es necesario definir qué es un análisis formalista para después revisar las ventajas y desventajas de su aplicación.

Sobre la definición formalismo, Lindeboom señala que hasta el momento no existe una sistematización doctrinal robusta para entender a cabalidad el concepto²⁵. En similar sentido, Ibáñez Colomo indica que la noción de formalismo, con el paso de los años, ha sido sujeta a interpretaciones cambiantes en la literatura relevante. Por ende, el término actualmente no tiene el mismo significado para todos quienes lo emplean²⁶. En este contexto hay al menos tres posibles definiciones de formalismo en el derecho de competencia: 1. la que se refiere al análisis de los efectos tomando únicamente en consideración la apariencia -características formales- de una conducta, 2. aquella que se refiere a un proceso de toma de decisiones constreñido por reglas y 3. la que asimila formalismo a la utilización de presunciones²⁷. Sin embargo, y por simpleza, este trabajo utiliza la definición de formalismo como aquella en la que el análisis de las conductas

²⁵ Justin Lindeboom, "Formalism in Competition Law", *Journal of Competition Law & Economics Vol. 18* (2022), 832-837.

²⁶ Ibáñez Colomo, "Form and Substance in EU Competition Law", 3.

²⁷ *Id.*, 5.

presuntamente anticompetitivas se realiza mirando únicamente a la apariencia formal en la que está envuelta una conducta²⁸.

Sobre las desventajas de su aplicación, la visión formalista a la prueba de efectos tiene dos grandes limitantes: su rigidez e imprecisión para el análisis de casos novedosos. De un lado, la imprecisión hace referencia a los falsos positivos que se pueden generar utilizando este método. Del otro, la rigidez corresponde a que las agencias tienen una camisa de fuerza al basar su análisis de efectos a la forma de la conducta. Enseguida se revisará la jurisprudencia del TJUE para descuentos por fidelidad, a fin de evidenciar con más detalle cómo se manifiestan ambas limitantes en la práctica.

Un punto de partida es la decisión para el caso *Hoffmann-La Roche I* de 1979. Dentro del caso, el TJUE analizó si el esquema de descuentos implementados por la empresa tenía la aptitud de excluir a sus competidores dentro del mercado de vitaminas B12. Para estos fines, el Tribunal clasificó a los descuentos en dos grandes categorías: los de porcentaje uniforme y los de porcentaje creciente²⁹, en donde los descuentos aumentan si es que el comprador cubre mayor proporción de su demanda con productos de la empresa. Sobre esta clasificación, el TJUE creó dos categorías amplias de legalidad e ilegalidad. Si un descuento -visto en su apariencia- es de porcentaje creciente, se reputa que tiene efectos anticompetitivos y es ilegal³⁰. Por el contrario, los descuentos de porcentaje uniforme siempre se consideraban legales. Así, la prueba de efectos más primitiva indicaba que el efecto se demuestra al acreditar que los descuentos son crecientes -sin considerar su cobertura, el tiempo que fueron implementados y, en general, si verdaderamente generaron una afectación a los consumidores.

Las empresas, sobre la base del criterio de *Hofmann*, modificaron sus sistemas de descuentos para evitar que sean catalogados como de porcentaje creciente y, por tanto

²⁸ No se utiliza la segunda definición ya que describe a un fenómeno necesario y deseable dentro de todo sistema jurídico. Las normas actúan como intermediarias para avanzar el propósito sustantivo que se perseguía al crearlas -como lo es maximizar el bienestar del consumidor- y para establecer los mecanismos adjetivos que se deben emplear para alcanzar este propósito. Tampoco se utiliza la tercera definición porque insinúa la carencia de un análisis del todo considerado por el simple hecho de establecer presunciones de anticompetitividad -para las conductas categorizadas por su objeto. La categorización de ciertas conductas por su objeto anticompetitivas obedece a que la experiencia jurisprudencial y doctrinaria ha demostrado que estas prácticas generalmente producen efectos anticompetitivos en el mercado. Así, las presunciones no reemplazan un análisis del todo considerado. Más bien, basan su razonamiento en decisiones previas que sí estudiaron a cabalidad los efectos que las conductas tienen en el mercado. Frederick Schauer, "Formalism", *The Yale Law Journal* Vol. 97 (1998), 511-513.

²⁹ Asunto 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG* contra Comisión de las Comunidades Europeas, Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Sentencia, 13 de febrero de 1979, pár. 93.

³⁰ *Id.*, pár. 89.

ilegales. Por ejemplo, en *Michelin I* de 1983, el Tribunal fue encargado analizar si un esquema de un descuento único y retroactivo debía ser considerado anticompetitivo. El sistema de *Michelin*, en esencia, consistía en que si sus compradores adquirían un número mínimo de llantas, conseguían todo el descuento. Si es que no llegaban a ese número mínimo, la empresa no otorgaba ninguno³¹. Vistas así las cosas, el sistema de *Michelin* era distinto al descuento creciente de *Hoffmann* -y por tanto debía ser legal. Sin embargo, por lo similares que eran los efectos entre ambos sistemas, el TJUE creó una nueva categoría de ilegalidad específica para los descuentos como los de *Michelin*.

Con el paso de los años, existieron nuevos sistemas de descuentos y nuevamente el TJUE introdujo, caso a caso, más categorías de ilegalidad. Por lo tanto, en *British Airways* y en *Torma*³² se puso en manifiesto la necesidad de cambiar la aproximación hacia el análisis de los efectos y los descuentos. Finalmente, la prueba de efectos anticompetitivos para descuentos por fidelidad iba a tomar en consideración factores adicionales a la forma del descuento. En ambos casos el TJUE estableció, por primera vez, la necesidad de acreditar la capacidad que tiene la conducta para restringir la competencia. Continuando con esta línea, el Tribunal estableció en *Delimitis*³³ que, además, era necesario demostrar si: 1. Existía un impedimento para entrar al mercado y 2. si el efecto exclusorio era causado directamente por la conducta investigada. Así, el análisis del tribunal pasó de mirar únicamente a la forma del descuento -o forma de la práctica-, a exigir la acreditación del efecto exclusorio y del nexo causal existente entre la conducta y el efecto.

Esta evolución en la práctica jurisprudencial del Tribunal pone en evidencia las desventajas de utilizar la prueba formalista. De un lado, sobre la imprecisión analítica, Ibáñez Colomo menciona que las conductas difícilmente pueden ser catalogadas como inherentemente legales o ilegales³⁴. Por lo general, toda conducta tiene efectos ambivalentes. Es decir, genera tanto efectos procompetitivos como anticompetitivos³⁵. Por lo tanto, la forma misma de la conducta no basta para demostrar que esta es anticompetitiva. Las limitaciones impuestas por el análisis formalista llevan a sancionar

³¹ Asunto 322/81, NV Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin contra Comisión de las Comunidades Europeas, Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Sentencia, 9 de noviembre de 1983, pár. 79.

³² Whish and Bailey, *Competition Law* (Oxford: Oxford University Press, 2012), 125.

³³ *Id.*, 126.

³⁴ Pablo Ibáñez Colomo, "Form and Substance in EU Competition Law", 12.

³⁵ Pablo Ibáñez y Adriani Kalintri " The Evolution of EU Antitrust Policy: 1966–2017", *The Modern Law Review Vol. 83* (2020), 14.

prácticas que en apariencia son ilegales -cuando en realidad no lo son- y autorizar conductas que en su forma parecen legítimas pero que sus efectos son perniciosos.

La segunda crítica es el *straightjacket effect*³⁶. Como su nombre indica, los tribunales y los órganos de investigación utilizan una camisa de fuerza para afrontar el análisis de conductas más novedosas³⁷. Cualquier sofisticación en, por ejemplo, los sistemas de rebates, era difícil de ubicar nítidamente en los casilleros de legalidad o ilegalidad creados para la forma específica de descuento que se analizó en el caso anterior. El *straightjacket effect* generó temor entre las empresas de que su conducta sea la siguiente en entrar a la clasificación de ilegal, por lo que existió reticencia para innovar los sistemas de descuentos -quizás a costa de los consumidores.

Recapitulando, el formalismo es aquella aproximación probatoria en la que se miden los efectos anticompetitivos de una práctica por el ropaje formal que la envuelve. Al ver la evolución jurisprudencial en materia de descuentos condicionados, se pone en manifiesto que el TJUE tuvo que continuamente introducir cambios para capturar más formas de descuentos que igual pretendía considerar anticompetitivos. En este sentido, la aproximación probatoria sustancialista -que se revisará a continuación- es la solución a la que arribó el Tribunal.

5.2.2 Aproximación sustantiva

En segundo lugar se encuentra la aproximación sustantiva o sustancialista a la prueba de efectos. Para el desarrollo de esta sección, en primer lugar se definirá qué es la aproximación sustancialista. En segundo lugar, y a través de la jurisprudencia reciente del TJUE sobre descuentos condicionados y exclusividades, se revisará qué proceso y qué pruebas utiliza esta aproximación. Finalmente, sobre la base de la explicación desarrollada en la sección, se explicará por qué la aproximación sustancialista permite consolidar regímenes de competencia coherentes.

Primero, sobre su definición, la aproximación sustancialista es aquella que demanda realizar un análisis económico detallado y caso por caso para probar los efectos anticompetitivos³⁸. De esta forma, la aproximación sustancialista indica que probar los

³⁶ Pablo Ibáñez Colomo, "Form and Substance in EU Competition Law", 6.

³⁷ Barry Hawk, "System failure: Vertical restraints and EC competition law", *Common Market Law Review* Vol. 97 (1995), 36.

³⁸ La aproximación más sustantiva nació en reacción a las limitaciones del análisis basado en forma. Tras las carencias que tenía el formalismo, la Comisión de las Comunidades Europeas modernizó el

efectos demanda el uso de pruebas económicas generales y, si es que la circunstancias lo permiten, de micro pruebas diseñadas para cada práctica³⁹. Como el TJUE mencionó en *Intel*⁴⁰, la aproximación más sustancialista exige una caracterización del operador económico que cometió la conducta investigada, la contextualización de la conducta dentro del mercado en que ocurrió, la forma específica que tomó la conducta y su capacidad de producir el efecto negativo que la teoría de daño de la agencia le atribuye. De forma muy ilustrativa, el TJUE también señaló el criterio de *Intel* dentro *Servizio Elettrico Nazionale*, al indicar que:

Habida cuenta de que el carácter abusivo de una práctica no depende de la forma que esta reviste o revestía, sino que supone que dicha práctica tenga o haya tenido la capacidad de limitar la competencia, y, en particular, de producir, con su aplicación, los efectos de exclusión que se le reprochan, **este requisito debe apreciarse a la luz de todas las circunstancias fácticas pertinentes [...]**⁴¹ (el resaltado me pertenece).

Segundo, sobre el proceso de análisis y las pruebas utilizadas por la aproximación sustancialista, vale empezar indicando que permiten estudiar los efectos de un caso con mucho detalle. En esencia, el sustancialismo prueba los efectos anticompetitivos de una conducta a través de tres grandes pasos: en primer lugar, analiza el contexto en que se realizó una conducta; en segundo lugar, aplica una de las cuatro pruebas generales de efectos y; finalmente, si es que el caso lo permite, se aplica una micro prueba diseñada para el tipo de conducta específico.

El primer paso del análisis es la contextualización de la conducta. El TJUE indicó en *Post Danmark II*⁴² que para estos fines, se debe mirar la conducta investigada a la luz de las características del mercado, la duración de la práctica y la forma específica que esta tomó⁴³. Ahondando en su teoría, el TJUE también señaló en *Post Danmark II* que, durante la revisión contextual también se debería analizar a la estructura del mercado, la cobertura

marco analítico e institucional para abordar el estudio de conductas anticompetitivas. Los esfuerzos de la Comisión se materializaron en la emisión del Green Paper on Vertical Restraints in EC Competition Policy de 1997 y la Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings de 2009.

³⁹ Pablo Ibáñez, Form and Substance in EU Competition Law, 7-9.

⁴⁰ Asunto C413/14, Intel Corp. contra la Comisión de las Comunidades Europeas, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia, 6 de septiembre de 2017, párrs. 138-139.

⁴¹ Asunto C377/20, Servizio Elettrico Nazionale y otros contra la Comisión de las Comunidades Europeas, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia, 12 de mayo de 2022, p. 72.

⁴² Asunto C-209/10, Post Danmark A/S contra Konkurrenserådet, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia, 17 de marzo de 2012, p. 68.

⁴³ *Id.*, p. 70.

de la práctica, su importe (por ejemplo, qué tan alto era el porcentaje de descuento) y además, la forma que esta tenía. En *Deutsche Telekom* se incluyó también a las características del producto y la estructura del mercado aguas abajo y/o arriba como parámetros de contextualización relevantes⁴⁴. De esta forma, este primer paso está destinado a generar indicios sobre la existencia de efectos y determinar qué *tests* económicos son los que mejor pueden demostrarlos.

El segundo paso es la utilización de *test* económicos generales sobre efectos. En este, se realizan las pruebas que miden de forma específica cómo se está afectando al consumidor con la conducta. En este contexto, Nazzini indica que existen cuatro tipos de pruebas que generalmente han sido utilizadas por los tribunales: 1. de la intención⁴⁵, 2. del sentido económico de la conducta o del sacrificio de utilidades⁴⁶, 3. la prueba del competidor igualmente eficiente⁴⁷ y 4. daños directos al consumidor⁴⁸.

A través de cualquiera de estas cuatro pruebas -o una combinación de ellas- las agencias de competencia ya pueden tener una sólida noción sobre qué efectos pro y anticompetitivos tuvo una conducta. Sin embargo, ninguna de estas pruebas generales es en sí misma una receta mágica o única para todos los casos. Por lo tanto, la visión

⁴⁴ Asunto C-280/08, *Deutsche Telekom AG contra la Comisión de las Comunidades Europeas*, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia, 14 de octubre de 2010, pág. 250.

⁴⁵ A grandes rasgos, la prueba de intención aboga por sancionar una conducta con base en el ánimo con que fue realizada. De esta manera, existe una intención general y otra particular. La general es la intención de cometer la práctica exclusoria. En cambio, la particular, versa sobre la intención de producir los efectos anticompetitivos. Actualmente se considera a la prueba de la intención como una prueba auxiliar. Esto, pues, como indico el TJUE en *Hoffmann-La Roche II*, la intencionalidad no es una prueba idónea para acreditar los efectos, más bien, sirve solamente para caracterizar la práctica. Renato Nazzini, "The Foundations of European Union Competition Law: The Objective and Principles of Article 102", 64.

⁴⁶ La prueba del sentido económico o sacrificio de utilidades se basa en buscar una explicación que justifique la racionalidad detrás de la conducta. En caso en que no exista una explicación económica para la conducta, es plausible inferir que fue realizada para eliminar o reducir la competencia en el mercado. *Id.*, 70.

⁴⁷ La prueba del competidor igualmente eficiente se basa en la premisa de que el juego competitivo tiene naturaleza adversarial y los competidores que ofrecen bienes y servicios menos atractivos para los consumidores salen del mercado. Como se indicó, el rol del derecho de la competencia es proteger a los consumidores y no a los competidores. Por ende, la prueba del competidor igualmente eficiente captura este fenómeno a través de dos preguntas: ¿la conducta puede excluir a competidores igual de eficientes? y si es que sí, ¿las eficiencias generadas por la conducta superan a los daños generados por la exclusión? De esta forma, la prueba del competidor igualmente eficiente se presenta como una herramienta para no sancionar a las exclusiones generadas por la eficiencia superior del dominante -por ejemplo, al poder bajar en mayor medida un precio por alcanzar economías de escala. *Id.*, 80.

⁴⁸ La prueba de daño al consumidor pretende evaluar directamente si una conducta puede restringir la oferta los bienes y resultar en una subida posterior de precios. Esta prueba busca contrastar el daño cuantificado y las posibles eficiencias que una conducta produjo o puede producir. La prueba directa, en el caso europeo, ha sido rechazada por la inseguridad jurídica que genera. Aplicar a tabula rasa esta prueba implicaría que las empresas, previo a tomar cualquier decisión, deben conducir extensos y complejos análisis de daños y eficiencias. Cosa que, a consideración de Nazzini, la vuelve imposible de administrar. *Id.*, 74.

sustancialista, en su búsqueda de precisión, aboga por complementar estas pruebas específicas a cada conducta.

Como tercer paso está la aplicación de lo que Francis denomina micro pruebas. De acuerdo con el autor, la práctica jurisprudencial ha dado cabida a *tests* que son útiles para una práctica en específico⁴⁹. En esta línea, Davis señala a la micro prueba AKZO, utilizada específicamente para analizar casos de precios predatorios, como un ejemplo⁵⁰. Según esta prueba, no cualquier precio bajo es predatorio. Más bien, un precio es predatorio cuando se fija por debajo de los costos variables manejados por la empresa⁵¹. En este sentido, la prueba AKZO da más precisión al análisis de precios predatorios que la sola utilización de una de las pruebas generales.

En resumen, la visión sustancialista aboga por un análisis específico, contextualizado, económico -no solo legal- y casuístico. A partir de la ubicación de la conducta en el contexto en que se desarrolló, se aprecia la existencia de los efectos y se pueden determinar las pruebas más idóneas para demostrarlos. Después, cuando ya está armado el rompecabezas probatorio, la visión sustancialista aboga por el uso de alguno/s de los cuatro grandes tipos de pruebas señalados, pero siempre considerando las micro reglas establecidas para tales conductas. De esa forma, la aproximación sustancialista permite determinar con precisión la existencia de efectos anticompetitivos, separando lo legal de ilegal. Como resultado, el régimen de competencia es lo suficientemente preciso⁵² para solo sancionar las conductas que verdaderamente afecten al bienestar del consumidor -el efecto anticompetitivo- y minimizar la cantidad de falsos positivos.

5.2.3 Apología por la aproximación sustantiva

⁴⁹ Daniel Francis, "Making Sense of Monopolization", *Antitrust Law Journal* Vol. 84 (2022), 780-781.

⁵⁰ Pablo Ibáñez Colomo, "Legal Tests in EU Competition Law: taxonomy and operation", *Journal of European Competition Law & Practice* Vol. 10 (2019), 434.

⁵¹ De esta manera, la prueba AKZO mide si una empresa está fijando a precios a niveles insosteniblemente bajos a fin de excluir su competencia. El fin de excluir la competencia a corto plazo es poder subir los a niveles supra competitivos cuando ya no existan presiones competitivas.

⁵² Visto desde la perspectiva de Christiansen y Kerber, en el sistema jurídico existen las reglas diferenciadas y las reglas poco diferenciadas. De un lado, las diferenciadas son aquellas que en principio arrojan resultados más precisos por el esfuerzo probatorio e investigativo que demandan. Del otro lado, las normas poco diferenciadas requieren menos investigación y prueba para su aplicación. Por antonomasia, las normas poco diferenciadas tienden a producir errores del tipo I -falso positivo- y tipo II - falso negativo- pero son más fáciles de aplicar. Por el contrario, las normas altamente diferenciadas producen menos errores. Arndt Christiansen y Wolfgang Kerber, "Competition policy with optimally differentiated rules instead of 'per se rules vs rule of reason'", *Journal of Competition Law & Economics* Vol. 2 (2006), 215-244.

El trabajo partió de la premisa que los sistemas de competencia pueden ser coherentes si es que se ajustan correctamente dos variables. La segunda variable, que ocupa a esta sección, trató sobre cómo se deberían probar los efectos anticompetitivos. En este sentido, se presentaron dos aproximaciones que, si se quiere, pueden ser ubicadas en dos extremos de un espectro. En un extremo, está la visión formalista, que demanda menor exhaustividad probatoria. En el otro está la aproximación sustancialista, caracterizada por su énfasis en lo económico y precisión. Con esto en mente, a continuación se mostrará, a través de los casos *Hoffmann-La Roche* e *Intel* sobre descuentos por fidelidad, por qué la aproximación sustantiva favorece la creación de un régimen predecible y coherente.

En un extremo, el caso de *Hoffmann* es un ejemplo paradigmático del análisis formalista. Como ya se explicó, el TJUE consideró ilegal al sistema de descuentos crecientes de la empresa, mirando únicamente a sus características formales. La interpretación del TJUE para la conducta consistía en que, a partir de determinadas características de la práctica, es posible inferir sus efectos anticompetitivos sin ninguna prueba relevante adicional. Así, el sistema formalista reemplaza probar los efectos por una inferir su existencia, generando un principal inconveniente: la imprecisión.

Actualmente, las inferencias realizadas por el TJUE en *Hoffmann* han sido refutadas por la teoría económica. Es decir, en su momento bastó que el sistema de descuentos pueda tener un efecto exclusorio para que se imponga a la empresa una sanción. No obstante, actualmente se conoce que los descuentos por fidelidad tienen efectos procompetitivos importantes, como la recuperación más eficiente de costos fijos y la reducción de problemas de doble marginalización⁵³. En este sentido, el análisis económico de los descuentos por fidelidad debe ser lo suficientemente detallado para determinar si es que existen más efectos positivos o negativos a raíz de la conducta. Así, la apariencia de una práctica no basta para determinar su anticompetitividad y el análisis formalista abre la puerta a que existan falsos positivos, mermando la coherencia y predictibilidad que busca el régimen.

En el otro extremo se encuentra la aproximación sustancialista empleada en *Intel*. En el caso, la Comisión Europea investigó a la empresa por el sistema de descuentos que

⁵³ Hans Zenger, "Loyalty Rebates and the Competitive Process", *Journal of Competition Law & Economics* Vol. 8 (2012), 738.

implementó con fabricantes de equipos informáticos. Según la Comisión, *Intel* se aseguraba que los principales fabricantes de computadoras tengan que comprar la totalidad o casi la totalidad del CPU x86 a la empresa, excluyendo a su competencia del mercado⁵⁴. En esta línea, la Comisión sancionó a Intel con una multa de casi mil millones de euros por la afectación al mercado.

Intel inició el proceso de impugnaciones, perdió en primera instancia ante el Tribunal General de la Unión Europea (, TGUE,) y su caso llegó finalmente al TJUE. En este contexto, la decisión del TJUE se configura como el hito relevante en la aplicación de la aproximación sustancialista para la prueba de efectos⁵⁵. Durante su investigación, la Comisión realizó una prueba del competidor igualmente eficiente a fin de determinar si un competidor hipotético, igualmente eficiente que *Intel*, hubiese podido implementar el sistema de descuentos rentablemente. No obstante, la Comisión no valoró correctamente los resultados de la prueba al resolver el caso. Esta falla en el análisis económico, a consideración del TJUE, anulaba la decisión de la Comisión⁵⁶. Por ende, remitió nuevamente el caso al TGUE para que evalúe nuevamente la totalidad de los argumentos presentados por *Intel* durante el proceso.

Acogiendo la aproximación más sustancialista a la prueba de efectos, el TGUE indicó en su resolución que, si el investigado ofrece una explicación alternativa de los hechos, la agencia está obligada a investigar con detalle las circunstancias del caso⁵⁷. De esta forma, si la Comisión yerra al considerar, por ejemplo, a la cobertura de los descuentos, no está correctamente acreditada la anticompetitividad de la conducta. Al considerar que el análisis de la Comisión fue incompleto, el TGUE decidió anular la multa impuesta contra la empresa.

La resolución del TGUE deja una lección valiosa: la precisión del análisis es relevante. Mientras que para una perspectiva formalista basta que el descuento pueda

⁵⁴ Asunto C413/14, *Intel Corp. contra la Comisión de las Comunidades Europeas*, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia, 6 de septiembre de 2017, pár. 16.

⁵⁵ Ariel Ezrachi, *EU Competition Law An Analytical Guide to the Leading Cases* (Oxford: Hart Publishing, 2018), 238.

⁵⁶ Asunto C413/14, *Intel Corp. contra la Comisión de las Comunidades Europeas*, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia, 6 de septiembre de 2017, pár. 143.

⁵⁷ Asunto T286/09 RENV, *Intel Corp. contra la Comisión de las Comunidades Europeas*, Tribunal General de la Unión Europea, 26 de enero de 2022, pár. 119. En específico, la Comisión debe considerar: i) la posición del dominante dentro del mercado, ii) la cobertura de los descuentos, iii) las condiciones y características del descuento, iv) su duración e importe y v) la estrategia destinada a excluir a competidores del mercado.

tener un efecto fidelizante para ser sancionado, el sustancialismo revisa con detalle las circunstancias del caso. La decisión de *Intel* pone en evidencia, por ejemplo, que el importe del descuento es relevante a la hora de analizar el caso. Que el descuento sea del 5% y no del 7%, o que la práctica haya durado un año y no dos, son factores que deben tomarse en consideración a fin de que la agencia determine con precisión cuál fue el efecto anticompetitivo y no sancione incorrectamente a conductas que son legales.

Con estas consideraciones en mente, y a manera de conclusión de esta sección, las pruebas patrocinadas por la aproximación sustantiva permiten obtener resultados fiables y decisiones coherentes con relación a lo que sanciona el régimen de competencia.

5.3. Tercera discusión: ¿Cómo acredita la SCE los efectos anticompetitivos?

Considerando que un régimen coherente utiliza al estándar del bienestar del consumidor para definir qué es el efecto anticompetitivo y se acredita este efecto por medio de aproximaciones sustancialistas, queda la preguntarse ¿cómo maneja la Superintendencia de Competencia Económica ambas variables? Para responder a esta pregunta, se repasará a los casos de abuso de posición dominante de Chaide y Chaide S.A. (**Chaide**,) y de BANRED S.A. (**BANRED**,)

Primero, sobre CHAIDE, se investigó a la empresa por abusar de su poder de mercado a través de la fijación de precios mínimos de reventa a sus distribuidores de colchones⁵⁸. En la investigación, la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (**INICAPMAPR**,) encontró que CHAIDE efectivamente remitió la lista de precios mínimos de reventa a 263 distribuidores de la marca y que la fijación de precios pudo, potencialmente, tener un efecto sobre la competencia⁵⁹. Sobre la base de sus hallazgos, la INICAPMAPR recomendó a la Comisión de Resolución de Primera Instancia (**CRPI**,) que sancione a CHAIDE por haber incurrido en la prohibición del artículo 9.20 de la LORCPM. No obstante, la CRPI rechazó la teoría de la INICAPMAPR por considerar que no estaba suficientemente probado el potencial efecto exclusorio que se le atribuía a CHAIDE.

LAMINADOS Y TEXTILES LAMITEX S.A. (**LAMITEX**,), la denunciante en el caso, apeló la decisión de la CRPI al considerar que sí se configuraron los elementos conductuales y estructurales exigidos por el tipo de abuso de poder de mercado del

⁵⁸ SCPM-CRPI-016-2022, Comisión de Resolución de Primera Instancia, 2 de noviembre de 2022, pág. 9.

⁵⁹ *Id.*, párrs. 247-249.

artículo 9 de la LORCPM. Por lo tanto, el expediente llegó a manos del Superintendente de Competencia Económica (, **el Superintendente,**) para que resuelva el caso.

La resolución del Superintendente, vista en su conjunto, formula teorías contradictorias sobre qué efecto busca el régimen ecuatoriano y cómo la prueba. En esta línea, el Superintendente estableció tres teorías del daño para la conducta: 1. La fijación de precios tuvo un efecto exclusorio, 2. La fijación de precios también tuvo un efecto explotativo y 3. Fijar precios atenta contra la libertad competitiva.

Sobre el efecto exclusorio, el Superintendente consideró que los precios mínimos de CHAIDE eran “tan bajos que no podían ser replicados por los competidores”⁶⁰. En este sentido, se debió haber utilizado la prueba AKZO y la del competidor igualmente eficiente para tener verificada la infracción⁶¹. Sin embargo, el Superintendente no realizó ningún tipo de *test* sustancial para dar por probada la teoría del efecto exclusorio. Por la carente motivación del Superintendente, actualmente solo se conoce que un precio es bajo cuando la agencia estima que es bajo. Con base en la información disponible, la SCE pudo haber sancionado a los precios que consigue CHAIDE por su eficiencia superior. Asimismo, y contra toda lógica, se puede estar sancionando una política de precios bajos que es beneficiosa para los consumidores.

Contradictoriamente, el Superintendente también consideró que los precios de CHAIDE tienen un efecto explotativo. En palabras del Superintendente, la conducta “genera una potencial explotación al excedente del consumidor quien se ve obligado a pagar un precio mayor al que vendría pagando debido a los precios mínimos”⁶². Para esta teoría, la resolución nuevamente toma por acreditados los efectos explotativos sin realizar ningún tipo de prueba relevante para explotación⁶³. De la resolución del Superintendente

⁶⁰ SCPM-INJ-22-2022, Superintendente de Competencia Económica, 9 de febrero de 2023, 78.

⁶¹ Así, el Superintendente debió haber realizado un análisis de costos de CHAIDE -verificando si su precio se fijó por debajo de costos variables medios- a fin de determinar si son verdaderamente bajos. En la misma línea, el Superintendente debió haber indagado si un competidor igualmente eficiente que CHAIDE podía mantener el mismo nivel de precios viablemente. Sin embargo, el Superintendente no realizó ningún tipo de *test* sustancial para dar por probada la teoría del efecto exclusorio.

⁶² SCPM-INJ-22-2022, 76.

⁶³ En otras jurisdicciones los precios excesivos son probados mirando a *benchmarks* como costos, precios históricos, precios cobrados por competidores o márgenes históricos de utilidad de la empresa investigada. Sin embargo, en la resolución no existe ningún análisis de este tipo y nuevamente se deja sin explicación a cuándo un precio es excesivo. Sentencia No. 140/2014, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 4 de noviembre de 2014, considerando décimo octavo.

solo se sabe que se sancionó a CHAIDE porque los precios eran muy bajos y simultáneamente se la sancionó porque eran muy altos.

Finalmente, la resolución destaca que se sanciona la conducta “por ser contraria al bien jurídico protegido de la libertad competitiva”⁶⁴. La libertad competitiva -en contraposición al EBC- es el estándar de protección que se utilizó en Europa durante los años setenta⁶⁵. Sin embargo, este estándar fue abandonado por la ubicuidad de las conductas que podrían ser sancionadas⁶⁶. Por tanto, si se utiliza la posición actual del Superintendente, basta con cualquier restricción a la libertad de acción de una firma para que proceda una sanción.

Segundo, sobre el caso de BANRED, la SCE investigó a la empresa, entre más motivos, por utilizar su posición dominante para afectar la expansión de RTC COONECTA (, RTC,) en el mercado de conexión interbancaria⁶⁷. Durante la investigación, la INICAPMAPR encontró que: i) BANRED envió una propuesta contractual a RTC en la que aumentaban el valor de las tarifas en 688% con respecto al último convenio que celebraron⁶⁸, ii) el aumento de las tarifas no se encontraba justificado en un aumento de costos para la provisión del servicio⁶⁹, y iii) el aumento en las tarifas fue solo una propuesta que no se materializó en el acuerdo final celebrado entre ambas empresas. Con estos antecedentes, la CRPI sancionó a BANRED por haber incurrido en la prohibición de los numerales 1 y 15 del artículo 9 de la LORCPM.

⁶⁴ SCPM-INJ-22-2022, 73.

⁶⁵ La libertad competitiva es el efecto propuesto por el ordoliberalismo. Esta teoría propone encontrar una alternativa intermedia entre las economías occidentales y el nacional socialismo alemán. Contra este fondo, el ordoliberalismo cimienta sus creencias en los principios de la economía liberal, pero incorpora elementos humanistas que buscaban, por sobre todo, proteger la dignidad y libertades individuales. Por tanto, el fin del movimiento se encuentra en proteger el acceso equitativo a los mercados, materializado en la protección de pequeños y medianos competidores, como un medio de realización dentro de la sociedad. David Gerber, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus* (Oxford: Oxford University Press, 1998), 240-241.

⁶⁶ Pablo Ibáñez Colomo, "Anticompetitive Effects in EU Competition Law", 312.

⁶⁷ BANRED, RTC y Banco del Austro prestan el servicio de conexión interbancaria de cajeros automáticos. A través de este, los usuarios de una institución financiera, como el Banco Pichincha, pueden usar los cajeros automáticos de otra institución financiera que forma parte de misma la red, como el Banco Internacional. Por un lado, BANRED agrupa a las instituciones bancarias -los clientes más grandes- mientras que RTC presta el mismo servicio para cooperativas. A su vez, RTC, BANRED y Banco del Austro tienen convenios que permiten a los usuarios de cualquier cooperativa o banco utilizar los ATM de cualquier otra cooperativa o banco que forme parte de la red. En este caso, la SCE analizó a los potenciales efectos anticompetitivos que podían existir a raíz negociaciones del convenio de interconexión que BANRED mantenía con RTC y el Banco del Austro. SCPM-CRPI-001-2022, Comisión de Resolución de Primera Instancia, 11 de mayo de 2022, pár. 400.

⁶⁸ *Id.*, pár. 561.

⁶⁹ *Id.*, pár. 572.

BANRED apeló la decisión de la CRPI por violaciones a su derecho al debido proceso y por la inexistencia de los efectos anticompetitivos que se le imputaban. Por lo tanto, este caso también llegó a manos del Superintendente, quien acogió la teoría de daño de la CRPI: el incremento de la tarifa en la propuesta contractual afecta la expansión de RTC.

La resolución plantea una teoría exclusoria para la afectación de la expansión de competidores. El Superintendente consideró que la propuesta de BANRED "pudo afectar potencialmente la expansión del operador económico RTC [...] esto los puso en riesgo de permanencia en el servicio de interconexión [...]"⁷⁰. No obstante, y al igual que en Chaide, la resolución no hace referencia a ninguna prueba concreta que se haya utilizado para demostrar la potencial exclusión. De la resolución solo se sabe que la propuesta de aumento en la tarifa y que por no ser proporcional al aumento en costos, tiene efectos anticompetitivos.

Nuevamente surgen dudas sobre cuándo se configura la infracción: ¿toda negociación, aunque no se haya materializado, tiene el potencial de producir efectos anticompetitivos?, ¿el potencial efecto exclusorio existe por la magnitud del aumento de las tarifas?, ¿solo se pueden subir las tarifas en proporción al aumento de los costos? Finalmente, ¿que sea más difícil para RTC competir, así no afecte a los consumidores, es ilegal?

Las razones por las cuales la conducta es anticompetitiva no son claras. Se conoce que los precios deben estar ubicados en un rango intermedio entre los precios predatorios y los explotativos. Para estos fines, se han creado pruebas de verificación para cada conducta que dotan de previsibilidad al análisis del caso. Sin embargo, la resolución no encuadra el aumento de precios en ningún análisis de este estilo. Actualmente solo es posible presumir que la SCE creó un estándar excesivamente estricto, por el cual un dominante, cuando es proveedor de sus competidores, solo puede aumentar sus precios en proporción al incremento en sus costos. Y, además, que cualquier conducta que genere incomodidad en un competidor, así no esté demostrado que tiene efectos sobre el mercado y los consumidores, es sancionable.

Ambos casos ponen en manifiesto que el régimen ecuatoriano está lejos de considerarse coherente y predecible. La SCE está utilizando pruebas más cercanas a las

⁷⁰ SCPM-INJ-11-2022, Superintendente de Competencia Económica, 11 de agosto de 2022, 37.

del tipo formalista -es decir, infiriendo la existencia de efectos a partir la apariencia formal de las conductas-, para justificar sus sanciones. Bajo este análisis, no existe certeza ni cuantificación del efecto anticompetitivo que está pesando sobre consumidores. De la misma forma, el derecho de competencia ecuatoriano, al sancionar la pérdida de libertad competitiva y la inconveniencia que enfrentan competidores, está dejando de lado el objetivo que en principio está llamado a hacer. En esencia, bajo las últimas decisiones de la agencia, es imposible predecir la dirección que está tomando el régimen ecuatoriano y qué criterios uniformes se utilizan en la investigación y sanción de conductas anticompetitivas.

6. Conclusiones

El trabajo inició citando a la comparación realizada por la Corte Suprema de Justicia en el caso *United States v. Addyston Pipe & Steel Co.*, según la cual el derecho de competencia es un barco que navega sobre un mar de dudas. En esta línea, también se indicó que el desarrollo del derecho de la competencia ha estado destinado a crear un régimen coherente y que la noción de efecto anticompetitivo - qué es y cómo se prueba- es central para esta construcción.

Primero, sobre el efecto anticompetitivo, este es un concepto estrechamente vinculado con el objeto de tutela del régimen. Así, si el objeto de tutela es el bienestar del consumidor, el efecto anticompetitivo de una conducta es todo aquel que afecte a los consumidores en parámetros relevantes, como los precios, calidad y cantidad de los bienes y servicios contratados. De la misma manera, si se aboga por ampliar el objeto de tutela a lo propuesto por las nuevas tendencias, la noción de efecto de efecto anticompetitivo se amplía y capta a distintos objetivos como la protección ambiental o la protección de trabajadores.

Más allá del estándar específico utilizado, sea uno más o menos ortodoxo, el efecto es igual de importante a ojos del régimen. Sin embargo, se mencionó que el EBC es el estándar que más predictibilidad y uniformidad aporta para el régimen. La visión ortodoxa renuncia a la amplitud de fines que puede perseguir el sistema, pero genera reglas y expectativas claras sobre qué es legal y qué puede ser sancionado. Asimismo, los operadores económicos conocen, en gran medida, qué conductas están prohibidas por el régimen y en qué condiciones. La utilización de estándares alternativos, como el estándar

del bienestar comunitario, tornan borrosa esta línea y no pueden ser aplicados uniformemente para todos los casos.

Después, el trabajo pasó a analizar sobre las distintas aproximaciones que existen sobre la prueba de efectos anticompetitivos. En este frente, existen dos aproximaciones principales: la formalista y la sustancialista. Dentro de esta sección, el trabajo patrocinó la utilización de la prueba sustancialista por ser la que única que verdaderamente permite captar el fenómeno económico que subyace una conducta y ponderar entre los efectos positivos y negativos que esta tuvo sobre los consumidores. En sentido contrario, se rechazó la aproximación formalista por propender a la toma de decisiones imprecisas, causando falsos positivos.

Bajo este análisis, la configuración de un sistema coherente de competencia requiere utilizar el EBC como estándar de protección y demostrar que existió un efecto anticompetitivo por medio de las pruebas de la aproximación sustancialista. Esta configuración permite conocer qué se sanciona y utilizar métodos que separen lo competitivo de lo anticompetitivo, lo legal de lo ilegal.

Finalmente, el trabajo analizó a las resoluciones de apelación en las que se sancionó a CHAIDE y BANRED por abusos de poder de mercado. El análisis puso en evidencia que, dentro de Ecuador, actualmente no está claro cuál es el objeto de tutela protegido por el régimen ni la prueba que se debería utilizar. Bajo las últimas decisiones de la agencia, es imposible predecir la dirección que está tomando el régimen y qué criterios uniformes se utilizan en la investigación y sanción de conductas anticompetitivas. Por lo tanto, existen pasos importantes que se deben tomar, a fin de crear un régimen coherente y predecible, donde exista respeto a la seguridad jurídica y se minimicen las sanciones indebidas e infundadas.