

Universidad San Francisco de Quito

Colegio de Jurisprudencia

Las economías de escala como abuso de poder de mercado

Esteban Pérez Medina

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

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

Quito, abril de 2013

**Universidad San Francisco de Quito.
Colegio de Jurisprudencia
HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS**

Las economías de escala como abuso de poder de mercado

Esteban Pérez Medina

Doctora Sophia Espinosa Coloma, J.S.D. _____
Directora

Abogado Vladimir Villalba Paredes _____
Presidente del Tribunal

Abogada María de los Ángeles Lombeyda _____
Informante de tesis

Abogado Luis Parraguez Ruiz _____
Decano del Colegio de Jurisprudencia

Quito, abril de 2013

© DERECHOS DE AUTOR

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

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

Firma: -----

Nombre: Esteban Pérez Medina

C. I.: 171296833-6

Fecha: Abril de 2013

*A Paula y María Paula,
mis heroínas*

Agradecimientos

Este trabajo no hubiese sido posible de no ser porque su autor se levanta sobre hombros de gigantes. Quiero, en primer lugar, agradecer a la memoria de ellos, los héroes de la libertad: Ayn Rand, Ludwig von Mises y Murray N. Rothbard.

A Sophia, más que directora, amiga. Por tenerme fe, por creer en mi trabajo y por ayudarme a luchar por él.

A Mercedes, mi compañera de viajes y editora personal. El apoyo incondicional en estos meses de trabajo.

A las personas que contribuyeron en mi investigación: Ana Belén Cordero, Alberto Brown, Xavier Andrade, Vladimir Villalba, Nicolás Pólit y Luis Marín.

A mis compañeros de trabajo: David Reinoso, Esteban Torres y Claudia Pernas, quienes hicieron agradable cada momento de esfuerzo.

Por último, quiero agradecer a Juan Fernando Carpio, quien me presentó a los gigantes.

Resumen

Estudio sobre el lugar de las economías de escala en el ordenamiento ecuatoriano de competencia. Propone identificar cómo regulan las normas nacionales dicho modelo productivo y determinar cómo nuestra Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado las sanciona. Se compara este modelo con los adoptados en ordenamientos extranjeros. Luego, estudia los fines y el bien jurídico del Derecho de la competencia en el Ecuador, valiéndose de la función de los principios constitucionales. Por último, se hace un análisis económico de las economías de escala, su función y consecuencias en sociedad. Se resalta la importancia del Análisis Económico del Derecho, que nos ayuda a determinar si nuestras normas causan desperdicio. Se aborda, además, la amplia discusión que sobre estas economías ha existido en doctrina internacional. Al concluir el trabajo, se habrá probado que en el Ecuador las economías de escala se sancionan y que dicha sanción es injusta en cuanto contraviene los principios legales y constitucionales. Ellas, lejos de ser abusivas, son eficientes, proveyendo a los consumidores de mayor bienestar.

Abstract

Study on the role of scale economies in the ecuadorian Antitrust law. Aims to identify how national rules govern this production model and determine how our “Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado” (ecuadorian national Antitrust law) sanctions it. This model is compared with those adopted in foreign jurisdictions. Then, it considers the purposes and ends of Antitrust law in Ecuador, using the function of constitutional principles. Finally, it makes an economic analysis of the economies of scale, its role and impact on society. It highlights the importance of economic analysis of law (Law and Economics), that helps us determine whether our rules cause waste in society. It also discusses the broad discussion on these economies that has existed in international doctrine. Upon completion of the work, it will have proven that in Ecuador the economies of scale are punished, and that the penalty is unfair, in contravention of legal and constitutional principles. They, far from being abusive, are efficient, providing greater consumer welfare.

Índice

Introducción	12
I. Economías de escala y legislación	15
A. Concepto de economías de escala	15
B. Regulación ecuatoriana de las economías de escala	17
1. La figura del abuso de poder de mercado	17
2. Regulación de las economías de escala	32
C. Regulación extranjera de las economías de escala	37
1. Regulación de las economías de escala en el sistema norteamericano	37
2. Regulación de las economías de escala en el sistema Romanista	42
D. Conclusiones sobre la regulación de las economías de escala	47
II. Análisis teleológico de la normativa nacional de competencia	49
A. Función de los principios constitucionales	49
B. Criterios de evaluación de la norma jurídica: la justicia como correspondencia de la norma a los principios	51
C. Fines de la normativa de competencia en el Ecuador	55
1. Análisis de las normas constitucionales de Derecho de la competencia	56
2. Análisis de las normas andinas de Derecho de la competencia: Decisión 608	61
3. Análisis de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado	61
D. Conclusiones sobre los fines de la normativa de competencia	69
III. Análisis práctico de los efectos de la regulación ecuatoriana de las economías de escala	70
A. Análisis Económico del Derecho	70
1. Importancia	71
2. El AED en el Derecho de la competencia	73

B. Debate sobre la regulación de las economías de escala	74
1. Escuela de Chicago	76
2. Críticas a la Escuela de Chicago	82
3. Conclusión sobre el debate	88
C. Análisis económico de las economías de escala	88
1. Causas de la aparición de las economías de escala	89
2. Efectos de las economías de escala en la economía nacional	91
3. Efectos de la sanción a las economías de escala en la economía nacional	94
4. Función de los altos requisitos de capital para el ingreso a un mercado determinado	95
5. Críticas al modelo puramente competitivo	97
D. Conclusiones sobre el análisis práctico de la regulación a las economías de escala	102
IV. Conclusiones generales	104
Bibliografía	110
Plexo normativo	119

Economic power is exercised by means of a positive, by offering men a reward, an incentive, a payment, a value; political power is exercised by means of a negative, by the threat of punishment, injury, imprisonment, destruction. The businessman's tool is values; the bureaucrat's tool is fear.

-Ayn Rand

“America’s Persecuted Minority: Big Business”,
Capitalism, the Unknown Ideal.

Introducción

El hombre no encuentra todos los bienes que utiliza para su supervivencia en la naturaleza. Gran parte de ellos deben ser creados y sólo se consigue eso a través del proceso productivo. Esto es lo que distingue al hombre del animal. Es el único ser vivo capaz de producir. No sólo es capaz de ello, sino que esta es una acción indispensable en su vida si lo que busca es la supervivencia. La producción ha permitido al ser humano satisfacer, cada vez, necesidades de nivel superior, no sólo ayudándole a procurar su vida, sino a mejorarla significativamente. Es a través de la división del trabajo que el hombre, de forma esporádica, se ha organizado para obtener un mayor beneficio individual.

Podríamos decir que el nivel de riqueza de una sociedad es igual a su nivel de producción, pues mayor cantidad de bienes y servicios equivalen a más necesidades satisfechas. El nivel de productividad de la sociedad humana actual no tiene precedentes en la historia. Es el nivel de desarrollo de las llamadas economías de escala el que ha permitido, en gran medida, esta situación. Ellas han mostrado ser el modelo más eficiente de producción. Sin embargo, el que se hayan alcanzado este tipo de modelos bajo ningún concepto implica que el progreso económico actual sea irreversible. Es sólo a través de la división del trabajo que lo hemos alcanzado. Cualquier uso de la fuerza que intervenga abusivamente en la pacífica interacción de los mercados importa un peligro a este estado de bienestar.

En este contexto, el Derecho de la competencia nace para regular los eventuales “errores de mercado”. Si bien no fue inspirado en sus orígenes por ninguna doctrina económica, ha pasado a cumplir una función determinante en el desarrollo económico de los países. A pesar de la aparente buena intención que manifiesta en sus fines, esta rama del Derecho muchas veces ha sido una herramienta política que ha entorpecido el desarrollo natural y beneficioso de la economía humana. Este tipo de casos son abundantes en la jurisprudencia internacional. Es precisamente el deseo de señalar estos errores en la legislación lo que nos motiva a iniciar el presente estudio.

La situación es especialmente preocupante en nuestro país. La Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado ha implementado algunas de las corrientes más radicales del Derecho de la competencia. Y, por sobre toda las cosas, llama la atención el trato que hace de las economías de escala. En vez de incentivarlas, beneficiando a toda la sociedad con sus ventajas, nuestra ley las castiga y ahuyenta. La implementación de economías de escala es sancionada como un abuso de posición de dominio en el ordenamiento ecuatoriano. La repercusión que esto tiene en nuestra economía y, sobre todo, para el bienestar de los ciudadanos, puede ser fatal. Las consecuencias a largo plazo son, inevitablemente, reducción de la riqueza y el nivel de vida, carestía de ciertos productos y el alza de precios. Los mismos fines del ordenamiento nacional son contrarios a este atropello al mercado.

Es por eso que, en este trabajo, buscamos demostrar cómo sanciona nuestra ley a las economías de escala. Con ello, defenderemos la postura de que aquella norma es injusta, pues es inconsistente con los fines legales y constitucionales de la competencia. Lejos de ser un “error de mercado”, las economías de escala son síntoma de su más pura eficiencia.

El presente trabajo se divide en tres capítulos, en los cuales pretendemos demostrar un punto fundamental. En el primero estableceremos cómo sanciona nuestro ordenamiento las economías de escala. Para ello explicaremos el alcance de este concepto, el trato que la ley hace del abuso de poder de mercado y cómo identifica ambas cosas. En el segundo capítulo haremos un análisis teleológico de la normativa nacional de competencia. Estudiaremos la función de los principios constitucionales

para establecer la justicia de la ley. A la vez, veremos cuáles son estos principios en la materia que nos corresponde. Por último, haremos un análisis práctico de las causas y efectos de las economías de escala. Para ello nos valdremos del Análisis Económico del Derecho como disciplina. Estudiaremos el amplio debate que ha habido sobre la materia y sacaremos nuestras conclusiones con el rigor económico y jurídico adecuado.

Con ese desarrollo, seremos capaces de alcanzar una conclusión que demuestre la injusticia de la norma que sanciona a las economías de escala por ser contraria a los fines del Derecho de la competencia.

I. Economías de escala y legislación

El fin de este primer capítulo es aclarar cuál es el régimen que la norma ecuatoriana da a las economías de escala. Una vez logrado aquello, compararemos el ordenamiento con los internacionales para encontrar sus principales diferencias.

A. Concepto de economías de escala

Para iniciar el análisis que corresponde a este estudio es ciertamente necesario definir qué son las economías de escala antes de pasar a estudiar su regulación en el sistema nacional. Esta primera parte busca determinar un concepto que es puramente económico y, por lo tanto, práctico, para luego relacionarlo con el trato que la normativa hace de él. Se debe entender objetivamente cuándo un determinado actor en mercado alcanza lo que la ciencia económica ha conocido por economía de escala y cuáles son las características con las que éstas se manifiestan.

Lo elemental sobre economías de escala es lo que el premio Nobel Paul Krugman dice en su concepto: “Economías de escala: rango de producción en el cual el coste *total medio* a largo plazo disminuye cuando aumenta la producción.”¹ Este concepto es similar al que nos da Mankiw cuando dice “Economías de escala: Propiedad según la cual el coste total medio a largo plazo disminuye conforme se incrementa la capacidad

¹ Krugman, Paul, Robin Wells, y Martha L Olney. *Introducción a La Economía*. Barcelona: Reverté, 2011. p. G-6

de producción.”² Es decir, el rasgo característico que ambos encuentran es la disminución del coste de producción medio cuando se producen grandes cantidades de un determinado bien.

George Stigler, premio Nobel de Economía, da una definición un poco más completa. Nos dice, en otras palabras, que por economías de escala se entiende la relación existente entre el tamaño de una firma –entendido como su producción total– y el costo de producción. Esto se ve reflejado en un costo promedio a largo plazo que representa el menor costo posible por unidad producida, es decir, el menor costo marginal.³ Lo dicho hasta ahora nos permite concluir que otra característica importante de las economías de escala son bajos costos variables, de tal forma que los costos fijos se amortizan con cada unidad extra producida.

McConnell y Gwartney y Stroup son quienes traen a relucir otra característica de las economías de escala, como lo es el tamaño de las plantas. El primero dice que mientras el tamaño de la planta⁴ crece, los costos promedios tenderán a bajar.⁵ Los segundos las explican cómo: “Reductions in the firm’s per unit costs that are associated with the use of large plants to produce a large volume of output.”⁶ El crecimiento e innovación de cada empresa sirve, entonces, para consolidar este tipo de economías.

En este mismo sentido, las pequeñas firmas no son, generalmente, capaces de utilizar su equipo productivo de la manera más eficiente. La maquinaria y tecnologías más eficientes, por estructura de mercado, son excesivamente costosas y grandes. Sólo altas demandas de producción pueden permitir a una determinada empresa adquirir este

2 Mankiw, N Gregory. *Principios De Economía*. Madrid: McGraw-Hill, 1998. p. 704

3 Cfr. Stigler, George J. *The Organization of Industry*. Chicago: The University of Chicago Press, 1983. p. 67

4 Por tamaño de planta el autor se refiere al total producido.

5 McConnell, Campbell R. *Economics: Principles, Problems and Policies*. New York: McGraw-Hill, 1978. p. 523

6 Gwartney, James D, y Richard L Stroup. *Economics: Public and Private Choice*. Orlando: The Dryden Press, 1997. p. 1013

tipo de maquinarias. Son estas grandes empresas con maquinarias modernas quienes pueden producir de forma más eficiente en la economía.⁷

Estas definiciones concuerdan con la que han sido generalmente tomadas por los juristas. Es así que el *Diccionario de derecho y economía de la competencia en España y Europa* ha definido a las economías de escala como “los ahorros en los costes medios unitarios que se originan por el aumento de escala en el volumen de producción”⁸

Resumiendo lo estudiado hasta ahora podemos concluir en dos aspectos fundamentales de las economías de escala. En primer lugar, ellas son las que alcanzan bajos costos por unidad a medida que incrementan su producción. Por otra parte, este modelo eficiente de fabricación sólo se puede alcanzar a través del uso de tecnologías que sólo están disponibles en mercado a empresas que, por su alta demanda, pueden costear los precios de las maquinarias.

B. Regulación ecuatoriana de las economías de escala

A continuación, explicaremos cómo nuestro ordenamiento regula las economías de escala. Para hacerlo deberemos primero estudiar la figura dentro de la cuál nuestra ley encuadra a esta práctica.

1. La figura del abuso de poder de mercado

La normativa de competencia y la legislación antimonopólica regulan tres prácticas o conductas diferentes para proteger el mercado. En este punto ha coincidido ya la doctrina a nivel internacional, unificando los criterios. A saber, se regulan los (i) acuerdos restrictivos de la competencia; (ii) las fusiones o concentraciones económicas en cuanto perjudiquen a la competencia; y, (iii) los abusos de posición dominante.⁹

Para entender cómo están reguladas las economías de escala en el ordenamiento nacional es necesario conocer primero la tercera figura mencionada con anterioridad, el abuso del poder de mercado. Nuestra legislación ha adoptado esta terminología para

⁷ Cfr. McConnell, Campbell R. *Economics: Principles, Problems and Policies*, op cit. p. 524

⁸ Pascual y Vicente, Julio. “Economías De Escala.” *Diccionario De Derecho Y Economía De La Competencia en España Y Europa*. Madrid: Civitas, 2002. p. 202-203

⁹ Cfr: Marín Sevilla, Marcelo et al. *Régimen De Competencia: Toda La Regulación De Competencia, Con Comentarios a Las Principales Normas*. Ed. Juan Carlos Riofrío Martine-Villalba & Marcelo Marín Sevilla. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2012. p. 100

referirse lo que en legislación y doctrina internacional se conoce como abuso de la posición dominante y la ha regulado en los artículos del 7 al 10 de nuestra Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado (en adelante LORCPM).

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.

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.¹⁰

a) Sujeto de la regulación

Nuestra norma, en primer lugar, caracteriza al poder de mercado. Relaciona estrictamente este concepto con la capacidad de influir en el mercado específico de cada producto que puede alcanzar determinado actor. Su principal característica es que su nivel de influencia le permite actuar con independencia de los demás actores y consumidores, pudiendo así, por ejemplo, cargar sobre sus productos los precios a voluntad, sin ninguna consideración de mercado.

La misma norma aclara que el poder de mercado no es *per sé* atentatorio contra el Derecho de la competencia. Sin embargo, el obtenerlo o reforzarlo a través de medios ilegítimos sí viola los preceptos de nuestra legislación. Es aquí donde entran los llamados abusos del poder de mercado como medios de alcanzarlo o mantenerlo y los cuales deberán ser sancionados por la ley en cuestión. Salta a la vista, entonces, que la simple ostentación de poder de mercado no es sancionada por la ley, sino sólo el abuso que de ella se haga. Se acepta y entiende a los monopolios y la concentración de poder económico como posibles hechos que se producen en mercado, propios a la competencia entre firmas.¹¹

10 Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Registro Oficial Suplemento 555 de 13-oct-2011. Artículo 7

11 Cfr: Bullard Gonzales, Alfredo. *Derecho Y Economía*. 2nd ed. Lima: Palestra, 2009. p. 999

Una segunda conclusión que podemos sacar es que se califica en este artículo al sujeto susceptible de sanción en el evento de incurrir en alguna de las faltas que se expondrán con posterioridad en la LORCPM. Es decir, las conductas abusivas tipificadas no constituyen en sí una infracción, sino sólo en el evento de que quien las cometa sea un sujeto calificado según éste artículo, es decir, un agente económico con poder de mercado.¹²

La “definición de dominancia no es un fin en sí mismo, sino un ejercicio instrumental.” Y el fin de determinar el poder de mercado es conocer si cierto agente económico “está en posición de cometer un abuso” para así darle la sanción correspondiente y conseguir el fin de la legislación de competencia “que es perseguir y prevenir aquellas conductas de las empresas que, al restringir la competencia en el mercado, reducen el bienestar de los consumidores.”¹³ Queda claro que la simple determinación de poder de mercado no acarrea sanción alguna en el ordenamiento.

b) Supuesto de poder de mercado

Ya determinado que para que se configure un abuso de poder de mercado debe existir un sujeto calificado con una característica básica –la ostentación de poder de mercado– pasemos a estudiar ahora a profundidad qué implica esta situación económico-jurídica. Existen varios análisis de las características de este poder, algunos más convincentes que otros.

La primera y más destacada posición caracteriza al poder de mercado como el poder de determinar precios con independencia de consumidores y competidores. Al monopolista, en este caso, se lo ve como un vendedor que puede cambiar su precio al cambiar la cantidad de productos que vende. Dice el juez Posner que reduciendo su producción en unidades puede subir precios por encima de lo que es competitivo. El poder sobre los precios, dice el autor, es la esencia del poder económico.¹⁴

12 Cfr. Velandia, Mauricio. *Derecho De La Competencia Y Del Consumo*. 1st ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008. p. 165

13 Gutiérrez, Inmaculada, y Jorge Padilla. “Una Racionalización Económica Del Concepto De Posición Dominante.” *El Abuso De La Posición De Dominio*. Ed. Santiago Martínez Lage & Juan Amadeo Petibó. Madrid: Marcial Pons, 2006. p. 18

14 Cfr. Posner, Richard. *Antitrust Law*. Chicago: The University of Chicago Press, 2001. p. 9

Esta misma posición es la adoptada por el jurista Germán Coloma:

El poder de mercado de una empresa es la capacidad que la misma tiene de influir sobre los precios vigentes en un mercado. Dicho poder de mercado puede aparecer tanto del lado de la oferta como de la demanda, es decir, una empresa puede tener poder de mercado como vendedora o como compradora de un bien o servicio. La ausencia de poder de mercado implica en cambio que la empresa en cuestión se comporta como “tomadora de precios”¹⁵

Por “tomadora de precios” el autor esta tratando de describir la situación común del competidor que cuando depende del mercado para el ejercicio de su actividad económica, se ve obligado a tomar los precios que sus clientes y competencia le imponen. En cambio, la firma con poder de mercado no toma los precios, sino que los impone de forma unilateral. La empresa que eleva precios por encima de las condiciones que prevalecerían en el libre mercado y es capaz de mantener ese comportamiento a largo plazo es la que goza de dominio.¹⁶ El concepto económico de poder de mercado es asimilable al jurídico, pues se refiere justamente a esta capacidad de subir precios de forma significativa y durable.¹⁷

Este concepto resulta incompleto sin su contraparte. Justamente, en el hecho de que la alza de precios deba ser durable, radica la otra dimensión del poder de mercado. Dice el peruano Bullard que no es el precio superior que se puede cargar la característica que importante del poder de mercado, sino la restricción de la producción. Un simple incremento en precios se puede dar en cualquier mercado, teniendo un efecto redistributivo en sectores de la sociedad –proveedores más ricos y consumidores menos ricos– , lo cual llamaría a más participantes a proveer el bien en cuestión. Es la capacidad de restringir la producción sin que existan más competidores dispuestos a suplir esa falta –trayendo consigo una subida de precios– lo que en realidad hace perder bienestar a la sociedad, satisfaciendo a menos consumidores.¹⁸

Coloma también ratifica esto, pues dice que “La regla general es que, para aumentar su precio, el vendedor con poder de mercado debe estar dispuesto a resignar

15 Coloma, Germán. *Defensa De La Competencia*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2003. p. 32

16 Cfr. Gutiérrez, Inmaculada, y Jorge Padilla. “Una Racionalización Económica... *op. cit.* p. 17

17 Cfr. Monti, Giorgio. *EC Competition Law*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 125

18 Cfr. Bullard Gonzales, Alfredo. *Derecho Y Economía. op. cit.* p. 935

parte de la cantidad que puede vender.”¹⁹ Esto es lo que las hace fundamentalmente diferentes a las llamadas “tomadoras de precios”; éstas, al modificar su cantidad de compra o venta, no ven una significativa modificación en los precios.²⁰

Es por lo señalado que el ejercicio del poder de mercado necesariamente tiene que concluir en una menor oferta –cuando se ejercita por parte del vendedor–.²¹ Justamente esta restricción es la que crea un perjuicio al mercado y es el motivo de su regulación, como veremos más abajo.²²

Por otro lado, hay quienes, como Velandia, hacen hincapié en la cantidad de competidores efectivamente en mercado. Nos dice así que la posición de dominio es un estado en que no hay una competencia efectiva o, visto del otro lado, “cuando existe una dependencia de mercado hacia ese agente económico”²³ Es esta falta de competencia lo que le permite actuar con independencia e influir de forma tan decisiva en el mercado. Bullard agrega a esto que es la falta de competidores tal que ninguno puede evitar que algunos puedan influir de manera radical en los precios y las condiciones de venta.²⁴

Sin embargo, esta visión ha recibido fuertes críticas por sectores de la doctrina. Bishop y Walker nos dicen que “the number of competitors in a market does not always provide a good indicator of the level of competition in a market.”²⁵ Justamente estos autores analizan cómo, en diferentes tipos de mercado, pueden no existir competidores y sin embargo mantenerse un nivel de precios competitivos y cómo lo contrario también es posible.²⁶

19 Coloma, Germán. *Defensa De La Competencia. op. cit.* p. 33

20 Cfr. *Ibid.*

21 Cfr. Bishop, Simon, y Mike Walker. *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurements.* 3rd ed. London: Sweet & Maxwell, 2010. p. 53-54

22 *Vid. infra.* p. 22

23 Velandia, Mauricio. *Derecho De La Competencia Y Del Consumo. op. cit.* p. 166

24 Cfr. Bullard Gonzales, Alfredo. *Derecho Y Economía. op. cit.* p. 1000

25 Bishop, Simon, y Mike Walker. *The Economics of EC... op. cit.* p. 64

26 Cfr. *Íd.* p. 64-65

Hovenkamp, por otro lado, hace un análisis en el que también habla de una maximización de precios, pero con un componente adicional. Considera, con un simple análisis matemático, que de ser los ingresos de la empresa 50% mayores a su costo marginal -es decir de unidad producida-, entonces nos encontramos con una empresa que ostenta poder de mercado.²⁷ Esta visión parece por demás simplista e incapaz de determinar la verdadera naturaleza de la posición estudiada.

Por último, Saldarriaga Lopera destaca como elemento determinante la concentración industrial, que se basa en estudiar cómo están distribuidas las empresas en los sectores o ramas de la economía.²⁸ Este análisis puramente estructural califica meramente al poder de mercado por las estructuras de determinados sectores económicos y en este sentido es la que más desentona con los anteriormente vistos.

De las caracterizaciones del poder de mercado estudiadas, consideramos que el poder sobre los precios y oferta es lo que lo caracteriza de forma más precisa. Justamente el verdadero perjuicio al mercado y a los consumidores se da cuando el agente es capaz de restringir su producción y obligar a los consumidores a adquirir el mismo bien a precios muy superiores.

Así lo afirma Valentine Korah al exponernos que:

A firm exercising market power to raise prices above costs will have to produce less than it would otherwise have done. Consumers will be worse off: the loss in their welfare is the demand for the monopolized product foregone less what it would have cost, when the money is spent on other things consumers value less in terms of the resources used to produce them. No one benefits from this loss, so it is sometimes called “the deadweight loss”.²⁹

Es el “deadweight loss”³⁰ justamente el motivo por el que se regula a estos actores, pues son capaces de proporcionar un daño al mercado y a los consumidores. El alza de

²⁷ Cfr: Hovenkamp, Herbert. *The Antitrust Enterprise*. Cambridge: Harvard University Press, 2005. p. 96

²⁸ Cfr: Saldarriaga Lopera, Gustavo. “Instrumentos De Análisis Económico Para El Estudio De La Competencia.” *Derecho De La Competencia*. Bogotá: El Navegante, 1998. p. 92

²⁹ Korah, Valentine. *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*. 6(null) ed. Hart Publishing, 1997. p. 9

³⁰ Traducción literal del inglés “pérdida de peso muerto”, se refiere a una pérdida social neta.

precios a los consumidores o el deterioro de la calidad de productos son los peligros del “abuso” de esta posición que estudiaremos más adelante.³¹

La otra objeción importante al poder de mercado es que reduce los incentivos para la eficiencia. Las firmas sin necesidad de superarse unas a otras no incurren en gastos que mejoren sus procesos productivos.³² En este sentido existe otra pérdida social, pues no mejora la calidad de los productos ni los niveles de producción.

El ejercicio de poder de mercado es reconocido por la doctrina internacional como generalmente negativo. Sin embargo, no en todos los casos es igual de perjudicial, y en algunos, inclusive, puede ser positivo.³³ El estudio económico nos ha permitido saber que no en todas las circunstancias los monopolios traen ineficiencias.³⁴ De hecho, como dice Velandia:

Adquirir la posición de dominio es un premio a la eficiencia, pues el eficiente acaba con sus competidores en el supuesto de que estos sean ineficientes. De ahí que la posición de dominio no sea ilegal, pero sí lo sea el abuso.³⁵

c) *Método de determinación de la posición de dominio*

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

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

31 Cfr. Bishop, Simon, y Mike Walker. *The Economics of EC...* op. cit. p. 230. Para más información *vid. infra*. p. 27

32 Cfr. Korah, Valentine. *An Introductory Guide to EC Competition...* op. cit. p. 9

33 Cfr. Hovenkamp, Herbert. *The Antitrust Enterprise.* op. cit. p. 95

34 Cfr. Posner, Richard. *Antitrust Law.* op. cit. p. 9

35 Velandia, Mauricio. *Derecho De La Competencia Y Del Consumo.* op. cit. p. 169

h. El grado en que el bien o el servicio de que se trate sea sustituible, por otro de origen nacional o extranjero, considerando las posibilidades tecnológicas y el grado en que los consumidores cuenten con sustitutos y el tiempo requerido para efectuar tal sustitución.³⁶

El método de determinación de poder de mercado adoptado en la LORCPM es el que Mauricio Velandia llama el “método estructuralista”:

En el análisis estructural resulta de la mayor importancia estudiar la cantidad de competidores que existen dentro del mercado relevante. No sólo los existentes sino también los potenciales, aquellos que ante una eventual subida de precios estarían interesados en ingresar al mercado por observar una buena rentabilidad, ya que ello disminuye el poder económico del presunto dominante.³⁷

Al examinar los numerales del artículo, notamos el especial énfasis que hizo el legislador en la estructura misma del mercado. Le dio una primacía por sobre los más modernos modelos econométricos de determinación. El literal a. habla de la capacidad de determinar precios, el literal b. de las barreras de entrada a la competencia de demás firmas, c. en los competidores existentes, d. en la accesibilidad a insumos y sigue con demás consideraciones sobre la distribución y comportamiento de agentes en el mercado.

Tradicionalmente se ha hecho el análisis en los estudios de los mercados relevantes y se ha computado la participación de la firma investigada. Sin embargo metodologías econométricas, como ya mencionábamos, pueden ser mucho más acertadas y sin necesidad de una definición de mercado.³⁸ El más reconocido de estos modelos es el índice de *Lerner*.³⁹

Ahora, como acabamos de mencionar, el análisis estructural necesita de la determinación de un mercado relevante. El artículo 5 de la LORCPM, que trata sobre el tema, reza textualmente:

Art. 5.- Mercado relevante.- A efecto de aplicar esta Ley la Superintendencia de Control del Poder de Mercado determinará para cada caso el mercado relevante. Para ello, considerará, al menos, el mercado del producto o servicio, el mercado geográfico y las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado.

36 Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. *op. cit.* Artículo 8

37 *Íd.* p. 172

38 *Cfr.* Hovenkamp, Herbert. *The Antitrust Enterprise. op. cit.* p. 96

39 *Cfr.* Monti, Giorgio. *EC Competition Law. op. cit.* p. 130

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

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

La determinación del mercado relevante considerará las características particulares de los vendedores y compradores que participan en dicho mercado. Los competidores de un mercado relevante deberán ser equiparables, para lo cual se considerará las características de la superficie de venta, el conjunto de bienes que se oferta, el tipo de intermediación y la diferenciación con otros canales de distribución o venta del mismo producto.⁴⁰

La ley da los parámetros y el único llamado a determinar un mercado relevante en cada caso es la autoridad de competencia. Sin embargo, podrán las partes contribuir con elementos que ayuden a determinarlo.⁴¹ Es menester, sea cual sea el caso en cuestión – con mayor énfasis el abuso de posición dominante–, el determinar el mercado relevante. “Independientemente de los tipos de supuestos concretos de conductas anticompetitivas,” nos dicen los comentaristas a la LORCPM, “la aplicación de la norma depende de sus consecuencias competitivas en el mercado relevante.”⁴²

La doctrina generalmente ha entendido al mercado relevante de manera similar a la ley ecuatoriana. Dice el profesor Hovenkamp que “A properly defined relevant market is a grouping of sales sufficiently isolated from other output that it is capable of being monopolized or cartelized for a prolonged period”⁴³ El análisis de la sustitución es, como señala la ley, básico para determinar el mercado relevante del producto investigado. Generalmente nos encontramos con “mercados caracterizados por la existencia de productos diferenciados en sus especificaciones, calidad, precio, etc., Pero con un importante grado de sustituibilidad potencial entre ellos.” Se debe hacer énfasis en estas características que los hacen sustituibles para “confirmar o descartar distintas

40 Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. *op. cit.* Artículo 5

41 *Cfr.* Marín Sevilla, Marcelo et al. *Régimen De Competencia. op. cit.* p. 194

42 *Íd.* p. 195

43 Hovenkamp, Herbert. *The Antitrust Enterprise. op. cit.* p. 96

hipótesis de delimitación del mercado a partir de indicadores del grado de sustituibilidad de los bienes o servicios analizados.⁴⁴ Un bajo nivel de sustitutos también ayuda a encontrar una situación de poder de mercado, según el literal h. del artículo 8 de la LORCPM. Según Velandia, una pobre cantidad de sustitutos sería la principal forma de descartar una posición de dominio.⁴⁵

Volviendo al Artículo 8, la ley confirma el análisis hecho en la sección anterior de este trabajo. El legislador ha considerado a la capacidad de fijar precios de forma unilateral como el principal elemento del poder de mercado y, por lo tanto, el principal hecho para su verificación. Ha dejado de lado visiones estructuralistas⁴⁶ que hacen hincapié en la distribución de mercado como característica de la dominancia.

El literal b. del artículo nos habla de las barreras de entrada. Ellas son las que nos indican la facilidad o dificultad de entrar a competir a determinado mercado.⁴⁷ Velandia habla de su clasificación:

[...] la libertad de entrada significa la inexistencia de barreras que impidan a una persona adelantar una actividad económica (libre iniciativa privada y libertad económica). Las barreras a la entrada son obstáculos que impiden la entrada al mercado. Las barreras se presentan bajo las siguientes formas: 1. Barreras regulatorias; 2. Barreras de mercado, y 3. las barreras impuestas por los competidores.⁴⁸

Las barreras regulatorias son aquellas que nacen de la norma. Son disposiciones del Estado que tienen una influencia en la entrada de competidores a un determinado mercado.⁴⁹ Las barreras estructurales son las creadas por la estructura de mercado. Esta barrera “depende de situaciones inherentes al mismo mercado. [...] Esta barrera no es

44 Marín Sevilla, Marcelo et al. *Régimen De Competencia. op. cit.* p. 204

45 Cfr: Velandia, Mauricio. *Derecho De La Competencia Y Del Consumo. op. cit.* p. 173

46 No confundir la visión estructuralista del mercado con el método estructuralista de determinación de poder de mercado. El primero es una forma de ver al poder de mercado como ejercido por firmas con gran participación en él. El segundo es un método que recurre a un estudio de la estructura y comportamiento del mercado relevante en contraposición a métodos econométricos.

47 Velandia, Mauricio. *Derecho De La Competencia Y Del Consumo. op. cit.* p. 173

48 *Íd.* p. 77

49 Cfr: *Íd.* p. 79

ilegal, pues no es imputable a ningún agente económico”⁵⁰ Por último, las que interesan a la legislación son las barreras creadas por competidores, “Estas barreras se constituyen por empresas que se encargan de generar un escenario económico desalentador para potenciales competidores, en la medida en que les hacen más difícil la entrada.”⁵¹ En principio, estas son las barreras que la ley imputa ilegales y las que son motivo de su regulación, cuando ellas procuran un poder de mercado.

Los demás literales de la ley se derivan de los explicados arriba, que son los principales. Se puede abstraer su contenido con la simple lectura y por ello considero inoportuno tratarlos en el presente trabajo. En todo caso, queda claro cómo manda la normativa ecuatoriana a hacer la investigación que determine una posición de dominio y, por ende, califique al sujeto a ser sancionado de haber incurrido en alguna conducta abusiva.

d) Supuesto de conducta abusiva

Art. 9.- Abuso de Poder de Mercado.- Constituye infracción a la presente Ley y está prohibido el abuso de poder de mercado. Se entenderá que se produce abuso de poder de mercado cuando uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general.⁵²

Volviendo al tema tratado en el punto *a)*⁵³, el abuso de la posición dominante requiere de dos elementos: el elemento subjetivo, la presencia de un agente con poder de mercado y el elemento objetivo, la conducta abusiva. “Está claro que lo prohibido no es la posición de dominio” sino sólo su abuso, es por ello que “uno de los principios rectores sea que la conducta realizada por la empresa que ocupa tal posición que afecte la competencia económica en el mercado relevante queda prohibida.”⁵⁴ Es por ello que ahora trataremos brevemente las características de estos comportamientos sancionados.

⁵⁰ *Íd.* p. 79-80

⁵¹ *Íd.* p. 80-81

⁵² Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. *op. cit.* Artículo 9

⁵³ *Vid. supra.* p. 18-19

⁵⁴ Marín Sevilla, Marcelo et al. *Régimen De Competencia.* *op. cit.* p. 223

La LORCPM no es muy clara sobre el tema. Nos habla de que los dominantes, por cualquier medio “impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general.”⁵⁵ No dice cuáles son los perjuicios específicos que causan este tipo de prácticas. Sin embargo Podemos profundizar en esta definición atendiendo a demás criterios que nos aportan la doctrina y la jurisprudencia internacional.

La definición más básica nos la dan Bishop y Walker:

“Abuse” can therefore be defined as a dominant firm adopting a particular mode of behavior that significantly reduces consumer welfare relative to the alternative of the firm not adopting that form of behavior.⁵⁶

Veámos que el dominante es el sujeto como capaz de subir precios de manera desproporcionada y poder hacerlo de forma duradera a través de la restricción de la oferta.⁵⁷ Ahora el ejercicio de la posición dominante es hacer efectiva esa capacidad mediante alguna práctica que tenga como consecuencia una pérdida social neta, un perjuicio al mercado y a los consumidores.

Existen varios diferentes comportamientos que podrían tener los efectos básicos del género abusivo ya mencionados. La disminución de la producción, causando escasez, la desatención a la demanda, entre otras, pueden provocar pánico entre los usuarios y causar un alza sostenida de precios que pueden dar ganancias a los especuladores, pero perjudican a la población.⁵⁸ La LORCPM enumera las conductas típicas en los numerales 1 al 23 del artículo 9 en cuestión.⁵⁹

Internacionalmente también se ha definido el abuso de la posición de mercado en líneas generales. Si bien la regulación extranjera será motivo de discusión del punto C.⁶⁰

55 Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. *op. cit.* Artículo 9

56 Bishop, Simon, and Mike Walker. *The Economics of EC...* *op. cit.* p. 230

57 *Cfr.* Bullard Gonzales, Alfredo. *Derecho Y Economía.* *op. cit.* p. 935

58 Cevallos Vásquez, Víctor. *Libre Competencia, Derecho De Consumo Y Contratos.* Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2012. p. 111

59 Existen debate sobre si el listado es *numerus clausus* o *numerus apertus.* *vid.* Marín Sevilla, Marcelo et al. *Régimen De Competencia.* *op. cit.* p. 219

60 *Vid. infra.* p. 37-47

del presente capítulo, me sirvo a adelantar ciertos criterios básicos para entender la figura. En la famosa sentencia *Continental Can* el Tribunal Europeo determinó lo siguiente:

existe abuso de posición de dominio si el operador económico que ya posee una posición de dominio en el mercado relevante, busca reforzarla entorpeciendo el accionar de los competidores siendo el objetivo que sólo permanezca en el mercado aquellas empresas dependientes del operador económico con posición de dominio.⁶¹

La presente definición tiene una perspectiva diferente a la anteriormente dada. El Tribunal Europeo hace énfasis en que el poseedor de una situación de dominancia busque, a través de ciertos actos, el reforzar dicha posición. Más que el perjuicio general al mercado y los consumidores, el mantenimiento de un poder de mercado es lo que se castiga en la Unión Europea.

Por otro lado, en la sentencia de *Estados Unidos c. Grinnell* la Corte norteamericana fijó los dos elementos necesarios para la configuración de la conducta abusiva. Los estableció como: “la posesión de poder monopólico en el mercado relevante” y “la adquisición o mantenimiento intencional de dicho poder, como algo distinto del crecimiento o desarrollo de la empresa”. Desarrollo que se da como “consecuencia de tener un producto superior o una mayor capacidad empresarial”.⁶² Es decir, la Corte norteamericana, en este respecto, mantiene un criterio similar al del Tribunal Europeo.

Así también lo han mantenido otros organismos internacionales. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, en su *Glosario de economía industrial y Derecho de la competencia*, dice de manera textual:

El término abuso de situación dominante o monopolización se refiere a prácticas comerciales restrictivas de la competencia las cuales puede dedicarse una empresa dominante para preservar o mejorar su situación en el mercado. Estas prácticas pueden considerarse, no sin controversia, como un aprovechamiento abusivo o anormal de una

61 Tribunal de Justicia Europeo, *Europemballage Corporation y Continental Can Company Inc. contra Comisión de las Comunidades Europeas*, Asunto 6/72, Sentencia de 6 de marzo de 1974.

62 Supreme Court of the United States, *UNITED STATES, Appellant, v. GRINNELL CORPORATION et al. GRINNELL CORPORATION, Appellant, v. UNITED STATES. AMERICAN DISTRICT TELEGRAPH CO., Appellant, v. UNITED STATES. HOLMES ELECTRIC PROTECTIVE CO., Appellant, v. UNITED STATES. AUTOMATIC FIRE ALARM CO., Appellant, v. UNITED STATES.*, 86 S.Ct. 1698, Sentencia de 13 de junio de 1966. Comentario de Coloma, Germán. *Defensa De La Competencia. op. cit.* p. 154

situación de control de monopolio de un mercado concreto para restringir la competencia.⁶³

Podemos, hasta este punto, concluir que el abuso de posición de dominio es esa conducta que, o bien perjudica efectivamente al mercado –produciendo una pérdida social neta– o busca mantener la posición ya adquirida a través de medidas anticompetitivas. Esta es una definición general que se deberá concretar en cada uno de los 23 tipos específicos que nos ofrece la normativa nacional.

Existe, por último, una definición poco certera que nos da las Naciones Unidas. En el artículo 4(I) de la ley tipo de defensa de la competencia de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) se prohíbe en ella la ejecución del abuso o la adquisición de este “valiéndose de medios anticompetitivas cuando una empresa o un conjunto de ellas tiene la capacidad de controlar el mercado”.⁶⁴ Creemos que no se está caracterizando de forma clara a los comportamientos abusivos, pues esta definición no toma en cuenta que el requisito básico del tipo es que el sujeto haya sido previamente calificado. El “adquirir” la posición de dominio valiéndose de cualquier medio no se encuadra dentro de la presente figura en cuanto el actor no tiene una posición de dominio anterior. Sobre todo será así en la ley ecuatoriana, ya que el artículo 9 expresamente manifiesta que los operadores económicos actúan “sobre la base de su poder de mercado.”⁶⁵

Ahondando más en la definición, el autor Jesús Alfaro Águila-Real comenta los tres *tests* aplicados en la doctrina y la jurisprudencia internacional. Ellos son el test del sacrificio, el de la expulsión del competidor igualmente eficiente y el de daños a los consumidores.⁶⁶

63 OCDE. *Glosario De Economía Industrial Y Derecho De La Competencia*. Madrid: Mundi-Prensa, 1995.

64 UNCTAD, Ley tipo de defensa de la competencia (2000), Artículo 4(I)

65 Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. *op. cit.* Artículo 9

66 *Cfr.* Águila-Real, Jesús Alfaro. “Delimitación De La Noción De Abuso De Una Posición De Dominio.” *El Abuso De La Posición De Dominio*. Ed. Santiago Martínez Lage & Juan Amadeo Petibó. Madrid: Marcial Pons, 2006.p. 218

El primer test busca verificar si la conducta en cuestión es una que no sería rentable para el agente de no ser porque se logra una efectiva expulsión del rival.⁶⁷ El test de la expulsión busca comprobar que mediante las prácticas se expulse a un competidor que haya sido calificado como *igualmente* eficiente que el acusado. La expulsión de cualquier competidor no sería suficiente para este test, sino sólo el de uno con capacidad productiva y eficiencia equiparable a la del imputado. Podemos decir que este test es el que se utiliza en casos en que la firma busca mantener su poder de mercado, como vimos más arriba.⁶⁸ Por último, el test de los daños a los consumidores se explica por sí mismo. Un agente que ejerce su poder, inevitablemente, producirá un daño a los individuos de una sociedad.⁶⁹ Este último, consideramos, es el test más legítimo, pues es el que más armonía guarda con el bien jurídico protegido por la ley, a tratarse más adelante.⁷⁰

El autor Marco Velilla ofrece un último requisito para la verificación del tipo sancionado. Además del poder de mercado y de la conducta abusiva, habla de un nexo de causalidad entre ambos elementos.⁷¹ Es decir, no es un caso de daño objetivo, sino que se debe probar que los actos realizados por el imputado han sido hechos con el fin positivo de perjudicar al mercado y obtener un beneficio o el de mantener su poder en éste. Sin embargo esta consideración no es tomada por nuestra LORCPM. No obstante, nos brinda una dimensión más de la figura estudiada.

Como comentario final sobre el tema, podemos inferir de lo ya tratado la negatividad de las conductas abusivas. Los autores así lo han acordado, ya que sus efectos están “no sólo en el deterioro de la estructura de mercado competitivo como tal al dañar a los demás competidores” sino también “perjudicando al consumidor al aumentar el costo social producto de la restricción de los niveles de producción, lo que

67 *Cfr. Íbid.*

68 *Cfr. Íd.* p. 219

69 *Cfr. Íd.* p. 220-221

70 *Vid. infra.* p. 55-69

71 *Cfr.* Velilla, Marco. “Una Aproximación Al Concepto De Abuso De Posición Dominante.” *Derecho De Competencia*. Bogotá: El Navegante, 1998. p. 191

encarece o dificultad la satisfacción de las necesidades de una sociedad en su conjunto”.⁷² La sociedad paga más por una producción inferior, lo cual atenta, una vez más, contra el bien jurídico protegido.

2. Regulación de las economías de escala

Con los antecedentes teóricos dados podemos ubicarnos ya en el contexto de nuestra investigación. Aunque tal vez no sea del todo claro para el lector poco incisivo, nuestra LORCPM está regulando y sancionando la formación de economías de escala cuando afirma, textualmente:

Art. 9 [§2] En particular, las conductas que constituyen abuso de poder de mercado son:

5.- La alteración injustificada de los niveles de producción, del mercado o del desarrollo técnico o tecnológico que afecten negativamente a los operadores económicos o a los consumidores.⁷³

A simple vista, la norma parece extraída textualmente del ordenamiento español, que dice: “ Art. 2.2 [...] el abuso podrá consistir, en particular, en: B) la limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o los consumidores”.⁷⁴ Este artículo es similar en muchos ordenamientos. Otro ejemplo de ello es la ley mexicana que prohíbe “establecer la obligación de no producir procesar distribuir o comercializar sino solamente una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación de un número volumen con frecuencia restringidos solicitados de servicios”.⁷⁵

El *Protocolo de defensa de la competencia* de Mercosur también incluye esta norma:

Artículo 6.- Las siguientes conductas, entre otras, en la medida en que configuren las hipótesis del Artículo 4, constituyen prácticas restrictivas de la competencia:

XIV. interrumpir o reducir en gran escala la producción, sin causa justificada;⁷⁶

72 Marín Sevilla, Marcelo et al. *Régimen De Competencia. op. cit.* p. 223-224

73 Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. *op. cit.* Artículo 9, numeral 5

74 Ley de Defensa de la Competencia (España). 15/2007. Boletín Oficial del Estado núm. 159 de 4 de julio de 2007. Artículo 2.2.b

75 Ley Federal de Competencia (México). Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 1992. Artículo 9.2

76 Mercosur, Protocolo de defensa de la competencia (1996), Artículo 6

Así como el artículo 82 del *Tratado de Roma* (en adelante TCE) que dice lo siguiente:

Artículo 82.- Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.
Tales prácticas podrán consistir, particularmente, en:
b) limitar la producción, el mercado, o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores.⁷⁷

Los comentaristas de la LORCPM reconocen, en principio, la identidad de estas normas con la norma nacional. Alegan que “La alteración injustificada de los niveles de producción se refiere a la limitación de la producción, ello porque limitar la producción se crea escasees, y al crear escasez suben los precios.”⁷⁸ Sin embargo, la realidad es que la redacción del artículo ofrece una interpretación mucho más amplia, pudiendo encuadrar en ella más conductas, entre las cuales está la generación de economías de escala.

El uso del vocablo “alteración”, acción de alterar, es definido por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española de la siguiente manera:

alterar. (Del lat. alterāre, der. de alter 'otro').
1. tr. Cambiar la esencia o forma de algo. U. t. c. prnl.
2. tr. Perturbar, trastornar, inquietar. U. t. c. prnl.⁷⁹

Lo que se puede desprender de la primera acepción es que estamos hablando de una acción que produce una situación diferente, un cambio sin especificación del sentido de éste. Por otro lado, el término “limitación”, acción de limitar, se define así:

limitar. (Del lat. limitāre).
1. tr. Poner límites a algo.
2. tr. Acortar, ceñir. U. t. c. prnl.⁸⁰

77 Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea y el Tratado de la Unión Europea (2006), Artículo 82. Versión consolidada. En el TCE original, la norma aparece en su artículo 86.

78 Marín Sevilla, Marcelo et al. *Régimen De Competencia. op. cit.* p. 241

79 Real Academia de la Lengua Española, “alterar”, *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésimo Segunda Edición. URL:<http://lema.rae.es/drae/>. Acceso: 5 de febrero de 2013.

80 Real Academia de la Lengua Española, “limitar”, *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésimo Segunda Edición. URL:<http://lema.rae.es/drae/>. Acceso: 5 de febrero de 2013.

El significado de esta última palabra, utilizada en ordenamientos internacionales, es radicalmente distinta a la utilizada en la LORCPM. El cambio de situación al que ésta se refiere tiene un sentido. Debe ser, obligatoriamente, una situación de *reducción* para que podamos hablar de “limitar”.

Al ser mucho más amplio el hablar de una “alteración injustificada del nivel de producción”⁸¹ que de simplemente una “limitación” del mismo, los supuestos de hecho capaces de ser sancionados son muchos más, pues también se entiende que quien aumente estos niveles es imputable por abuso de poder de mercado. La implementación, a través de el uso de tecnologías, de economías de escala en determinada industria es, por lo tanto, un abuso de dominancia en la LORCPM. Ello en cuanto éstas están estrechamente relacionadas con “the use of large plants to produce a large volume of output.”⁸²

Sobre la posible “justificación” a esta alteración, que se parece proponer en este Artículo, los 93 artículos y 2 innumerados de la LORCPM callan. Sin embargo, su reglamento sí nos ofrece algo al respecto cuando dice:

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. Al abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica le son aplicables los literales b) o c) del artículo 79 de la Ley; o, si no es posible determinar el volumen de negocios, los numerales 2 y 3 del mismo artículo; en función de la gravedad de la conducta y lo previsto en este reglamento, lo que será determinado por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado previo el respectivo procedimiento de investigación y sanción.⁸³

Queda claro que a pesar de que la norma legal parece dar cabida a justificaciones, aunque no se refiere a ellas, el reglamento a la ley establece que estas conductas “no son susceptibles de exoneración alguna.”⁸⁴

81 Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. *op. cit.* Artículo 9, numeral 5

82 Gwartney, James D, y Richard L Stroup. *Economics...* *op. cit.* p. 1013

83 Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Registro Oficial 697 de 07-may-2012. Artículo 6. Negritas son propias.

84 *Íbid.*

Esta medida legal es aceptada por parte de la doctrina que ve al desarrollo productivo y tecnológico como un peligro para la entrada de competidores y, por ende, la competencia. Se dice, precisamente al tratar la norma ecuatoriana, que “el desarrollo tecnológico y el liderazgo en la creación de los bienes y servicios es otro factor que favorece la formación de los monopolios.”⁸⁵ Asimismo se señala que las firmas que manejan el avance tecnológico “adquieren predominio en el mercado; las demás son seguidoras. De allí que liderazgo tecnológico sea la parte más importante en el tema.”⁸⁶ Por eso concluyen los comentadores de la ley, pese a su aseveración inicial, que “la tecnología aplicada, la aparición de nuevos bienes, las fuentes de abastecimiento, los nuevos tipos de organización”⁸⁷, todos, pueden ser medios para ejercer poder de mercado.

Ahora debemos interpretar qué es lo que el legislador, a su juicio, consideró que se afectaba cuando sancionó a las economías de escala. Parecería, ciertamente, que se ha considerado la generación de estos modelos de producción como una forma de mantener y consolidar un poder de dominio –acto abusivo según lo visto en la sección anterior–. Da la impresión de que el legislador se ha inclinado por el sector de la doctrina que considera a estas economías una barrera de entrada. Partiendo de este supuesto, cualquier intento de generar una economía de escala –barrera de entrada–, es un intento por prolongar el poder de mercado del agente económico.

Existen varios sectores de la doctrina que avalan esta posición. En este sentido Saldarriaga Lopera manifiesta:

Las economías de escala consisten en la disminución de los costos cuando aumenta el nivel de la producción. Los costos decrecientes se pueden dar por razones tecnológicas, llevando a una empresa a controlar un mercado cuando los costos bajos de producción del producto se constituyen en una barrera.⁸⁸

85 Marín Sevilla, Marcelo et al. *Régimen De Competencia. op. cit.* p. 242

86 *Ibid.*

87 *Íd.* p. 241

88 Saldarriaga Lopera, Gustavo. “Instrumentos De Análisis... *op. cit.* p. 102

El inglés Tom Hoehn señala que los “sunk costs”⁸⁹ son la barrera de entrada más importante. Ellos se presentan en forma de maquinaria especializada, plantas, entre otras. Es por este sentido que el generar esta barrera debe tener un tratamiento legal.⁹⁰ La empresa que puede producir a bajos costos está implementando una barrera por sobre sus competidores.

Por otro lado, los comentaristas de la LORCPM, al tratar las economías de escala comentan que “Esta barrera se presenta cuando la entrada al mercado requieren intensificar la producción y vender un gran número de unidades para obtener una posición en el mercado.” Como consecuencia “requieren intensificar los factores de producción para minimizar los costos y maximizar las ganancias, lo cual puede ser limitativo para empresas intentan entrar y no pueden asumir estos altos costos”.⁹¹

Por supuesto, el otro lado de la moneda son los altos requisitos de capital que las economías de escala imponen a las empresas entrantes. Se considera que, en defensa del mercado, los incumbentes y entrantes deben tener niveles de tecnología disponible de forma similar. El que una empresa haya generado los recursos financieros y tecnológicos, por ende, la colocaría en una situación de dominancia y de ventaja sobre los demás agentes.⁹²

La visión aquí expuesta es la que, por la redacción del artículo, se puede estimar tuvo el legislador al momento de redactar la ley. En el Ecuador, por ende, las economías de escala constituyen un abuso de posición dominante al ser una generación intencional de una barrera de entrada que tendría por efecto bloquear el ingreso de nuevos competidores debido a los altos costos que tendrían que afrontar. Ello a pesar de que, según el rigor técnico con el que estudiamos la figura del abuso, ellas no podrían considerarse ni si quiera posición dominante. Por sí mismas no proveen de la capacidad

89 Traducción literal del inglés “costos hundidos”. Se refiere a los inferiores costos para producir que pueden gozar los incumbentes en determinado mercado.

90 Cfr: Hoehn, Tom. *Post Grade Diploma/Masters in Economics for Competition Law 2011/2012*. Washington D.C.: Georgetown University, 2011. p. 2/65

91 Marín Sevilla, Marcelo et al. *Régimen De Competencia. op. cit.* p. 208

92 Cfr: Saldarriaga Lopera, Gustavo. “Instrumentos De Análisis... *op. cit.* p. 101

de restringir la oferta para subir los precios, que es la característica fundamental del poder de mercado.

La determinación de la existencia de la sanción es crucial y es el motivo central del presente trabajo. En lo posterior, confirmaremos si esta posición es la apropiada para defender el bien jurídico objeto de la normativa o, como sostenemos, es perjudicial.

C. Regulación extranjera de las economías de escala

La regulación que tienen las economías de escala en las legislaciones extranjeras es, en la mayoría de casos, poco clara. No existe ordenamiento que las sancione expresamente, tal como lo hace la LORCPM. El criterio que han utilizado los jueces ha ido cambiando a lo largo del tiempo, lo cual ha hecho imposible encontrar una uniformidad. Sin embargo, parecería que la tendencia es hacia una flexibilización en este sentido, adoptando cada vez más como legítimo el uso de este modelo productivo.⁹³

A continuación estudiaremos brevemente cómo se ha regulado el tema en los dos sistemas jurídicos más importantes, el common law y el sistema romanista. Primero veremos el sistema norteamericano, pionero en la legislación de competencia. En él, por su naturaleza de common law, las decisiones jurisprudenciales son fundamentales para entender el asunto. Seguidamente, estudiaremos las normas en sistemas romanistas y nos ayudaremos con la jurisprudencia para tener un mejor entendimiento de la ley positiva.

1. Regulación de las economías de escala en el sistema norteamericano

La principal norma legal a estudiar en Estados Unidos sobre la materia es el *Sherman Act* de 1890. Para la cuestión a tratar es pertinente citar su sección segunda que reza así:

Section 2. Monopolizing trade a felony; penalty

Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.⁹⁴

93 *Cf.*: Sullivan, E Thomas, Herbert Hovenkamp, y Howard A Shelanski. *Antitrust Law, Policy and Procedure: Cases, Materials, Problems*. 6(null) ed. New Jersey: LexisNexis, 2009. p. 48

94 Sherman Act (Estados Unidos). July 2, 1890, ch. 647, 26 Stat. 209, 15 U.S.C. §§ 1–7. Sección 2.

Lo importante de esta norma es que no sólo se señala la monopolización, sino también el intento de la misma como algo penado. Sin embargo, la norma no es muy clara en cuanto a qué conductas se pueden considerar un intento de monopolizar. Para ello, son las decisiones judiciales las que nos pueden dar luz.

La tendencia jurisprudencial en materia de competencia, en Estados Unidos, ha cambiado con los años.⁹⁵ Las diferentes decisiones han tratado de forma diversa las ventajas económicas de una economía de escala, incluyéndola o no dentro del tipo prohibido por el Sherman Act.

Lo fundamental en estas decisiones ha sido el concepto de barreras de entrada que se ha aplicado. Ello ha sido determinante para condenar o no a una firma que ejerce economías de escala. El profesor Joe Bain fue el primero en tratar de definir las. Determinó tres fuentes de las mismas, a saber “absolute cost advantages of incumbent firms, economies of scale, and product differentiation advantages of incumbent firms.”⁹⁶ El premio Nobel de economía, George Stigler, propuso un concepto radicalmente diferente cuando dijo “a barrier to entry may be defined as a cost of producing (at some or every rate of output) which must be borne by a firm which seeks to enter an industry but is not borne by firms already in the industry”⁹⁷ Esta última es la ampliamente utilizada en la organización industrial.⁹⁸ La discusión sobre los conceptos de barrera de entrada y sobre si las economías de escala califican o no como una será tratada más adelante.⁹⁹ Por ahora, vale enunciar que estos dos conceptos, uno más amplio y otro más restrictivo, han tenido una influencia determinante en la manera como resuelven los jueces en Estados Unidos.

95 Hovenkamp, Herbert. *The Antitrust Enterprise. op. cit.* p. 1-4

96 Weizsacker, von, C C. “A Welfare Analysis of Barriers to Entry.” *The Bell Journal of Economics* 11.2 (1980): 399-420. p. 399

97 Stigler, George J. *The Organization of Industry. op. cit.* p. 67. Citado en Weizsacker, von, C C. “A Welfare Analysis of... *op. cit.* p. 399

98 *Cfr.* Weizsacker, von, C C. “A Welfare Analysis of... *op. cit.* p. 399

99 *Vid. infra.* p. 74-88

En decisiones concretas, el caso que salta a la vista en Norteamérica es el caso *Alcoa*. En 1939, la Corte inferior del juez Caffey decidió a favor de la empresa minera. Alcoa, la principal proveedora de bauxita, aluminio, cables y otros productos de aluminio, según la decisión, había alcanzado su alta cuota en el mercado a través de un ejercicio lícito. Tampoco había cobrado altos precios por sus productos ni mantenía ganancias exorbitantes. De hecho, los precios del aluminio habían decrecido de forma estrepitosa en el tiempo desde que Alcoa se instaló hasta el de la sentencia. Por otro lado, las utilidades habían sido tan sólo de un 10% de un total de la inversión. No existía, tampoco, evidencia alguna de que Alcoa haya forzado a un competidor a salir del mercado.¹⁰⁰

Las economías de escala que Alcoa había implementado en la extracción y producción de sus bienes fue fundamental para que alcance su posición privilegiada. Poseía también grandes ventajas en “Research and Development”.¹⁰¹ Esto permitió que llegue a tener prácticamente un monopolio en el mercado. Sin embargo, la decisión de la Corte hizo una distinción entre los monopolios y los monopolios que impedían la competencia. Según Caffey, el monopolio, siempre que no impida la entrada de competidores, podría ejercerse sin ser penado por la ley, pues no estaba contemplado en el *Sherman Act*.¹⁰²

Sin embargo, la Corte de Apelaciones revirtió la sentencia en 1945 y condenó a Alcoa por monopolización. La *Federal Trade Commission* acusó a la empresa por su completo control en el mercado de aluminio. El argumento fue que el modo en el que se adquirió su posición y las eficiencias que conllevaba no tenían relevancia, pues la ley penaba a “every person who shall monopolize”. La respuesta de Alcoa fue que no existían pruebas de que ella haya atentado contra ningún competidor y que su tamaño

100 United States District Court, Southern District of New York, *UNITED STATES v. ALUMINUM CO. OF AMERICA et al.*, 44 F.Supp. 97, Sentencia de 30 de septiembre de 1941. Comentario sobre la sentencia, Armentano, Dominick. *Antitrust*. Auburn: Ludwig von Mises Institute, 2007. p. 61

101 Traducción literal del inglés “Investigación y Desarrollo”.

102 *Cfr.* Armentano, Dominick. *Antitrust. op. cit.* p. 61-62

actual respondía a un crecimiento natural. Si Alcoa se dividía en pequeñas firmas, argumentó, se pondría en peligro el progreso de la industria.¹⁰³

El juez Hand acordó con el hecho de que Alcoa era una empresa eficiente, pero condenó precisamente esa eficiencia por no permitir el fácil ingreso de demás firmas. Expresó textualmente:

It was not inevitable that it [Alcoa] should always anticipate increases in the demand for ingot and be prepared to supply them. Nothing compelled it to keep doubling and redoubling its capacity before others entered the field. It insists that it never excluded competitors; but we can think of no more effective exclusion than progressively to embrace each new opportunity as it opened, and to face every newcomer with new capacity already geared into a great organization, having the advantage of experience, trade connections and the elite of personnel.¹⁰⁴

El caso *Alcoa* fue un dramático cambio en el modo de decidir en Estados Unidos. Se cambió el enfoque, del abuso de la posición dominante –nunca verificado– al poder de mercado, independientemente de sus orígenes.¹⁰⁵ Se pasó a considerar la “obstaculización el acceso de competidores potenciales al mercado, a través de la instalación de capacidad excedente de producción”¹⁰⁶ como un acto anticompetitivo. Fue el mantenimiento de la alta capacidad que le permitía a Alcoa responder de forma más eficiente a la demanda de los consumidores, precisamente el hecho decisivo en la condena. Se llegó a decir que el retardo de la entrada de otros participantes era lo que dañaba el mercado y que éste era el fin último de la empresa con su comportamiento.¹⁰⁷ Según la posición adoptada en el caso, las economías de escala constituían una importante barrera de entrada y su sola formación ya constituía una violación al *Sherman Act*.

103 *Cfr.*: Gellhorn, Ernets, y William E Kovacic. *Antitrust Law and Economics*. St. Paul: West Publishing Co., 1994. p. 125

104 United States Circuit Court of Appeals, Second Circuit, *UNITED STATES v. ALUMINUM CO. OF AMERICA et al.*, 148 F.2d 416, Sentencia de 12 de marzo de 1945.

105 *Cfr.*: Gellhorn, Ernets, y William E Kovacic. *Antitrust Law... op. cit.* p. 124

106 Coloma, Germán. *Defensa De La Competencia. op. cit.* p. 148

107 Sullivan, E Thomas, y Jeffrey L Harrison. *Understanding Antitrust and Its Economic Implications*. New York: Matthew Bender, 1994. p. 226

Para terminar el estudio de este caso, quiero señalar lo que Alan Greenspan, ex Presidente de la Reserva Federal de los Estados Unidos, dijo al respecto:

If such a principle were applied to all productive activity, if a man of intelligence were forbidden “to embrace each new opportunity as it opened,” for fear of discouraging some coward or fool who might wish to compete with him, it would mean that none of us, in any profession, should venture forward, or rise, or improve, because any form of personal progress—be it a typist’s greater speed, or an artist’s greater canvas, or a doctor’s greater percentage of cures—can discourage the kind of newcomers who haven’t yet started, but who expect to start competing at the top.¹⁰⁸

Sin embargo, el paso del tiempo ha traído consigo diferentes interpretaciones de la sección 2 del *Sherman Act*. Cierta corriente ha interpretado la norma de forma amplia. Un ejemplo de ello es la decisión *Griffith*, en la que se dijo “Monopoly power, whether lawfully or unlawfully acquired, may itself constitute an evil and stand condemned.”¹⁰⁹ Sin embargo, hoy en día es improbable encontrar decisiones concordes a éstas.¹¹⁰ La tendencia reciente es a una aceptación de las economías de escala. Un ejemplo es *Dial A Car Inc. v. Transportation Inc.*, sentencia en la que se dijo “[...] antitrust laws were enacted for protection of competition, not competitors, plaintiff must allege facts that would shoul anicompetitive impact on market as a whole.”¹¹¹

El caso *Grinnell* del 66 ya marca una diferencia con respecto a esta tendencia temprana. Señala que los elementos del delito de monopolización son “la posesión de poder monopólico en el mercado relevante” y “la adquisición o mantenimiento intencional de dicho poder, como algo distinto del crecimiento o desarrollo de la empresa a consecuencia de tener un producto superior o una mayor capacidad empresarial, o haber aprovechado un accidente histórico”.¹¹² Justamente reconoce

108 Greenspan, Alan. “Antitrust.” *Capitalism, the Unknown Ideal*. Ed. Ayn Rand. New York, Signet, 1967. p. 56

109 Supreme Court of the United States, *UNITED STATES v. GRIFFITH et al.*, 68 S.Ct. 941, Sentencia de 3 de mayo de 1948.

110 *Cfr.* Sullivan, E Thomas, y Jeffrey L Harrison. *Understanding Antitrust... op. cit* p. 212

111 United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, *DIAL A CAR, INC., Appellant, v. TRANSPORTATION, INC. and Barwood, Inc., Appellees*, 82 F.3d 484, Sentencia de 30 de abril de 1996. Comentario de la sentencia Sullivan, E Thomas, Herbert Hovenkamp, y Howard A Shelanski. *Antitrust Law... op. cit.* p. 48

112 Supreme Court of the United States, *UNITED STATES, Appellant, v. GRINNELL CORPORATION et al...* *op. cit.* Citado por Coloma, Germán. *Defensa De La Competencia. op. cit.* p. 154

que, cuando el poder deriva del desarrollo de la empresa que permite una mayor capacidad, no se está computando el tipo penado por el *Sherman Act*. Las economías de escala serían, a la luz de esta decisión, un ejercicio empresarial legítimo.

Asimismo, se resolvió en la sentencia *United States Steel Corporation v. Fortner Enterprises*. En ella se dijo textualmente “No inference of intent to monopolize can be drawn from the fact that a firm with a small market share has engaged in nonpredatory competitive conduct in the hope of increasing sales.”¹¹³

Si bien no existe una claridad conceptual, ni una tendencia definida, hemos visto como los conceptos básicos han sido sustanciales en la forma de afrontar el problema. Asimismo, debemos concluir que si bien en un inicio fue popular la condena a empresas con economías de escala, hoy en día la tendencia en los Estados Unidos es a ser permisivo con ellas.

2. Regulación de las economías de escala en el sistema Romanista

Empezaremos por el estudio de las normas en la Unión Europea, para luego pasar a revisar las de otros ordenamientos nacionales, como son los de España, Argentina y Perú.

a) *Regulación en la Unión Europea*

En la Unión Europea (en adelante UE) la fuente normativa esencial en regulaciones de competencia es el TCE. El primer inciso del artículo 82, sobre la posición dominante, fue ya transcrito en el punto B¹¹⁴. de este trabajo, junto con el inciso segundo. En el marco del Derecho comunitario se han dividido las prácticas como *explotativas* o *exclusorias*. Por lo visto arriba, la práctica de economías de escala pretende generar una barrera de entrada, por lo que más que explotar a los consumidores, busca excluir a los competidores. A continuación veremos brevemente las interpretaciones que sobre él se han dado para luego analizar el alcance que ha tenido respecto de las economías de escala.

113 Supreme Court of the United States, *UNITED STATES STEEL CORPORATION et al., Petitioners, v. FORTNER ENTERPRISES, INC.*, 97 S.Ct. 861, Sentencia de 22 de febrero de 1977.

114 *Vid. supra.* p. 33

En el *Documento de trabajo sobre la aplicación del artículo 82 TCE*, la Comisión indica que para que exista posición abusiva excluyente deben concurrir tres elementos, a saber:

- una posición de poder económico en el mercado;
- que permita a la/s empresa/s impedir que haya una competencia efectiva en el mercado, y
- que le confiera la posibilidad de actuar en buena medida con independencia.¹¹⁵

En dicho documento se señala que el comportamiento sólo será abusivo cuando busque excluir a un competidor tanto o más eficiente que el dominante. El Tribunal de Justicia de la UE (en adelante TJE), ha afirmado que sólo son sancionados aquellos comportamientos que se desvíen de la competencia “normal”.¹¹⁶

Pasemos ahora a estudiar lo que las sentencias han determinado sobre el alcance del artículo 82 TCE. En primer lugar, revisemos el famoso caso *Continental Can*. en el punto 3 de la sentencia se señala:

3. Underlings are in a dominant position when they have the power to behave independently, which puts the in a position to act without taking into account their competitors, purchasers or suppliers. That is the position when, because of their share of market, or of their share of the market combined with the availability of technical knowledge, raw materials or capital, they have the power to determine prices or control production or distribution for a significant part of the products in question.¹¹⁷

Por otro lado, en el caso *Hoffman-La Roche*, el TJE define a las prácticas excluyentes como aquellas en que “la presencia de la empresa en cuestión (la que tiene posición dominante) reduce el grado de competencia” existente en el mercado y se da además que dicha empresa “recurre a métodos distintos de los que caracterizan a la competencia normal” y eso “tiene el efecto de impedir el mantenimiento del grado de

115 Comisión de las Comunidades Europeas, *Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*, Diario Oficial n° C 045 de 24 de febrero de 2009. p. 0007 - 0020

116 Cfr: Ortiz Blanco, Luis et al. *Manual De Derecho De La Competencia*. Madrid: Tecnos, 2008. p. 159

117 Tribunal de Justicia Europeo, *Europemballage Corporation y Continental Can Company Inc...* op. cit. Citado por Korah, Valentine. *An Introductory Guide...* op. cit. p. 78

competencia que aún existe en el mercado o el crecimiento de dicha competencia".¹¹⁸

En el mismo sentido se ha pronunciado la sentencia *Michelin*:

[I]n prohibiting any abuse of dominant position on the market in so far as it may affect trade between Member States, Article 8[2] covers practices which are likely to affect the structure of market where, as a direct result of the presence of the undertaking in question, competition has been weakened and which, through recourse different from those governing normal competition in products or services based on trader's performance, have the effect of hindering the maintenance or development of the level of competition still existing in the market.¹¹⁹

Las sentencias vistas concuerdan con la opinión de la comisión en su documento. Las prácticas exclusorias se dan, necesariamente, cuando estamos en presencia de actos ajenos a la competencia normal.¹²⁰ La generación de economías de escala es la más óptima organización industrial. Por ello debemos entender que cualquier empresa, en un proceso competitivo normal, tiene como fin último generarlas, quedando así el acto excluido de toda posibilidad de sanción.

Debemos agregar que si bien en la sentencia *Atlantic Container Line*,¹²¹ la Corte General desechó toda posibilidad de justificar una conducta por las eficiencias causadas, el TJE en el caso *British Airways*, aceptó que se pueda hacer así.¹²² Esta justificación da otra pauta para creer que las economías de escala no son sancionadas en la UE; ellas, por su naturaleza de disminución de costos medios, siempre resultan más eficientes que cualquier otro medio de producción.¹²³

118 Tribunal de Justicia Europeo, *Hoffmann-La Roche & Co. AG contra Comisión de las Comunidades Europeas*, Asunto 85/76, Sentencia de 13 de febrero de 1979.

119 Tribunal de Justicia Europeo, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin contra Comisión de las Comunidades Europeas*, Asunto 322/81, Sentencia de 9 de noviembre de 1983. Citada por Bishop, Simon, y Mike Walker. *The Economics of EC... op. cit.* p. 229-230

120 *Cfr.*: Bishop, Simon, y Mike Walker. *The Economics of EC... op. cit.* p. 230

121 Tribunal de Justicia Europeo, *Atlantic Container Line AB y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas*, Asunto T-395/94, Sentencia de 28 de febrero de 2002.

122 Tribunal de Justicia Europeo, *British Airways plc contra Comisión de las Comunidades Europeas*, Asunto -95/04 P, Sentencia de 15 de marzo de 2007.

123 *Cfr.*: Jones, Alison, y Brenda Sufrin. *EU Competition Law: Text, Cases and Materials*. 4(Null) ed. New York: Oxford University Press, 2011. p. 379

Si bien no ha sido catalogada como una práctica abusiva, existen decisiones donde se ha establecido a las economías de escala como una barrera de entrada, ayudando a determinar un poder de mercado. Los puntos relevantes de la sentencia *United Brands* manifiestan que:

- 70. que UBC es una empresa con un grado de integración vertical muy elevado;
- 71. que esta integración se manifiesta en cada una de las fases que van de la plantación a la carga en vagones o camiones en los puertos de desembarque y que, después, la vigilancia de UBC, por lo que se refiere a la maduración y los precios de venta, llega hasta los maduradores-distribuidores y mayoristas, mediante el establecimiento de una completa red de agentes.
- 82. Considerando que en el ámbito de los conocimientos técnicos y gracias a investigaciones constantes, UBC continúa mejorando la productividad y el rendimiento de las plantaciones, al perfeccionar los sistemas de drenaje, corregir las deficiencias edafológicas y combatir eficazmente las enfermedades de las plantaciones;
- 83. que ha puesto a punto nuevos métodos de maduración que técnicos de UBC enseñan a los distribuidores-maduradores de plátanos Chiquita;
- 84. que se trata también de un elemento que hay que considerar al examinar la posición de UBC, ya que las empresas competidoras no pueden desarrollar actividades de investigación a un nivel comparable y se encuentran, a este respecto, en desventaja frente a la parte demandante.
- 129. que la totalidad de las ventajas de que goza UBC le garantizan, pues, una posición dominante en el mercado de referencia.¹²⁴

Como dice John Lang, “The economic strength of United Brands, the Court stated, had enabled it to adopt a flexible overall strategy against new competitors establishing themselves on the whole of the relevant market.” Ello causó que “The financial and practical barriers to entry on the market made effective competition impossible.”¹²⁵

No cabe duda que tanto la Comisión como el TJE ha hecho énfasis en el acceso a recursos financieros y la gran necesidad de capitales como barrera de entrada. Los requisitos de capital son considerados *per se* una barrera de entrada en la UE.¹²⁶ No se debe confundir este hecho con el de una sanción por abuso de posición dominante. Las economías de escala serían simplemente un medio de determinar dominancia, sobre todo por los requisitos de capital que importan.

124 Tribunal de Justicia Europeo, *United Brands Company and United Brands Continentaal BV contra Comisión de las Comunidades Europeas*, Asunto 27/76, Sentencia de 14 de febrero de 1978. Secciones 70-71, 82-84, 129

125 Lang, John Temple. “Some Aspects of Abuse of Dominant Positions in European Community Antitrust Law.” *Fordham International Law Journal* 3.1 (1979): 1–52. p. 7

126 Cfr. Hoehn, Tom. *Post Grade Diploma/Masters... op. cit.* p. 2/52

Existe, sin embargo, un sector de la doctrina europea que rechaza aquella consideración. Alison Jones y Brenda Sufrin lo consideran ridículo cuando, al hablar de los casos en este sentido, dicen:

New and attractive products, better quality, better service, good advertising, and low prices may all attract custom from the competitors. Should improving market share as a result of the dominant undertaking's increase efficiency and unbeatable products be forbidden? Obviously such a finding would be absurd.¹²⁷

Pero este sector ha sido minoritario, y en general en la UE, las economías de escala sí constituyen una barrera a la entrada.

b) Regulación en otros países

Finalmente, estudiemos las regulaciones de distintos países con sistemas romanistas. En España, como veíamos anteriormente, se sanciona la limitación de la producción, mas no la alteración, por lo que en estricto rigor las economías de escala no constituyen un abuso.

Justamente en este sentido y de forma similar a la UE, se han pronunciado sentencias en dicho país. Es el caso de la sentencia *Tándem/UEE*, en la que se establece que “no toda restricción en la estructura competitiva del mercado hecha desde una posición de dominio merecerán ser calificada como una explotación abusiva”.¹²⁸ Da un paso más la sentencia del caso *Planes Claros* cuando dice que, en el caso de una empresa haciendo frente a la competencia agresiva, “la reacción del operador dominante puede reportarse legítima, al margen de designio subjetivo que se quieren cortar a dicha conducta”.¹²⁹ Esto no obstante de que se le considere una barrera de entrada.

Por otro lado, sobre la norma peruana, Alfredo Bullard nos dice, sobre el artículo 9 del Decreto Legislativo N° 701, que:

El desarrollo tecnológico es otro factor que tiende a la formación de monopolios, sea porque la empresa tiene un monopolio legal para la fabricación de ciertos productos, [...] o porque ha alcanzado mejoras tecnológicas que le permiten la reducción substancial de los costos de producción o una captura mayor de las preferencias de los consumidores que le permite a su vez eliminar, a través de la propia competencia, a sus competidores. Debemos reiterar, sin embargo, que la norma

¹²⁷ Jones, Alison, y Brenda Sufrin. *EU Competition Law... op. cit.* p. 369

¹²⁸ Ortiz Blanco, Luis et al. *Manual De Derecho... op. cit.* p. 196

¹²⁹ *Íbid.*

no critica ni sanciona tal situación en sí misma ni emite juicio de valor sobre la existencia de estas «barreras» de entrada a mercado.¹³⁰

A consideración del autor esta presunta barrera de entrada no tiene regulación legal, por lo que ni siquiera tendría utilidad para determinar un poder de mercado.

Por último, la norma Argentina, en su artículo 4, establece, para determinar dominancia:

Artículo 5 A fin de establecer la existencia de posición dominante en un mercado, deberán considerarse las siguientes circunstancias:

- a) El grado en que el bien o servicio de que se trate, es sustituible por otros, ya sea de origen nacional como extranjero; las condiciones de tal sustitución y el tiempo requerido para la misma;
- b) El grado en que las restricciones normativas limiten el acceso de productos u oferentes o demandantes al mercado de que se trate;
- c) El grado en que el presunto responsable pueda influir unilateralmente en la formación de precios o restringir al abastecimiento o demanda en el mercado y el grado en que sus competidores puedan contrarrestar dicho poder.¹³¹

Excluye así, también, a las economías de escala y la eficiencia como una barrera de entrada.

Concluimos en que ninguno de los países estudiados, ha tomado la posición de la LORCPM. En ciertos casos las economías de escala se han considerado una barrera de entrada, pero el considerarlas como un abuso de posición de dominio es una innovación nacional.

D. Conclusiones sobre la regulación de las economías de escala

Para terminar el presente capítulo queremos hacer una recapitulación de las conclusiones a las que, a lo largo de él, hemos llegado. En primer lugar, que las economías de escala son aquellas que reducen los costes medios de producción a través de su ampliación. Luego, las economías de escala son sancionadas en el Ecuador como un abuso de la posición dominante en el artículo 9, numeral 5 de la LORCPM. Internacionalmente, el caso ecuatoriano es único en este sentido.

En cuanto a las legislaciones extranjeras, el ordenamiento norteamericano, si bien en un principio muy estricto, hoy tiende a dejar sin efecto legal a la implementación de

130 Comentario al Decreto Legislativo N° 701, Artículo 9 en Bullard Gonzales, Alfredo. *Derecho Y Economía*. *op. cit.* p. 1000

131 Ley de Defensa de la Competencia (Argentina), 25.156. Boletín Oficial de la República Argentina, Septiembre 16 de 1999. Artículo 5

dichas economías. Por su parte el sistema europeo no reconoce un abuso, sino, meramente, una barrera de entrada. Demás países romanistas siguen la línea europea en cuanto a considerarlo una barrera, o siguen la norteamericana, que no les da efecto jurídico.

II. Análisis teleológico de la normativa nacional de competencia

El análisis que haremos en este capítulo sobre las normas de competencia, es un análisis de los fines que busca la norma. Este modo de interpretarla nos ayudará a determinar la pertinencia de la sanción a las economías de escala anotada en el capítulo anterior. En palabras de Olano García, este método teleológico:

[...] fue liderado por Ihering quien introdujo al derecho la noción de fin, finalidad o télesis, que alcanzó difusión bajo la denominación de método teleológico o finalista, o también como jurisprudencia de intereses. Éste método busca interpretar la norma a partir de su finalidad indagando los fines que están ocultos en la norma para darle a éste sentido. La importancia del método teleológico radica en el principio de efectividad de los derechos y de la fuerza normativa de la Constitución. Los fines que subyacen en la norma están especialmente contenidos en los principios fundamentales que se incluyen en la constitución y los códigos.¹³²

A. Función de los principios constitucionales

Con la reforma constitucional nacional del año 2007-2008 y la consecuente aprobación de la Constitución de Montecristi en el año 2008, quedó inaugurado en el Ecuador un nuevo sistema jurídico. Es lo que ha tenido por llamarse *constitucionalismo* o *neoconstitucionalismo*, que introduce una serie de modificaciones a la forma de impartir justicia y da a la Carta Fundamental una posición prevalente.

Una de las novedades que trae es la distinción entre *principios* y *reglas*. Es fundamental entender esta bifurcación del derecho para poder hacer un apropiado

¹³² Olano García, Hernán Alejandro. *Hermenéutica Constitucional*. Bogotá: Ibañez, 2009. p. 66

análisis de los fines de la norma de competencia y la relación que tienen con las regulaciones de situaciones específicas, como es el caso de las economías de escala.

Para distinguir estas dos categorías jurídicas empezaremos citando a Robert Alexy, quien ha sido uno de los grandes proponentes de este modelo jurídico. Su definición básica de principios y su diferencia con las reglas nos dice que:

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan se realice algo en mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan por que pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas.¹³³

Es decir, el principal criterio para la distinción de estos tipos es la generalidad. Los principios son normas con una generalidad alta, mientras las reglas tienen una generalidad muy baja.¹³⁴ Por su parte, estas últimas son “normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden siempre ser cumplidas o incumplidas.”¹³⁵ Por su parte, los principios sólo exigen que se las cumpla en tanto en cuanto se los pueda cumplir, y nunca se entienden del todo cumplidos o incumplidos; en cambio, las reglas siempre exigen que el cumplimiento sea cabal, caso contrario se entienden como incumplidas.

Estas exigencias en cuanto a cumplimiento nacen de la naturaleza misma de ambas normas. Los principios siempre prescriben valores abstractos, las reglas situaciones concretas y acciones determinadas. Los principios no aclaran con qué acciones exactas se llega a ellos; las reglas, al contrario, nunca especifican qué valores se buscan con su cumplimiento.¹³⁶ No por ello se debe creer que los principios son normas vagas, pues ellas sí imponen una obligación jurídica. La tarea es, en cuanto a forma, la aplicación óptima legal en cada situación para alcanzarlos. En cuanto a fondo siempre es, también,

¹³³ Alexy, Robert. *Derecho Y Razón Práctica*. México, D.F.: Fontamar, 2006. p. 13-14

¹³⁴ *Cfr. Íd.* p. 9

¹³⁵ *Íd.* p. 14

¹³⁶ *Cfr.* Bayón, Juan Carlos. “Principios Y Reglas: Legislación Y Jurisdicción en El Estado Constitucional.” *Teoría Y Práctica De La Justicia Constitucional*. Ed. Claudia Escobar García. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010. p. 198

una tarea *moral*.¹³⁷ Los principios nos brindan los parámetros para las valoraciones morales de las normas y el ordenamiento como un todo.

Ya en cuanto a la aplicación concreta, encontramos que los principios, al ser los valores que rigen el ordenamiento, tienen un peso mayor para la doctrina. Si bien las reglas en general se presumen válidas y aplicables, pueden ser desvirtuadas cuando se hace una argumentación con base en principios.¹³⁸

Este nuevo “derecho de principios” implica que el sistema debe aplicarlos en todo momento. A veces se lo debe hacer de manera “excluyente, a veces de manera concurrente con las reglas, aunque siempre por encima de éstas.”¹³⁹ La rigidez propia del derecho legislativo, con base en reglas, impiden una resolución conforme a la constitución y pueden tener consecuencias injustas.¹⁴⁰ El Ecuador, entonces, se encuentra en “tránsito de un Estado legislativo a un Estado constitucional” que implica “el paso de un ‘derecho por reglas’ a un ‘derecho por principios’.”¹⁴¹

Concluimos que los principios gozan de un orden jerárquico superior y que las reglas les deben ser conformes. A partir de ello podremos avanzar en nuestro estudio.

B. Criterios de evaluación de la norma jurídica: la justicia como correspondencia de la norma a los principios.

Vista ya las funciones de los principios en el ordenamiento general, es hora de aterrizarlos a situaciones concretas. Para analizar la norma específica, es decir la regla, hemos creído pertinente recurrir a doctrina más clásica. Debemos entender los criterios de evaluación de la norma jurídica para luego ubicar en ellos la función de los principios. Con esta herramienta podremos estudiar los fines específicos de la norma que son motivo de este estudio.

137 Cfr. Alexy, Robert. *Derecho Y Razón Práctica. op. cit.* p. 14

138 Cfr. Bayón, Juan Carlos. “Principios Y Reglas... *op. cit.* p. 202

139 Escobar García, Claudia. “El Rol De Las Reglas en La Era De Los Principios.” *Teoría Y Práctica De La Justicia Constitucional*. Ed. Claudia Escobar García. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010. p. 209-210

140 Cfr. *Ibid.*

141 *Íd.* p. 217

Norberto Bobbio nos trae los clásicos criterios de evaluación de la norma. Si “se quiere establecer una teoría de la norma jurídica sobre bases sólidas, lo primero que hay que tener bien claro es si toda norma jurídica puede ser sometida a tres distintas valoraciones”, todas ellas independientes entre sí. Las valoraciones, según el autor, serían las de: “1) si es justa o injusta; 2) si es válida o inválida; 3) si es eficaz o ineficaz.”¹⁴² *Justicia, validez y eficacia* son los tres criterios que se nos propone para evaluar cada norma.

Por validez debemos hacer un análisis enteramente positivo; lo importante es determinar que haya sido dictada por la autoridad competente a través del mecanismo adecuado y que no haya sido derogada por norma posterior ni se encuentre en conflicto con norma superior. “El problema de la validez es el problema de la existencia de la regla en cuanto tal, independientemente del juicio de valor sobre si ella es justa o no.”¹⁴³

La eficacia, por su parte, es una valoración sociológica. “El problema de la eficacia de una norma es el problema de si la norma es o no cumplida por las personas a quienes se dirige.”¹⁴⁴ El análisis debe ser enteramente estadístico. Una norma será eficaz en tanto una gran porción de la población la cumpla tal y como ella lo exige.

La justicia, en palabras del mismo Bobbio:

es un problema de la correspondencia o no de la norma a los valores superiores o finales que inspiran un determinado orden jurídico. [...] Nos basta hacer constar que todo ordenamiento jurídico persigue algunos fines, y aceptar que estos fines representan los valores para cuya realización el legislador, más o menos conscientemente, más o menos adecuadamente, dirige su propia actividad. Cuando se considera que hay valores supremos, objetivamente evidentes, preguntarse si una norma es justa o injusta equivale a preguntarse si es apta o no para realizar esos valores.[...] equivale a preguntarse si esa norma es apta o no para realizar los valores históricos que inspiran ese ordenamiento jurídico, concreta e históricamente determinado.¹⁴⁵

Es decir, una norma será justa en tanto en cuanto ella permita alcanzar los fines que dirigen el ordenamiento jurídico. Estos fines no son fines etéreos, inalcanzables o inexplicables. Bobbio claramente señala que estos fines son los fines históricos que el

142 Bobbio, Norberto. *Teoría General Del Derecho*. Bogotá: Temis, 1997. p. 20

143 *Íd.* p. 21

144 *Íd.* p. 22

145 *Íd.* p. 20

legislador busca alcanzar con cada norma. La justicia se reduce, más que a un análisis filosófico, a un análisis histórico por un lado y práctico por otro. “El problema de la justicia da lugar a todas aquellas investigaciones que tratan de explicar los valores supremos hacia los cuales tiende el derecho; en otras palabras, los fines sociales cuyo instrumento de realización más adecuado son los ordenamientos jurídicos.”¹⁴⁶ Para luego identificar en qué medida se cumple con éstos.

El profesor Hans Kelsen, pese a ser considerado el padre del positivismo, nos explica de forma clara esta relación que tiene el ordenamiento con estos valores:

[...] la generación de normas jurídicas generales e individuales está influida por principios [...] que exigen un contenido determinado de las normas jurídicas que están por generarse. La influencia de estos principios se expresa en la circunstancia de que el contenido de las normas jurídicas generadas por las autoridades del derecho coincide, en mayor o menor medida, con estos principios. Tales principios que influyen en la generación del derecho son puestos en relieve por la ciencia del derecho por la vía de un análisis y comparación de las normas del derecho positivo.¹⁴⁷

Ahora, la siguiente cuestión es determinar dónde se pueden encontrar estos valores históricos que la sociedad busca alcanzar. Y, en los ordenamientos modernos, la respuesta nos la da el mismo ordenamiento jurídico. Nos dice Ferrajoli que “el Derecho positivo ha incorporado gran parte de los contenidos o valores de justicia”, alejándolos ya de un simple concepto de moralidad crítica. “Todos estos principios, formulados por la doctrina iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII bajo la forma de derecho o de derechos naturales, han sido hoy consagrados en las modernas Constituciones bajo la forma de principios normativos fundamentales”. “El resultado de este proceso de positivización del Derecho natural ha sido una aproximación entre legitimación interna o deber ser jurídico y legitimación externa o deber ser extrajurídico”.¹⁴⁸ Es ésta la función de los principios que veíamos en el apartado anterior; ellos son una positivización de los valores que nos permite hacer más sencillo el análisis histórico y pasar al práctico. Se aproxima con ellos el juicio de justicia con el de validez, pues hasta

146 *Íd.* p. 24-25

147 Kelsen, Hans. *Teoría General De Las Normas*. Mexico, D.F.: Trillas, 1994. p. 123

148 Ferrajoli, Luigi. *Diritto E Ragione: Teoria Del Garantismo Penale*. Bari: Laterza, 1990. p. 349. Citado en Betegón, Jerónimo et al. *Lecciones De Teoría Del Derecho*. Madrid: McGraw-Hill, 1997. p. 30

cierto punto la norma será válida en la medida en que se ajuste a principios que, por ser ya positivizados, tienen un valor jurídico.¹⁴⁹

Por otro lado, debemos entender que los principios aisladamente no tienen un valor jurídico. Tales “principios o argumentos morales no son jurídicamente relevantes pro vigore, es decir, solamente porque sean moralmente correctos o aceptables”¹⁵⁰ sino que dependen estrictamente de su incorporación al ordenamiento.¹⁵¹ Deben ser principios positivizados para que se nos permita hacer una correcta valoración de la justicia de la norma que no peca de abstracta ni parcializada.

Este análisis de justicia a la luz del constitucionalismo moderno tiene, además, dos aristas. Una es que el análisis de los principios en sí es un análisis moral. La norma es justa no en cuanto se adecua a procedimientos determinados, sino en cuanto se adecua a fines. Es por ello que toda norma jurídica puede ser evaluada sin problema desde la perspectiva de su justicia; además de poder ser vista a través del prisma de su sujeción a formas, se la puede ver por su sujeción a principios.¹⁵² Este análisis moral es el propio de los principios.¹⁵³

La otra arista es la consideración de la legitimidad. El sistema jurídico no sólo necesita de la fuerza para ser obedecido, sino también de gozar de ella. Es decir, el poder debe cumplir con el título por el cual se le permite exigir obediencia. La población debe considerar que es legítimo estar obligado por él.¹⁵⁴ Por lo tanto, las normas se deben someter a los fines que la población consiente en alcanzar para que el legislador esté haciendo un uso legítimo de su poder. Toda norma injusta, por no ser acorde a los principios, es ilegítima.

149 Cfr. Betegón, Jerónimo et al. *Lecciones De Teoría... op. cit.* p. 30

150 Hart, H L A. “Derecho Naturales: Bentham Y J. S. Mill.” Ed. Juan Ramón de Páramo. *Anuario de derechos humano* 3 (1980). p. 7. Citado en Betegón, Jerónimo et al. *Lecciones De Teoría... op. cit.* p. 29

151 Cfr. Betegón, Jerónimo et al. *Lecciones De Teoría... op. cit.* p. 29

152 Cfr. *Íd.* p. 25

153 Cfr. Alexy, Robert. *Derecho Y Razón Práctica. op. cit.* p. 14 *vid. supra.* 50-51

154 Cfr. Betegón, Jerónimo et al. *Lecciones De Teoría... op. cit.* p. 27

Debemos aclarar que el fin del presente trabajo, sin embargo, no es probar la validez o la invalidez general de una norma por su injusticia o justicia. Si bien, como vimos, en el constitucionalismo moderno estos conceptos son muy próximos,¹⁵⁵ consideramos que ese análisis debe sujetarse a las formas que el ordenamiento nacional requiere para declarar oficialmente la invalidez general de una ley. Por ello más bien nos alineamos con ese criterio que dice que: “una norma puede ser válida o eficaz, o ambas cosas a un tiempo, y sin embargo no ser justa: mientras que, en cambio, no cabe pensar en una norma auténticamente jurídica que sea justa y no sea válida o eficaz”.¹⁵⁶ La justicia no determina la juridicidad de la norma en el sistema positivo y la incorporación del nuevo sistema constitucional aún no es lo suficientemente profunda para permitirnos identificarla así.

Sin embargo, en el caso concreto, el análisis de justicia en base a principios puede permitir una aplicación directa. Como dice Bayón:

[...] un derecho de principios y reglas no equivale sin más a un hipotético derecho sólo de principios: en un derecho de principios y reglas la solución prevista por la regla goza de una presunción *prima facie* de aplicabilidad que sólo puede ser **desvirtuada en el caso concreto mediante una argumentación basada en principios** (esto es: vale “salvo principio en contrario”), lo cual dota a las reglas de una fuerza en la justificación de decisiones, si no irrefragable, tampoco despreciable.¹⁵⁷

En la medida en que una regla injusta se encuentre vigente se presume generalmente válida y forma parte del ordenamiento. No obstante, una argumentación sobre su inconformidad con los principios puede concluir en su inaplicabilidad en casos concretos.

C. Fines de la normativa de competencia en el Ecuador

Vista ya la función de los principios y centrándonos en el criterio de justicia como el pertinente para la evaluación motivo de este trabajo, corresponde identificar cuál es el principio rector de la normativa de competencia, es decir, cuál es el bien jurídico protegido. Podemos con ello conocer cuál es la situación que el ordenamiento valora y, por ello, busca alcanzar en nuestra sociedad. Con ese conocimiento estaremos

¹⁵⁵ Cfr. *Íd.* p. 30

¹⁵⁶ *Íd.* p. 25

¹⁵⁷ Bayón, Juan Carlos. “Principios Y Reglas... *op. cit.* p. 202. Negritas son propias.

habilitados para continuar con el análisis práctico que nos diga si, efectivamente, la norma permite o no alcanzar los valores mencionados y es acorde a los principios de la ley.

1. Análisis de las normas constitucionales de Derecho de la competencia

En materia económica, en términos generales, nuestra Constitución ha desarrollado el Régimen de Desarrollo, con las directrices básicas de nuestra política en este sentido. Éste, en palabras del Artículo 275 de la Constitución, inciso primero, es “el conjunto organizado, sostenible, y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socio-culturales y ambientales, que garantizan la realización del bien vivir, del *sumak kawsay*.”¹⁵⁸ El principal objetivo de dicho régimen es:

Art. 276.- El régimen de desarrollo tendrá los siguientes objetivos:

1. Mejorar la calidad y esperanza de vida, y aumentar las capacidades y potencialidades de la población en el marco de los principios y derechos que establece la Constitución.¹⁵⁹

Podemos abstraer que su fin principal es el beneficio a la vida de la población, es decir, de la ciudadanía en general. La política comercial es una de las herramientas para alcanzar el fin último de nuestra Norma Suprema, el buen vivir mediante la mejora de los niveles de vida de la población.

Este bienestar y mayor nivel de vida de la población se puede traducir en un bienestar del consumidor, pues, como dice Bork, éste último “es mayor cuando los recursos económicos de la sociedad son asignados de tal manera que los consumidores están en la posibilidad de satisfacer sus necesidades de manera tan completa como lo permita las limitaciones tecnológicas”.¹⁶⁰ Y, como manifiesta el mismo autor, dicho bienestar es sinónimo de la riqueza de la nación, por ende, de un mayor nivel de vida.

161

a) *Artículo 304*

158 Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20-oct-2008. Artículo 275

159 *Íd.* Artículo 276, numeral 1

160 Bork, Robert H. *The Antitrust Paradox*. New York: The Free Press, 1993. p. 90-91 Traducido en Bullard Gonzales, Alfredo. *Derecho Y Economía. op. cit.* p. 940-441

161 Bork, Robert H. *The Antitrust Paradox. op. cit.* p. 91

- Art. 304.- La política comercial tendrá los siguientes objetivos:
3. Fortalecer el aparato productivo y la producción nacionales.
 5. Impulsar el desarrollo de las economías de escala y del comercio justo.
 6. Evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados.¹⁶²

El Estado ecuatoriano es el responsable de guiar una política comercial que permita a la nación alcanzar los objetivos del artículo citado. Es parte de la Soberanía Económica que ha sido considerada por nuestra Carta Fundamental como uno de los elementos primordiales del Régimen de Desarrollo.

Es en este marco que la Constitución ha determinado como fin que debe perseguir el Estado nacional el de evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, como lo manda el numeral 6 del artículo 304.

Está claro, se debe impulsar el fortalecimiento del mercado interno a fin de poder competir en mejores condiciones en el mercado internacional, y una de las mejores formas de lograr este fortalecimiento es obligándolo cooperadores económicos (empresarios) a competir. Esta obligación únicamente nace de la legislación de competencia; sin ella los empresarios tendrían el derecho a competir, mas no la obligación que viene dada por ley. Ahora existe la obligación legal de competir sin incurrir en prácticas monopólicas fidelidades en beneficio de los consumidores y de los mismos empresarios, so pena de sanciones.¹⁶³

El objetivo de ello es mejorar nuestros niveles de competitividad en relación a los actores globales, mejorando el nivel de ingresos y ,por lo tanto, de vida de la población ecuatoriana –fin último del Régimen de Desarrollo–. Además, fortaleciendo el mercado interno se genera una mayor producción de bienes y servicios destinados a satisfacer a consumidores. Es en esta virtud que el Estado ecuatoriano se encuentra facultado a aplicar los mecanismos de ley para evitar estos comportamientos prohibidos que no permiten el desarrollo económico óptimo del mercado interno.

Pero es por el mismo motivo anteriormente señalado –la mejora de los niveles de competitividad de nuestro mercado interno– que la Constitución, en los numerales 3 y 5 del artículo mencionado, establece como objetivos fortalecer “el aparato productivo y la producción nacionales e impulsar el desarrollo de las economías de escala y del comercio justo,”¹⁶⁴ respectivamente. Estas dos disposiciones van de la mano, pues la

162 Constitución de la República del Ecuador. *op. cit.* Artículo 304, numerales 3, 5, 6

163 Marín Sevilla, Marcelo et al. *Régimen De Competencia. op. cit.* p. 91

164 Constitución de la República del Ecuador. *op. cit.* Artículo 304, numeral 3

forma más óptima de fortalecer la producción interna es a través de la generación de las economías de escala que, como veíamos al principio de este trabajo, son las que nos permiten reducir los costos medios en mayor medida, a la vez que se aumenta la producción.¹⁶⁵

Según disposición constitucional expresa, este argumento bastaría para desvirtuar la aplicabilidad de toda norma que pretenda sancionar la generación de economías de escala. Toda acción del Estado en este sentido contradiría el mandato supremo y carecería de legitimidad absoluta. La aplicación del artículo 9, numeral 5 de la LORCPM para castigar a quien aumentare los niveles de producción estaría en conflicto con la norma constitucional y sería inaplicable. Sin embargo, no es objetivo del presente trabajo agotar la discusión en este argumento, sino generar una crítica completa al artículo desde distintas perspectivas. Queda de todas maneras claro que, por principio constitucional, el Estado debe propiciar y no atacar este tipo de innovación económica.

b) Artículo 335

Art. 335.- [§2] 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.¹⁶⁶

Es relevante para nuestro estudio la segunda parte del inciso citado. La Constitución no sólo prescribe la sanción a los monopolios y oligopolios como un principio, como un fin de la política comercial; también manda expresamente al Estado a determinar los mecanismos para sancionar todas las prácticas contrarias a la competencia. Este mandato, a primera vista, se interpreta como el de generar una ley que contenga los métodos e instituciones legales encargados de dicha tarea.

Sin embargo, inclusive en ausencia de ley, el Estado está obligado a la protección de la competencia y a sancionar este tipo de actividades. Se manifiesta eso en la segunda instancia del juicio que siguió *NIFA* contra la firma internacional *Merck Sharp & Dohme (Inter American) Corporation*. En el considerando cuarto, el juez de alzada expresa:

¹⁶⁵ Cfr. Mankiw, N Gregory. *Principios De Economía. op. cit.* p. 704

¹⁶⁶ Constitución de la República del Ecuador. *op. cit.*. Artículo 335, inciso 2

CUARTO: La actora aduce que ha sufrido un grave daño como consecuencia de las prácticas contrarias a la libre competencia ejercidas por la actuación ilegal de la empresa demandada y fundamenta su acción en la ilicitud de tales prácticas contrarias a la libre competencia que, conforme a lo estipulado en el artículo 244 numeral 3 de la Constitución de 1998, que fuera invocada por la actora en su demandada y que se encontraba vigente a la época en que se dieron los hechos y se inició el proceso, se constituyeron en lícitas y contrarias al ordenamiento jurídico. Por su parte la demanda argumentó que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano no existe ninguna tipificación ni sanción de las prácticas contrarias a la libre competencia, por lo que éstas no son susceptibles de juzgamiento y sanción, más aún que no se ha promulgado ninguna ley que controle y sancione las prácticas contrarias a la libre competencia. Al respecto, y al de este argumento, corresponde a la Sala determinar si en el ordenamiento jurídico ecuatoriano es procedente que se juzgue y sancione la comisión de actos contrarios a la libre competencia para sólo así establecer si es procedente que se pronuncie en el presente caso.¹⁶⁷

Es decir, el juez pasa a considerar si el vacío legal lo exime de hacer un análisis de las prácticas anticompetitivas y juzgarlas. Si bien la alegación se hace de acuerdo a la Constitución del 98, que fue derogada por la actual, se debe tener en cuenta que en esta instancia el juez resolvió de acuerdo a la norma vigente. Luego de desarrollar la naturaleza del daño que dichas prácticas provocaron, el juez resolvió:

En este proceso, no se trata de tutelar el orden público económico, ni que se imponga una sanción de carácter penal a la demandada, sino que se intenta tutelar un interés particular, el de la compañía actora, quien ha reclamado se le indemnice por los daños y perjuicios que se le ocasionó como consecuencia de los actos contrarios a la libre competencia implementados por la demandada.¹⁶⁸

Es decir, si bien no se tuteló el bien público económico por vacío legal, el juez, de acuerdo al mandato constitucional, ha reconocido que debe generar un mecanismo que sancione estas prácticas por el daño particular que han causado. En esta sentencia vemos como existe una aplicación de principios más allá de la letra de la –inexistente– ley en materia de competencia; existe un mandato constitucional expreso de generar los mecanismos para su sanción conforme a la Ley Suprema.

c) Artículo 336

Art. 336.- El Estado impulsará y velará por el comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, que minimice las distorsiones de la intermediación y promueva la sustentabilidad.

El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la

167 Corte Provincial de Pichincha, Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales. *Nueva Industria Farmacéutica Asociada S.A. (NIFA S.A.) contra Merck Sharp & Dohme (Inter American)*, Sentencia del 23 de septiembre de 2011.

168 *Íbid.*

competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley.¹⁶⁹

Parte del régimen de Soberanía Económica es también el de producción y trabajo y una de sus secciones nos habla de el comercio justo, que es fundamento ideológico del régimen de competencia. Más allá de las consideraciones económicas hechas en la política comercial, el Estado debe velar porque la actividad mercantil nacional sea justa según los lineamientos constitucionales. Podemos abstraer como fines los que nos ofrecen los comentaristas de la LORCPM:

El artículo 336 acentúa algunos aspectos del “comercio justo” que se deben dar en los diferentes operadores del mercado y en el mismo mercado. Respecto al consumidor: (i) el comercio justo implica que se debe facilitar el «acceso a los bienes y servicios», minimizando «las distorsiones de la intermediación». (ii) la transparencia también es un requisito esencial para que el consumidor puede adquirir lo que quiere y no otra cosa. (iii) el comercio justo busca que se le proporcionen al consumidor objetos «de calidad», tema sobre el que ya hemos hablado. Sólo recordamos ahora que la calidad justa siempre está en relación con el precio pagado y con los servicios esperados.¹⁷⁰

En este sentido, concluimos, es el bienestar del consumidor el principal objetivo del comercio justo. Pues es él quien debe tener el acceso a los bienes, quien desea transparencia e información sobre ellos y quien quiere calidad en sus productos.

d) Conclusiones sobre los principios constitucionales en materia de competencia

Según lo expuesto más arriba, hay una concordancia entre el fin del régimen de desarrollo –la satisfacción de las necesidades del consumidor que son las que elevan el nivel de vida de la población–, el de la política comercial –la mejora de los niveles de competitividad del mercado nacional que ofrezcan mas y mejores bienes y servicios a ser consumidos– y la del comercio justo –que le permite al consumidor acceder de manera informada a bienes de calidad–. Podemos, entonces, decir que el régimen económico de nuestra Constitución pone como eje fundamental al consumidor.

Acorde a lo señalado, las normas de competencia son normas de proceso, presentes en la producción y la distribución de bienes. Pero estas etapas deben estar organizadas siempre de acuerdo a las valoraciones de los consumidores, manifestada en sus preferencias relativas al momento de comprar. La misión de la ley, en este sentido, no

169 Constitución de la República del Ecuador. *op. cit.* Artículo 336

170 Marín Sevilla, Marcelo et al. *Régimen De Competencia. op. cit.* p. 117

debe ser otra que la de preservar, mejorar y reforzar los mecanismos que permitan que las empresas obedezcan la voluntad de los consumidores.¹⁷¹ Es el beneficio de ellos, como principio, el fin último del Régimen de Desarrollo de nuestra Constitución.

2. Análisis de las normas andinas de Derecho de la competencia: Decisión 608

Artículo 2.- La presente Decisión tiene como objetivo la protección y promoción de la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Andina, buscando la eficiencia en los mercados y el bienestar de los consumidores.¹⁷²

La Decisión 608 de la CAN sustituye a la 285 que no logró una aplicación amplia en la región.¹⁷³ Ella entró en vigencia en el Ecuador en virtud de la Decisión 616 y el decreto ejecutivo 1614 del 2009.¹⁷⁴

En cuanto a sus principios, manifiestos en el artículo 2, la Decisión no nos ofrece un desarrollo muy profundo. Cabe destacar que, así como la Constitución nacional, centra su preocupación en el consumidor. También menciona como objetivo buscado la eficiencia de los mercados y en este sentido debemos destacar que no existe modelo productivo más eficiente que las economías de escala. Visto así, la generación de este tipo de economías sería compatible con los principios de la decisión.

3. Análisis de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

Pasamos ahora a analizar los fines y principios incorporados a nuestra LORCPM.

a) *Artículo 1*

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.¹⁷⁵

En el primer artículo de nuestra LORCPM queda claro que lo que busca la normativa de competencia en nuestro país es la “eficiencia en los mercados, el comercio

171 Cfr: Bork, Robert H. *The Antitrust Paradox. op. cit.* p. 90-91

172 Comunidad Andina de Naciones, Decisión 608. Artículo 2

173 Cfr: Marín Sevilla, Marcelo et al. *Régimen De Competencia. op. cit.* p. 133

174 Cfr. *Íd.* p. 155

175 Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. *op. cit.* Artículo 1

justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios”.¹⁷⁶ Dos de estos elementos fueron ya tratados al revisar los principios constitucionales, a saber, el comercio justo y el bienestar de los consumidores. El primero de ellos, a nuestra consideración, queda agotado en las secciones presidentes; vimos ya qué establecía la Constitución como un comercio justo y quién era su principal beneficiario –el consumidor–. Sin embargo, nos permitiremos ampliar el otro elemento, así como tratar el asunto de la eficiencia en la presente sección.

b) *El bienestar de los consumidores*

Es generalmente aceptado por la doctrina internacional, al igual que como lo han hecho nuestra Constitución y Ley, que el bienestar del consumidor es el fin del Derecho de la competencia. “El objetivo último de la política de la legislación de competencia es siempre el efecto en los consumidores, los efectos en otros productores sólo son considerados en la magnitud que ellos afecte finalmente a los consumidores.”¹⁷⁷

Por ejemplo, la visión prevalente hoy en los Estados Unidos considera que las autoridades deben “limitarse a sancionar y reprimir aquellas conductas y transacciones que resultan en una reducción de la cantidad de bienes y servicios producidos, aumentando los precios finales de los mismos.”¹⁷⁸ Es decir, aquellas que tengan una afectación directa en el consumidor que va a adquirir dichos bienes. Así también lo ha considerado, por ejemplo, la autoridad peruana, que ha llegado inclusive a afirmar que la existencia de un monopolio no debe ser objeto de preocupación de la autoridad siempre y cuando este sea el método de producción más eficaz dadas las circunstancias. La autoridad debe limitarse a investigar los casos en los que hayan abusos que perjudiquen al consumidor.¹⁷⁹

176 *Íbid.*

177 Witker, Jorge. *Derecho De La Competencia en América*. Santiago: Fondo de Cultura Económica, 2000. p. 62

178 Ybar Abad, Mario. “¿De Qué Hablamos Cuando Hablamos De Competencia?” *Libre Competencia Y Retail: Análisis Crítico*. Ed. Paulo Mont Rettig & Nicole Nehme Zalaquett. Santiago de Chile: Abeledo Perrot, 2010. p.

32

179 *Cfr.* Bullard Gonzales, Alfredo. *Derecho Y Economía. op. cit.* p. 940

Como principio general se ha aceptado que es preferible el beneficio inmediato de los consumidores, como podrían ser la baja de precios o el aumento de oferta, que el beneficio futuro probable, como es el mantenimiento de el número de competidores.¹⁸⁰ El consumidor debe ser el fin de la ley y del juez al momento de tomar decisiones en materia de competencia.

Es de suma importancia resaltar lo antedicho con sumo énfasis. Pues, no con poca frecuencia, se ha perdido el norte del sistema de regulación de la competencia y se han confundido sus fines con otros que no le son propios. Así lo señala el autor Jesús Aguila-Real:

[...] el objeto del Derecho de la competencia en general y de la prohibición de abuso en particular es **proteger la competencia y no proteger a los competidores** y que por lo primero se entiende atender a los efectos sobre el bienestar de los consumidores y –sobre todo– sobre el proceso competitivo. [...] Este método de análisis debería disciplinar a las autoridades de competencia de identificar a la protección de la competencia con la preservación de una estructura determinada del mercado, con lo que se estaría, en realidad, protegiendo a los competidores y no a la competencia.¹⁸¹

No sólo es función de la ley normar la competencia acorde a este principio, sino también de los jueces el saber reconocer cuándo son en realidad los consumidores los afectados de las conductas anticompetitivas.

No es el objeto del derecho de competencia “[to] simply encourage regimes of hundreds of tiny firms forced to compete against one another. Firms in such a market will compete, but products could still be expensive and the economy could lose much of the innovation it is capable of producing.”¹⁸² Lo que se debe precautelar no es la existencia de diferentes actores económicos en determinados mercados, pues no conocemos con exactitud cuáles serán los resultados de ello en cada caso. Lo que se debe perseguir son, justamente, las consecuencias, el bienestar de los consumidores. La diversidad de actores puede bien ser, en algunos casos, un medio para beneficiar a los usuarios, pero no debemos confundir el medio con los fines.

180 *Cfr.* Aguila-Real, Jesús Alfaro. “Delimitación De La Noción... *op. cit.* p. 218

181 *Íd.* p. 220. Negritas son propias.

182 Hovenkamp, Herbert. *The Antitrust Enterprise. op. cit.* p. 14

La eficiencia, que es otro de los fines que la ley señala, está estrechamente vinculada con el bienestar de los consumidores. Como nos dice Marín Sevilla *et al.*:

El proceso competitivo es tutelado como medio idóneo para conseguir la eficiencia económica y el fin último es garantizar el bienestar social de los consumidores. En efecto, en un sistema económico las decisiones de cómo, qué y para quién producir se determinan de manera espontánea en función de las decisiones atomizadas de productores y consumidores.¹⁸³

Es por ello que el hecho de que la ley denote a la eficiencia como un objetivo perseguido no descalifica la aseveración hecha –de que el fin último del derecho de competencia es el bienestar de los consumidores–. La eficiencia es un medio más para alcanzar este fin, con la diferencia de que ella siempre es positiva para el usuario, pues permite el producir más y mejores bienes a menor costo.

c) La eficiencia

La eficiencia de los mercados es el primer objetivo que señala la ley. Mas, como indicábamos al final de la sección anterior, ella está estrechamente vinculada con el bienestar del consumidor. En palabras del autor Mario Ybar Abad:

[...] al derecho de la competencia le corresponde velar por la eficiencia económica, entendiendo por ésta la maximización del bienestar de los consumidores mediante el uso óptimo de los recursos disponibles.¹⁸⁴

Ahora, para entender cómo se alcanza la eficiencia, es necesario señalar una característica del mercado. El libre mercado, sin regulaciones, tiende a ella. “En una economía de libre competencia el mercado premia a los productores eficientes y sanciona a los ineficientes.”¹⁸⁵ A través de este proceso de premio y sanción, se incentiva la actividad empresarial, la creación de nuevas empresas y demás movimiento de la economía, que tiene por consecuencia mayor eficiencia.¹⁸⁶

Las “economías de costo”¹⁸⁷ se transfieren a los consumidores como resultado de un descenso global de los precios y, en consecuencia, los consumidores se benefician

183 Marín Sevilla, Marcelo et al. *Régimen De Competencia. op. cit.* p. 181

184 Ybar Abad, Mario. “¿De Qué Hablamos... *op. cit.* p. 32

185 Witker, Jorge. *Derecho De La Competencia... op. cit* p. 25

186 *Cfr. Ibid.* Para mayor información *vid. infra.* p. 89-91

187 Se refiere a los procesos productivos que implican costos para generar sus beneficios.

también de una mayor cantidad, calidad y variedad de productos.”¹⁸⁸ Es a través de este proceso que la eficiencia conlleva, sin excepción, un mayor bienestar de los consumidores. La intervención gubernamental no debe sostenerla, sino corregir los accidentales errores que la obstaculicen.

El principio de eficiencia de mercado cuenta, al igual que el de bienestar del consumidor, con amplia aceptación doctrinaria. Ella ha sido reconocida como un instrumento que facilita esta última. Por ejemplo, la ley tipo de la UNCTAD tiene por objetivo “proteger y garantizar el proceso de libre competencia económica, eliminando las prácticas monopolísticas y otras restricciones al **funcionamiento eficiente** de los mercados y servicios y proteger los **intereses superiores de los consumidores**.”¹⁸⁹

Inclusive en los casos en los que exista un potencial daño a la competencia que elimine competidores y reduzca el número de actores en mercado, no necesariamente estaríamos hablando de un daño a los consumidores. Las ganancias en eficiencia de los autores sobrevivientes pueden ser superiores a los daños causados por la reducción de competidores. En aquellos casos, las autoridades deben ponderar las ganancias con las pérdidas y determinar si ciertas conductas causan beneficios tales que son legítimas según la ley.¹⁹⁰

Un tema importante dentro de la eficiencia es la innovación. El mercado debe, además de permitir producción eficiente, estimular aquellos procesos de “destrucción creativa”¹⁹¹ que son los que permiten a nuevos productos y servicios ingresar al mercado. En este sentido el profesor Hovenkamp caracteriza a la competencia de la siguiente manera:

"Competition" refers to a state of affairs in which prices are sufficient to cover a firm's costs, but not excessively higher, and firms are given the correct set of incentives to innovate. "Innovation" in turn is a market-driven concept. It refers not

188 *Ibid.*

189 Marín Sevilla, Marcelo et al. *Régimen De Competencia. op. cit.* p. 180-181. Negritas son propias.

190 *Cfr.* Hovenkamp, Herbert. *The Antitrust Enterprise. op. cit.* p. 26

191 Término acuñado por el economista austriaco Joseph Schumpeter. *vid.* Schumpeter, Joseph A. *Capitalism, Socialism and Democracy.* New York: Harper and Row, 1962.

only to new technology, but to any novel product, service, or method of distribution that increases sales.¹⁹²

El modelo de competencia perfecta –que es el que prioriza al número de competidores efectivos para calificar a un mercado como competitivo–¹⁹³ es inadecuado como un objetivo del Derecho antimonopolios. Si se aplica de forma rígida se limita la innovación. Esta última implica que haya actores que están produciendo bienes, usando procesos productivos o creando modelos de distribución que otros no. El objetivo de la innovación es que permite a la firma obtener ganancias extraordinarias.¹⁹⁴ Este no es más que un proceso natural de mercado, que tendrá como consecuencia el llamar la atención de diferentes competidores que también deseen beneficiarse de dichas ganancias. Con el tiempo disminuirán los precios, pero los consumidores serán beneficiados con los nuevos productos y servicios, así como con los bajos costos.

El Derecho debe permitir la eficiencia –que reduce costos de producción– y la innovación –que trae nuevos bienes y servicios– para poder cumplir su objetivo de beneficiar a los consumidores. La compleja dinámica de mercado se puede explicar de la siguiente manera:

los productores maximizan sus ganancias ofrecen en el mercado productos y servicios a precios y calidades que satisface la demanda de los consumidores. Por su parte, los consumidores asignan eficientemente sus recursos al consumir productos a precios iguales o inferiores a la disposición a pagar que cada uno de ellos tiene respecto a éstos y en calidad y variedad deseada.¹⁹⁵

Esto no sólo permite a la LORCPM alcanzar sus fines propios, sino además “el consumidor sale beneficiado con el respeto de su derecho constitucional a la libertad de elección y la posibilidad de acceso en condiciones justas a bienes y servicios, de conformidad con lo previsto en la C. 52.”¹⁹⁶

d) Los tipos de eficiencia

192 Hovenkamp, Herbert. *The Antitrust Enterprise. op. cit.* p. 13

193 La competencia perfecta es el modelo que han tomado aquellos que priorizan el número de competidores por sobre el bienestar del consumidor, *vid. supra.* p. 63-64. Sobre este modelo *vid. infra.* p. 97-102

194 *Cfr. Íd.* p. 95

195 Marín Sevilla, Marcelo et al. *Régimen De Competencia. op. cit.* p. 181

196 *Íbid.*

La doctrina generalmente ha clasificado a la eficiencia en tres tipos concretos. Así lo expresan los comentaristas de la LORCPM:

Como parte del proceso competitivo, las empresas pugnarán por reducir sus costos (eficiencia productiva), incrementar la calidad y diversidad de su producto o servicio (eficiencia innovativa) y proveer a los consumidores con precios cercanos a sus costos (eficiencias inactiva). Resultado de este proceso las empresas eficientes, con precios bajos y con calidades y variedades que satisface a los consumidores, obtendrán la preferencia de estos, permaneciendo así estas empresas en el mercado.¹⁹⁷

La primera en cuanto a procesos productivos de bajos costos es la que se trató de manera general en la sección anterior. “Se preocupa por asegurar que un nivel dado de rendimiento se ha logrado al costo más bajo.”¹⁹⁸ A la segunda la hemos tratado como la innovación, que esta estrechamente vinculada con la eficiencia, como pudimos ver. Por último, la eficiencia inactiva es la que permite asignar mejor los recursos.

Los monopolios y los abusos de poder de mercado pueden impedir que se logren estas tres dimensiones de la eficiencia. Es la función de las regulaciones, como señalamos anteriormente, evitar este tipo de fallas.

El problema se da en la eficiencia productiva cuando el monopolista adopta un modelo de producción y tecnologías inferiores a las que se adoptan en mercados competitivos. Parece razonable pensar que una firma sin la presión de los competidores no vea necesidad de mejorar sus procesos y reducir costos.¹⁹⁹ Si bien no se da en todos los casos, la función de la autoridad es prevenir que se den estas situaciones.

La eficiencia innovativa se ve afectada de forma similar. En ella, los actores monopolistas no encuentran los incentivos apropiados para realizar cambios en sus productos. Esta ineficiencia se añade a la causada por los procesos productivos de altos costos.

Por último, la eficiencia inactiva vulnerada produce una pérdida social neta al no colocar los bienes y servicios ahí donde son más necesitados.

Since market power refers to the ability of firms to charge prices above marginal costs, we expect firms to have some degree of market power in the real world (not

197 *Íd.* p. 181

198 Witker, Jorge. *Derecho De La Competencia... op. cit* p. 63

199 *Cf.*: Motta, Massimo. *Competition Policy: Theory and Practice*. New York: Cambridge University Press, 2004. p. 46-47

least because if they had zero profits they could not cover their fixed costs), with an unchallenged monopolist enjoying the highest possible market power. [...] when prices are above marginal costs, this entails higher producer surplus but not enough higher to compensate for the lower consumer surplus caused by higher prices.²⁰⁰

Los precios a mayor costo, si bien pueden traer ganancias al monopolista, producen una pérdida social neta y perjudican al consumidor.

Al momento de evaluar un eventual daño al mercado, la autoridad debe sopesar los daños que se causa a estas tres dimensiones de la eficiencia. Cuando una conducta no permita que se optimice cada una de ellas –como sería normal en un mercado libre– entonces corresponde al Estado el intervenir.

e) Conclusiones sobre los principios de la LORCPM

La LORCPM nos ofrece, al igual que la Constitución en materia de competencia, un eje central del Derecho. Este es el bienestar de los consumidores, que deviene en mejor nivel de vida de toda la población. Ya explica el profesor Bork de forma precisa el fin del Derecho antimonopolios:

(1) The only legitimate goal of American Anti-Trust law is the maximization of consumer welfare; therefore,

(2) “Competition”, for purposes of antitrust analysis, must be understood as a term of art signifying any state of affairs in which consumer welfare cannot be increased by judicial decree.²⁰¹

La competencia debe ser entendida por las autoridades competentes para resolver casos concretos, como esa situación en la que el desempeño del mercado no se puede mejorar con una intervención. En este sentido la función del Estado es limitada y reservada a sancionar aquellas situaciones que no permitan al libre mercado desarrollarse de forma eficiente para satisfacer a los consumidores.

Los principios del Derecho de la competencia deben ser tomados en cuenta al momento de resolver cualquier situación. “Inclusive estando la conducta dentro de la tipificación de los supuestos fácticos como acuerdos, abusos o actos restrictivos contemplados en la ley, si no existe una vulneración a estos principios no resulta válido

200 *Íd.* p. 41

201 Bork, Robert H. *The Antitrust Paradox. op. cit.* p. 51

alegar daño al bien tutelado”.²⁰² Todo comportamiento de este tipo estaría dentro de la legalidad, ya que faltaría el elemento de la antijuridicidad necesario para la sanción.²⁰³

D. Conclusiones sobre los fines de la normativa de competencia

Haciendo un recuento de las conclusiones del presente Capítulo podemos decir que el nuevo régimen constitucional trae una nueva dualidad en tipos de normas, principios y reglas. Los principios, más generales, son mandatos de optimización que reflejan qué es lo que la legislación busca. Ellos siempre tienen un valor superior a las reglas, a pesar de que ellas se presumen válidas.

La evaluación de justicia de una norma mide su concordancia con principios y fines. Al estar éstos plasmados en el nuevo ordenamiento jurídico, toda norma, para ser justa, les debe ser acorde. Para realizar este estudio es necesario el determinar su fin específico y contrastarlo con sus efectos prácticos.

Hemos indagado el fin del ordenamiento de competencia y hemos sacado las siguientes conclusiones. El fin último del Derecho antimonopolios es el bienestar del consumidor, que sirve para alcanzar un mayor nivel de vida de la población. También busca la eficiencia de los mercados como medio para alcanzar este bienestar. Por último, el desarrollo económico se debe hacer en un entorno de comercio justo, que tiene como beneficiario, también, al consumidor. Esto se da cuando hay un acceso, de manera informada, a bienes de calidad.

202 Velandía, Mauricio. *Derecho De La Competencia Y Del Consumo. op. cit.* p. 76

203 *Cfr. Íbid.*

III. Análisis práctico de los efectos de la regulación ecuatoriana de las economías de escala

Hemos visto a detalle cómo son reguladas las economías de escala en nuestro ordenamiento, que las trata como un abuso de poder de mercado. En el precedente capítulo vimos cuáles son los fines del Derecho de la competencia en el sistema nacional, a saber, el beneficio del consumidor a través de la eficiencia y el comercio justo. Resta, por ahora, hacer un análisis práctico de los efectos de las economías de escala y de su sanción. Sólo así podremos determinar si esta norma es consistente con la LORCPM y sus fines o, por el contrario, los obstaculiza, afectando así el bien jurídico protegido.

A. Análisis Económico del Derecho

Nuestra principal herramienta, en lo que al presente capítulo compete, será el Análisis Económico del Derecho (en adelante AED). Esta disciplina, de reciente desarrollo, fue inaugurada por el premio Nobel de Economía, Ronald Coase, en los años 1960. Con la publicación de su artículo “El problema del costo social”²⁰⁴ él explicó que los modelos de organización social, como el derecho, deben también ser evaluados por su capacidad de generar eficiencia económica. A él le siguieron muchos otros

204 Coase, Ronald H. “El Problema Del Costo Social.” *Centro de Estudios Públicos de Chile*. 11 Ene 2012.
URL: http://www.cepchile.cl/1_1363/doc/el_problema_del_costo_social.html Acceso: 11 Ene 2013.

doctrinarios como han sido Robert Bork, Richard Posner, Guido Calabresi²⁰⁵ y, en América Latina, Alfredo Bullard.

1. Importancia

La visión de Coase es sencilla, y se expresa de forma global en el siguiente pasaje de su obra:

Los economistas que estudian los problemas de la empresa habitualmente usan un enfoque de costo de oportunidad y comparan los ingresos obtenidos de una combinación de factores dada con otros usos alternativos. Parecería deseable usar un enfoque similar cuando se manejan cuestiones de política económica y comparar el producto total obtenido mediante ordenamientos sociales alternativos.²⁰⁶

Nos propone evaluar los ordenamientos sociales, es decir, el derecho, de la misma forma que los economistas evalúan las decisiones en las empresas. Hacer un análisis costo/beneficio para poder determinar cuál de las opciones es más eficiente.

Ciertamente el autor reconoce que no es una tarea sencilla. Se debe elegir, al igual que en una empresa, aquel ordenamiento en el que lo que se ganase sobrepasara a lo que se perdiese. Pero en temas sociales, a diferencia de en cuestiones individuales, las decisiones que se tomen con el fin de mejorar cierto aspecto pueden, sin que lo notemos, perjudicar otro. Además, todos los cambios de sistema deben considerar los costos de dicho cambio. La visión, por ende, debe ser global y no restringida a cierto sector específico de la población para poder hacer una evaluación económica correcta del derecho.²⁰⁷ “Al diseñar y elegir entre ordenamientos sociales debemos considerar el efecto total. Este es el cambio de enfoque que estoy proponiendo.”²⁰⁸

El hombre aún no conoce una situación ideal de facto. Es por ello que, partiendo de las circunstancias actuales, lo prudente es saber estimar los efectos de un cambio, ya sea en políticas o en derecho, y evaluar si la situación que se generaría es más o menos satisfactoria que la actual. El punto no es comparar la realidad con situaciones ideales o utópicas.

205 Cfr. Witker, Jorge. *Derecho De La Competencia... op. cit* p. 36

206 Coase, Ronald H. “El Problema Del... *op. cit.* p. 132

207 Cfr. *Íd.* p. 134

208 *Íbid.*

Para evaluar las situaciones posibles, es necesario saber predecir los comportamientos humanos. “Dado que el derecho es un sistema de regular una conducta, su relación con la economía aparece como evidente. Si uno quiere conducta, aprender a predecirla es de suma utilidad.” Es por ello que saber el impacto “de una Ley, de una decisión judicial o de un contrato en la conducta futura permite poner al Derecho en contexto de realidad.”²⁰⁹ Es con estas predicciones que podemos ajustar el sistema a una optimización futura, evitando el coste social.

Para aquello, es importante señalar el principio básico del AED. Si lo que se busca predecir es la conducta humana, se deben determinar sus características esenciales. Los seres humanos actúan en base a incentivos y preferencias, siempre tratando de pasar de una situación menos satisfactoria a una más satisfactoria. Por principio el actuar del hombre busca maximizar beneficios y minimizar costos. Podemos, con este conocimiento, predecir cómo se desarrollará la conducta humana en el contexto de tal o cual norma.²¹⁰

Sin embargo, este enfoque no ha estado libre de críticas. Por ejemplo, el profesor Jorge Witker le hace las siguientes observaciones:

Sin embargo, si consideramos que la economía es una ciencia que debe estar al servicio del hombre (y no de las utilidades de una empresa), se nos plantea un gran problema: [...] las empresas introducen tecnología, con lo que, a pesar de la inversión inicial, se reducen costos y generalmente se desplaza mano de obra. La interrogante es, entonces, ante un desempleo masivo donde queda el concepto de “equidad”, lo cual nos lleva a concluir que el concepto de eficiencia es un concepto deshumanizado.²¹¹

Ha sido un error común creer que el análisis económico es deshumanizante. Se ha creído que equivale a convertir al hombre en números y así lo demuestra el autor citado. Sin embargo, la eficiencia económica es siempre una herramienta de justicia. Como dice el profesor Bullard: “Lo que persigue es evitar que los sistemas jurídicos, a la hora

209 Bullard Gonzales, Alfredo. *Derecho Y Economía. op. cit.* p. 41

210 *Cfr. Ídem.*

211 Witker, Jorge. *Derecho De La Competencia... op. cit* p. 41

de legislar, generen desperdicios. [...] desperdiciar en una sociedad donde los recursos son escasos, es injusto.”²¹²

Para concluir debo decir que el AED no es una disciplina en demasía compleja o especializada. Podríamos decir que, en realidad, no es más que el sentido común aplicado a la problemática jurídica. Nos permite un análisis más sistemático y nos da una nueva perspectiva en el estudio del Derecho, el de sus consecuencias prácticas.²¹³

2. El AED en el Derecho de la competencia

Por la naturaleza del Derecho de la competencia, cuyo objetivo es regular a los actores de mercado para corregir sus fallas, el AED es de suma importancia. Por los fines que le son propios, como la búsqueda de la eficiencia económica, el conocer los efectos prácticos de las normas que emplea es fundamental para evaluar su efectividad. El AED ha sido una importante herramienta en el estudio de las leyes antimonopolios y ha sido fuente de gran parte de los cambios de enfoque que sobre el último se han hecho en el transcurrir de los años.

Witker nos señala que el AED propició un cambio en el enfoque general del Derecho de la competencia:

En efecto, el enfoque empresarial que, en décadas anteriores, enfatizará la posición competitiva innovadora por medio de la tecnología los productos (nuevos productos), se ha reorientado de tal manera que ahora el énfasis se finca en la tecnología de procesos (hacer más eficiente los métodos, reducir costos, estandarizar productos, mejorar la calidad y presentación de los mismos y los servicios posventa).²¹⁴

Este tipo de evoluciones tienen una explicación según Belisario Betancur. Lo explica de la siguiente manera:

Como sucede en general con derecho económico, existen ciertas normas que, perteneciendo al derecho de la competencia (una de sus especies), deben desaparecer en presencia de fenómenos económicos cuya complejidad y sutileza puede resultar incompatibles una formulación específica legal. Es usual, entonces, que una norma sobre el derecho de la competencia pierda con el tiempo su razón de ser, y que sin haber sido expresamente derogada, caiga en desuso.²¹⁵

212 Bullard Gonzales, Alfredo. *Derecho Y Economía. op. cit.* p. 43

213 *Cfr. Íd.* p. 49

214 Witker, Jorge. *Derecho De La Competencia... op. cit* p. 49

215 Betancur, Belisario. “Aproximaciones Al Derecho De La Competencia.” *Derecho De La Competencia.* Bogotá: El Navegante, 1998. p. 29

Es por ello que autores de esta rama de la ciencia jurídica, como Robert Bork, han hecho tanto énfasis en el razonamiento económico. Existen aún muchos temas que discutir, pues nada está dicho en esta ciencia, pero ciertamente una aproximación al Derecho de la competencia sin el debido componente de análisis económico hoy en día parece fuera de contexto. Es a través de este estudio en economía que el diálogo sobre la competencia es fructífero.²¹⁶

B. Debate sobre la regulación de las economías de escala

La doctrina general del Derecho de la competencia, así como las decisiones jurisprudenciales, han sufrido de profundos cambios a lo largo del tiempo. Esto es verdad en Estados Unidos, país que ha llevado la vanguardia sobre el tema. En sus inicios, el *Antitrust* fue visto con una visión *estructuralista*, la que daba primacía a consideraciones como la distribución del mercado y el número de competidores.

Historically, federal antitrust policy has been dominated by an industrial organization theory called “structuralism.” The premise of the structuralist approach is that the structure of the industry determines the conduct and behavior of the firms.²¹⁷

Pero con el apareamiento de la Escuela de Chicago, las visiones arcaicas del Derecho de la competencia desaparecieron. Pasó a estar en el centro de la discusión el tema de las eficiencias de mercado. Fue con la vasta aceptación de los postulados de Chicago que la doctrina, de manera casi unánime, llegó a aceptar que el fin del Derecho que nos concierne era el bienestar del consumidor; inclusive quienes no aceptaron todos los postulados de esta escuela así lo han considerado.²¹⁸ Lo explica así Thomas Sullivan *et al.*:

At odds with the structuralist theory is the efficiency or Chicago school theory of industrial organization.[...] The underlying assumption is that the interaction of supply and demand will determine a set of prices that maximize society’s economic welfare. The profit maximizing firm will seek cost-reducing production techniques in order to

216 *Cfr.* Williamson, Oliver E. “The Antitrust Paradox: a Policy at War with Itself by Robert H. Bork Review by: Oliver E. Williamson.” *The University of Chicago Law Review* 46.2 (1979): 526–531. p. 530-531

217 Sullivan, E Thomas, Herbert Hovenkamp, y Howard A Shelanski. *Antitrust Law... op. cit.* p. 48

218 Uno de aquellos casos es el del profesor Herbert Hovenkamp, que a pesar de su inclinación ideológica a la Escuela de Harvard, considera a la eficiencia como el fin fundamental. *vid.* Hovenkamp, Herbert. *The Antitrust Enterprise. op. cit.* p. 26

enhance its own market position and in so doing, inadvertently improve economic welfare by charging lower prices.²¹⁹

La materia que nos concierne –las economías de escala– no ha escapado de la discusión entre estructuralistas y Chicagos. Si bien, como veíamos en un capítulo precedente, en ninguna legislación se sanciona el hecho de formar una economía de escala,²²⁰ existe diversidad de criterios sobre si éstas proveen una barrera a la entrada de nueva competencia. Esto es fundamental pues, como vimos, es la generación intencional de esta supuesta barrera el motivo de la sanción de nuestra ley.²²¹ Lo ha plasmado así el profesor Hovenkamp:

The definition of entry barriers, however, has been controversial. The Harvard School definition, championed by industrial organization economist Joe S. Bain, was that an entry barrier is some market factor that permits sellers to "persistently raise their prices above a competitive level without attracting new firms to enter the industry." Significantly, this definition includes economies of scale, which may permit a very large firm to price above its costs while keeping smaller, higher-costs, rivals out. The Chicago School economist George J. Stigler proposed an influential alternative definition that excludes scale economies. He defined an entry barrier as "a cost of producing (at some or every rate of output) which must be borne by a firm which seeks to enter an industry but is not borne by firms already in the industry [al momento de haber entrado a la industria]."²²²

La definición del Nobel de economía, Geroge Stigler, que ha sido la adoptada por la Escuela de Chicago, es radicalmente más estrecha que la de Bain. Según ella “sólo podrían considerarse barreras a la entrada aquellos factores que lleven a que los costes a largo plazo del entrante sean más elevados que los del incumbente.” En vista de que ambos deben, independientemente del momento de su entrada, establecer una economía de escala para competir, sus costes a largo plazo son semejantes. Por ello no se podría decir que las economías de escala bloquean la entrada. Tampoco lo serán su contraparte, los requerimientos de capital, “sea cual sea su tamaño si las empresas instaladas los tuvieron que afrontar también en su día.” “De acuerdo con Bain ambos elementos

219 Sullivan, E Thomas, Herbert Hovenkamp, y Howard A Shelanski. *Antitrust Law... op. cit.* p. 49

220 *Vid. supra.* p. 37-47

221 *Vid. supra.* p. 35-36

222 Hovenkamp, Herbert. *The Antitrust Enterprise. op. cit.* p. 102

constituyen barreras a la entrada porque pueden conceder al instalado lo que denominaríamos un *first movement advantage* y desincentivar la entrada.”²²³

En el presente literal revisaremos a extensión cuál ha sido la doctrina defendida por la Escuela de Chicago sobre este respecto, consultando a varios juristas de la tendencia. Luego estudiaremos la posición de Bain y las críticas que se le hacen a las teorías de los Chicago y veremos en qué medida son sustentables. Conociendo ambas posiciones estaremos preparados para hacer el análisis enteramente económico de la norma y, con él, ver los efectos de las economías de escala.

1. Escuela de Chicago

Empezamos viendo, en líneas generales, la posición de la Escuela de Chicago. Para ello, abordaremos puntos claves de su visión.

a) *La eficiencia económica como fin del Derecho de la competencia*

En el capítulo anterior concluimos que el bienestar del consumidor, que se alcanza a través de la eficiencia económica, es el fin del Derecho de la competencia. Sin embargo, es importante hacer una revisión del tema desde el punto de vista estricto de la Escuela de Chicago. Para empezar, retomemos la definición del profesor Bork, uno de los máximos exponentes de la Escuela de Chicago, hecha al final del capítulo anterior.

(1) The only legitimate goal of American Anti-Trust law is the maximization of consumer welfare; therefore,

(2) “Competition”, for purposes of antitrust analysis, must be understood as a term of art signifying any state of affairs in which consumer welfare cannot be increased by judicial decree.²²⁴

Esta misma visión es defendida por McGee, otro grande de la Escuela de Chicago, para quien el principal objetivo económico de la competencia es la maximización del bienestar de consumidores y productores –el total de sus preferencias subjetivas– expresado a través de sus elecciones de compra en mercado. La máxima realización de los deseos de compra de cada individuo beneficia tanto a los consumidores como a los

223 Gutiérrez, Inmaculada, y Jorge Padilla. “Una Racionalización Económica... *op. cit.* p. 28

224 Bork, Robert H. *The Antitrust Paradox. op. cit.* p. 51

compradores cuando es agregado a una sociedad de consumo masivo; éste es el motor del sistema según el autor.²²⁵

Hay autores más modernos que inclusive van más allá que los clásicos en el asunto. Es el caso de Wesley Liebler, quien en su revisión del libro *Antitrust Paradox* del profesor Bork, se opone en distintos puntos. Uno de ellos es el de la eficiencia productiva, y discrepa en los siguientes términos:

My [...] problem is that Bork's suggested approach does not focus sufficient attention on productive efficiency. In part this is simply a question of tactics: One is likely to be more successful in convincing another that a particular arrangement is not output restricting if he can plausibly suggest how it enhances efficiency. But the problem cuts deeper. Economists and antitrust enforcement officials are notoriously clever at finding monopoly explanations for almost every business arrangement that is even slightly out of the ordinary. This propensity and ability goes a long way toward explaining the present unsatisfactory state of the law. As a result, too little attention has been given to the question of how these "odd looking" arrangements may create or increase efficiency. Anything that would increase that attention would be welcome.²²⁶

El punto del autor es que, en la defensa por eficiencias que genera una firma, la productiva debe ser tratada de forma más enfática. Critica cómo los agentes que aplican la ley son capaces de encontrar cualquier explicación para condenar a empresas en prácticas que consideren monopolísticas. Señala, entonces, que el profesor Bork debió haber enfatizado más este punto, permitiendo a quienes se defienden por causas de eficiencia, hacerlo de forma más clara.

Por último, inclusive en los casos en lo que se deben aplicar remedios y sanciones, se debe preservar la eficiencia. “A remedy should preserve as much as possible any operational efficiency achieved by a firm's structure or strategies.”²²⁷

Como vimos, Chicago es enfática en ello. Es en torno a esta preocupación por la eficiencia económica que se desarrolla todo el resto de doctrina de esta escuela.

225 Cfr. McGee, John S. *In Defense of Industrial Concentration*. Citado en Brodley, Joseph F. “Massive Industrial Size, Classical Economics, and the Search for Humanistic Value in Defense of Industrial Concentration.” *Stanford Law Review* 24.6 (1972): 1155–1178. p. 1156.

226 Liebler, Wesley J. “The Antitrust Paradox: a Policy at War with Itself by Robert H. Bork Review by: Wesley J. Liebler.” *California Law Review* 66.6 (1978): 1317–1342. p. 1319

227 Shelanski, Howard A, y J Gregory Sidak. “Antitrust Divestiture in Network Industries.” *The University of Chicago Law Review* 68.1 (2001): 1–100. p. 27

Justamente por ello declaran que si una conducta genera eficiencia económica, ella no puede considerarse una barrera a la entrada, peor aún un abuso.

b) *Las eficiencias como barreras de entrada*

El argumento central de la Escuela de Chicago sobre las economías de escala queda mejor expresado en el siguiente pasaje del libro *Antitrust Paradox* del juez Robert Bork:

When existing firms are efficient and possess valuable plants, equipment, knowledge, skill, and reputation, potential entrants will find it correspondingly more difficult to enter the industry, since they must acquire those things.

There can be no objection to barriers of this sort. Their existence means only that when market power is achieved by means other than efficiency, entry will not dissipate the objectionable power instantaneously, and law may therefore have a role to play. If entry were instantaneous, market forces would break up cartels before a typist in the Antitrust Division could rap out a complaint. Antitrust is valuable because in some cases it can achieve results more rapidly than can market forces.

Care must be taken in distinguishing between forms of efficiency and artificial barriers. Otherwise, the law will find itself-indeed, it has found itself-attacking efficiency in the name of market freedom.²²⁸

El juez señala que las economías de escala y demás eficiencias económicas pueden hacer más dificultosa la entrada a nuevos agentes competidores. Sin embargo, estas dificultades no son objetables, pues reflejan que la entrada al mercado sólo se puede alcanzar por aquellas eficiencias y aquello es lo que la competencia busca. Critica luego la visión del profesor Joseph Bain, quien popularizó el concepto amplio de barreras de entrada, que incluye a las economías de escala; éstas, sin duda alguna, son una eficiencia económica.²²⁹

El peruano Alfredo Bullard también hace su aporte en este sentido. Dice que muchas veces se han considerado las mejores capacidades de una empresa como una barrera de entrada. “Sin duda, la eficiencia de un producto puede ser la mayor barrera de acceso a un mercado, pues ella hace difícil que los consumidores cambien sus preferencias por los nuevos productos.” Pero, como él mismo señala, ésta “es la mayor virtud del mercado: permitir que alguien triunfe, incluso a costa de quebrar a sus

228 Bork, Robert H. *The Antitrust Paradox. op. cit.* p. 311

229 *Cfr. Íbid.*

competidores.” El gran tamaño de una empresa, según el autor “puede ser una expresión de su mayor eficiencia, lo que finalmente es un objetivo deseable.”²³⁰

En su libro *Antitrust Law*, el juez Richard Posner dice, sobre las barreras de entrada, que se usan “to mean any obstacle that a new entrant must overcome in order to gain a foothold in the market,” tales como “the capital costs of entering the market on an efficient scale.” Es por ello que el evita usar ese término, por cuanto es poco claro, “since the firms already in the market must incur expense to remain there [and] must continuously overcome, therefore, the same hurdle that faces a new firm.”²³¹ De lo expuesto “it naturally follows, then, that even if economies of scale [...] “increase the length of time required for new entry,” they nonetheless “do not create a barrier to entry.”²³²

El economista y doctrinario del Derecho de la competencia, Dominick Armentano va un poco más allá. Él señala que las firmas con economías de escala podrían, inclusive, reducir sus precios y así evitar la entrada de otros competidores. Pero estos bajos precios, según el autor, vendrían a beneficiar a los consumidores. Si los consumidores quisieran, entonces, muchos proveedores, comprarían los productos más caros para mantener a los demás agentes en mercado. Sin embargo, el hecho de que no lo hagan es económicamente racional y bajo ningún concepto una “falla de mercado”²³³

Inclusive el autor Lawrence Sullivan, que no es suscriptor de la Escuela de Chicago, defiende la eficiencia de las economías de escala:

230 Bullard Gonzales, Alfredo. *Derecho Y Economía. op. cit.* p. 936

231 Posner, Richard. *Antitrust Law. op. cit.* Citado en Baker, Johnathan B. “Challenges to the Chicago School Approach: Recent Developments in Economics That Challenge Chicago School Views.” *Antitrust Law Journal* 58 (1989). p. 73. Citado, a su vez, en Carrier, Michael A. “Antitrust After the Interception: of a Heroic Returner and Myriad Paths Antitrust Law by Richard A. Posner Review by: Michael a. Carrier.” *Stanford Law Review* 55.1 (2002): 287–301. p. 293-294

232 *Íbid.*

233 *Cf.*: Armentano, Dominick. “Barriers to Entry.” *Ludwig von Mises Institute*. 20 Sep 2000. URL: <http://mises.org/daily/509/Barriers-to-Entry>. Acceso: 17 Jul 2012.

Productive efficiencies can result from scale economies, longer production runs, learning or experience benefits, or better (or more widely deployed) information.²³⁴

En el disputado caso de la integración vertical de varias etapas de la industria, que vendrían a generar una economía de escala, también se podría hablar de una inexistencia de barreras de entrada. Esto no necesariamente implica que el entrante deba entrar a competir en todas las etapas. Sin embargo, en el caso de que el mercado así lo exija, su necesidad de hacerlo podrá retardar su entrada, pero de ninguna manera la bloquea.²³⁵

Posner alerta de los efectos de estas visiones tan estrechas sobre las barreras de entrada. “If as the Supreme Court has intimated economies of scale will not excuse a merger that may substantially lessen competition, sellers in a natural monopoly market cannot lawfully merge until the brink of failure is reached.”²³⁶ Es decir, el castigo a la eficiencia, en vez de generar bienestar, inmovilizaría a las industrias, incapaces de actuar hasta que estén al borde de la banca rota y ya no puedan considerarse bloqueadoras de la entrada.

Por todo lo señalado, es propio del Derecho de la competencia el defender las eficiencias. Y, como señalamos, las economías de escala, desde el punto de vista de la Escuela de Chicago, constituyen una eficiencia importante. Su sanción tiene un efecto contrario al buscado –el bienestar del consumidor–.

c) Los requisitos de capital como barreras de entrada

Las economías de escala, sin embargo, crean altos costos de ingreso a las empresas. Muchas veces este ha sido el argumento central para calificarlas de barreras a la entrada. Estas diferencias en costos son causa de la eficiencia misma del incumbente. Como declaran los exponentes de la Escuela de Chicago, “such a cost difference should not be treated as an entry barrier, but as an efficiency rent that can properly be included among the incumbent's costs, thus formally eliminating this difference between the cost of the

234 Sullivan, Lawrence A. “The Viability of the Current Law on Horizontal Restraints.” *California Law Review* 75.3 (1987): 835–891. p. 862

235 *Cfr.* Eastbrook, Frank H. “Predatory Strategies and Counterstrategies.” *The University of Chicago Law Review* 48.2 (1981): 263–337. 287

236 Posner, Richard. “Natural Monopoly and Its Regulation.” *Stanford Law Review* 21.3 (1969): 548–643. p. 586

incumbent and the entrant.”²³⁷ El profesor Bork, nuevamente, es quien más a detalle desarrolla el tema de los requisitos de capital en la escuela. En primer lugar alega que la declaración de que ellos son una barrera de entrada puede ser abordado desde dos perspectivas. La primera, que el monopolista impone voluntariamente altos requisitos de capital a sus rivales para prevenir su entrada al mercado. La llama la teoría del uso predatorio de aquellos requisitos. La segunda perspectiva es que los requisitos de capital efectivamente bloquean la entrada a pesar de que el incumbente no ha tomado medidas artificiales para elevarlos.²³⁸

La primera perspectiva es simplemente absurda. Como el mismo autor dice “[a] firm cannot raise barriers to entry by making itself larger horizontally than it should optimally be. That would merely raise its own costs, and an entrant would be given the advantages of coming in a more efficient size.”²³⁹ Sin embargo, ha habido cierta doctrina que ha señalado un caso específico en el que el uso predatorio de los requisitos de capital es posible. Es el de las integraciones verticales ya tratadas en el apartado anterior.²⁴⁰ Para llegar a un nivel de eficiencia igual al del incumbente, el entrante deberá hacerlo en todos los niveles en los que el anterior esté, es decir en producción y distribución.²⁴¹ Pero este caso es un caso poco común y, en el evento de existir, estaría sólo reflejando la mayor eficiencia del incumbente integrado. Generalmente, el hecho de que en un mercado haya espacio para más de un distribuidor se debe al alto costo marginal de la operación; el hecho de que los diferentes distribuidores sean absorbidos sólo eleva los costos de la distribución, siendo una medida ineficiente desde el punto de vista empresarial. Cualquier empresa que logre hacerlo deberá contar con una eficiencia tal que compense estos costos.²⁴²

237 Baumol, William J, y Robert D Willing. “Fixed Costs, Sunk Costs, Entry Barriers, and Sustainability of Monopoly.” *Oxford Quarterly Journal of Economics* 96.3 (1981): 405–431. p. 408

238 *Cfr.* Bork, Robert H. *The Antitrust Paradox. op. cit.* p. 320

239 *Íd.* p. 321

240 *Vid. supra.* p. 79-80

241 *Cfr.* Bork, Robert H. *The Antitrust Paradox. op. cit.* p. 322

242 *Cfr. Íbid.*

Por último, inclusive en el caso de que se dé esta integración y de que esta no produzca la eficiencia que producirían varios competidores, la entrada es posible. La demanda de altos capitales para la entrada también tiene sus oferentes en mercado.

But assuming [...] that the entrant decides [...] to come in at both levels at once, what is the case for supposing that the necessary capital will be unavailable? Capital suppliers, like all other suppliers, are interested in maximizing their returns, and an industry where greater-than-competitive returns are available should be particularly attractive.²⁴³

Ahora, al tratar la segunda hipótesis, el autor manifiesta lo siguiente:

It is at once apparent that such a barrier is not imposed artificial; the scale of operation requires the capital. One should not, of course, interfere with the industry structure in order to reduce capital requirements, since that is merely to sacrifice economic performance to ease of entry. And, once more, if there are greater-than-competitive returns being taken in the industry, the requisite of capital entry should be forthcoming.²⁴⁴

Concluimos así que el uso predatorio de los requisitos de capital es, en la práctica, imposible. Por otro lado, cuando no se usan de forma artificial pero de todas maneras entorpecen la entrada, no nos encontramos ante un error de mercado. El interferir para facilitar la entrada sacrificaría la eficiencia económica. Sin embargo, en cualquiera de los dos casos, el mercado de capitales puede proveer a los entrantes de los montos necesarios para la entrada, zanjando así toda posibilidad de conflicto.

2. Críticas a la Escuela de Chicago

A continuación estudiaremos las críticas a la visión de la Escuela de Chicago. Ellas provienen, principalmente, de la escuela estructuralista o de Harvard, que en temas de barreras de entrada se ha adscrito a la visión de Joseph Bain. Existen también ciertas críticas hechas por la reciente Escuela Post-Chicago. En este numeral enumeraremos todas las observaciones, generales y específicas, que se han levantado.

a) *Otros fines del Derecho de la competencia*

La crítica principal es dirigida al núcleo del pensamiento de Chicago. La escuela de Harvard ha señalado que existen otros fines para el Derecho de la competencia a más del bienestar del consumidor conseguido a través de la eficiencia. El autor Joseph Fortenberry hace la siguiente observación a los fines señalados por Bork:

²⁴³ *Íbid.*

²⁴⁴ *Íd.* p. 323

Bork's analysis fails to give due weight to other goals which the antitrust laws may serve: the preservation of numerous business units in order to prevent excessive political power from falling into the hands of a small group of managers of very large businesses; the avoidance of a huge aggregation of capital in a single business which would then have to be administered by a government bureaucracy rather than regulated by the market.²⁴⁵

Es decir, se considera que es necesario precautelar un mercado de muchos competidores –modelo estructural– por fines diversos al bienestar general. Se debe también pensar en la influencia política que alcanzan las grandes industrias. También se debe evitar la concentración de capitales en una sola firma y evitar así que deba ser embargada por el gobierno.

Sin embargo, no existe mucho debate sobre este punto. Como demostramos en un capítulo anterior, es prácticamente unánime la consideración de que el Derecho de la competencia debe beneficiar al consumidor. Así también lo ha considerado nuestro ordenamiento. El término consumidor es sinónimo de ciudadano común, y por lo tanto su defensa deviene en la defensa de la sociedad toda. Si se agregan otros fines no sólo no se consigue el anterior, sino que se empiezan a defender intereses de grupo – específicamente de aquellos que por ineficiencia han sido desplazados del mercado– en perjuicio de la gran mayoría.

Luego de ello agrega el autor “Thus, assuming the validity of Bork's unitary goal for the antitrust laws, the soundness of his policy prescriptions concerning those things which the law ought and ought not permit depends on the accuracy of his picture of the economic process.”²⁴⁶ Es decir, califica de poco exacta la aproximación de Bork.

Esto también es equivocado. No es necesario para el análisis de competencia el tener un conocimiento completo del mercado. Lo que se debe saber es los principios básicos que, como señalamos, el AED provee. Con ellos podemos conocer de forma exacta qué reglas se deben aplicar para alcanzar el fin y qué reglas no.

b) La Escuela de Harvard y las eficiencias

245 Fortenberry, Joseph E. “The Antitrust Paradox: a Policy at War with Itself by Robert H. Bork Review by: Joseph E. Fortenberry.” *Columbia Law Review* 78.6 (1978): 1347–1359. p. 1351

246 *Íd.* p. 1353

Por otro lado, la Escuela de Harvard ha defendido el hecho de que esta visión centrada en el número de competidores no resta al mercado su eficiencia. Por ello creen que, inclusive aceptando este fin para el Derecho de la competencia, sus medidas son aplicables. Así critican las conclusiones del profesor McGee:

Despite McGee's vigorous arguments, I cannot find that he produces anything of substance to show that there is a serious risk that deconcentration of the most concentrated markets would cause appreciable efficiency losses. On the key question of invention and innovation, the evidence seems to point strongly in the direction of the superiority of middle sized firms.²⁴⁷

Señalan que la desconcentración de industrias no perjudica la eficiencia. Alegan que el mayor nivel de eficiencia lo tienen las medianas empresas, las cuales no deben temer una eventual división.

Además, la Escuela de Harvard ha alegado que las decisiones del *Antitrust* nunca han tenido consecuencias negativas en la eficiencia. Sus principales fuentes nunca han sido condenadas, sino sólo los actos abusivos.

We can think of no case in which anti-trust has been invoked to condemn the construction of a plant, store or transportation facility of any particular size or design. The antitrust policies to which Bork and Bowman object-those restricting mergers and vertical integration-have no significant impact on efficiencies of this kind. If one businessman takes advantage of a more efficient technique, or produces at levels permitting economies of scale, he is free to outstrip his competitors in the market place without fear of antitrust conviction.²⁴⁸

En la materia específica que nos concierne, el profesor Hovenkamp ha criticado la visión de Stigler sobre economías de escala. Señala que “The Stigler approach would be essential, for example, if we broke up the firms in highly concentrated markets without requiring anticompetitive conduct.”²⁴⁹ Pero agrega que en la realidad actual esta visión ha perdido su fuerza, pues ya no se enfrenta a un estructuralismo estático, sino a una persecución específica de los abusos.²⁵⁰ Si lo que se busca es castigar las conductas

247 Cfr. McGee, John S. *In Defense ... op. cit.* Citado en Brodley, Joseph F. “Massive Industrial Size... *op. cit.* p. 1168

248 Blake, Harlan M, y William K Jones. “In Defense of Antitrust.” *Columbia Law Review* 67 (1965). p. 394

249 Hovenkamp, Herbert. *The Antitrust Enterprise. op. cit.* p. 103

250 Cfr. *Íbid.*

ilegales, no se sacrifica la eficiencia y por lo tanto ella no debe ser la consideración central.

Esta defensa de las políticas de la Escuela de Harvard deben contrastarse con la realidad económica para verificarse. Es objeto del siguiente apartado de este capítulo hacer el análisis de esa naturaleza. Podremos saber así si una visión estructural sacrifica la eficiencia, perjudicando al consumidor, o no.

c) Las economías de escala como barrera de entrada

El principal argumento para definir a las economías de escala como un monopolio natural nace del profesor Joseph Bain. Así lo ha defendido en su obra *Barriers to New Competition*.²⁵¹

Uno de los requisitos para la libre entrada al mercado es que, en cualquier etapa de la entrada, “*economies of large scale are negligible, in the sense that the output of a firm of optimal (lowest-cost) scale is an insignificant fraction of total industry output.*”²⁵² Es decir, todo productor con economías de escala a su favor debe tener una mínima cuota de mercado. De lo contrario presenciamos una barrera de entrada a la nueva competencia. Si no sucede esto “an entrant firm, even if it enters at an optimal or lowest-cost scale, will add so little to the industry output that it’s entry will have no perceptible effect on going prices in the industry.”²⁵³

Según esta visión, no se debe alcanzar nunca un estado máximo posible de satisfacción de los consumidores. Siempre se debe dejar un sector de la población desatendido para que haya posibilidad de entrada de una nueva firma. El hecho de que los precios alcancen su mínimo posible causaría que la nueva entrada los disminuya aún más, haciéndola poco atractiva. Esta visión, a todas luces, sacrifica la eficiencia económica con el sólo fin de mantener varias firmas en mercado.

El profesor von Weizsacker explica de forma clara el argumento de Bain:

Assume that economies of scale are such that an entrant would be forced to supply a substantial fraction of industry output if he wants to be competitive in terms of costs. He will reckon that the ensuing expansion of output depresses price. It may

251 *Cfr.* Bain, Joseph. *Barriers to New Entry*. Cambridge: Harvard University Press, 1956. p. 16

252 *Íd.* p. 12

253 *Íd.* p. 13

therefore not be profitable to enter the industry, even if the incumbent firms make a profit above the normal return on capital at the pre entry prices. This is the core of Bain's argument why economies of scale are a source of entry barriers.²⁵⁴

Muchos más autores han hecho observaciones en defensa de la visión de Bain. Uno de ellos, el autor Fortenberry, agrega que el considerar el actual desarrollo de mercado como el modo más eficiente es ingenuo. Exige que en cada caso se debe demostrar que el tamaño de una firma es el adecuado. Alega que existen muchos casos en los que la firmas en mercado han tenido tamaños excedentes a los necesarios para la satisfacción del mercado.²⁵⁵ Defiende su punto diciendo que:

Bain demonstrated long ago that many plants far exceed the size needed to obtain all engineering scale economies;²⁵⁶ more recently, Scherer and his colleagues have shown that oligopolists have failed to manufacture production lots of optimal size in some segments of the economy.²⁵⁷

El autor Hovenkamp, por otro lado, señala que las ganancias en eficiencia deben ser valorados siempre contra los daños a la competencia. Dice, sobre las economías de escala, los requisitos de capital y demás actos, que:

Each of these combinations of actors promises significant efficiency gains, but at least some of them raise the potential for harming competition by reducing the number of firms in a market or facilitating price-fixing. So there may be cases in which efficiency gains and injuries to competition must be traded off against each other before we can determine whether a union of competitors is beneficial or harmful.²⁵⁸

Por daño a la competencia, es claro que el autor no se refiere a afectaciones a los fines del Derecho de la competencia. Quiere decir, más bien, daños a los competidores en mercado. Mantiene una defensa estructural de la competencia, basada puramente en el número de competidores. El mismo autor es quien aseguró que “[s]uperior efficiency is the world's greatest entry barrier,”²⁵⁹

254 Weizsacker, von, C C. “A Welfare Analysis of... *op. cit.* p. 401

255 Fortenberry, Joseph E. “The Antitrust Paradox... *op. cit.* p. 1358

256 *Cfr.* Bain, Joseph. *Barriers to New Entry... op. cit.* p. 1-41

257 *Cfr.* Scherer, F et al. *The Economics of Multy Plant Operation.* 1975. p. 390-391. Citado en Fortenberry, Joseph E. “The Antitrust Paradox... *op. cit.* p. 1358

258 Hovenkamp, Herbert. *The Antitrust Enterprise. op. cit.* p. 26

259 Hovenkamp, Herbert. *Economics and Federal Antitrust Law.* 1985. p. 306

Otros autores como Gutiérrez y Lawrence Sullivan ven las ventajas que dan las economías de escala por la posición que dan al incumbente en mercado. Los grandes proveedores ya tienen una base de clientes que dificulta al entrante su participación en mercado.²⁶⁰ También el temor al fracaso de los entrantes que ven a los grandes productores como imposibles de vencer hace que los últimos aseguren su posición.²⁶¹

Sobre las críticas de los estructuralistas clásicos, es interesante lo que dice Breyer:

The classicist nonetheless finds reasons for regulating. He points to "defects" in certain markets that prevent competition from working properly. For example, he may point to the natural monopoly, where economies of scale are so large that a single firm can produce an industry's entire output at lowest cost. For present purposes, it is important to see that regardless of the merits of these reasons in any particular case, the classicist embraces regulation *faute de mieux*.²⁶² Competition is more desirable, and antitrust may help maintain competition. Yet for one reason or another, in these special markets, competition cannot work or by itself is inadequate. Thus, one must turn to regulation as a supplement or substitute.²⁶³

La competencia *per se* no es eficiente en todos los mercados y por ello la visión estructural de Bain es equivocada. Hay sectores de la economía donde se alcanza mayor eficiencia y bienestar general prescindiendo, justamente, de muchas firmas. Ahondaremos en ello en el análisis de económico de la sección próxima.²⁶⁴

d) *El uso predatorio de los requisitos de capital*

La defensa que Bork hace de las industrias integradas es, justamente, motivo de esta crítica hecha a los altos requisitos de capital. Blake y Jones son quienes hacen esta observación al decir:

It is hard to conceive a use of capital more fraught with uncertainty than an attempt to break into an industry occupied by vertically integrated firms enjoying the fruits of their fewness of number. And the stakes will often be high. It is elementary "game theory"-or what is the same thing, known to any poker-player-that one does not knowingly enter into a "two-person, zero-sum" game or a poker game without having resources equal to the opponent's.²⁶⁵

260 *Cfr.* Gutiérrez, Inmaculada, y Jorge Padilla. "Una Racionalización Económica... *op. cit.* p. 29

261 *Cfr.* Sullivan, Lawrence Anthony. *Antitrust*. Eagan: West Publishing Co., 1977. p. 78

262 A falta de algo mejor.

263 Breyer, Stephen G. "Antitrust, Deregulation, and the Newly Liberated Marketplace." *California Law Review* 75.3 (1987): 1005-1047. p. 1006-1007

264 *Vid. infra* p. 97-102

265 Blake, Harlan M, y William K Jones. "In Defense of... *op. cit.* p. 377, 392.

En el caso en cuestión, si bien las economías de escala producen eficiencia, lo hacen a costa de consecuencias anticompetitivas. La crítica va dirigida a estas últimas y proveería de una razón para controlar la eficiencia.²⁶⁶

Sobre este punto ya se ha hecho el análisis en el literal *c)* del número anterior.²⁶⁷ La dificultad que implican estas concentraciones sólo pueden demostrar que, cuando se logran, deben generar una eficiencia. Inclusive en el evento de que no sea así, como vimos, los capitales se encuentran en el mercado para facilitar la entrada.

3. Conclusión sobre el debate

El debate sobre ambas visiones –estructuralistas y Chicagos– es amplio. Nos hemos centrado en aquellos puntos que son relevantes para el presente trabajo. Muchas de las críticas hechas a la Escuela de Chicago ya han sido debidamente contestadas. Las demás deberán serlo al hacer el análisis puramente económico, objeto del literal próximo. De todas maneras, este debate nos ilumina con las posiciones que sobre el asunto se han tomado y nos permite identificarlas o no con las conclusiones que el siguiente estudio nos da.

C. Análisis económico de las economías de escala

Como vimos en la sección anterior, la visión estructuralista del Derecho de la competencia fue la de mayor auge en sus inicios. El análisis de Bain, defendido inclusive hoy por algunos, data de esa etapa. Sin embargo, el verdadero análisis económico del *Antitrust* empezó, como dijimos, con la Escuela de Chicago y su contraparte económica, la Escuela Neo-Clásica de economía. Es entonces cuando aparece el estudio de Stigler sobre las barreras de entrada. Este análisis es más apegado al rigor económico y a la búsqueda del bienestar del consumidor.

Mensch y Freeman nos ilustran de forma clara el fundamento de la doctrina de Stigler:

For Stigler, there maybe short-run "time-lag" impediments to entry, but there are no long-term barriers to entry unless incumbents possess an advantage (such as control over a resource) that will never be available to entrants. Such impediments as market size limitations or economies of scale are thus not regarded as entry barriers

²⁶⁶ *Cfr. Íd.* p. 396

²⁶⁷ *Vid. supra.* p. 80-82

since they are just neutral consequences of market conditions or cost/output relationships.²⁶⁸

Todo costo que el entrante tenga que cubrir para poder competir que el incumbente haya tenido que cubrir en su momento no puede considerarse una barrera de entrada. Las barreras de entrada son únicamente aquellos costos que el entrante debe cargar que el incumbente jamás debió. Según esta visión básica, las economías de escala nunca serán barreras de entrada. Para establecerlas, la firma en mercado debió soportar altos costes. El hecho de que al entrante le toque soportarlos ahora, cuando al incumbente ya no, no modifica en nada esta situación.

En el presente literal iremos más allá del concepto de Stigler sobre barreras de entrada. Estudiaremos todas las características, dimensiones y consecuencias de las economías de escala en mercado; todo ello desde la perspectiva de autores de las dos escuelas más influyentes de la microeconomía, la Escuela Neo-Clásica y la Escuela Subjetivista. Al hacerlo verificaremos nuestro punto básico, a saber, si ellas ayudan o dificultan el alcance del fin del Derecho de la competencia –el bienestar del consumidor–. Con ello sabremos si es inapropiada su sanción e ,inclusive, si ellas deben considerarse o no barreras de entrada. Trataremos, por ende, no sólo de resolver el dilema legal ecuatoriano sino el debate doctrinario internacional.

1. Causas de la aparición de las economías de escala

La primera aseveración que debemos hacer es que las economías de escala no aparecen como medida de los empresarios para detener el ingreso de competidores. Tal empresa sería imposible de alcanzar. No podemos hablar, por ende, de una barrera de entrada creada por un competidor²⁶⁹ y ,por lo tanto, ilegal. Son, más bien, consecuencias del mercado y parte de su estructura natural.

Las barreras de entrada, en todos los casos, tienen como causantes a los consumidores. Es más, la estructura del mercado en general está determinada por los gustos y preferencias de estos últimos. Como señaló el reconocido economista Ludwig von Mises:

268 Mensch, Elizabeth, y Alan Freeman. “Efficiency and Image: Advertising as an Antitrust Issue.” *Duke Law Journal* 1990.2 (1990): 321–373. p. 348

269 Cfr. Velandia, Mauricio. *Derecho De La Competencia Y Del Consumo. op. cit.* p. 79-81

The consumer is in a position to give free rein to his caprices and fancies. The entrepreneurs, capitalist, and farmers have their hands tied; they are bound to comply in their operations with the orders of the buying public. [...] They are not free to spend money which the consumers are not prepared to refund to them in paying more for their products.²⁷⁰

Son los consumidores en el libre mercado quienes tienen el poder de cambiar el curso de la producción. Esta última se ajusta al patrón de gasto que ellos tengan. Si ellos deciden adquirir más de un producto A y menos de un producto B, la producción de A automáticamente se vuelve más beneficiosa. Los capitales y el emprendimiento se encaminará hacia A y lejos de B, que ahora es menos rentable. Esto obliga a los productores a producir más A y menos B.²⁷¹

En este proceso, los emprendedores no se sientan a esperar los cambios de preferencia para producir. La dinámica es más compleja cuando agregamos el hecho de que ellos tratarán de anticiparse a los cambios en preferencias para así satisfacer las nacientes necesidades de forma más rápida. Como explica el economista George Reisman:

In order to earn a rate of profit that is above average, it is necessary for businessmen to anticipate changes in consumer demand ahead of the rivals, to introduce new and/or improved products ahead of their rivals, or cut the costs of production ahead of their rivals. I say, "ahead of their rivals," because as soon as any innovation becomes general, then, in accordance with the uniformity of profit principle, no special profit can be made from it.²⁷²

Es por lo señalado que ciertas empresas, para obtener beneficios, se verán estimuladas a establecer economías de escala y ampliar su producción. Estos pioneros son premiados en el mercado por su iniciativa con altas ganancias, pero inmediatamente querrán participar de ellas los competidores menos atentos. Para hacerlo deberán entrar a mercados que ya cuentan con economías de escala y para competir, deberán establecerlas también. Bajo ningún concepto este hecho se debe a un deseo del incumbente de mantenerlos fuera. Responde, por otro lado, a su mejor habilidad de predecir las preferencias de los consumidores impulsado por el ánimo de lucro. Y, de todas maneras, si las ganancias del pionero son excesivamente altas, los capitales

270 Mises, von, Ludwig. *Human Action*. Auburn: Ludwig von Mises Institute, 2006. p. 271

271 *Cfr.* Reisman, George. *Capitalism*. Ottawa: Jameson Books, 1998. p. 174

272 *Íbid.*

seguirán destinándose a la misma producción, de manera que estarán disponibles para el ingreso de otros.

Es poco riguroso el querer criticar este mecanismo de mercado y sancionarlo. Los consumidores no son perjudicados por el menor número de competidores. Sin embargo, son ampliamente beneficiados por la iniciativa de quien amplió su producción para satisfacer sus necesidades. Si lo que los consumidores desearan es simplemente aumentar la competencia, ellos podrían “increase competition any time they choose by indicating their willingness to pay higher prices to cover the higher costs of the smaller less efficient firm.” El hecho de que no lo hagan indica “that resources are correctly allocated as far as they are concerned.”²⁷³

2. Efectos de las economías de escala en la economía nacional

En este punto es donde el argumento de Stigler es más fuerte. Él nos demuestra cómo el tamaño óptimo de una firma está dado por la demanda de los consumidores y las capacidades de sus economías de escala. En este sentido, estas últimas nunca podrían ser barreras de entrada, las cuales operan de forma distinta.

Nos ilustra esto con dos ejemplos:

The first case is a monopoly whose existence arises simply because only one firm can exist with the given industry demand. Some economist will say that the economies of scale are a barrier to entry, meaning that such economies explain why no additional firms enter. It would be equally possible to say that inadequate demand is a barrier to entry. If we define barrier as a differentially higher cost of new firms, there is no barrier and the firm size is governed by economies of scale and demand condition.²⁷⁴

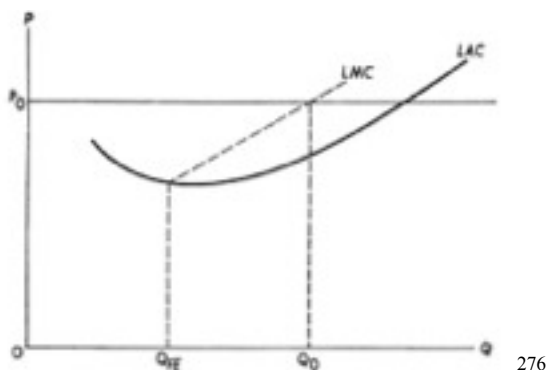
Indica en este caso que cuando una firma simplemente alcanza una posición monopólica por sus economías de escala; el decir que éstas son la causa de que no entre otra firma es inexacto. En ese caso también se podría decir que la barrera es una demanda inadecuada, lo cual es poco riguroso. La conclusión primera es, entonces, que determinadas las barreras de entrada según el concepto stigleriano del principio de esta sección, el tamaño de una firma –su salida– se dará por la demanda y por su capacidad de producción –economías de escala–.

Next, consider an industry with many independent firms but an absolute barrier to the entry of new firms. [...] Let there also be diseconomies of scale beyond given

273 Armentano, Dominick. *Antitrust and Monopoly*. Oakland: The Independent Institute, 1999. p. 37

274 Stigler, George J. *The Organization of Industry*. *op. cit.* p. 67

output. With licensing, each firm operates at output Q_0 , given the demand which yields a price P_0 . With free entry, each firm would operate at output Q_{fe} . The license-governed output of Q_0 is set by (dis)economies of scale and demand conditions and barriers to entry.²⁷⁵



En el segundo caso estamos ante un mercado con muchas firmas pero que cuenta con una barrera de entrada absoluta, como las institucionales. Es decir, se establece cuál es el máximo de competidores que pueden existir. Si se elimina esta barrera, inevitablemente entrarán más actores al mercado. Lo que Sitgler señala es que si ese fuera el caso, el tamaño de la firma –salida– será dado por los mismos factores que en el ejemplo anterior. En cambio, al haber una barrera, la salida de la firma debe ser superior –en la medida en que tengan capacidad–, pues hay una demanda que aún debe ser satisfecha por la falta de competidores que impone la barrera. En este sentido, la barrera de entrada pasa a configurar, junto a los otros elementos, el tamaño de cada firma como una fuerza aparte.

These examples suggest that we say that demand and cost (economies of scale) conditions govern the size of firms. The barriers to entry would then be restricted to differentially higher costs of new firms, which act as one force [...] which affect the demand of individual firms.²⁷⁷

La conclusión del autor es, por ende, que demanda y capacidad –economías de escala– son los factores siempre presentes en la determinación del tamaño de una firma. Las barreras de entrada, por lo tanto, son los previos diferenciados que actúan como una forma independiente de la anterior. Las economías de escala no podrían serlo, pues estas

275 *Íd.* p. 67-69

276 *Íbid.*

277 *Íd.* p. 69

son un reflejo de la capacidad productiva que puede instalar una firma y no una fuerza autónoma.

El autor Oliver Williamson aporta otra consecuencia beneficiosa de las economías de escala:

Thus, suppose that economies of scale exist and that the market is of sufficient size to support the larger of two technologies. Since superior outcomes will be attributable to the less efficient technology only under very unusual conditions, net social benefits ought presumably to be attributed to these scale economy conditions.²⁷⁸

Las economías de escala, según el autor, son las causantes de que se pueda adoptar la mejor de las tecnologías disponibles. Este hecho, generalmente, deviene en mayor oferta de bienes, que beneficia a los consumidores. Esto concuerda con lo que el gran economista Murray Rothbard aporta al hablar de tecnología. “[...] technological factors in production can never be considered in vacuum. Technological knowledge tells us of a whole host of alternatives that are open to us. [...] Only by maximizing monetary gain can factors be allocated in service of the consumers.”²⁷⁹

Por último, debemos apuntar que se han criticado muchos casos en los que ciertas características de ella permiten a una empresa mantenerse en una situación privilegiada por un largo período. En palabras de Stigler:

However, suppose that a given size of firm systematically gets higher prices because (for example) its product is more attractive to buyers. A small shoe manufacturer adapts to new fashions more quickly, or a large manufacturer of engines has a superior network of repair facilities. If the demand conditions of the firm vary with a characteristic associated with firm size, our language permits us to say that the characteristic is an element of demand or of economies of scale. In keeping with the general tradition of keeping out of demand as much of producer-controlled factors as one can, we would call these selling advantages economies of scale but no important principle is at stake.²⁸⁰

Sin embargo, como el mismo autor nos explica en coordinación con lo expresado en la sección anterior, esto no trae ninguna novedad. Estas características de las economías de escala específicas a cada firma no son diferentes a las generales. Ellas son parte de esa relación con la capacidad que ayuda a determinar el tamaño apropiado de una firma

278 Williamson, Oliver E. “The Antitrust Paradox...” *op. cit.* p. 529-530

279 Rothbard, Murray N. *Man, Economy and State*. Auburn: Ludwig von Mises Institute, 2004. p. 647

280 Stigler, George J. *The Organization of Industry*. *op. cit.* p. 70

en mercado. Este desarrollo normal de las industrias tampoco debe ser motivo de regulación, sino que es más bien una propiedad del mercado.

Las economías de escala, podemos decir, son sólo una consecuencia natural de mercado. Ellas reflejan la capacidad productiva de una empresa y ello es determinante para establecer su tamaño óptimo. Querer sancionarlas es querer sancionar un importante elemento del mercado, que devendría en una mala asignación de recursos que acabaría por perjudicar a consumidores en general. Bajo ningún concepto podríamos asimilarlas a monopolios naturales o barreras de entrada, como han pretendido hacerlo los críticos a la Escuela de Chicago.

3. Efectos de la sanción a las economías de escala en la economía nacional

Es cierto que la eficiencia –como las economías de escala– puede tener como consecuencia un menor número de competidores y una dificultad práctica de entrar al mercado. El economista y comentarista del Derecho de competencia, Dominick Armentano señala lo siguiente al respecto:

Efficiency in the use of resources, including efficiency in the specific types of products produced, can always restrict the number of competitors. As has been argued, the very purpose of the competitive market process is to discover which products consumers prefer, for whatever reason, and then to produce and sell those products to consumers. The fact that leading firms with long experience and economies of scale may be able to accomplish this task more efficiently than smaller or newer organizations is irrelevant from a consumer perspective: **consumer welfare is not injured thereby and resources are not misallocated.** ²⁸¹

El hecho de que la eficiencia que ciertas firmas adquieran dificulte y, a veces, imposibilite la competencia no es de preocupar. Es la visión equivocada del modelo puramente competitivo, a tratarse más adelante, la que nos lleva a pensar que esto es algo que debe ser regulado.²⁸² Si esta visión fuese correcta, toda mayor eficiencia, que beneficia al consumidor, debería de ser inmediatamente condenada por restringir la competencia.²⁸³ Los fines del Derecho de la competencia se verían totalmente alterados.

No existe un motivo coherente para sancionar las eficiencias. Las economías de escala no son una garantía del éxito perpetuo de la firma que las implementa. Los casos

²⁸¹ Armentano, Dominick. *Antitrust. op. cit.* p. 73. Negritas son propias.

²⁸² *Vid. infra.* p. 97-102

²⁸³ *Cfr.* Armentano, Dominick. *Antitrust. op. cit.* p. 77

de pioneros que implementaron grandes economías y fracasaron abundan en la historia económica. El pretender que se esta evitando un control de mercado de otra forma irresistible es sólo una mentira. Por otro lado, las ventajas que generan, como son los usos de productos en grandes redes estándares, benefician a toda sociedad.²⁸⁴

Es claro, entonces, que los efectos de la prohibición de implementar economías de escala son un empobrecimiento general. Ello porque prescindiríamos de mecanismos de mercado eficientes. En palabras de Mises:

Restriction of production means that the government either forbids or makes more difficult or more expensive the production, transportation, or distribution of definite articles, or the application of definite modes of production, transportation, or distribution. [...] The effect of its interference is that people are prevented from using their knowledge and abilities, their labor, and their material means of production in the way in which they would earn the highest returns and satisfy their needs as much as possible. Such interference makes people poorer and less satisfied.²⁸⁵

Las economías de escala, como señalamos, son un atributo del libre mercado. Eliminado este fundamental elemento, éste deja de ser eficaz para producir su función:

The competitive process is supposed to generate low costs and increasing benefits for consumers and is supposed to punish low value, high cost rivals. Competition is supposed to reward firms that innovate first, that build integrated systems, and that expand before their rivals do. Thus, to make such firms prime antitrust targets is a screaming contradiction to the alleged intent of antitrust law and reveals, instead, its true protectionist purpose.²⁸⁶

Queda así respondido el punto de los críticos a la Escuela de Chicago que alegan que las medidas judiciales no restan competencia. Toda alteración de la asignación de recursos por las fuerzas estatales, así como castigos a la innovación, deviene en un perjuicio a los consumidores, por pequeño o grande que sea.

4. Función de los altos requisitos de capital para el ingreso a un mercado determinado

Como hemos visto a lo largo de este capítulo, los requisitos de capital son el otro lado del ataque que sufren las economías de escala. El motivo central de su oposición es que ellas obligan a los entrantes –que las deben implementar para poder competir– a hacer grandes gastos, es decir, a contar con grandes capitales. Pero las economías de

284 *Cfr. Íd.* p. 22

285 Mises, von, Ludwig. *Human Action. op. cit.* p. 376

286 Armentano, Dominick. *Antitrust. op. cit.* p. 22

escala no sólo producen más valor cuando son sopesadas con estas desventajas; también los requisitos de capital tienen una importante función en mercado.

En primer lugar y siguiendo con lo expuesto, Stigler también se refiere a ellas en su tratado. Para él, ellas no son diferentes al caso señalado anteriormente. Al ser costos que el incumbente sufrió en su momento, ellas no cabrían dentro del concepto stigleriano de barreras de entrada.

Capital requirements are often listed as barriers to entry. Since existing firms also have to meet these requirements, they are not a barrier in our terminology.²⁸⁷

“Free” entry, in our language, is entry by firms suffering no cost differential relative to existing firms. Free entry is compatible with huge capital requirements (which are a source, perhaps, of economies of scale).²⁸⁸

En el mercado los capitales tienden a dirigirse a aquellas actividades en dónde se necesiten. Este es el principio general que debe ser aprehendido. Si un entrante desea ingresar a un mercado donde se necesita satisfacer demanda, los capitales le estarán disponibles. Si lo desea hacer a uno que está totalmente satisfecho, por el contrario, no encontrará los medios. Si el gobierno interfiriera con esta forma de asignación de recursos, nunca lograría una mayor riqueza, sino que simplemente aumentaría los niveles de insatisfacción.²⁸⁹

George Reisman, por otro lado, nos explica las implicaciones de que existan estos altos requisitos:

It should be realized that the existence of high capital requirements as a condition of being able to compete does not constitute a “barrier to entry” in any legitimate sense, despite the frequency of the claim that it does. [...] The high capital is necessary in order to produce on a large scale and with the use of capital-intensive methods of production, both of which are means of achieving low cost production. If the achievement of low cost production were not necessary, then neither would be the substantial sums that must be invested to reduce costs.²⁹⁰

El uso de grandes tecnologías y métodos intensivos de producción nos ayudan a alcanzar costos bajos de producción por unidad. Para hacerlo, es necesario contar con grandes capitales que permitan implementar estos modelos. El hecho de que para

287 Stigler, George J. *The Organization of Industry*. *op. cit.* p. 70

288 *Ibid.*

289 *Cfr.* Mises, von, Ludwig. *Human Action*. *op. cit.* p. 376-377

290 Reisman, George. *Capitalism*. *op. cit.* p. 379

competir con una empresa se requiera de grandes sumas sólo implica que los incumbentes ya han implementado modelos productivos que reducen costos medios y, por lo tanto, está satisfaciendo a un mayor número de consumidores.

Asimismo, el que alcanzó estos modelos productivos no cuenta con una patente para determinar precios. Los precios que ponga deben ser acordes a sus bajos costos de producción. De lo contrario, el mismo operador estaría generando los incentivos para que firmas con menor capital puedan hacer negocio. Eventualmente esto las llevaría a acumular el capital necesario y hacerle competencia en la misma escala.²⁹¹

El último problema a tratar es el de los menores costes de capital que las grandes firmas tienen. En efecto, se puede criticar que el capital se encuentra en mayor disponibilidad para las firmas que ya cuentan con gran capacidad productiva. Por otra parte es más difícil para el pequeño empresario conseguir dichos capitales.

Lo anterior es sólo un orden lógico de asignación de capitales. Las empresas con mayor eficiencia demostrada en un plazo más largo cuenta con un mayor nivel de confianza. Los capitales, que buscan el beneficio, pero además la seguridad, tenderán a estarle más disponibles.²⁹² Esta eficiencia de ciertas empresas no debe ser criticada. “[S]uch a barrier –and the exclusionary process it implies– is absolutely essential to ensure that scarce capital flows to those firms most likely to employ it profitably in the service of consumers.” Sin embargo, este hecho no es irreversible. “Since thousands of new firms do obtain capital and do eventually succeed and expand, this so-called barrier to competition can be overcome like all other non-legal barriers; by superior economic performance.”²⁹³ También, en los casos de excesivas ganancias extraordinarias en determinado mercado, los capitales están dispuestos a sacrificar algo de seguridad por posibilidades de mayor retorno.

5. Crítica al modelo puramente competitivo

Si la ciencia económica hace evidente los beneficios que traen las economías de escala a los consumidores en general, entonces, ¿por qué existen sectores doctrinarios

291 *Cfr. Íd.* p. 376

292 *Cfr. Armentano, Dominick. Antitrust. op. cit.* p. 63

293 *Íd.* p. 63-64

que se les oponen? Es la pregunta que hasta ahora queda sin responderse. He decidido hacer, al final de mi trabajo, una crítica económica al modelo de competencia que sostienen aquellos doctrinarios. El *modelo puramente competitivo* es un fantasma que ha rondado al Derecho de la competencia desde sus orígenes y que tuvo mayor auge entre los estructuralistas. Es el análisis económico real el único que ha podido desenmascararlo y mostrarnos su inutilidad y los errores a los que puede llevar.

A lo largo de este trabajo se ha tratado de forma superficial el tema y se ha establecido que el fin del Derecho de la competencia no es el mantenimiento de varias firmas en el mercado. Al contrario, se demostró que su fin es el bienestar del consumidor. Pero creemos, para terminar, que un estudio más profundo de esta concepción equivocada debe tener lugar para cerrar nuestro argumento.

Son muchos los autores que han descrito a la competencia en términos del modelo puramente competitivo. Thomas Sullivan, por ejemplo, lo ha descrito así:

Within the competitive model, the perfectly competitive firm has the following characteristics:

1. It is only one among many firms producing identical products;
2. No individual firm is large enough to affect the market prices by its individual actions; and
3. There are no significant inhibitions to entry into and exit from the industry.²⁹⁴

Martínez Medrano, por su parte, manifiesta lo siguiente:

Las características fundamentales del modelo de competencia perfecta son:

- b) Hay muchos vendedores u oferentes y muchos compradores o demandantes. Cada uno de ellos representa una porción ínfima del mercado por lo cual sus decisiones no afectan las decisiones de los demás agentes. Ninguno tiene suficiente poder para que sus decisiones tengan un impacto en el precio.²⁹⁵

Inclusive el autor Hovenkamp, a pesar de tener visiones un poco más avanzadas sobre los fines del *Antitrust*, expresa que:

Speaking very generally, one would describe the market circumstances that facilitate price competition as several firms in the market, unrestricted entry, product homogeneity, good information held by both producers and consumers, and strong rules against price-fixing.²⁹⁶

²⁹⁴ Sullivan, E Thomas, Herbert Hovenkamp, y Howard A Shelanski. *Antitrust Law... op. cit.* p. 41

²⁹⁵ Martínez Medrano, Gabriel. *Control De Los Monopolios Y Defensa De La Competencia*. 1st ed. Buenos Aires: Depalma, 2002. p. 14

²⁹⁶ Hovenkamp, Herbert. *The Antitrust Enterprise. op. cit.* p. 14

Armentano, crítico de esta visión, también la describe en términos similares a sus defensores:

[P]ure and atomistic competition is said to exist in any market if all suppliers of commodities in the market are small relative to total market supply; the commodity produced and sold by the various suppliers is homogeneous in the minds of the consumers; and resources are mobile and no artificial restrictions exist with respect to entry, demand, supply, or price. In addition, a condition of perfect competition is said to exist if all relevant market information is correct and fully known to market participants.²⁹⁷

Los cuatro autores citados concuerdan en los puntos esenciales de la competencia basados en un modelo puramente competitivo. Lo principal es que deben existir varias firmas en mercado para que exista competencia. Los productos deben ser homogéneos para que cada firma sea competencia de las otras. Excesiva diferenciación de productos es contraria a este modelo. Además, la cuota de mercado de cada participante debe ser ínfima; de esta manera se evita que alguno tenga poder sobre los precios. Una empresa con grandes instalaciones y capaz de proveer a un amplio sector de la población es incompatible con este modelo. Por último, se debe anotar que éste supone que la información sobre el mercado –gustos y preferencias de los consumidores– es perfectamente conocida por todos los agentes económicos. Es claro, entonces, que si adoptásemos esta perspectiva, las economías de escala serían abusivas en cuanto entorpecen la competencia.

Pero este modelo es profundamente falaz desde el punto de vista de la ciencia económica. Es un modelo arcaico ya superado generalmente por economistas al que, sin embargo, amplios sectores de la doctrina jurídica han querido aferrarse. Mises describió ya cuáles son las características de la competencia:

[La competencia social es] the striving of individuals to attain the most favorable position in the system of social cooperation. As there will always be positions which men value more highly than others, people will strive for them and try to outdo rivals. Social competition is consequently present in every conceivable mode of social organization. If we want to think of a state of affair in which there is no social competition, we must construct the image of a socialistic system in which the chief in his endeavors to assign to everybody his place and task in society is not aided by any ambition on the part of his subjects.²⁹⁸

297 Armentano, Dominick. *Antitrust and Monopoly. op. cit.* p. 15

298 Mises, von, Ludwig. *Human Action. op cit.* p. 274

La competencia, como señala el autor, es un proceso dinámico y no estático. Los autores no gozan de cuotas fijas sino que están en constante pugnanza por alcanzar a un mayor sector de mercado. Es un proceso agresivo en el que cada actor económico busca superar a los demás en satisfacer las necesidades de los consumidores. Estos últimos, como es lógico, salen beneficiados de esta dinámica.

Esta visión de la competencia es la única que es compatible con la definición misma de la palabra. El término es definido como:

competencia¹. (Del lat. *competentia*; cf. *competir*).

1. f. Disputa o contienda entre dos o más personas sobre algo.
2. f. Oposición o rivalidad entre dos o más que aspiran a obtener la misma cosa.
3. f. Situación de empresas que rivalizan en un mercado ofreciendo o demandando un mismo producto o servicio.²⁹⁹

Sin embargo, existen autores que han llegado al punto de ignorar toda consideración por el verdadero significado del término. Lo han manoseado al punto de que, a través de él, expresan la idea opuesta. Un ejemplo es el siguiente pasaje:

By way of contrast, intense rivalry may exist between two automobile agencies or between two filling stations in the same city. One seller's actions influence the market of the other; consequently, pure competition does not exist in this case.³⁰⁰

El autor descarta de plano la existencia de competencia en un mercado de profunda rivalidad. Con estos precedentes, es de sumo valor lo que el profesor Reisman aporta al debate:

“Pure and perfect competition” is totally unlike anything one normally means by the term “competition.” Normally, one thinks of competition as denoting a rivalry among producers, in which each producer strives to match or exceed the performance of other producers. This is not what “pure and perfect competition” means. Indeed, the existence of rivalry, of competition as it is normally understood, is incompatible with “pure and perfect competition.”³⁰¹

El célebre economista Joseph Schumpeter acuñó el término “destrucción creativa” para describir mejor el proceso de la competencia. Rechazó toda aproximación al concepto como algo estático y señaló su profunda dinámica. Es a través de la

²⁹⁹ Real Academia de la Lengua Española, “competencia”, *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésimo Segunda Edición. URL:<http://lema.rae.es/drae/>. Acceso: Mar 4 2013.

³⁰⁰ Leftwich, Richard H, y Ross D Eckert. *The Price System and Resource Allocation*. 9(null) ed. Chicago: The Dryden Press, 1985. p. 41

³⁰¹ Reisman, George. *Capitalism. op. cit.* p. 425

“destrucción creativa” del empresario que aparecen nuevos productos, medios de producción, tipos de organización o fuentes de materias primas. Ello “commands a decisive cost or quality advantage and which strikes not at the margins of the profits and the outputs of the existing firms, but at their foundations and their lives.”³⁰²

Manifestó el autor sobre el modelo de competencia perfecta:

Perfect competition is not only impossible but inferior, and has no title of being set up as a model of ideal efficiency. It is hence a mistake to base the theory of government regulation of industry on the principle that big business should be made to work as the respective industry would work in perfect competition.³⁰³

Por otro lado Friedrich A. Hayek, premio Nobel de economía, hizo énfasis en la indisponibilidad de la información a todos los actores económicos. Sin este supuesto, alegaba, la competencia perfecta según los términos señalados es un imposible.

Manifestó lo siguiente al respecto:

[...] the economic calculus which we have developed to solve this logical problem [...] does not yet provide an answer to it. The reason for this is that the “data” from which the economic calculus starts are never for the whole society “given” to a single mind which could work out the implications, and can never be so given.³⁰⁴

Al ser esta información dispersa e imposible de aprehender por una sola mente, se destruyen los supuestos para el modelo puramente competitivo. Este asume que las firmas ya conocen las preferencias de los consumidores de forma completa. Es por ello que, ya sabiéndose lo que se busca, es deseable tener a varias firmas proveyéndolo. Sin embargo, el proceso es inverso. Es a través de la competencia que cada actor va adquiriendo información parcial que le permite cada vez satisfacer mejor a los consumidores. Lo que se presumía un hecho dado es en realidad una consecuencia del proceso competitivo.³⁰⁵

The problem is thus not solved if we can show that all the facts, if they were known to a single mind, would uniquely determine the solution; instead we must show

302 Schumpeter, Joseph A. *Capitalism, Socialism... op. cit.* p.84

303 *Íd.* p. 106

304 Hayek, Friedrich A. “The Use of Knowledge in Society.” *The American Economic Review* xxxv (1945): 1–13. p. 519

305 *Cf.*: Hayek, Friedrich A. “The Meaning of Competition.” *Individualism and Economic Order*. Chicago: Henry Regnery Company, 1974. p. 94. Citado en Armentano, Dominick. *Antitrust and Monopoly. op. cit.* p. 32

how a solution is produced by the interactions of people each of whom possesses only partial knowledge.³⁰⁶

Es claro entonces que el modelo puramente competitivo es falaz e irreal. Sus consecuencias lógicas son adversas al bienestar del consumidor, quien se beneficia de la dinámica. Lo realmente perverso en la defensa de este modelo es que si se implementa a la fuerza, tendría como consecuencia la mala asignación de recursos en la sociedad.³⁰⁷

Podemos terminar concluyendo, como Armentano, cuál es el verdadero fin de la competencia:

[...] the purpose of the market process is to discover the efficient service, the efficient product, the efficient business organization; competition –both rivalry and cooperation– has nothing to do with some arbitrary number of firms.³⁰⁸

D. Conclusiones sobre el análisis práctico de la regulación a las economías de escala

Concluimos este capítulo señalando que queda establecida la importancia del AED en el estudio del Derecho de la competencia. Sus conceptos y premisas son necesarios para poder estudiar las consecuencias de cada medida que toma la ley.

Por otro lado, hemos visto que las economías de escala no han sido ajenas al debate. Éste ha girado en torno a si se las debe considerar o no una barrera de entrada. La posición más fuerte en este sentido, hemos visto, ha sido la de la Escuela de Chicago, que ha argumentado que no la constituyen. Su argumento ha sido que el fin de la competencia es el bienestar del consumidor y que las economías de escala son una forma de eficiencia. Los postulados de sus detractores han sido ya contestados por la misma escuela o son desmentidos por el análisis económico.

Por último, hemos hecho un análisis económico donde hemos establecido cuatro aspectos fundamentales de las economías de escala. A saber, que ellas son causadas por las demandas de los consumidores y no por la mera voluntad de las empresas. Tienen una función importante en mercado y son una manifestación de la capacidad empresarial, que en última instancia determina el tamaño de las firmas. Su sanción

306 Hayek, Friedrich A. "The Use of Knowledge... *op. cit.* p. 530

307 *Cfr.* Armentano, Dominick. *Antitrust and Monopoly. op. cit.* p. 27

308 Armentano, Dominick. *Antitrust. op. cit.* p. 77

acarrea una mala asignación de recursos y los requisitos de capital que ellas importan son un importante componente de la economía, necesario para destinar recursos a sus usos más eficientes.

Al final de nuestro análisis hemos tratado el trasfondo del asunto. Hemos confrontado la visión que ha servido como fundamento a la crítica de las economías de escala –el modelo puramente competitivo–. Hemos visto que este no sólo es incoherente y tergiversa el concepto mismo de competencia, sino que también es imposible. Esclareciendo este asunto, podemos concluir que bajo cualquier perspectiva las economías de escala son una eficiencia que termina por beneficiar al consumidor y que no deben considerarse una barrera de entrada, pero aún un abuso de dominio.

IV. Conclusiones generales

Para terminar, es nuestra intención hacer un recuento de las diferentes conclusiones sacadas a lo largo del presente trabajo. Al final de ello, todas se estructurarán en su consecuencia lógica y dará paso a la verificación de la tesis que hemos propuesto.

En el Capítulo I nos propusimos demostrar cómo la LORCPM sanciona a las economías de escala. Para llegar a esa conclusión, en primer lugar, nos vimos obligados a definir el concepto en cuestión. Llegamos a determinar que ellos son aquellos modelos productivos que permiten alcanzar bajos costos medios –o costos marginales– con grandes volúmenes de producción. El alcance de estas economías se debe generalmente a la implementación de tecnologías superiores.

Luego establecimos los parámetros del abuso del poder de mercado. Esta es una de las categorías de prácticas sancionadas por el Derecho de competencia. El sujeto de la regulación es siempre uno calificado, a saber, el actor con posición dominante. Esta posición tiene por supuesto que el actor tiene una influencia decisiva sobre los precios y el nivel de producción. Si bien existen otras visiones, la mayoría de autores concuerda en que el poder restringir la oferta para aumentar excesivamente los precios trae una pérdida social neta y es lo que determina el poder de mercado. En este primer sentido, debemos agregar, el hecho de generar una economía de escala no es consistente, pues en ningún caso implica el gozar de este poder.

Para establecer la existencia de poder de mercado, la LORCPM nos ofrece directrices. El modelo que usa es uno estructural y no econométrico, en el que la autoridad debe analizar la composición y características de un mercado relevante determinado. Los criterios son: el número de competidores en mercado y su capacidad de influir en precios –elemento esencial de la calificación del sujeto–. También se debe verificar la existencia de barreras de entrada. En principio, las economías de escala no entrarían ni siquiera dentro de esta figura, pues ellas son barreras *estructurales* del mercado, propias de su naturaleza y no intencionales de los actores. La posición de dominio por sí sola, en todo caso, no es sancionada por la LORCPM.

El supuesto de conducta abusiva implica que un actor ya calificado como dominante hace uso justamente del poder que tiene –restringe oferta y aumenta precios–. Ello sí es sancionado en nuestra legislación. El ordenamiento castiga estos actos en cuanto proveen de una pérdida social neta a la población. En este sentido tampoco parecería estar enmarcado el hecho de implementar economías de escala, pues ella no da un poder de tal naturaleza, mas nuestro análisis no se agota ahí.

Sin embargo, la sanción existe. El Artículo 9, numeral 5 de la LORCPM es la que castiga este hecho al manifestar:

Art. 9 [§2] En particular, las conductas que constituyen abuso de poder de mercado son:
5.- La alteración injustificada de los niveles de producción, del mercado o del desarrollo técnico o tecnológico que afecten negativamente a los operadores económicos o a los consumidores.³⁰⁹

La interpretación literal del artículo es suficiente para aclarar el asunto. A diferencia de otras legislaciones, donde se utiliza el término *limitar*, nuestra ley optó por el de *alterar*. Este último es de naturaleza absolutamente diferente al anterior. Mientras el primero se refiere siempre a una reducción en los niveles de producción, el segundo amplía la sanción no sólo a quien la disminuye, sino también a quien la aumenta. Pero, además de esta aclaración, hemos mencionado sectores de la doctrina que estarían de acuerdo con una aplicación en este sentido, demostrando que no es una interpretación antojadiza del literal, sino mas bien la interpretación exacta y generalmente reconocida.

309 Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. *op. cit.* Artículo 9, numeral 5

Para finalizar el primer capítulo, estudiamos los ordenamientos extranjeros en este punto específico. Encontramos que en Estados Unidos, si bien en los inicios hubo una tendencia a regular las economías de escala, actualmente es impensable que se castigue ese tipo de eficiencia económica. En la Unión Europea, por su parte, no se sancionan estas economías en el TCE. Pero ellas han sido consideradas por los jueces como una barrera de entrada. Vimos también que países como México, Argentina, Perú y, más importante, España, no sancionan las economías de escala y en artículos similares usan el término *limitar* o uno de similar naturaleza.

En el Capítulo II, nos propusimos identificar los fines del Derecho de competencia en el Ecuador. Para ello, tomando en cuenta el cambio constitucional en nuestro país, es necesario conocer la diferencia entre principios y reglas. Los primeros son un mandato de optimización, de fines buscados. Las segundas son normas claras que importan una conducta y le dan una consecuencia. Ambos se deben aplicar en armonía, sin embargo, es generalmente aceptado que los principios tienen un mayor valor que las reglas y que cuando ellas los contravengan, se deben aplicar los primeros.

Luego, como requisito necesario para hacer una evaluación de la norma en cuestión, estudiamos los criterios de su valoración. El más importante para el caso es el de justicia. La justicia implica la sujeción de las normas a fines superiores. El ordenamiento constitucional, como señalamos, positiviza esos fines a manera de principios. Es por ello que el análisis se vuelve más simple, pues toda norma será injusta en tanto en cuanto no se sujete a los principios de la Constitución y la ley.

Para estudiar los principios fueron esenciales los estudios de la Constitución así como de la LORCPM. La primera contiene una declaración que manda al Estado a promover las economías de escala. Sólo con base en ella podríamos argumentar la inconstitucionalidad de la norma, sin embargo nuestro argumento no se detiene ahí. Otra cosa que se abstrae de la Carta Fundamental es que, en cuanto al régimen económico, prioriza como fin el bienestar del consumidor y el comercio justo. Estos fines también aplican al ordenamiento de competencia por mandato constitucional. La ley, por su parte, también declara como bien jurídico protegido el bienestar del consumidor, haciendo hincapié en el elemento de la eficiencia. De ello concluimos que el fin de

nuestro ordenamiento es el bienestar de la población, es decir del consumidor, a través de la eficiencia económica y el comercio justo. Este fin debe ser rector de todo el articulado de la LORCPM y todas sus disposiciones le deben guardar armonía.

Una vez hecho un análisis teleológico del ordenamiento, correspondía identificar si la norma en particular incentivaba u obstaculizaba sus propósitos. Para hacerlo, en el Capítulo III nos dispusimos a hacer un estudio práctico del hecho sancionado, las economías de escala. Para ello nos basamos ampliamente en la disciplina del AED. Su función es ayudarnos, mediante un estudio de costos y beneficios, a determinar qué ordenamiento social es el más adecuado para cada situación. En el caso del Derecho de competencia su imprescindibilidad salta a la vista. Por la naturaleza de esta rama, es necesario conocer los efectos de las medidas en mercado.

El debate sobre la regulación que deben tener las economías de escala ha sido amplio. Su punto fundamental es si se las debe catalogar como barrera de entrada o no. Decidimos, como preámbulo a un estudio económico, hacer estudio de esta discusión. Los estructuralistas, quienes predominaron en los orígenes del Derecho de la competencia, se inclinaban a castigar este tipo de economías. Sin embargo, con el apareamiento de la Escuela de Chicago, se empezaron a hacer estudios económicos más profundos sobre el tema. Su primera postura fue la de determinar a la eficiencia, que producía bienestar al consumidor, como el fin último del Derecho de la competencia. A partir de ellos, se llegó a la conclusión de que las eficiencias nunca se deben sancionar, sino buscar. Los requisitos de capital para nuevos entrantes que dichas eficiencias creaban no podrían ser considerados barreras, pues eran costos que los incumbentes, en su momento, tuvieron que afrontar.

A pesar de ello, la posición de Chicago ha levantado varias críticas. La primera de ellas es de quienes sostienen que hay otros fines del *Antitrust* a parte de la eficiencia. Esto porque, a pesar de ellas, una firma no debe alcanzar un tamaño tan grande que le permita obtener influencia política. Por otro lado, se resalta que las decisiones de las Cortes jamás han sacrificado eficiencia. Según ellos, las mayores innovaciones provienen de empresas medianas, que no tienen razón para temer sanciones. Alegan que, a pesar de todo, las economías de escala sí causan un monopolio natural, pues

desincentivan la entrada de nuevos competidores. Para ello, en un mercado nunca se debe alcanzar los mínimos precios, pues siempre debe haber un nicho para entrantes. Por último, agregan que los requisitos de capital son una barrera cuando se forman economías de integración vertical, obligando al entrante a ingresar en todos los niveles.

Es el siguiente análisis, puramente económico, el que nos permite zanjar el debate anterior. En primer lugar, determinamos que las causas del apareamiento de las economías de escala nunca es la intención unilateral del incumbente. Es, más bien, la demanda de bienes y servicios la que exige a los productores establecer producción a gran escala en un mercado donde éste es siempre servidor de los consumidores. Luego, las economías de escala tienen una función social determinante. Ellas reflejan la capacidad productiva de cada actor. Esto, junto con la demanda, son las variables que establecen el tamaño exacto de cada firma en mercado. Las barreras de entrada reales, cuando entran en juego, funcionan como una tercera variable independiente. La sanción de las economías de escala trae una pérdida social neta, pues ellas asignan mejores recursos. Por otra parte, ellas no constituyen amenaza a la libre competencia, pues no aseguran a quien las ostenta una posición perpetua en mercado. Por último, los requisitos de capital también cumplen una función importante. Ellos deben estar localizados en las industrias demandadas y deben contar con cierta seguridad para que haya una ganancia neta. Querer argumentar que este mecanismo del mercado obstaculiza la entrada es desconocer su naturaleza.

Este análisis nos provee con respuestas a todas las críticas hechas por los detractores de la Escuela de Chicago, estableciendo su posición como la económicamente correcta. Es así que llegamos a la tercera conclusión de este trabajo, a saber, que las economías de escala siempre promueven la eficiencia y nunca causan un “error” en el mercado. No pueden, por ello, catalogarse ni como barrera de entrada ni como abuso de dominio.

Terminado el estudio, recordemos la información que hasta ahora tenemos. En primer lugar, que la legislación ecuatoriana castiga las economías de escala en el artículo 9, numeral 5 de la LORCPM como abuso de posición dominante. El fin de la normativa de la competencia del Ecuador es el bienestar del consumidor a través de la

eficiencia y el comercio justo. Por último, que las economías de escala generan eficiencias que vienen a beneficiar al consumidor, proveyéndolo de mejor manera de los bienes y servicios que necesita. Llegado a estas tres conclusiones, el problema presentado en este trabajo se resuelve de la siguiente manera:

La sanción a las economías de escala que hace la LORCPM es injusta e inconsistente con su fin, el bienestar del consumidor, en cuanto ellas, en vez de obstruirlo, lo aumentan de forma considerable.

En este punto, hay otras conclusiones que se derivan de la anterior que son importantes de mencionar. En primer lugar, la autoridad reguladora de la competencia **no** tiene potestad para aplicar la norma en cuestión para sancionar economías de escala. Ello en cuanto se contraviene a los principios y mandatos constitucionales y legales que todo funcionario público está llamado a defender por sobre las reglas. En segundo lugar, es deber de la legislatura nacional **derogar** el numeral 5 del artículo 9 de la LORCPM en cuanto este es inconsistente con la Constitución y el ordenamiento nacional, pues es indiscutible que sanciona las economías de escala. Estas últimas deben, por mandato de la Ley Fundamental, ser incentivadas y no castigadas.

Hemos cumplido también, en el desarrollo de este trabajo, con el fin trascendental que queríamos alcanzar. La normativa de competencia, muchas veces lejos de lo que enuncia, perjudica al individuo libre que actúa en el mercado. El caso tratado es un claro ejemplo de ello. El mercado es un mejor autoregulador que cualquier funcionario público con conocimientos parciales. Las economías de escala no son más que el reflejo de lo alto a lo que el hombre de la mente puede llegar, venciendo la precariedad a la que la naturaleza lo condenó en sus orígenes, imponiendo la razón sobre la materia. El aporte de este trabajo puede ser trascendental para conservar el nivel de vida y superación que el capitalismo nos ha auspiciado en esta etapa de nuestra civilización.

Bibliografía

- Aguila-Real, Jesús Alfaro. “Delimitación De La Noción De Abuso De Una Posición De Dominio.” *El Abuso De La Posición De Dominio*. Ed. Santiago Martínez Lage & Juan Amadeo Petibó. Madrid: Marcial Pons, 2006.
- Alexy, Robert. *Derecho Y Razón Práctica*. México, D.F.: Fontamar, 2006.
- Armentano, Dominick. *Antitrust and Monopoly*. Oakland: The Independent Institute, 1999.
- Armentano, Dominick. *Antitrust*. Auburn: Ludwig von Mises Institute, 2007.
- Armentano, Dominick. “Barriers to Entry.” *Ludwig von Mises Institute*. 20 Sep 2000.
URL: <http://mises.org/daily/509/Barriers-to-Entry>. Acceso: 17 Jul 2012.
- Bain, Joseph. *Barriers to New Entry*. Cambridge: Harvard University Press, 1956.
- Baker, Johnathan B. “Challenges to the Chicago School Approach: Recent Developements in Economics That Challenge Chicago School Views.” *Antitrust Law Journal* 58 (1989).
- Baumol, William J, y Robert D Willing. “Fixed Costs, Sunk Costs, Entry Barriers, and Sustainability of Monopoly.” *Oxford Quaterly Journal of Economics* 96.3 (1981): 405–431.
- Bayón, Juan Carlos. “Principios Y Reglas: Legislación Y Jurisdicción en El Estado Constitucional.” *Teoría Y Práctica De La Justicia Constitucional*. Ed. Claudia Escobar García. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010.
- Betancur, Belisario. “Aproximaciones Al Derecho De La Competencia.” *Derecho De La Competencia*. Bogotá: El Navegante, 1998.

- Betegón, Jerónimo et al. *Lecciones De Teoría Del Derecho*. Madrid: McGraw-Hill, 1997.
- Bishop, Simon, y Mike Walker. *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurements*. 3rd ed. London: Sweet & Maxwell, 2010.
- Blake, Harlan M, y William K Jones. “In Defense of Antitrust.” *Columbia Law Review* 67 (1965).
- Bobbio, Norberto. *Teoría General Del Derecho*. Bogotá: Temis, 1997.
- Bork, Robert H. *The Antitrust Paradox*. New York: The Free Press, 1993.
- Breyer, Stephen G. “Antitrust, Deregulation, and the Newly Liberated Marketplace.” *California Law Review* 75.3 (1987): 1005–1047.
- Brodley, Joseph F. “Massive Industrial Size, Classical Economics, and the Search for Humanistic Value in Defense of Industrial Concentration.” *Stanford Law Review* 24.6 (1972): 1155–1178.
- Bullard Gonzales, Alfredo. *Derecho Y Economía*. 2nd ed. Lima: Palestra, 2009.
- Carrier, Michael A. “Antitrust After the Interception: of a Heroic Returner and Myriad Paths Antitrust Law by Richard A. Posner Review by: Michael a. Carrier.” *Stanford Law Review* 55.1 (2002): 287–301.
- Cevallos Vásquez, Víctor. *Libre Competencia, Derecho De Consumo Y Contratos*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2012.
- Coase, Ronald H. “El Problema Del Costo Social.” *Centro de Estudios Públicos de Chile*. 11 Ene 2012. URL: http://www.cepchile.cl/1_1363/doc/el_problema_del_costo_social.html Acceso: 11 Ene 2013.
- Coloma, Germán. *Defensa De La Competencia*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2003.

Comisión de las Comunidades Europeas, *Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*, Diario Oficial n° C 045 de 24 de febrero de 2009. p. 0007 - 0020

Corte Provincial de Pichincha, Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales. *Nueva Industria Farmacéutica Asociada S.A. (NIFA S.A.) contra Merck Sharp & Dohme (Inter American)*. Sentencia del 23 de septiembre de 2011.

Cortázar Mora, Javier. *Curso De Derecho De La Competencia (Antimonopolios)*. Bogotá: Temis, 2011.

Eastbrook, Frank H. "Predatory Strategies and Counterstrategies." *The University of Chicago Law Review* 48.2 (1981): 263–337.

Escobar García, Claudia. "El Rol De Las Reglas en La Era De Los Principios." *Teoría Y Práctica De La Justicia Constitucional*. Ed. Claudia Escobar García. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010.

Ferrajoli, Luigi. *Diritto E Ragione: Teoria Del Garantismo Penale*. Bari: Laterza, 1990.

Fortenberry, Joseph E. "The Antitrust Paradox: a Policy at War with Itself by Robert H. Bork Review by: Joseph E. Fortenberry." *Columbia Law Review* 78.6 (1978): 1347–1359.

Gellhorn, Ernets, y William E Kovacic. *Antitrust Law and Economics*. St. Paul: West Publishing Co., 1994.

- Greenspan, Alan. "Antitrust." *Capitalism, the Unknown Ideal*. Ed. Ayn Rand. New York, Signet, 1967
- Gutiérrez, Inmaculada, y Jorge Padilla. "Una Racionalización Económica Del Concepto De Posición Dominante." *El Abuso De La Posición De Dominio*. Ed. Santiago Martínez Lage & Juan Amadeo Petibó. madrid: Marcial Pons, 2006.
- Gwartney, James D, y Richard L Stroup. *Economics: Public and Private Choice*. Orlando: The Dryden Press, 1997.
- Hart, H L A. "Derecho Naturales: Bentham Y J. S. Mill." Ed. Juan Ramón de Páramo. *Anuario de derechos humano* 3 (1980).
- Hayek, Friedrich A. "The Meaning of Competition." *Individualism and Economic Order*. Chicago: Henry Regnery Company, 1974.
- Hayek, Friedrich A. "The Use of Knowledge in Society." *The American Economic Review* xxxv (1945): 1–13.
- Hoehn, Tom. *Post Grade Diploma/Masters in Economics for Competition Law 2011/2012*. Washington D.C.: Gerogetown University, 2011.
- Hovenkamp, Herbert. *Economics and Federal Antitrust Law*. 1985.
- Hovenkamp, Herbert. *The Antitrust Enterprise*. Cambridge: Harvard University Press, 2005.
- Jones, Alison, y Brenda Sufrin. *EU Competition Law: Text, Cases and Materials*. 4(null) ed. New York: Oxford University Press, 2011.
- Kelsen, Hans. *Teoría General De Las Normas*. Mexico, D.F.: Trillas, 1994.
- Korah, Valentine. *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*. 6(null) ed. Hart Publishing, 1997.

- Krugman, Paul, Robin Wells, y Martha L Olney. *Introducción a La Economía*. Barcelona: Reverté, 2011.
- Lang, John Temple. “Some Aspects of Abuse of Dominant Positions in European Community Antitrust Law.” *Fordham International Law Journal* 3.1 (1979): 1–52.
- Leftwich, Richard H, y Ross D Eckert. *The Price System and Resource Allocation*. 9(null) ed. Chicago: The Dryden Press, 1985.
- Liebeler, Wesley J. “The Antitrust Paradox: a Policy at War with Itself by Robert H. Bork Review by: Wesley J. Liebeler.” *California Law Review* 66.6 (1978): 1317–1342.
- Mankiw, N Gregory. *Principios De Economía*. Madrid: McGraw-Hill, 1998.
- Marín Sevilla, Marcelo et al. *Régimen De Competencia: Toda La Regulación De Competencia, Con Comentarios a Las Principales Normas*. Ed. Juan Carlos Riofrío Martine-Villalba & Marcelo Marín Sevilla. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2012.
- Martínez Medrano, Gabriel. *Control De Los Monopolios Y Defensa De La Competencia*. 1st ed. Buenos Aires: Depalma, 2002.
- McConnell, Campbell R. *Economics: Principles, Problems and Policies*. New York: McGraw-Hill, 1978.
- Mensch, Elizabeth, y Alan Freeman. “Efficiency and Image: Advertising as an Antitrust Issue.” *Duke Law Journal* 1990.2 (1990): 321–373.
- Mises, von, Ludwig. *Human Action*. Auburn: Ludwig von Mises Institute, 2006.
- Monti, Giorgio. *EC Competition Law*. New York: Cambridge University Press, 2008.

- Motta, Massimo. *Competition Policy: Theory and Practice*. New York: Cambridge University Press, 2004.
- OCDE. *Glosario De Economía Industrial Y Derecho De La Competencia*. Madrid: Mundi-Prensa, 1995.
- Olano García, Hernán Alejandro. *Hermenéutica Constitucional*. Bogotá: Ibañez, 2009.
- Ortiz Blanco, Luis et al. *Manual De Derecho De La Competencia*. Madrid: Tecnos, 2008.
- Pascual y Vicente, Julio. “Economías De Escala.” *Diccionario De Derecho Y Economía De La Competencia en España Y Europa*. Madrid: Civitas, 2002.
- Posner, Richard. *Antitrust Law*. Chicago: The University of Chicago Press, 2001.
- Posner, Richard. “Natural Monopoly and Its Regulation.” *Stanford Law Review* 21.3 (1969): 548–643.
- Real Academia de la Lengua Española, “alterar”, *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésimo Segunda Edición. URL:<http://lema.rae.es/drae/>. Acceso: 5 de febrero de 2013.
- Real Academia de la Lengua Española, “limitar”, *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésimo Segunda Edición. URL:<http://lema.rae.es/drae/>. Acceso: 5 de febrero de 2013.
- Real Academia de la Lengua Española, “competencia”, *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésimo Segunda Edición. URL:<http://lema.rae.es/drae/>. Acceso: 4 de abril de 2013.
- Reisman, George. *Capitalism*. Ottawa: Jameson Books, 1998.

- Rothbard, Murray N. *Man, Economy and State*. Auburn: Ludwig von Mises Institute, 2004.
- Saldarriaga Lopera, Gustavo. “Instrumentos De Análisis Económico Para El Estudio De La Competencia.” *Derecho De La Competencia*. Bogotá: El Navegante, 1998.
- Scherer, F et al. *The Economics of Multy Plant Operation*. 1975.
- Schumpeter, Joseph A. *Capitalism, Socialism and Democracy*. New York: Harper and Row, 1962.
- Shelanski, Howard A, y J Gregory Sidak. “Antitrust Divestiture in Network Industries.” *The University of Chicago Law Review* 68.1 (2001): 1–100.
- Stigler, George J. *The Organization of Industry*. Chicago: The University of Chicago Press, 1983.
- Sullivan, E Thomas, y Jeffrey L Harrison. *Understanding Antitrust and Its Economic Implications*. New York: Matthew Bender, 1994.
- Sullivan, E Thomas, Herbert Hovenkamp, y Howard A Shelanski. *Antitrust Law, Policy and Procedure: Cases, Materials, Problems*. 6(null) ed. New Jersey: LexisNexis, 2009.
- Sullivan, Lawrence A. “The Viability of the Current Law on Horizontal Restraints.” *California Law Review* 75.3 (1987): 835–891.
- Sullivan, Lawrence Anthony. *Antitrust*. Eagan: West Publishing Co., 1977.
- Supreme Court of the United States, UNITED STATES, Appellant, v. GRINNELL CORPORATION et al. GRINNELL CORPORATION, Appellant, v. UNITED STATES. AMERICAN DISTRICT TELEGRAPH CO., Appellant, v. UNITED STATES. HOLMES ELECTRIC PROTECTIVE CO., Appellant, v. UNITED

STATES. AUTOMATIC FIRE ALARM CO., Appellant, v. UNITED STATES, 86 S.Ct. 1698, Sentencia de 13 de junio de 1966.

Supreme Court of the United States, UNITED STATES v. GRIFFITH et al., 68 S.Ct. 941, Sentencia de 3 de mayo de 1948.

Supreme Court of the United States, UNITED STATES STEEL CORPORATION et al., Petitioners, v. FORTNER ENTERPRISES, INC., 97 S.Ct. 861, Sentencia de 22 de febrero de 1977.

Tribunal de Justicia Europeo, British Airways plc contra Comisión de las Comunidades Europeas, Asunto -95/04 P, Sentencia de 15 de marzo de 2007.

Tribunal de Justicia Europeo, Atlantic Container Line AB y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas, Asunto T-395/94, Sentencia de 28 de febrero de 2002.

Tribunal de Justicia Europeo, Europemballage Corporation y Continental Can Company Inc. contra Comisión de las Comunidades Europeas, Asunto 6/72, Sentencia de 6 de marzo de 1974.

Tribunal de Justicia Europeo, Hoffmann-La Roche & Co. AG contra Comisión de las Comunidades Europeas, Asunto 85/76, Sentencia de 13 de febrero de 1979.

Tribunal de Justicia Europeo, NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin contra Comisión de las Comunidades Europeas, Asunto 322/81, Sentencia de 9 de noviembre de 1983.

Tribunal de Justicia Europeo, United Brands Company and United Brands Continentaal BV contra Comisión de las Comunidades Europeas, Asunto 27/76, Sentencia de 14 de febrero de 1978.

United States Circuit Court of Appeals, Second Circuit, UNITED STATES v. ALUMINUM CO. OF AMERICA et al., 148 F.2d 416, Sentencia de 12 de marzo de 1945.

United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, DIAL A CAR, INC., Appellant, v. TRANSPORTATION, INC. and Barwood, Inc., Appellees, 82 F.3d 484, Sentencia de 30 de abril de 1996.

United States District Court, Southern District of New York, UNITED STATES v. ALUMINUM CO. OF AMERICA et al., 44 F.Supp. 97, Sentencia de 30 de septiembre de 1941.

Velandia, Mauricio. *Derecho De La Competencia Y Del Consumo*. 1st ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.

Velilla, Marco. “Una Aproximación Al Concepto De Abuso De Posición Dominante.” *Derecho De Competencia*. Bogotá: El Navegante, 1998.

Weizsacker, von, C C. “A Welfare Analysis of Barriers to Entry.” *The Bell Journal of Economics* 11.2 (1980): 399–420.

Williamson, Oliver E. “The Antitrust Paradox: a Policy at War with Itself by Robert H. Bork Review by: Oliver E. Williamson.” *The University of Chicago Law Review* 46.2 (1979): 526–531.

Witker, Jorge. *Derecho De La Competencia en América*. Santiago: Fondo de Cultura Económica, 2000.

Ybar Abad, Mario. “¿De Qué Hablamos Cuando Hablamos De Competencia?.” *Libre Competencia Y Retail: Análisis Crítico*. Ed. Paulo Mont Rettig & Nicole Nehme Zalaquett. Santiago de Chile: Abeledo Perrot, 2010.

Plexo normativo

Comunidad Andina de Naciones, Decisión 608.

Comunidad Andina de Naciones, Decisión 616.

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20-oct-2008.

Decreto Ejecutivo 1614. 14 de marzo de 2009. Derogado por la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado.

Ley de Defensa de la Competencia (Argentina), 25.156. Boletín Oficial de la República Argentina, Septiembre 16 de 1999.

Ley de Defensa de la Competencia (España). 15/2007. Boletín Oficial del Estado núm. 159 de 4 de julio de 2007.

Ley Federal de Competencia (México). Diario Oficial de la Federación, el 24 de diciembre de 1992.

Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Registro Oficial Suplemento 555 de 13-oct-2011.

Mercosur, Protocolo de defensa de la competencia (1996).

Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Registro Oficial 697 de 07-may-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).

UNCTAD, Ley tipo de defensa de la competencia (2000).