

Reglas de ilegalidad per se y de la restricción razonable en el derecho de la competencia ecuatoriana. Reflexiones para la aplicación de la Ley de Regulación y Control de Poder de Mercado

Oscar Ghersi Rassi*

Flavio Arosemena-Burbano**

Resumen: *En el artículo se examina la evolución de las nociones de la regla de la restricción razonable y la regla de la ilegalidad per se en el derecho de la competencia. Se repasa esa evolución en el derecho de los EE. UU. y en el derecho de la Unión Europea. Se pasa revista a las diversas doctrinas que sobre los objetivos del derecho de la competencia se han producido en la literatura especializada y se ofrece una interpretación del ordenamiento ecuatoriano para identificar el objetivo que la Ley de Regulación y Control de Poder de Mercado ecuatoriana que los autores identifican con la búsqueda de la eficiencia económica bajo el andamiaje de ideas de la escuela de pensamiento económico Post-Chicago. A la luz del objetivo identificado, se hace un repaso de las ventajas que ofrece la clasificación de una práctica como per se ilegal.*

Palabras Clave: *Derecho de la Competencia, Derecho de la Competencia Ecuatoriano, Regla per se, Regla de la razón, propósitos de la legislación de competencia, Ley de Regulación y Control de Poder de Mercado.*

Abstract: *The piece examines the development of the per se and rule of reason rules in competition law both in the United States and in the European Union law. A look over the diverse doctrines found in specialized literature that aim to explain the goals of competition law is performed. At the same time, the authors provide an interpretation of the Ecuadorian legal system seeking to identify the proper goal of the Ecuadorian Law on Regulation and Control of Market Power, which the authors identify with economic efficiency, under the ideas of Post-Chicago economic thought. In light of such goal, the article provides a review of the advantages the per se characterization of certain practices.*

Key words: *Competition Law, Ecuadorian Competition Law, Per Se Rule, Rule of Reason, Competition Law Goals, Law on the Regulation and Control of Market Power.*

* Obtuvo su título de abogado de la Universidad Central de Venezuela en el año 2000 y el título de Magistri Legibus (LL.M.) de la Universidad de Columbia, NY, en el año 2003. Ha sido profesor en la Escuela de Derecho de la Universidad Metropolitana, Universidad Católica Andrés Bello y U.C.V. Actualmente candidato a Doctor en Derecho de la Universidad Central de Venezuela.

** Licenciado en Ciencias Sociales y Políticas y “Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador” de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil (UCSG) con distinción Magna Cum Laude, y de “Legis Magister (LL.M.) - Master en Derecho”, de la Universidad de Georgetown en Washington D.C. (EE.UU.), en Estudios Jurídicos Internacionales, con concentración en Derecho de Propiedad Intelectual y Negocios. Adicionalmente obtuvo los títulos de “Diplomado Superior en Propiedad Intelectual” y “Especialista en Propiedad Industrial e Intelectual” del Sistema de Posgrado de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil (UCSG), con la tesis “La Acción de Nulidad Marcaria en la Comunidad Andina.”

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

1. *El problema de la caracterización de conductas ilegales per se y la aplicación de la regla de la razón en el EE.UU. y en la Unión Europea.* 2. *Objetivos de las Leyes de Competencia y el problema de la caracterización: eficiencia, competidores y consumidores.* 3. *Los objetivos de la ley orgánica de regulación y control del poder de mercado.* 4. *Naturaleza de las normas prohibitivas contenidas en la Ley.*

II. SENTIDO DE LA DICOTOMÍA: VENTAJAS DE LA CONDENA PER SE

1. *Evitar favorecer excesivamente a las grandes firmas.* 2. *La discriminación de hecho en contra de los denunciantes y litigantes pequeños.* 3. *Ayuda a los tribunales en la decisión de casos para los cuales están en situación precaria para inquirir sobre la materia: Economía en dos sentidos.* 4. *Las alternativas implicarían un régimen de control contrario a la libre competencia para el cual no están capacitados ni la Superintendencia de Control de Poder de Mercado ni los tribunales.* 5. *Claridad y certeza en las relaciones comerciales para los competidores y para los consumidores.*

BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

El desarrollo doctrinal y jurisprudencial del derecho de la competencia o antimonopolio en los diversos países que han adoptado legislación para proteger la libre competencia, suele experimentar una evolución que presenta paralelismos interesantes. Uno de los paralelismos más interesantes se relaciona con los *estándares de evaluación* de las diversas conductas prohibidas por la legislación de que se trate (prohibiciones, por cierto, en donde se da, también, un importante paralelismo). Los estándares de evaluación son, *grosso modo*, dos, a saber: la llamada regla de la razón (o de la restricción razonable), y la llamada regla *per se* (o de ilegalidad *per se*).

En el presente artículo queremos ofrecer una introducción a estas categorías de análisis del derecho de la competencia, para su empleo en el Ecuador en vista de la relativamente reciente legislación en la materia, tomando como referencia principal la experiencia del Derecho de la Competencia Europeo y americano, con algunas menciones al derecho venezolano sobre la materia.

Ya han transcurrido unos seis años desde la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM)¹, pero puede decirse que es aun una práctica incipiente en ese país. Si bien la Superintendencia de Poder de Mercado ha emitido un número no insignificante de resoluciones, no hay aun una masa de doctrina administrativa lo suficientemente amplia y diversa.

El estado de desarrollo del derecho de la competencia ecuatoriano está aun en su infancia, razón por la cual creemos que estas reflexiones son pertinentes.

El Derecho de la Competencia altera de manera dramática el panorama de las conductas que los actores económicos deben y no deben llevar a cabo en sus estrategias de negocio. El objetivo principal de todas las legislaciones de competencia es contribuir a la generación de una economía más competitiva. Las economías que carecen de legislación sobre libre competencia, suelen padecer problemas crónicos de concentración de las industrias, generando de esa manera un ambiente fértil para el nacimiento de precios supracompetitivos.

¹ Publicada en el Registro Oficial Suplemento 555, de fecha 13 de octubre de 2011.

En otras palabras, debemos tener presente que antes de la entrada en vigencia de las leyes sobre libre competencia, los actores económicos coexisten en un ambiente que genera los incentivos para la fijación concertada de precios y para la concentración de los mercados.

Ese es el ambiente pre legislación de competencia en el cual se mueven los actores económicos. Por lo tanto, la entrada en vigencia de una ley de competencia altera los fundamentos del juego económico de una manera que puede ser devastadora para aquellos que no sepan adaptarse a la nueva realidad normativa. Puesto que se trata de un cambio de paradigma fundamental, la legislación de competencia debe procurar el mayor nivel de certidumbre posible en los actores económicos existentes y los potenciales. Puesto que el ser humano tiende de forma natural a evitar el riesgo, una legislación de competencia confusa e imprecisa puede causar un congelamiento en el proceso competitivo, tanto o más pernicioso que el ambiente anterior al de su entrada en vigencia.

En ese sentido, el legislador debe hacer un trabajo muy cuidadoso de redactar prohibiciones que generen el menor grado de confusión posible. Consideramos que el legislador ecuatoriano ha hecho de manera general un buen trabajo en ese sentido. Es más, cabría objetar a la LORCPM el pecar en alguna medida de ser exageradamente detallista o reglamentaria. Sin embargo, los problemas de interpretación y aplicación del derecho son inevitables incluso con normativas prolijas y que han sido el resultado de un esfuerzo *bona fide* por buscar la certidumbre.

En toda aplicación del Derecho se generan interrogantes relativas a la correcta inteligencia de una determinada norma o precepto, incluso en aquellos supuestos en los que la norma está redactada con la mayor claridad. El problema interpretativo es usualmente mayor cuando se trata de la legislación de competencia en donde el derecho debe pedir ayuda a la ciencia económica para el análisis de las prácticas anticompetitivas.

Este fenómeno tiene lugar por razones perfectamente comprensibles y no debe generar alarma el hecho de que se susciten dudas sobre los límites que impone una determinada prohibición.² No obstante ello, la tarea de la doctrina y de los aplicadores del derecho de la competencia es enfocar buena parte de sus esfuerzos en disminuir en la mayor medida las fuentes de incertidumbre.

El nacimiento de las nociones “regla de la razón” y “regla *per se*” está vinculado a esa búsqueda de la certidumbre en la aplicación de la legislación de competencia. La intención en la creación de estas categorías es construir un andamiaje de análisis aplicable a cada tipo de prohibición contenida en la legislación de competencia. En términos muy llanos la regla de la razón nos pide que evaluemos todos los efectos económicos de una determinada práctica económica antes de concluir si la misma es ilegal o no. En contraste, la regla *per se* nos invita a condenar definitivamente una clase entera de prácticas por considerar que su naturaleza es contraria a los principios básicos de la legislación de competencia.

² Como indican Posner y Ehrlich incluso los estándares regulatorios más claros generan problemas de superinclusividad (cuando permiten interpretaciones que abarquen más casos de los teóricamente perseguidos por la norma) y de subinclusividad (cuando permiten interpretaciones que abarquen menos casos de los teóricamente queridos por la norma). Isaac Ehrlich & Richard Posner “An Economic Analysis of Legal Rulemaking”, *J. Legal Stud.* Vol. 3, p. 257. Citado por Ernest Gellhorn & William Kovacic, *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*, West Academic Publishing, 1994, p. 167.

A lo largo de este artículo, intentaremos exponer cómo fue el nacimiento de estos estándares de evaluación, en qué consiste cada uno, y por qué resulta ineludible que funcionarios, jueces y abogados ecuatorianos se enfrenten al mismo problema ya enfrentado en otras latitudes, y por lo tanto se formen una idea lo suficientemente clara de qué tipo de prácticas deben ser evaluadas bajo una y otra regla.

1. *El problema de la caracterización de conductas ilegales per se y la aplicación de la regla de la razón en el EE.UU. y en la Unión Europea*

Ponemos nuestros ojos en la experiencia norteamericana y europea con efectos ilustrativos. La idea de que ciertas conductas violan la ley antimonopolios por su solo acaecimiento, sin necesidad de mostrar sus efectos en el mercado, es decir, la idea de que son ilegales *per se*, fue creada por las decisiones judiciales de los tribunales de los EE.UU y parte de una interpretación literal de la sección I de la Ley Sherman. Aun cuando la primera ley antimonopolios de la historia fue la canadiense,³ el primer desarrollo jurisprudencial y doctrinario sobre el tema tuvo lugar en EE.UU. La definición nació como un típico problema interpretativo por la preocupación surgida de la aplicación inflexible de la Ley Sherman. La redacción de ese estatuto sugiere una prohibición bastante amplia que excluiría la posibilidad de alegar razones en favor de una conducta en principio condenada, basadas en sus efectos procompetitivos. En efecto, la sección I de ese estatuto establece que “todo contrato, combinación en la forma de un *trust* o de otro tipo, o conspiración que restrinja el comercio” (*in restraint of trade*) es “declarado ilegal”.

El lenguaje empleado, como puede verse, indica en principio una declaración de ilegalidad estricta para *todos* los contratos y combinaciones que restrinjan el comercio, no solo de aquellos que generen restricciones inaceptables. De hecho, la sección ni siquiera hace referencia a la necesidad de efectos anticompetitivos. Esta interpretación tan severa fue la que acogió la jurisprudencia estadounidense en un primer momento. En *United States v. Trans-Missouri Freight Association*, de 1897, la Corte Suprema de ese país sostuvo que a diferencia del Derecho Común (*Common Law*), la Ley Sherman condenaba *todos* los contratos que restringiesen el comercio, y no sólo aquellos que lo hicieran *razonablemente*.

Esta doctrina tan estricta de *Trans-Missouri*, fue sin embargo abandonada paulatinamente por la jurisprudencia, hasta llegar al estándar actual aplicado tanto por la administración como por las cortes, según el cual tan sólo algunas conductas son ilegales *per se*, en tanto que el resto debe ser evaluada bajo un estándar distinto.

En la decisión *United States v. Joint Traffic Association*, la Corte Suprema de ese país admitió que contratos o arreglos con el objetivo de alcanzar negocios legítimos de un individuo o sociedad, sin que tengan por objeto restringir el comercio, y que no lo restrinjan directamente, no eran ilegales bajo la Ley Sherman, aun cuando pudiesen afectar el comercio de manera indirecta. En el mismo año, en *United States v. Addiston Pipe & Steel Co.* de 1898, la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito, admitió una pequeña excepción a la rígida doctrina de la decisión *Trans-Missouri* permitiendo restricciones al comercio en contratos accesorios y necesarios para el objetivo del contrato principal. La jurisprudencia de estas decisiones creaba un área gris de indefiniciones que impedían determinar con suficiente certidumbre

³ Sin embargo, no debe asumirse que esta legislación marcó el nacimiento del “derecho” antimonopolios, como se ha traducido tradicionalmente la voz inglesa “*antitrust*”, pues el derecho común inglés, heredado por las colonias británicas de América, condenaba en general los monopolios y las prácticas comerciales desleales. *Vid.* William L. Letwin, “The English Common Law Concerning Monopolies”, *U.Chi.L.Rev.*, Vol. 21, p. 355.

cuáles objetivos eran legítimos y cuales no, mediante argumentos que, en el fondo, si se les analiza en detalle, resultar ser argumentos circulares que poco o nada aclaran sobre la cobertura de la Ley Sherman. Sin embargo, en varias de estas decisiones (algunas de ellas dictadas por una corte dividida) puede apreciarse una preocupación por la rigidez de la interpretación y por la existencia de ciertas justificaciones basadas en eficiencias.

Poco a poco, la Corte Suprema fue diferenciando entre aquellas restricciones al comercio que debían ser condenadas sólo cuando la restricción fuese poco razonable y aquellas que merecían una condena inmediata. Así, lo que fue al principio un voto salvado en las anteriores decisiones, se convirtió en la opinión de la mayoría en la decisión *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, según la cual, la “regla de la razón” debía ser el criterio evaluador general de las conductas sospechosas de ser anticompetitivas, aún cuando contiene afirmaciones que permiten suponer que hay ciertas actividades cuyos efectos anticompetitivos pueden presumirse, afirmación ésta que contribuyó al nacimiento de dudas en torno al estándar de evaluación aplicable a ciertas actividades tales como la fijación concertada de precios entre competidores. Esta afirmación produjo un halo de incertidumbre en torno al verdadero alcance de la decisión.

Mas tarde, la regla de la razón fue apuntalada en la decisión de 1918, *Chicago Board of Trade v. United States*, en la que se estableció que la práctica concertada por la bolsa de comercio de Chicago, según la cual los oferentes de granos debían mantener el precio de la oferta desde el cierre de la rueda hasta la apertura de la jornada siguiente (en el fondo, una fijación de precios), debía ser evaluada bajo la regla de la razón.

Lo cierto es que el destino de la regla *per se* fue objeto de vaivenes en la jurisprudencia posterior, especialmente en torno al tema álgido de la fijación de precios. El desarrollo de la microeconomía (en especial de la denominada “teoría del precio”) no hubo de permear por mucho tiempo en los tribunales y cortes, que fueron incapaces de diferenciar, por algún tiempo, entre las fijaciones de precio concertadas de forma horizontal entre competidores, y las fijaciones verticales, entre productores y distribuidores. Así, por ejemplo, en la decisión *Trenton Potteries* (1927), la Corte Suprema volvió a la regla *per se* para evaluar esquemas de fijación de precios, bajo el argumento de que todo contrato o acuerdo para fijar precios, elimina de plano toda competencia efectiva y es por lo tanto condenable sin mayor discusión. La decisión *Appalachian Coals* (1933), dictada en medio de la gran depresión, por el contrario, habló de un “estándar esencial de razonabilidad” para no condenar un cartel formado por varios productores de carbón, sobre la base de que el cartel no controlaba el mercado ni era capaz de afectarlo significativamente.

De nuevo la regla *per se* renació en 1940 con la decisión *Socony-Vacuum Oil Co.* que condenó con el empleo de ese rígido estándar, una política entre varias refinerías de gasolina, de comprar el “exceso” de gasolina ofrecida por los vendedores al detal, con el objeto de restringir la oferta de combustible, lo cual generaba efectos inmediatos en el precio del producto al consumidor final. De esta forma, el arreglo funcionaba efectivamente como un acuerdo de fijación de precios que la Corte condenó como ilegal *per se*, incluso si no existe prueba de que el arreglo es capaz de afectar el mercado.

Esta situación se mantuvo más o menos inalterada hasta los años ‘70 en que una nueva ola de litigios en torno a la fijación de precios llegó hasta la Corte Suprema. Paulatinamente, el derecho *Antitrust* ha visto la reducción de la aplicación de la regla *per se* y el nacimiento de nuevos estándares, intermedios entre la ilegalidad *per se* y la regla de la restricción razonable. De modo que la regla *per se* esta hoy día reservada para aquellas actividades que se presentan como restricciones crudas (*naked*) a la competencia, tales como la fijación concer-

tada de precios o de condiciones de comercialización, la manipulación del mercado para generar efectos en los precios, las disminuciones artificiales de oferta y la repartición de mercados entre competidores.

Pero quizá el aprendizaje más importante aportado por un siglo de decisiones judiciales, es que la dicotomía entre la regla *per se* y la regla de la razón, no suponen dos polos que agotan la totalidad de actividades reguladas por la Ley Sherman. Antes bien, ha prevalecido recientemente la idea de que la regla *per se* y la regla de la razón representan los dos extremos de un continuo entre las cuales hay un número de actividades que deben ser evaluadas con mayor o menor rigor, dependiendo de factores como la experiencia de casos previos, el desarrollo de la teoría económica, el equilibrio entre las partes en litigio y otros. Así ha nacido lo que ha dado en llamarse la regla de la razón truncada o vista rápida (“*quick look*”) de algunas actividades que si bien no ameritan ser condenadas de plano como *per se* ilegales tampoco se hacen merecedoras de un estudio pormenorizado de todas las posibles virtudes procompetitivas (lo que la doctrina llama una *full blown rule of reason*) que tiende inevitablemente a favorecer al litigante que pueda costear más y mejores medios probatorios y los mejores expertos (ordinariamente, la empresa acusada). De modo que la regla *per se* no ha desaparecido del todo, pero el principio general bajo el cual se evalúan la mayoría de las actividades sospechosas es la regla de la razón.

No queremos concluir este comprimido repaso histórico de la evolución de las reglas comentadas en el derecho estadounidense, sin hacer mención a un punto que rescataremos más adelante y que con frecuencia es dejado de lado por los comentaristas. Nos referimos a que la historia de la regla *per se* y regla de la razón es una historia de derecho procesal y no de derecho sustantivo. Es decir, que estas son categorías que se han desarrollado al cobijo de la estructura y particularidades del proceso judicial estadounidense, en donde los jueces de ordinario deben celebrar audiencias preliminares para tomar decisiones sobre la admisibilidad de las demandas y, una vez admitida, si la controversia debe ir a juicio o no.

Ahora bien, los juicios son largos y costosos y, al menos en los casos antimonopolio, la parte con mayores medios económicos tendrá la capacidad de llevar a cabo la actividad probatoria de mayor alcance y profundidad. Cuando se trata de evaluar los efectos económicos de una práctica, las partes harán lo imposible por producir la mayor cantidad de evidencia a favor de su posición. Los abogados del Estado, como es usual, tendrán restricciones económicas importantes, al menos comparados con grandes corporaciones.

Es por ello que estos abogados procuran evitar que un caso pase a juicio en los casos de competencia, pues en la batalla probatoria es probable que la gran corporación sea capaz de sepultar la evidencia presentada por el gobierno. Una de las maneras que tienen los abogados del Estado para evitar un juicio es el recurso del juicio sumario (*summary judgment*). Este es un procedimiento comprimido o abreviado, en donde se le presentan al juez las contenciones principales con una producción probatoria también abreviada. La regla *per se* es una regla nacida en gran medida para la fase de juicio sumario, esto es, una regla creada para evitar ir a juicio.

Como hemos dicho, este es un asunto normalmente obviado en las exposiciones típicas sobre el desarrollo de las reglas *per se* y de la razón en el derecho estadounidense, pero es un dato de la mayor importancia porque muy pocos países poseen un sistema procesal similar. Ecuador ha adoptado un sistema de política antimonopolios de corte claramente administrativo, siguiendo en esto a la tendencia regional. Es decir, se ha creado a una superintendencia especial dedicada a los temas de competencia, de modo que el proceso legal aplicado es total y absolutamente distinto al empleado por las cortes americanas. Volveremos sobre esto más adelante. Antes, queremos hacer una exposición sobre el desarrollo en el derecho de la Unión Europea.

En la Unión Europea existe una situación similar, aunque el lenguaje empleado sea distinto y el paralelismo deba hacerse con ciertos matices. Por ejemplo, el artículo 81,1⁴ del Tratado de la CEE condena los acuerdos que tengan “por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del Mercado Común”. El lenguaje de la norma ya prefigura la dicotomía entre las nociones de prohibiciones de acción y de resultado; entre las prohibiciones de acuerdos cuyo “objeto” es restringir la libre competencia y aquellos cuyos “efectos” la restrinjan.

Resulta clara la analogía con las prohibiciones *per se* y la regla de la razón, y algunos comentaristas han hecho explícito el paralelismo⁵ aunque, ciertamente, con las matizaciones que deben hacerse debido a que los objetivos que persiguen las normas sobre libre competencia en un ordenamiento supranacional que intenta crear y consolidar un mercado común son en cierta medida distintos de los objetivos de las normas antitrust en un mercado común ya creado.

La primera ocasión en que el Tribunal de las Comunidades Europeas tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre este asunto fue el caso *Technique Minière*⁶. En este caso, el Tribunal estimó que un contrato de distribución exclusiva debía ser evaluado de acuerdo con la “regla de la restricción razonable” según la cual el acuerdo debía evaluarse dentro del contexto económico, tomando en cuenta no solo las restricciones al comercio que el acuerdo impone sino también los beneficios procompetitivos que ofrece, haciendo énfasis en situación existente en el mercado antes del nacimiento del acuerdo en cuestión.

En un sentido opuesto, la Sentencia *Consten y Grundig* estableció una regla de evaluación similar a la regla *per se* del derecho estadounidense. En esta oportunidad, el Tribunal condenó los contratos de exclusividad que otorgan derechos exclusivos de representación y venta dentro del territorio francés, con la particularidad de que, en este caso, la empresa manufacturera se obligaba a garantizar que no permitirían las importaciones paralelas hechas en acuerdo con sus distribuidores fuera de Francia. Así, se otorgaba una total exención de competencia dentro del territorio de uno de los países de la unión.

El contrato fue condenado por el tribunal como contrario al artículo 85,1, pues, en su criterio, el mismo tenía por objeto restringir la competencia dentro del mercado común, negándose a considerar las posibles virtudes procompetitivas de un acuerdo como este.⁷ En este caso, el Tribunal interpretó el artículo 85,1, enfatizando la distinción entre los acuerdos que tienen “por objeto” y aquellos que tienen “por efecto” una restricción de la libre competencia, estimando que en el primero de los casos, toda consideración de los efectos que el acuerdo pueda tener sobre el mercado resulta irrelevante, pues las palabras de la ley son claras.

⁴ Antiguo artículo 85.

⁵ Christopher Bellamy & Graham Child, *Derecho de la Competencia en el Mercado Común*, (Edición española de Enric Picanol), CIVITAS, 1992, p. 97.

⁶ Asunto 56/65 *Technique Minière v. Maschinenbau Ulm* [1966] Rep. 235.

⁷ En especial, el argumento de que los acuerdos de exclusividad de este estilo si bien disminuyen la competencia entre los distribuidores de una misma marca de productos (competencia *intra-brand*), aumentan sin embargo la capacidad de los distribuidores de competir con distribuidores de productos competidores (competencia *inter-brand*). Sobre la aplicabilidad de la regla de la razón a acuerdos verticales de este estilo volveremos más adelante.

Si el acuerdo tiene por objeto la restricción de la libre competencia, pues entonces es innecesario evaluar si el mismo produjo o no produjo efectos perniciosos.⁸

2. *Objetivos de las Leyes de Competencia y el problema de la caracterización: eficiencia, competidores y consumidores*

La determinación de los objetivos de la legislación de competencia es un paso necesario para hacer un desarrollo inteligible sobre la regla de la restricción razonable y de la regla *per se*.

Los objetivos de las leyes sobre libre competencia pueden agruparse, *grosso modo*, en tres tendencias o modelos analíticos que van desde (i) la búsqueda de la eficiencia como criterio fundamental, (ii) la búsqueda de la equidad o igualdad entre competidores, procurando la existencia de mercados atomizados, y (iii) el ataque a los monopolios, oligopolios o grandes empresas.⁹ El primero de los objetivos se guía por criterios económicos y por lo tanto, más afín al empleo de la regla de la razón, en tanto que el segundo está signado por el empleo de criterios no económicos.¹⁰ El tercero de los criterios, está fundamentado, igual que el primero, en un criterio económico (en la teoría del costo social del monopolio), mas no necesariamente en la preocupación por los mercados eficientes.

Una interpretación de las leyes sobre competencia que ponga su acento en la asignación eficiente de recursos puede ver con buenos ojos ciertas prácticas comerciales que podrían ser vistas como injustas por otros intérpretes. Esta interpretación se traduce en el desarrollo de ciertos principios como por ejemplo aquel según el cual la legislación antimonopólica no protege a los competidores sino a la competencia. De modo que el hecho de que un competidor esté en peor situación después de una determinada práctica no es necesariamente indicativo de que esa práctica sea ilegal, si el mercado, desde una perspectiva global, está mejor. De hecho, que los competidores sufran daños como consecuencia de las actividades de un competidor puede ser evidencia de que existe una competencia efectiva entre ellos.

Asimismo, actividades que producen un “daño” al consumidor en términos de precios elevados pueden producir beneficios sociales superiores en términos de reducción de costos y aumento de la innovación. Por ejemplo, en ocasiones firmas competidoras se integran parcialmente en *joint-ventures* que generan una mejor conjugación de tecnologías. Esta integración permite, por lo tanto, reducir costos en investigación y desarrollo y a la vez, ofrecer un producto que de otro modo no se habría producido. Esta reducción de costos permite la reconducción de los recursos generados por la reducción en otras actividades. El producto de ese *joint-venture* puede ser ofrecido al público a un precio elevado, probablemente inaccesible para muchos, pero sería un error suponer que ese dato constituye evidencia de una práctica anticompetitiva o ineficiente. Si el beneficio social generado por la reducción de costos es

⁸ Como puede apreciarse superficialmente, que un acuerdo tenga por “objeto” restringir la libre competencia está muy lejos de responder satisfactoriamente la pregunta de si es o no pertinente evaluar los efectos sobre la libre competencia, pues en un sentido lato, todos los acuerdos comerciales tienen por objeto restringir la libre competencia en cierto grado, lo cual no supone necesariamente que los mismos sean “anticompetitivos”. Sobre esto se volverá mas adelante.

⁹ Ana Julia Jatar, “Política de competencia y legislación antimonopólica”, *Revista de la Fundación Procuraduría General de la República*, N° 9, 1994, p. 369.

¹⁰ Algunos autores hablan de criterios “políticos”, en oposición a criterios estrictamente económicos. *Vid.* Robert Pitofsky, “The Political Content of Antitrust”, *U. Penn.L.R.*, Vol. 127, p. 1051-1075. Esta distinción nos parece injustificada toda vez que el empleo de criterios económicos puede estar respaldado en una decisión política. Como creemos evidente, el empleo de la eficiencia económica como criterio también defiende importantes intereses políticos.

superior al costo social representado por los nuevos precios, entonces el beneficio total de la sociedad es superior después de la práctica. De igual manera, si el producto generado por el *joint-venture* es único, haciendo del *joint-venture* un agente económico con poder de mercado, habrá obtenido ese poder de mercado por méritos encarnados en la producción de un bien hasta entonces inexistente. La ampliación de la oferta de bienes y servicios debe ser vista como un beneficio y no como un costo a la sociedad.

La llamada Escuela de Chicago es conocida, precisamente, por argumentar en favor del criterio de la eficiencia económica como criterio ordenador de las leyes Antitrust en los E.U.A. y el desarrollo teórico de esta escuela ha influido notablemente la política y legislaciones sobre libre competencia en otras latitudes.¹¹ La política de competencia, en este sentido, debe concentrarse en el costo social generado por la ineficiencia en los procesos económicos. No obstante, la escuela de Chicago ha sido criticada, como veremos, por abogar por un análisis demasiado benigno de los mercados y de su capacidad para autocorregirse. Así, para la Escuela de Chicago, incluso el monopolio produce un costo social únicamente transitorio pues invita a nuevos competidores a entrar en el mercado atraídos por los precios supra-competitivos. El mercado, y no una intervención gubernamental, por lo tanto, es el que debe corregir sus deficiencias.

Sin embargo, una fuerte tendencia se inclina en el sentido opuesto, enfatizando que la eficiencia económica no es el único de los valores perseguidos por las leyes antimonopolios toda vez que estas persiguen también importantes valores políticos no directamente económicos.¹² Así, se argumenta que la lucha contra los monopolios busca también evitar el crecimiento excesivo de las firmas, no tanto por la pérdida social que las firmas monopólicas producen sino sobre todo por el valor intrínseco que supone la descentralización de las decisiones económicas en muchas manos antes que en pocas. En este sentido, la atomización de los mercados hace de ellos espacios más democráticos en donde el crecimiento excesivo de algunas firmas atenta contra la igualdad entre los competidores.¹³ Siguiendo a Posner, llamaremos a esta tendencia la escuela o concepción populista del derecho de la competencia.¹⁴

Esta aproximación a las leyes de competencia está entre las más criticadas pues una defensa de la existencia de pequeñas y medianas empresas que prescindiera de todo análisis económico termina generando efectos más nocivos a los que se pretendía evitar. Impedir el crecimiento de uno de los participantes en un determinado mercado no supone un beneficio inmediato ni a corto o mediano plazo para los consumidores ni para el mercado en general.

¹¹ Influencia representada particularmente por el conocido libro de Robert Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, Free Press, 1993; En Venezuela, Ana Julia Jatar, la primer Superintendente de Procompetencia se inclinaba en esta dirección. *Vid. Política de competencia...*, *supra* nota 8, p. 370.

¹² Claro está que la eficiencia económica también puede ser descrita como un valor político. Sin embargo, suele identificarse como un valor típicamente económico. Igualmente, la equidad como valor, que controlaría el tamaño relativo de las firmas, puede también ser descrito como un valor económico. La distinción entre valores políticos y económicos, como ya he mencionado, puede generar confusión pues no se trata de términos necesariamente antagónicos.

¹³ Robert Pitofsky, "The Political Content of Antitrust", *supra* nota. 9.

¹⁴ Richard Posner, *Antitrust Law*, The University of Chicago Press, Second Edition, 2001, p. 26.

Antes bien, la medida es sencillamente una protección a favor de las pequeñas y medianas firmas que elimina todo incentivo a la reducción de costos y ofrecer productos a precios competitivos, toda vez que el resultado de una estrategia de ese tipo será objetada por las autoridades en caso de ser exitosa.¹⁵

Una tercera tendencia está representada por la llamada escuela post-Chicago, compuesta por numerosos economistas que sin abandonar el criterio económico como único relevante para el análisis de las prácticas bajo la legislación Antitrust, lo hacen con un sentido crítico que expande las posibilidades de acción de los gobiernos en la aplicación de sus políticas de competencia, teniendo a la eficiencia como criterio central. La escuela post-Chicago es sumamente crítica de algunas de las conclusiones generalizadas de la escuela de Chicago, pues considera que la protección de la eficiencia no debe traducirse en un programa de políticas en las que únicamente las prácticas más claramente anticompetitivas (como la fijación concertada de precios) son ilegales.¹⁶

Así, la escuela post-Chicago ha demostrado, con métodos exclusivamente económicos, que muchas prácticas que la escuela de Chicago consideraba inocuas, en realidad generan una pérdida social importante, similar a la que generan los precios supracompetitivos de un monopolio, y atentan contra la eficiencia. Además, sus estudios indican que es improbable que el mercado sea capaz de corregir por sí mismo estas fallas.

Esta comprimida y muy general exposición sobre los objetivos de las normas sobre libre competencia, procura sencillamente ilustrar un aspecto importante para el objeto de la presente investigación, esto es, que la orientación del intérprete puede tener una influencia especialmente determinante a la hora de caracterizar una determinada conducta como *per se* ilegal o no. Esto se debe a que normalmente las leyes sobre competencia no son explícitas sobre si persiguen uno o varios de los objetivos señalados. Por lo tanto, los intérpretes de cada ley normalmente tienen entre manos instrumentos muy poco claros.

3. *Los objetivos de la ley orgánica de regulación y control del poder de mercado*

¿Cuáles son los objetivos perseguidos por la LORCPM? El artículo 1 de la ley no nos arroja muchas luces sobre el tema. Su redacción indica que persigue varios objetivos, entre ellos "...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." ¿Son estas expresiones de una misma preocupación y objetivo o es la enumeración de objetivos distintos e incompatibles?

Posteriormente, el artículo 4 enumera como lineamientos para la aplicación de la ley los siguientes:

1. El reconocimiento del ser humano como sujeto y fin del sistema económico.
2. La defensa del interés general de la sociedad, que prevalece sobre el interés particular.

¹⁵ Richard Posner, *Idem*, p. 26; Massimo Motta, *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004, p. 22-3.

¹⁶ Steven C. Salop & David T. Scheffman, "Raising Rivals Costs", *The American Economic Review*, Vol. 73, N° 2, (May, 1983), pp. 267-271; Steven C. Salop, "Exclusionary Vertical Restraints Law: Has Economics Mattered?", *The American Economic Review*, Vol. 83, N° 2, (May, 1993), pp. 168-172.

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

¿Son estos objetivos y lineamientos compatibles entre sí o son simplemente diversas formas de expresar el mismo objetivo? Es un asunto que merece un esfuerzo interpretativo pues la respuesta no parece evidente. Adelantaremos, que, en nuestro criterio, por las razones que siguen, estos objetivos y lineamientos sí son compatibles entre sí y que responden a un objetivo general de procurar la eficiencia en los mercados de modo de corregir el funcionamiento de los mismos.

Como principio interpretativo medular, hay que partir de la premisa que resulta poco razonable atribuir al legislador la intención de querer, con esta ley, perseguir objetivos que son incompatibles entre sí. En otras palabras, que asumir un legislador coherente o racional, que, si bien no es infalible, por lo menos se ha pensado las cosas con un mínimo de diligencia. Igualmente, en el supuesto de enfrentarnos a un problema interpretativo que la intención del legislador no pueda resolver, es un recurso legítimo *atribuir* esa coherencia o racionalidad al texto.

En este sentido, recordemos que, como hemos mencionado, las grandes tendencias en el Derecho de la Competencia se identifican por proponer como preocupación central de esa legislación una serie de valores que son incompatibles entre cada una de las tendencias. Es decir, la Escuela de Chicago defiende una interpretación bajo la égida de la eficiencia económica en un sentido bastante conservador en el sentido de desconfiar en la intervención gubernamental para resolver los fallos del mercado y confiar excesivamente en la capacidad de los mercados para autocomponerse; por su parte, la llamada visión populista, se preocupa por la defensa de la atomización de los mercados (es decir, la defensa de la pequeña unidad económica) sin importarle si esa atomización beneficia en realidad a los consumidores; una tercera tendencia, que hemos llamado la Escuela Post-Chicago, no aboga por ninguna de las dos sino por una preocupación del costo social de ciertas prácticas económicas bajo una concepción de la eficiencia no ya en el sentido de Pareto sino bajo la concepción del beneficio del consumidor.

En nuestro criterio, la LORCPM se identifica con la tercera de las tendencias, esto es, con el llamado movimiento Post escuela de Chicago, que sin abandonar la eficiencia como objetivo central de la legislación de competencia, amplía los márgenes de aplicación de los criterios de eficiencia, especialmente la llamada eficiencia locativa, criterio éste que, en su aplicación generalizada, permite la protección de la economía en general, evitando el costo social de ciertas prácticas que, sin ser análogas a los monopolios o a la cartelización, producen efectos económicos similares en tanto que generan un costo social igualmente sensible.

Esta afirmación necesita ser sustanciada. A primera vista, pareciera que hay en la ley una serie de objetivos identificados con la visión populista del derecho de la competencia (la preocupación por el comercio justo, el establecimiento de un sistema económico social solidario, la defensa del interés general por encima del particular, el fomento de la desconcentración económica, etc.). Sin embargo, un examen más cercano, en nuestro criterio (y sin querer agotar este tema en este artículo, pues se trata de un asunto que ameritaría un estudio pormenorizado independiente), exige una conclusión distinta: la preocupación central de la ley es la eficiencia económica como medio para la obtención de un ambiente económico sano que se refleje en un mayor bienestar social y, por lo tanto, en un ambiente de comercio más justo. La eficiencia, en este caso, es un término que procura disminuir al mínimo la pérdida o costo social asociado a los monopolios y actividades anticompetitivas. Es decir, la ley intenta corregir los fallos en el mercado que generan esa ineficiencia.

Esta afirmación se ancla tanto en disposiciones de la propia ley como en disposiciones constitucionales. Por ejemplo, de acuerdo con el artículo 304, numeral 6 de la Constitución del Ecuador, la política comercial debe evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas *por considerar que afectan el funcionamiento de los mercados*. El concepto del mal funcionamiento de los mercados, o de los mercados que falla, es análogo al concepto de mercados en donde se produce la pérdida social asociada a las actividades monopólicas. Es decir, los monopolios y prácticas análogas son considerados fallos del mercado.¹⁷

De manera similar la prohibición general contenida en el encabezado del artículo 11, indica que “Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, y en general todos los actos o conductas realizados por dos o más operadores económicos, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general.”

Nótese el énfasis en que el objeto o efecto sea impedir restringir, falsear o distorsionar la competencia o afectar negativamente la eficiencia económica o el bienestar general. Exactamente el mismo lenguaje se emplea en relación con la prohibición del abuso de poder de mercado tipificado en el artículo 9.

El lector puede preguntarse que papel juegan las palabras “bienestar general” y si constituyen un estándar distinto al de la libre competencia y eficiencia económica. La respuesta no es simple porque evidentemente que el bienestar general es un concepto que admite varias interpretaciones. Nos parece, sin embargo, que la interpretación más razonable, del concepto de “bienestar general” está asociado a la idea de evitar en la mayor medida posible el costo social de las prácticas económicas anticompetitivas. Así, bienestar general es el efecto que se

¹⁷ Junto con las externalidades y la información imperfecta o asimétrica. *Vid.* Fischer, Dornbusch, Schmalensee, *Economía*, Mc Graw Hill, 2^{da} Ed. p. 295.

consigue cuando una economía es competitiva, en términos del bienestar del consumidor. De modo que no hay tensión entre el bienestar general y una economía competitiva y eficiente. Muy al contrario, una economía eficiente produce bienestar general.

Pues bien, teniendo a la eficiencia económica como el objetivo central de la LOCRPM, se prefiguran una serie de consecuencias normativas en lo relativo al estándar analítico que debe aplicarse en la evaluación de cada una de las prácticas prohibidas, esto es, en torno a la aplicación de la regla *per se* y la regla de la razón.

4. *Naturaleza de las normas prohibitivas contenidas en la Ley*

La historia de los últimos veinte años del desarrollo de la microeconomía y su aplicación al análisis económico del derecho, en particular en materia de libre competencia, enseñan que la ilegalidad *per se* no es característica inmutable de determinadas conductas. Varias conductas que eran consideradas ilegales *per se* hace veinte o treinta años han sido reclasificadas y evaluadas bajo la regla de la razón. Ese es el caso, por ejemplo, de la fijación vertical de precios máximos, inicialmente evaluada bajo las mismas reglas aplicables a la fijación horizontal de precios. Las críticas provenientes de las escuelas de economía demostraron la debilidad de los argumentos que apoyaban la condena *per se* de la fijación vertical de precios máximos, y en general, de las llamadas restricciones verticales.¹⁸

Tal como expusimos en la primera parte de este artículo, la misma noción de la regla *per se* y su aplicabilidad a los acuerdos entre competidores ha sufrido una importante modificación a lo largo de la historia.

Esta experiencia nos indica que hay un elemento de inestabilidad intrínseco al Derecho de la Competencia y que es el producto del desarrollo de la teoría económica y sobre todo de la llamada economía aplicada, la cual va poco a poco permeando el análisis jurídico y modificando la percepción que jueces y agencias de competencia tienen sobre cuán pernicioso puede ser una práctica económica o, mejor dicho, cual es la aproximación que debe dársele a determinadas prácticas.

Sería un error, por lo tanto, enfrentarse a las prohibiciones contenidas en la legislación de competencia como categorías pétreas que no admiten interpretación o evolución. El error fundamental, en nuestro criterio, estaría en considerar que las llamadas regla *per se* y de la razón son categorías de derecho sustantivo (es decir, categorías que crean una obligación o un estándar de conducta dirigida a las personas en general), en lugar de categorías de derecho procesal (es decir, categorías que establecen los mecanismos a través de los cuales se analizan las conductas de las personas). Si, por ejemplo, una conducta determinada de la LOCRPM debe ser analizada bajo la regla *per se*, esto supondrá que no existen justificaciones admisibles en el procedimiento que se puedan alegar a favor de una determinada práctica. Así, si consideramos que los acuerdos horizontales son *per se* ilegales, estamos diciendo que no son admisibles las pruebas o demostraciones de supuestos efectos procompetitivos que tal práctica pudiera tener. El derecho se resiste, en estos casos, a analizar a fondo una práctica cuyos efectos anticompetitivos conoce muy bien y que por lo tanto considera inoficioso analizar con profundidad.

En cambio, si consideramos que la práctica en cuestión debe ser analizada bajo la regla de la razón, entonces estamos diciendo que el acusado de la práctica podrá al menos intentar una demostración de que la práctica posee virtudes procompetitivas que, en balance, la hacen más beneficiosa que pernicioso.

¹⁸ Frank Easterbrook, "The Limits of Antitrust", Texas L.R. Vol. 63 (1984), p. 10.

En este sentido, si consideramos que la categoría de “*per se* ilegal” o “sometida a la regla de la restricción razonable” son asuntos que pertenecen a la sustancia de las prohibiciones, entonces tenemos que concluir que existe una gran paradoja en manos de quienes están llamados a aplicar las leyes de competencia, en virtud de la inescapable migración que históricamente han experimentado varias prácticas que, habiendo sido consideradas *per se* ilegales, en algún momento se mudaron a la columna de las prácticas analizadas bajo la regla de la razón.

El Derecho de la Competencia ecuatoriano tiene la oportunidad de evitar ese bochorno, y en nuestro criterio, debe hacerlo, no abandonando las categorías de lo que es *per se* ilegal y de lo que se evalúa bajo la regla de la razón, sino teniendo meridianamente claro que estas son categorías de derecho procesal y no de derecho sustantivo. Que algo sea *per se* ilegal no supone que la práctica en sí misma siempre y en cualquier caso es perniciosa, lo que significa es que, procesalmente hablando, resulta ocioso y peligroso permitir que personas acusadas de un determinado tipo de prácticas (las que constituyen el corazón de lo que se considera *per se* ilegal) pueda permitírseles producir pruebas a favor de los efectos procompetitivos de esas prácticas.

Su utilidad consiste en evitar el costo de investigaciones y litigios cuando las consecuencias anticompetitivas de una determinada práctica son bien conocidas. La finalidad de la noción es, fundamentalmente, evitar procesos cuyos resultados son previsibles. La idea no es, por el contrario, condenar para siempre una determinada conducta pues el desarrollo de los estudios económicos puede revelar virtudes procompetitivas de una práctica catalogada como *per se* en un momento, que obligue a jueces reclasificarla sobre la base de los nuevos avances teóricos.

Como hemos visto, la economía competitiva es el objetivo central de la ley y, por lo tanto, las prohibiciones que contiene sólo tienen sentido en la medida en que condenan prácticas que representan un riesgo para una economía competitiva. En otras palabras, las prácticas prohibidas por la ley son infracciones que resultan peligrosas en la medida en que producen o son capaces de producir un resultado anticompetitivo. En este sentido, estas prohibiciones se asemejan a lo que en derecho penal es conocido como los “delitos de resultado” por oposición a los “delitos de acción o formales”.

Esto es evidente, por ejemplo, de la redacción del artículo 9:

“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.”

Lo mismo puede decirse del artículo 11, que es del siguiente tenor:

“Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, y en general todos los actos o conductas realizados por dos o más operadores económicos, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general.”

Lo que intentamos poner de relieve en este apartado es que la categoría de prohibición *per se* es una categoría que posee un valor instrumental para identificar un conjunto de prácticas que resultan evidentemente anticompetitivas. La regla *per se* como una herramienta procesal que sirve como tamiz o filtro, y le permite al funcionario encargado de la aplicación de la ley, evitar la inversión de tiempo y recursos en la investigación de una conducta que será anticompetitiva en todos los casos salvo en una porción insignificante de los mismos.

La regla *per se* es una regla de razonabilidad de la decisión del funcionario. Si existen fundamentos de peso hartos conocidos para concluir prima facie que, por ejemplo, una fijación concertada de precios constituye una “restricción desnuda” de la competencia, resulta evidentemente irracional someter a las partes y a los funcionarios a discutir sobre los posibles méritos de una práctica fácilmente identificable como anticompetitiva.

De esto no se deduce que los efectos de las conductas *per se* sean irrelevantes ni que su condena no esté asociada a esos efectos. Antes, al contrario, la conducta es condenada *por sus efectos*, pero los riesgos anticompetitivos de esas prácticas son tan conocidos y evidentes que una investigación para determinar si en realidad son capaces de producir tales efectos anticompetitivos resulta irracional. La regla *per se* es, por lo tanto, una regla de economía procesal. La regla de la razón es aplicable cuando tiene sentido abrir una investigación sobre las virtudes procompetitivas de una conducta.

Existe una serie de razones particulares que son el resultado de la más pura economía procesal que la regla *per se* favorece. Son, entre otras posibles, las siguientes.

II. SENTIDO DE LA DICOTOMÍA: VENTAJAS DE LA CONDENA *PER SE*

Hay numerosas razones por las cuales las prohibiciones *per se* son beneficiosas para una aplicación efectiva de las normas sobre competencia. En esta sección expondré algunas razones que respaldan la consagración de este tipo de prohibiciones en el Derecho de la Competencia, sin ánimo ninguno de ser exhaustivo, pero con la intención de identificar las razones más importantes en respaldo de esta tesis.

1. Evitar favorecer excesivamente a las grandes firmas

Un decir común entre abogados dedicados al derecho antitrust en los EE.UU. sugiere que la aplicación de la regla de la razón implica una decisión a favor del recurrente. Este aforismo se suele designar de la siguiente forma: RR=RD donde RR significa *Rule of Reason* (regla de la razón) y RD significa *ruling for the defendant* (decisión a favor del demandado). En ese país, el demandante será normalmente un ente público (el Departamento de Justicia, la Federal Trade Comisión, algún Estado de la Unión) y el demandado será normalmente una gran empresa. Lo natural, por lo tanto, es que la capacidad para producir complicadas pruebas de mediciones econométricas y opiniones de economistas connotados este más del lado del demandado que del demandante. Los entes públicos siempre poseen presupuestos reducidos y limitados y por lo tanto su capacidad de producir complicadas pruebas es normalmente inferior a la de las grandes firmas.

Además, si una determinada conducta califica como *per se* ilegal, esto seguramente supone que la misma permite a quien la práctica obtener beneficios supra competitivos. Por lo tanto, durante la investigación administrativa como durante el juicio, la empresa investigada está beneficiándose de la práctica y de sus retornos económicos.

Este razonamiento es todavía más elocuente en el caso *ecuatoriano*, pues resulta evidente que la Superintendencia de Control de Poder de Mercado posee limitaciones presupuestarias mucho mayores que las que puedan tener las agencias de competencia europeas o estadounidenses.

2. La discriminación de hecho en contra de los denunciantes y litigantes pequeños

En estrecha relación con lo anterior, la regla *per se* simplifica la condena de determinadas prácticas en beneficio de los denunciantes que son consumidores de la firma denunciada y de los competidores con menor capacidad. Su aplicación, por lo tanto, minimiza la discrimi-

minación de hecho que resulta de la superior capacidad para producir evidencias a favor de una determinada conducta en manos de las grandes empresas. El competidor pequeño (no digamos el consumidor) puede no tener capacidad alguna para hacerse de estudios económicos que desvirtúen los que con seguridad producirán los abogados que representen a las grandes firmas. La regla *per se*, por lo tanto, permite evitar esa desafortunada circunstancia de hecho, en el estudio de al menos un puñado de prácticas, las cuales son, por lo demás, las candidatas a constituir riesgos más graves para la libre competencia.

En el resto de los casos, evaluados bajo la regla de la razón, si bien no deja de existir una desigualdad entre consumidores-competidores pequeños por un lado y grandes firmas por el otro, cabe esperar que la Superintendencia para el Control del Poder de Mercado posea la capacidad de minimizar esa diferencia, concentrándose en perseguir aquellas conductas que, no obstante, deben ser estudiadas bajo la regla de la razón, considere que realmente merecen una investigación exhaustiva. La regla *per se* permite la concentración de recursos en aquellos casos en que una actividad probatoria intensiva tiene sentido, minimizando la discriminación de hecho.

3. *Ayuda a los tribunales en la decisión de casos para los cuales están en situación precaria para inquirir sobre la materia: Economía en dos sentidos*

Normalmente la capacidad de los tribunales para descubrir si una determinada práctica es pro o anti competitiva es bastante limitada. Los jueces (en esto los jueces ecuatorianos no son una excepción) no están entrenados en materia económica y carecen de expertos económicos a su servicio. Su tarea, sin embargo, es revisar judicialmente las decisiones de la Administración, la cual cuenta con economistas experimentados sobre la materia, sobre la base de argumentos presentados por un recurrente que con toda seguridad producirá en juicio todos los argumentos económicos que la teoría económica haya generado.

La condena *per se* de categorías enteras de prácticas permite a los jueces establecer economías en dos sentidos. Por una parte, existe una economía estrictamente procesal, pues los juicios pueden ser decididos más rápidamente, minimizando la inversión privada de los litigantes y terceros interesados, así como del Estado en la persecución e investigación de una práctica económica. Por la otra, existe una economía social, pues si bien es posible que algunos casos de prácticas condenadas como *per se* ilegales puedan arrojar beneficios procompetitivos, esos beneficios son compensados por el beneficio de condenar la categoría entera. El costo de evaluar casuísticamente cada práctica es mayor al costo de condenar la categoría en general. Además, la Superintendencia para el Control de Mercado tiene la potestad de otorgar autorizaciones individuales y excepciones globales, minimizando las injusticias que una condena por categoría puede generar.

4. *Las alternativas implicarían un régimen de control contrario a la libre competencia para el cual no están capacitados ni la Superintendencia de Control de Poder de Mercado ni los tribunales*

Si no se condenaran una serie de prácticas como ilegales *per se*, se crearía un ambiente económico en el cual los agentes del mercado tendrían incentivos para llevar a cabo prácticas anticompetitivas que, en su conjunto, sobrepasarían con creces la capacidad de la Superintendencia del Poder de Mercado y de los tribunales para procesarlas. La condena *per se* por categorías tiene el efecto de desincentivar a los agentes económicos a llevarlas a cabo, pues las probabilidades de persecución se elevan, en la misma proporción en que los costos asociados a la persecución, en términos de tiempo y recursos, disminuyen. Mientras más sencillo sea para la Superintendencia de Control de Mercado perseguir una determinada práctica y que su decisión sea confirmada en vía judicial, menos incentivos para llevarla a cabo tienen los agentes económicos.

5. *Claridad y certeza en las relaciones comerciales para los competidores y para los consumidores*

Por último, la clasificación como *per se* ilegal, saca del juego económico a una serie de prácticas determinadas. Una definición clara de cuales sean permite trazar una línea que los actores económicos puedan conocer y establecer sus estrategias comerciales. Obviamente, lo que queda del otro lado de la línea no es necesariamente el reino de lo *legal per se*, sino el reino de la regla de la razón. Sin embargo, la categoría *per se* permite al menos excluir del todo una serie de conductas y obliga a los agentes económicos a moverse en el mundo de la restricción razonable, teniendo como guía el los precedentes administrativos y la práctica judicial. Ciertamente esto último no es precisamente el mejor de los mundos, pues la práctica administrativa y la jurisprudencia pueden llegar a ser muy confusas, pero también existen mecanismos para buscar certeza en este ámbito.

BIBLIOGRAFÍA

Bellamy, Cristopher & Child, Graham, *Derecho de la Competencia en el Mercado Común*, (Edición española de Enric Picanol), CIVITAS, 1992.

Bork, Robert, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, Free Press, 1993.

Easterbrook, Frank, "The Limits of Antitrust", Texas L.R. Vol. 63 (1984), p. 10

Ehrlich, Isaac & Posner, Richard, "An Economic Analysis of Legal Rulemaking", *J. Legal Stud.* Vol. 3.

Fischer, Dornbusch, Schmalensee, *Economía*, Mc Graw Hill, 2^{da} Ed. p. 295.

Gellhorn, Ernest & Kovacic, William, *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*, West Academic Publishing, 1994.

Jatar, Ana Julia, "Política de competencia y legislación antimonopólica", *Revista de la Fundación Procuraduría General de la República*, N° 9, 1994.

Letwin, William L., "The English Common Law Concerning Monopolies", *U. Chi. L.Rev.*, Vol. 21.

Motta, Massimo, *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004.

Pitofsky, Robert, "The Political Content of Antitrust", *U. Penn.L.R.*, Vol. 127.

Posner, Richard, *Antitrust Law*, The University of Chicago Press, Second Edition, 2001.

Salop, Steven C. & Scheffman, David T., "Raising Rivals' Costs", *The American Economic Review*, Vol. 73, N° 2, (May, 1983)

Salop, Steven C., "Exclusionary Vertical Restraints Law: Has Economics Mattered?", *The American Economic Review*, Vol. 83, N° 2, (May, 1993).