

De objeto a efecto y de razón a *per se* La decisión RECAPT y el estándar de prueba para sancionar carteles en Ecuador



Por: Mario Navarrete Serrano

El 19 de octubre de 2017¹, la Corte Nacional de Justicia de Ecuador conoció y decidió el primer caso de Derecho de Competencia que llega a esta instancia². La decisión es radical y sus efectos tendrán profundos impactos en el trabajo del regulador ecuatoriano: la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. La Corte decidió que en Ecuador no existe una sanción *per se* para acuerdos restrictivos de la competencia cubiertos por el Art. 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado – LORCPM (el equivalente al artículo 101(1) del TFUE), y que la Superintendencia debe probar los efectos perniciosos en todos los casos, incluso en aquellos donde el objetivo de la restricción es claramente anticompetitivo.

Esta decisión es excepcional si consideramos el desarrollo, aceptación y utilidad de la distinción *per se* y regla de la razón bajo el *Sherman Act*, o la diferencia de restricciones por su objeto y por su efecto anticompetitivas del Derecho de competencia comunitario europeo (y de todos los que lo usan de inspiración). Pero es todavía más extraña si tomamos en cuenta que la legislación de competencia ecuatoriana es prácticamente idéntica a la española: no existe ninguna mención a regla de la razón y *per se*, sino la distinción europea entre objeto y efecto.

En este artículo analizaremos el origen de la legislación ecuatoriana, una corta explicación sobre el problema que conlleva analizar una ley de inspiración europea a la luz del régimen *per se* –razón, y el enorme impacto que la decisión del caso RECAPT podría tener a futuro.

La Ley ecuatoriana está inspirada en la Ley de Defensa de la Competencia española³, sigue de manera general su arquitectura y la organización de las prohibiciones. Si bien existen algunas diferencias sustanciales⁴, existen también coincidencias específicas que no pueden pasarse por alto. Por ejemplo, la LORCPM incorpora el excepcional régimen español de sanción a la competencia desleal, permitiendo que, en circunstancias calificadas, una conducta desleal

* Asociado en Pérez Bustamante & Ponce; profesor de Derecho de competencia y director del Grupo de Derecho de competencia del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad San Francisco de Quito; LL.M. en Competencia, Información e Innovación por *New York University School of Law*; abogado por la Universidad San Francisco de Quito.

¹ Caso número 17811-2016-01271, Recuperación de Capital Contact Center RECAPT c. Superintendencia de Control del Poder de Mercado (“RECAPT”).

² En el sistema ecuatoriano, la casación está dispuesta como una acción de excepción, que solamente es procedente cuando existe un error de derecho de gravedad suficiente. Otras acciones de casación, como el expediente 09802-2016-00738 (CONECEL c. Superintendencia de Control del Poder de Mercado) y 17811-2016-01347 (CONECEL c. Superintendencia de Control del Poder de Mercado) fueron inadmitidas por la Corte Nacional de Justicia.

³ Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, publicada el 4 de julio de 2007 (de aquí en adelante “LDC”).

⁴ La LORCPM difiere de la LDC, por ejemplo, en la prohibición del abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica. La LORCPM lo tipifica como conducta individual, específicamente como abuso de poder de mercado relativo, mientras en el régimen español hace parte de la Ley de Competencia Desleal.





pueda juzgarse como una violación a la libre competencia. De manera similar, la LORCPM incorpora del régimen español la prohibición de cuatro manifestaciones de prácticas restrictivas: acuerdos, decisiones de asociaciones, prácticas concertadas y paralelismos conscientes. Esta última manifestación de restricciones horizontales es una prohibición peculiar que existe, hasta donde conocemos⁵, únicamente en España y Ecuador.

Entre los puntos que el legislador ecuatoriano tomó de la ley española está la clásica distinción europea de las restricciones por su efecto o por su objeto. El artículo 1 de la LDC y el 11 de la LORCPM, al hablar de prácticas restrictivas, dicen:

- Art. 1 LDC: Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, **que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de [...]**.

1.

- Art. 11 LORCPM: 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 [...]**.

2.

Después de la promulgación de la Ley que incluía claramente la arquitectura de tradición europea, el Reglamento a la LORCPM parecía profundizar todavía más la elección del legislador. Así, se incluyeron en el Reglamento normas indicando que las prácticas restrictivas por su objeto se presumen anticompetitivas y que no pueden beneficiarse de la regla *de minimis*, sino únicamente de las exenciones. Parecía obvio, en ese momento, que el Derecho ecuatoriano había dejado de lado la distinción *per se* – regla de la razón básicamente por los mismos motivos que en Europa: el sistema ecuatoriano de competencia está bifurcado entre el artículo 11 (el equivalente al artículo 101(1) del TFEU) y 12 (el equivalente al artículo 101(3) del TFEU), resultando contradictorio aplicar una regla de la razón bajo el artículo 11 cuando las exenciones del artículo 12 traen reglas específicas de análisis económico respecto de prácticas restrictivas⁶. Además, este régimen se completa con la aplicación de la regla *de minimis* del artículo 13 de la LORCPM, que también difiere de la forma americana de prohibición de restricciones *per se*. Sin embargo, y aunque parecía que este punto había quedado saldado, la historia de la creación de la LORCPM complica un poco el análisis.

En los primeros debates legislativos alrededor de la Ley, pese a haberse incorporado la arquitectura europea, se discutió extensamente el problema de las prohibiciones *per se* anticompetitivas, apuntando que adoptar una regla *per se* para la sanción de acuerdos horizontales de singular gravedad importa los siguientes riesgos y dificultades:

- Resulta imposible establecer una lista taxativa de prácticas *per se* anticompetitivas⁷.

3.

- Con la regla *per se* puede sancionarse prácticas anticompetitivas de efectos insignificantes en el mercado, que no ameritan sanción⁸.

⁵ La prohibición de paralelismos conscientes, que la doctrina aborda como una forma de colusión tácita, no está prohibida en Estados Unidos o bajo el Derecho comunitario europeo de competencia. Si bien existen legislaciones que prevén formas de corrección para mercados oligopólicos interdependientes, no conocemos otro régimen que simplemente sancione la existencia de un oligopolio donde las firmas actúen de manera paralela como esa la legislación ecuatoriana y española. Véase, por ejemplo, Fox, Eleanor, Cases and Material on U.S. Antitrust in Global Context, Third Edition, 2012, West, pg. 591.

⁶ Wish, Richard; Bailey, David; Competition Law, 8th edition, Oxford University Press, 2012, pg. 143.

⁷ Esta conclusión, a la que arriba la Asamblea Nacional ecuatoriana, demuestra que la discusión nunca estuvo completamente clara; el informe dice que “[R]esulta imposible a priori establecer un listado de prácticas que su único objeto y efecto es lesionar la competencia.”

⁸ El ejemplo que se propone en el informe es el de dos panaderías, pequeñas, que acuerdan un precio supra-competitivo. Según el informe, esta conducta no genera efectos de importancia sustancial en el mercado por lo que no deben sancionarse. Esta posición es cuestionable por dos





4.
 - Se podría imponer sanciones a esfuerzos coordinados que tienen fines loables⁹.
5.
 - No permite a los investigados responder a las acusaciones, afectando su derecho a la defensa¹⁰.

6.
Si bien la exposición de motivos apunta a una discusión sobre la existencia de una dicotomía *per se* – razón, esto no es suficiente para argumentar que este es el régimen que debe regir las investigaciones de la Superintendencia. Después de todo, es universal el axioma que prohíbe desatender la letra de la ley en busca de su espíritu¹¹, y la LORCPM y su Reglamento claramente instauraron un sistema alejado de la valoración americana y alineado con las reglas generales del Derecho de Competencia español y europeo. Los artículos 11 y 12 de la LORCPM (que, como explicamos, reflejan la interacción de los artículos 101(1) y 101 (3) del TFEU), y los artículos 8 y 9 de su Reglamento parecen suficientemente claros. ¿Cómo, entonces, terminamos con una sentencia que prohíbe la regla *per se*? El error se origina en las cortes administrativas de primera instancia y se prolonga, como ahora veremos, ante la Corte Nacional de Justicia.

RECAPT es una empresa especializada en recuperación de cartera vencida y, junto con SOLNET y CRONIX, participó en una subasta pública para contratar con el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. CRONIX acusó a RECAPT y SOLNET de haber concertado y amañado el proceso, y la Superintendencia encontró suficiente evidencia como para imponer una sanción. La sanción fue, entonces, impugnada por RECAPT ante jueces ordinarios.

Entre sus principales argumentos, RECAPT sostuvo que la Superintendencia no probó un daño al mercado. El tribunal administrativo de primera instancia, a solicitud de RECAPT, nombró un perito que, entre sus conclusiones, argumentó que en Ecuador no existe la regla *per se*. El tribunal, correctamente, se aparta de las conclusiones del perito e interpreta la LORCPM, concluyendo que existen conductas donde no se requiere probar – o siquiera existir – un daño competitivo para imponer una sanción. El tribunal de instancia no analizó las restricciones por su objeto y efecto anticompetitivas, pese a que la Superintendencia cita los artículos del Reglamento que conducen a esa interpretación, y concluyó que la multa debía ser recalculada por desproporcional, sin embargo, confirmó que la infracción existió y que la Superintendencia no estaba en la obligación de probar efectos específicos bajo la regla *per se*.

Todas las partes apelaron y el caso fue admitido a trámite por la Corte Nacional. En su sentencia, la Corte también condujo su análisis bajo la regla *per se* sin abordar el problema desde la clasificación de objeto y efecto anticompetitivo. En lo que consideramos un error de concepto, la Corte dice que la regla *per se* es anacrónica y

motivos. El primero, salvo que los costos de cambio sean excepcionalmente altos para los consumidores de dichas panaderías, no hace sentido económico una subida de precio; y si la subida de precio hace sentido justamente porque las panaderías tienen un mercado cautivo, entonces la conducta debe sancionarse porque las panaderías podrían ser dominantes en un mercado relevante de dimensión geográfica limitada. De cualquier manera, un acuerdo horizontal por su efecto anticompetitivo no posee valor social alguno que lo haga digno de protección jurídica, por lo que no se debe tolerarlo desde una perspectiva de política pública de Derecho de competencia.

⁹ La Asamblea Nacional propone como ejemplo un caso peruano (utiliza, para graficar su punto, referencia a soles, que es la moneda de curso legal en Perú), donde varios cines acuerdan precios más bajos que los usuales para hacer frente a la piratería. Este, creemos, es un mal ejemplo para sostener que no deben existir restricciones *per se* (o, en su defecto, por su objeto anticompetitivas). Una crisis cíclica o estructural en un mercado no se resuelve permitiendo a los operadores actuar impunemente de manera coordinada, porque hacerlo afecta los mecanismos elementales de la competencia y no trae un beneficio plausible a mediano plazo salvo. En el ejemplo, la Asamblea sugiere que es tolerable una restricción por su objeto anticompetitiva cuando se hace para enfrentar una crisis, permitiendo que las firmas tomen justicia por mano propia, sobre todo considerando que los cines tienen a su disposición mecanismos legales para hacer frente a la piratería. La opinión de la Asamblea es preocupante, ¿dónde debe trazarse la línea de lo permisible? ¿se puede coordinar impunemente en caso de crisis económica o solamente cuando un grupo de competidores viola la ley? Creemos que la forma correcta de abordar este problema es como lo sugirió la Abogada General Verica Trstenjak y la Corte Europea de Justicia en el caso *Beef Industry Development Society and Barry Brothers (Carrigmore) Meats*.

¹⁰ Pese a que consideramos que no debe interpretarse la LORCPM bajo la regla *per se*, la construcción de esta institución en el Derecho americano busca equilibrar la carga investigativa y probatoria contra un acuerdo que, a todas luces, no aporta un beneficio económico o social digno de tutela judicial. No representa una violación al derecho a la defensa, sino una aproximación eficiente a un fenómeno claramente ilegal.

¹¹ El Art. 18.1 del Código Civil ecuatoriano dice: Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu.





altamente relativa¹². Llega a decir, apartándose de la tradición que inspira la LORCPM, que para probar un objeto anticompetitivo es necesario acreditar una intención positiva de afectar la competencia¹³ y concluye, sobre la base del informe pericial¹⁴, que a todas las prácticas restrictivas del artículo 11 se les aplica únicamente la regla de la razón. La Corte concluye que podrían existir conductas *per se* anticompetitivas, sin explicar en qué circunstancias podría ocurrir, sobre todo después de haber negado la aplicación de las normas *per se* para restricciones horizontales.

La Corte Nacional se aparta, así, radicalmente del régimen europeo de Derecho de competencia, y eleva el estándar de la prueba de manera sustancial para la Superintendencia. Declara que el término “objeto” en la LORCPM debe interpretarse como un requisito subjetivo, es decir, que requiere prueba de que los operadores tenían el ánimo de afectar la competencia; manda a investigar las prácticas restrictivas bajo la ley de la razón; y abre la posibilidad a juzgar otras conductas bajo la regla *per se*, sin elaborar sobre esta posibilidad. Visto desde la perspectiva de política pública de Derecho de competencia, la decisión es criticable porque dificulta sustancialmente la investigación y sanción de actos de efectos perniciosos para el mercado, a la vez que deja sin aclarar la forma en que debe leerse y aplicarse el régimen general de restricciones horizontales. Sin duda, esta decisión significa un primer paso en falso que aporta incertidumbre a la práctica del Derecho de competencia ecuatoriano.

¹² La Corte Nacional no justifica esta posición, simplemente la menciona en *dicta*, sin elaborar su punto a profundidad.

¹³ El Derecho de competencia comunitario europeo ha repetido varias veces, que las restricciones por su objeto anticompetitivo, no requieren de un ánimo positivo de causar daño, sino que son acuerdos que, por su propia naturaleza, representan un riesgo para la competencia.

¹⁴ Creemos que es un hecho criticable que las cortes ecuatorianas soliciten peritajes en puntos de Derecho. El Derecho, en un proceso judicial, debe ser interpretado por los jueces, y tal facultad no puede abandonarse a la opinión de un tercero.

