

Exámenes Inter-Pares de la OCDE y el BID sobre el Derecho y Política de Competencia

ECUADOR

2021



**EXÁMENES INTER-PARES DE LA OCDE
Y EL BID SOBRE EL DERECHO
Y POLÍTICA DE COMPETENCIA: ECUADOR**



Por favor cite esta publicación como:

OCDE (2021) Exámenes inter-pares de la OCDE y el BID sobre el derecho y política de competencia: Ecuador.

<http://www.oecd.org/daf/competition/examenes-inter-pares-ocde-bid-derecho-y-politica-de-competencia-ecuador-2021.htm>

Este trabajo se publica bajo la responsabilidad del Secretariado General de la OCDE. Las opiniones expresadas y los argumentos esgrimidos en él no reflejan necesariamente la opinión oficial de la OCDE, ni de los gobiernos de sus países miembros o de la Unión Europea.

Este documento y cualquier mapa incluido en él se entienden sin perjuicio de la condición o soberanía de ningún territorio, de la delimitación de fronteras o límites internacionales o del nombre de ningún territorio, ciudad o área.

La OCDE cuenta con dos idiomas oficiales; inglés y francés. La versión en inglés de este informe es la única versión oficial.

© OECD 2021

Prefacio

La OCDE ha promovido activamente la política de competencia en países de Latinoamérica y el Caribe (LAC). La colaboración entre la OCDE y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) ha avanzado en estos esfuerzos. En materia de competencia, el Foro Latinoamericano y del Caribe de Competencia (FLACC) es la piedra angular de esta colaboración. Este foro, único en su género, reúne a altos funcionarios de los países de la región para promover y apoyar la identificación y difusión de las mejores prácticas en materia de derecho y políticas de competencia. A la fecha, se han celebrado dieciocho reuniones.

La OCDE y el BID han colaborado en una serie de estudios de los regímenes de leyes y políticas de competencia en LAC desde 2003. Los exámenes entre pares son un elemento central de las actividades de la OCDE y se basan en la disponibilidad de un país para someter sus leyes y políticas a un examen sustancial por parte de otros miembros de la comunidad internacional. Este proceso proporciona valiosas reflexiones al país objeto de estudio y promueve la transparencia y el entendimiento mutuo en beneficio de todos. Existe un consenso internacional emergente sobre las mejores prácticas en la aplicación de las leyes de competencia y la importancia de una reforma procompetitiva. Los exámenes entre pares son una parte esencial de este proceso, así como una herramienta importante en el fortalecimiento de las instituciones de competencia. A su vez, las instituciones de competencia sólidas y eficaces pueden promover y proteger la competencia en toda la economía, lo que aumenta la productividad y el rendimiento económico general. Esto resulta consistente con las políticas y metas de la OCDE y del BID para respaldar la política y las reformas regulatorias procompetitivas, que promoverá el crecimiento económico en los mercados de LAC.

Los exámenes entre pares son una pieza regular del FLACC. En 2007, el FLACC evaluó el impacto de los primeros cuatro exámenes entre pares llevados a cabo en el FLACC en Brasil, Chile, Perú y Argentina, y los exámenes entre pares de México, que se realizaron en el Comité de Competencia de la OCDE. Posteriormente, el Foro examinó El Salvador en 2008, Colombia en 2009, Panamá en 2010 y Honduras en 2011. Se realizó un seguimiento de los nueve exámenes entre pares en 2012 como parte del 10º aniversario del FLACC.

En 2014, Costa Rica se convirtió en el 10° país en someter su régimen de competencia a un examen entre pares y en 2018 Perú, el 11°. En 2019, El Salvador tuvo un examen entre pares en la reunión del FLACC en Honduras, el último país en ser revisado antes de Ecuador.

La OCDE y el BID desean agradecer al gobierno de Ecuador por haberse ofrecido como voluntario para someterse a un examen entre pares en la 18ª reunión del FLACC el 29 de septiembre de 2020. El informe lo elaboraron Felipe Irrarrázabal (Director de Centro Competencia, Universidad Adolfo Ibáñez y ex Fiscal Nacional Económico, Chile), Despina Pachnou (Experto en Competencia, OCDE) y Jordi Calvet-Bademunt (Analista de Competencia, OCDE), con la ayuda de Rosario Montiel (economista). El equipo del proyecto recibió comentarios de Pedro Caro de Sousa y Iratxe Gurpegui, de la División de Competencia de la OCDE. Antonio Capobianco, Director Interino de la División de Competencia de la OCDE proporcionó directrices de manera general. Lynn Robertson, de la División de Competencia de la OCDE, supervisó y planeó el análisis en el FLACC, con asistencia de Claudia Gemmel y Angélique Servin. Tom Ridgway editó el informe para su publicación y Paulina de la Vega realizó la traducción al español.

La OCDE y el BID desean expresar su agradecimiento a los examinadores principales, Matthew Boswell (Comisionado de Competencia, Buró de Competencia de Canadá); Marco Carrizo (Director Nacional de Libre Competencia, ACODECO, Panamá); María Ortiz Aguilar (Miembro del Consejo, CNMC, España); y Luciana Macedo (Presidenta, Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia, Uruguay) así como a otros funcionarios que participaron en la revisión del examen entre pares. La OCDE y el BID también agradecen a la autoridad de competencia de Ecuador, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, por sus valiosos comentarios, disponibilidad para resolver solicitudes y brindar apoyo para facilitar las entrevistas, especialmente, en medio de los extraordinarios desafíos que plantea la pandemia de Covid-19. Por último, la OCDE y el BID desean expresar su agradecimiento a todos los actores interesados que aceptaron participar en las reuniones que se celebraron durante el procedimiento de investigación, llevado a cabo vía remota en abril y mayo de 2020 y que contribuyeron a la integridad y exactitud del informe.

Table of Contents

Prefacio	3
Abreviaciones y acrónimos.....	9
Resumen ejecutivo	13
Contexto y entorno institucional	13
Marco legal y cumplimiento.....	15
Promoción de la competencia.....	18
Cooperación institucional.....	19
1. Contexto y fundamentos.....	21
1.1. Contexto del país.....	21
1.2. Marco de la ley de competencia y el origen de la ley.....	25
1.3. Metas políticas.....	29
2. Contexto institucional.....	32
2.1. Superintendencia de Control de Poder de Mercado (SCPM).....	32
2.2. El marco legal sustancial.....	52
2.3. Facultades y procedimientos de cumplimiento	70
2.4. Restricciones sobre competencia y ayuda del Estado	91
2.5. Revisión judicial.....	92
2.6. Acciones por daños.....	97
3. Cumplimiento de la ley de competencia.....	99
3.1. Abuso de poder de mercado	99
3.2. Acuerdos restrictivos	104
3.3. Fusiones.....	110
4. Regímenes de competencia relacionados	117
4.1. Competencia desleal.....	117
4.2. Protección al consumidor	121
4.3. Propiedad intelectual	122
4.4. Sector de telecomunicaciones.....	122
5. Promoción de la competencia y fomento de una cultura de competencia	124
5.1. Estudios de mercado, informes especiales y recomendaciones.....	125
5.2. Opiniones y peticiones a las autoridades públicas.....	133

5.3. Guías.....	134
5.4. Capacitación y otras actividades de difusión.....	138
5.5. Evaluaciones de impactos ex-ante y ex-post.....	141
6. Acuerdos de cooperación.....	142
6.1. Cooperación nacional.....	142
6.2. Cooperación internacional.....	143
7. Recientes cambios para la competencia.....	146
7.1. Covid-19.....	146
7.2. Economía digital.....	148
8. Conclusiones y recomendaciones.....	149
8.1. Contexto institucional.....	149
8.2. Marco legal.....	152
8.3. Cumplimiento.....	156
8.4. Revisión judicial.....	159
8.5. Promoción.....	160
8.6. Cooperación.....	161
Apéndice 1: Detalle de las decisiones finales totales tomadas por la SCPM.....	163
Referencias.....	167

Tablas

1. Destitución de empleados de la SCPM por nivel.....	38
2. Personal y salarios de la SCPM del 2019.....	43
3. Estudios de servidores públicos de la SCPM.....	44
4. Duración promedio de empleo en la SCPM, por categorías contractuales ..	45
5. Límites de volumen de negocios total para operaciones de concentraciones.....	62
6. Comparación de las facultades entre la Superintendencia y el Superintendente de Control del Poder de Mercado.....	70
7. Niveles de las infracciones.....	80
8. Recursos administrativos, 2014-2019.....	94
9. Recursos judiciales, 2014-2019.....	97
10. Decisiones finales sobre acuerdos y prácticas anticompetitivas de la SCPM.....	105
11. Estadísticas de la revisión de concentraciones para notificaciones obligatorias.....	111

12. Número de concentraciones revisadas por procedimiento tipo, 2014-2019	111
13. Infracciones de competencia desleal del artículo 27	118
14. Decisiones finales de prácticas desleales de la SCPM, 2014-2019.....	119
15. Estudios de mercado, informes especiales y estadística de recomendaciones	127
16. Estudios de mercado e informes especiales por industria	128
17. Guías actualmente implementadas	134
18. Actividades de promoción que ya no desarrolla la SCPM desde 2019....	139
19. Acuerdos de cooperación de la SCPM vigentes con agencias de competencia internacionales	143
20. Decisiones finales totales en abuso de poder del mercado.....	163
21. Decisiones finales totales en prácticas y acuerdos anticompetitivos	164
22. Decisiones finales totales prácticas desleales	165

Figuras

1. Crecimiento del PIB real de Ecuador, porcentaje, 2000-2018	24
2. Organigrama de la SCPM	34
3. Evolución de los empleados y el presupuesto de la SCPM.....	39
4. Distribución de los presupuestos de las autoridades de competencia	40
5. Números de personal en agencias de competencia, 2018	42
6. Objetivos estratégicos institucionales de la SCPM, 2018-2021	47
7. Funciones del Estado ecuatoriano y otras instituciones	48
8. Proceso de investigación de la SCPM.....	78
9. Posibles impugnaciones a las decisiones de SCPM	93
10. Investigaciones de la SCPM lanzadas en el abuso de poder del mercado .	99
11. Investigaciones de oficio lanzadas en prácticas y acuerdos anticompetitivos	104
12. Tiempos promedio para la resolución de casos, 2014-2019	112

Recuadros

1. Caso Conecel: Determinación incorrecta del mercado relevante y multas injustificadas.....	101
2. Caso Cervecería Nacional: Uso extensivo de compromisos	102
3. Caso supermercados: impugnaciones a los procedimientos	103
4. Caso Frankimport: Un caso exitoso con una multa baja.....	106
5. Caso Martec: Un inicio titubeante para el programa de clemencia.....	107
6. Caso Recapt y Solnet: Impugnaciones procesales debido a un cálculo incorrecto del monto de la sanción	107

7. Caso Kimberly-Clark: Dudas legítimas sobre la aplicación correcta del programa de clemencia	109
8. Indura Ecuador/Swissgas del Ecuador: Primera transacción prohibida	113
9. Holcim/Lafarge: Segunda transacción prohibida	114
10. AB InBev/SAB Miller: complejidad de los remedios para las concentraciones	115
11. Icebell/Recapitomsa: Cálculo incorrecto del volumen de negocios y una multa baja	116
12. Unión Cementera Nacional/Equinohormigonera: la posibilidad de ofrecer compromisos para salir en falso	117
13. Caso de jugo en polvo	120
14. Caso de aceite “Light”: La necesidad de definir el mercado relevante para calcular la multa de los montos de corrección sobre los casos de competencia desleal	120
15. Caso de electrodomésticos: información incompleta para los consumidores	121
16. Estudios e informes previos de la SCPM	129
17. Estudios de mercado recientes	131

Abreviaciones y acrónimos

Abreviación	Nombre completo	Nombre en español
ANT	National Transit Agency	Agencia Nacional de Tránsito
ARCH	Hydrocarbon Regulation and Control Agency	Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero
ARCOTEL	Telecommunications Regulation and Control Agency	Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones
ARCSA	National Agency for Health Regulation and Surveillance	Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria
CAN	Andean Community Of Nations	Comunidad Andina de Naciones
CN	Cervecería Nacional	Cervecería Nacional
CNDC	National Commission for the Competition Defense, Argentina	Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, Argentina
CNMC	National Commission of Markets and Competition, Spain	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, España
CNT	National Telecommunications Corporation	Corporación Nacional de Telecomunicaciones
COFECE	Federal Commission on Economic Competition, Mexico	Comisión Federal de Competencia Económica, México
COFJ	Organic Code of the Judiciary	Código Orgánico de la Función Judicial
COGEP	General Organic Code of Processes	Código Orgánico General de Procesos
COIP	Criminal Code	Código Orgánico Integral Penal
CONF	Organic Financial Monetary Code	Código Orgánico Monetario y Financiero
COESCCI	Organic Code of the Social Economy of Knowledge, Creativity, and Innovation	Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación
CORDICOM	Information and Communication Council of Ecuador	Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y Comunicación
CPCCS	Council for Citizen Participation and Social Control	Consejo de Participación Ciudadana y Control Social
CRPI	First Instance Resolution Commission	Comisión de Resolución de Primera Instancia
DNRI	National Direction of International Relations	Dirección Nacional de Relaciones Internacionales
DPE	Ombudsman Office	Defensoría del Pueblo de Ecuador
FAS	Federal Antimonopoly Service, Russia	Servicio Federal Antimonopolio, Rusia

Abreviación	Nombre completo	Nombre en español
FNE	National Economic Prosecutor's Office, Chile	Fiscalía Nacional Económica, Chile
HCC	Hellenic Competition Commission	Comisión de Competencia Helénica, Grecia
INICCE	National Intendancy for Investigation and Control of Economic Concentrations	Intendencia Nacional de Investigación y Control de Concentraciones Económicas
INPD	National Intendancy for Investigation and Control of Unfair Practices	Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales
IEPS	Institute of Popular and Solidarity Economy	Instituto de Economía Popular y Solidaria
IESS	Ecuadorian Institute of Social Security	Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social
IGG	General Management Intendancy	Intendencia General de Gestión
IGT	General Technical Intendancy	Intendencia General Técnica
INICAPMAPR	National Intendancy of Investigation and Control of Abuse of Market Power, Restrictive Agreements and Practices	Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas
INAC	Intendancy of Competition Advocacy	Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia
INAF	National Administrative and Financial Intendancy	Intendencia Nacional Administrativa Financiera
INDECOPI	Institute for the Protection of Competition and Intellectual Property, Peru	Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, Perú
INEC	National Institute of Statistics and Census	Instituto Nacional de Estadística y Censos
INJ	National Legal Intendancy	Intendencia Nacional Jurídica
INMOBILIARIA	Public Sector Real Estate Management Service	Secretaría Técnica de Gestión Inmobiliaria del Sector Público
KC	Kimberly Clark	Kimberly Clark
KCE	Kimberly Clark Ecuador	Kimberly Clark Ecuador
LAC	Latin American and Caribbean	Latinoamérica y el Caribe
LOC	Organic Communication Law	Ley Orgánica de Comunicación
LORCPM	Organic Law of Regulation and Control of Market Power	Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado
LOT	Organic Law of Telecommunications	Ley Orgánica de Telecomunicaciones

Abreviación	Nombre completo	Nombre en español
LOTAIP	Organic Law of Transparency and Access to Public Information	Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública
LOTTTSV	Organic Law of Land Transport, Traffic, and Road Safety	Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial
MIES	Ministry of Economic and Social Inclusion	Ministerio de Inclusión Económica y Social
OEI	Institutional Strategic Objectives	Objetivos Estratégicos Institucionales
PGE	General State Budget	Presupuesto General del Estado
POA	Annual Operational Plan	Plan Operacional Anual
RLORCPM	Regulation of the LORCPM	Reglamento para la Aplicación de la LORCPM
SBE	Superintendance of Ecuadorian Banks	Superintendencia de Bancos del Ecuador
SCPM	Ecuador's Competition Authority (Superintendance of Market Power Control)	Superintendencia de Control de Poder de Mercado
SENADI	National Service of Intellectual Rights	Servicio Nacional de Derechos Intelectuales
SEPS	Superintendencia of Popular and Solidarity Economy	Superintendencia de Economía Popular y Solidaria
SERCOP	National Public Procurement Service	Servicio Nacional de Contratación Pública
SGCAN	General Secretariat of the Andean Community Of Nations	Secretaría General de la Comunidad Andina de Naciones
SIC	Superintendance of Industry and Commerce, Colombia	Superintendencia de Industria y Comercio, Colombia
SIPLASE	Planning, Monitoring and Evaluation System	Sistema de Planificación, Seguimiento y Evaluación
SRI	Internal Rents Service	Servicio de Rentas Internas
TDCA	Contentious and Administrative District Tribunal	Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo
TDLC	Free Competition Defense Court, Chile	Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Chile
TIA	Tiendas Industriales Asociadas	Tiendas Industriales Asociadas

Resumen ejecutivo

Contexto y entorno institucional

Ecuador, uno de los últimos países de América Latina en aprobar una ley de competencia, intentó seis veces introducir una ley antes de aprobar la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM) en 2011. La ley se basa, en gran medida, en la legislación española. En ella se estableció la autoridad de competencia de Ecuador, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM), que ha estado activa desde 2012 y cuenta con amplias facultades, similares a las de las autoridades de competencia establecidas desde hace mucho tiempo.

Durante los últimos dos años, Ecuador ha realizado importantes esfuerzos para cumplir con las buenas prácticas internacionales, principalmente a través de las acciones de la SCPM. Entre otros logros, se ha introducido un procedimiento acelerado para las fusiones que no parecen tener posibilidades de perjudicar la competencia, se ha actualizado el programa de indulgencia, se ha mejorado la calidad y el enfoque de los estudios de mercado y las actividades de divulgación son más específicas. Ecuador ha mejorado su cooperación con la comunidad internacional de competencia, como lo demuestra la realización voluntaria de este examen entre pares.

La SCPM es un órgano administrativo. La máxima autoridad de la SCPM (Superintendente de Control del Poder de Mercado) es nombrado por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, de una lista de tres candidatos nominados por el presidente de Ecuador. El Superintendente de Control del Poder de Mercado puede ser destituido, entre otras cosas, mediante un proceso de destitución iniciado por los parlamentarios. En este proceso no interviene ningún órgano técnico o apolítico, como un tribunal. Ecuador debe vigilar que no haya un proceso de destitución del Superintendente de Control del Poder de Mercado por motivos políticos.

La SCPM investiga y resuelve problemas de competencia y es responsable de promover la competencia dentro de Ecuador. Los directores de la SCPM llevan a cabo investigaciones. La Comisión de Resolución de Primera Instancia (CRPI) de la SCPM, compuesta por tres comisionados nombrados por el Superintendente de Control del Poder de Mercado, adopta los fallos que se someten a recursos internos ante el Superintendente de Control del Poder de Mercado, así como ante el poder

judicial. La CRPI no cuenta con el tiempo, el personal ni los recursos para estudiar casos a profundidad para asegurarse de que sus fallos sean completamente informados. Además, los actores interesados han expresado sus preocupaciones sobre la independencia de la CRPI del Superintendente de Control del Poder de Mercado, quien gestiona las unidades de investigación de la SCPM. Ecuador debe garantizar que la CRPI cuente con facultades y sea independiente del Superintendente de Control del Poder de Mercado y de otros funcionarios dentro de la agencia.

El presupuesto anual de la SCPM es relativamente bajo de acuerdo con los estándares internacionales y ha estado disminuyendo desde 2014, principalmente debido a la política de austeridad del gobierno. Además, el presupuesto también se reduce durante el año fiscal casi todos los años desde la creación de la SCPM, como parte de los recortes horizontales solicitados a las entidades del sector público por parte del gobierno de Ecuador. La falta de recursos reduce las investigaciones y las actividades de promoción de competencia que la agencia puede desempeñar. Ecuador debe incrementar el presupuesto de la SCPM para alinearlos con los estándares internacionales y garantizar que las reducciones presupuestales semestrales se realicen solo cuando sea estrictamente necesario, y sean proporcionales y no discriminatorias.

Menos de la mitad de los empleados de la SCPM (48%) están asignados a las actividades principales de competencia de la agencia, mientras que el resto (52%) son personal de apoyo administrativo. Esto se explica en parte, de acuerdo con los actores interesados, por el hecho de que la regulación ecuatoriana impone un cierto número o porcentaje de personal de apoyo. Además, la asignación de los empleados que trabajan en competencia por dirección es subóptima. De aquellos empleados que trabajan en competencia, solo 11 trabajan en la investigación de conductas anticompetitivas (cinco en acuerdos restrictivos y seis en abuso de posición de dominio) y nueve en control de fusiones, mientras que 18 trabajan en promoción de competencia. La asignación del personal debe volver a balancearse, asignando más personas al cumplimiento y, en particular, a las investigaciones de cárteles. De manera adicional, el número de economistas debe aumentarse, ya que en la actualidad se encuentra subrepresentado, así como se debe nombrar un economista jefe para coordinar el enfoque económico de la SCPM.

Además, la rotación de empleados de la SCPM es alta. Esto puede impedirle que construya conocimiento y experiencia y que mejore su desempeño. Al parecer, la alta rotación se debe a dos razones. La primera, el Superintendente de Control del Poder de Mercado puede retirar a sus subordinados a voluntad propia, sin presentar ningún procedimiento o política de terminación. Esto ha sucedido con frecuencia en el pasado. Además, para las posiciones senior, los salarios no son competitivos. La remuneración para las posiciones senior debe reconsiderarse para mejorar el atractivo de la SCPM como empleador, y la SCPM debe introducir planes de carrera creíbles.

Marco legal y cumplimiento

Prácticas anticompetitivas

La LORCPM prohíbe los acuerdos restrictivos y los abusos de posición dominante e incluye disposiciones sobre la competencia desleal. La SCPM puede iniciar investigaciones de oficio, a solicitud de otro organismo público, o tras una denuncia de la parte perjudicada o de cualquier otra persona que demuestre un interés legítimo.

El artículo sobre los acuerdos restrictivos incluye una larga lista no exhaustiva de las conductas prohibidas y prohíbe la colusión tácita. La lista debe aclararse, simplificarse y armonizarse a través de ejemplos de conducta ilegal. La parte del artículo que prohíbe la colusión tácita debe eliminarse, ya que por lo normal cae fuera de la incumbencia de la ley de competencia.

Durante el periodo de seis años comprendido entre 2014 y 2019, la SCPM inició 30 investigaciones de oficio sobre acuerdos restrictivos. Durante el mismo periodo, la SCPM inició el triple de investigaciones sobre el abuso de poder de mercado. Solo se adoptaron 12 fallos finales sobre acuerdos restrictivos, 11 de los cuales incluyeron colusión en contrataciones públicas. La SCPM debe enfocarse en investigar las restricciones horizontales, como la fijación de precios o la división del mercado, en lugar de enfocarse en los abusos de posición dominante u otras conductas. Las restricciones horizontales no solo causan un gran daño a los consumidores, sino que también son claras infracciones donde, si se prueban los hechos, no existe necesidad de un análisis económico sofisticado.

La LORCPM prohíbe el abuso de poder de mercado y el abuso de la dependencia económica. La disposición relativa al abuso de poder de mercado exhibe una larga lista no exhaustiva de conductas específicas, que contiene duplicaciones y redundancias. Esta lista debe aclararse, simplificarse y armonizarse a través de varios ejemplos de conducta ilegal. La disposición que regula los abusos de dependencia económica no le impone sanciones. Esta disposición debería suprimirse, ya que las conductas que describe podrían estar ya cubiertas en la disposición relativa al abuso de poder de mercado.

De 2014 a 2019, la SCPM inició un gran número de investigaciones sobre el abuso de poder de mercado y el abuso de dependencia económica, pero solo emitió tres fallos finales; dos de ellos revocados por los tribunales. Un gran número de investigaciones de oficio se cerraron debido a la falta de mérito. La SCPM debe evitar iniciar investigaciones que, en la revisión inicial, parezcan carecer de mérito y debe cerrar pronto las que no parezcan tener éxito. Además, como se indica antes, la SCPM debe enfocarse en las restricciones horizontales especialmente graves.

La LORCPM prohíbe los actos de competencia desleal (es decir, actos contra usos o costumbres honestas en las actividades económicas) que impidan, restrinjan o alteren la competencia, amenacen la eficiencia económica o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios, si el presunto responsable tiene poder de mercado.

Los recursos dedicados al cumplimiento de las reglas de competencia desleal son considerablemente superiores a los recursos dedicados a la investigación de prácticas anticompetitivas y fusiones. Esta participación debe volver a balancearse, asignando más recursos a la investigación de casos antimonopolio y menos a la competencia desleal. Alternativamente, Ecuador debe considerar si es práctico encomendar la revisión de casos de competencia desleal, independientemente de que el autor tenga o no poder de mercado, a una agencia independiente. En dicho caso, Ecuador debe considerar si debe eliminar la competencia desleal de la LORCPM.

La LORCPM clasifica las infracciones como leves, graves y muy graves. La multa máxima depende de la gravedad de la infracción y la SCPM cuenta con la discreción de establecer las multas dentro de los límites estipulados por la ley. Las multas impuestas hasta ahora parecen no contar con el suficiente poder disuasivo, a pesar del hecho de que la LORCPM permite imponer multas significativas. La SCPM debe garantizar que las multas cuenten con suficientes efectos disuasivos y, si es necesario, imponer mayores multas.

La SCPM cuenta con un programa de clemencia. El programa se introdujo en 2016 y se enmendó y aprobó en 2019. Desde su introducción, solo se han presentado dos solicitudes de clemencia debido al daño reputacional que incluye una admisión de miembros de cárteles; la falta de cumplimiento significativo por parte de la SCPM (que reduce su facultad disuasiva), y un precedente notable, en el caso Kimberly-Clark, donde información confidencial de una solicitud de clemencia se desclasificó y se envió a la Secretaría General de la Comunidad Andina de Naciones para su investigación.

Las compañías pueden proponer compromisos de cese para detener las investigaciones en su contra, los cuales consisten en la obligación de cesar y desistir y pagar una cantidad para compensar los daños causados. De 2014 a 2019, se sometieron 56 compromisos y se aceptaron 35. Ni la LORCPM ni el RLORCPM restringen el uso de compromisos para infracciones específicas. La SCPM ha aplicado compromisos a varios casos de cárteles.

Aunque el mecanismo de compromiso tiene varios beneficios evidentes, como ahorrar tiempo y recursos a la SCPM, también tiene sus desventajas. Cabe señalar que el uso de compromisos por parte de la SCPM parece disminuir los incentivos para cumplir con la ley o, en casos de cárteles, el uso de clemencia. Esto se debe a la baja tasa de cumplimiento de la SCPM combinada con los bajos pagos de compromisos a cambio de que la SCPM interrumpa una investigación. El uso de

compromisos también significa menos oportunidades para que los tribunales revisen casos de competencia, y dificulta, o retrasa, el desarrollo de precedentes legales, los cuales resultan cruciales en un país con una historia relativamente corta en cumplimiento de la ley de competencia. Por estas razones, la SCPM debe utilizar los compromisos de manera cuidadosa, por ejemplo reservándolos para infracciones con un menor impacto en la competencia.

Fusiones

La LORCPM establece notificaciones de fusiones obligatorias para las transacciones que superen determinados umbrales. En primer lugar, la LORCPM requiere que una fusión se notifique si la facturación del grupo de participantes excede una cierta facturación. Es necesario notificar una transacción incluso si existe un solo participante con una facturación significativa en Ecuador (p. ej., una compañía grande que adquiere un negocio pequeño). Sin embargo, para garantizar que exista un nexo local suficiente, un umbral de facturación debe requerir que por lo menos dos participantes en la transacción (en el caso de adquisición de control conjunto, podrían ser los compradores) y/o el negocio adquirido cumplan con el umbral de facturación local requerido.

En segundo lugar, la LORCPM requiere que se notifique la fusión si la transacción otorga a los operadores económicos fusionados una participación de mercado del 30% o más para un producto. La SCPM debe considerar la idoneidad de los umbrales de participación del mercado, ya que existen dudas respecto a si los umbrales de participación de mercado son claros o suficientemente objetivos.

La LORCPM establece actualmente un plazo de solo ocho días naturales a partir de la fecha del acuerdo de la fusión para notificar la transacción. El plazo debe ser más largo para proporcionar a los fusionantes un grado razonable de flexibilidad para determinar cuándo pueden notificar una fusión propuesta con la condición de que la fusión no se implemente antes de la notificación y la aprobación.

La revisión de las fusiones de Ecuador se basa en una prueba de dominio; es decir, la SCPM debe evaluar si la fusión crea, fortalece o altera el poder del mercado. Sin embargo, en todo el mundo se ha producido un alejamiento del criterio de dominación y un acercamiento al criterio de disminución sustancial de la competencia. Un paso hacia la disminución sustancial de competencia (DSC) permitiría al sistema de control de fusiones de Ecuador observar los efectos anticompetitivos de las fusiones por debajo del umbral del dominio, y abordar los efectos coordinados. Las reglas de Ecuador sobre las fusiones no hacen referencia a las fusiones de conglomerados.

La SCPM ha ido adquiriendo experiencia a través de la revisión de un flujo estable de notificaciones de fusiones. Los resultados de la revisión de fusiones

parecen alinearse con las buenas prácticas internacionales, aunque son ligeramente más estrictas, en lo que respecta al porcentaje de fusiones autorizadas sujetas a condiciones y transacciones prohibidas.

Las fusiones se revisan en una sola fase. Existe un procedimiento acelerado introducido en 2020 para las fusiones que no parecen generar un daño potencial a la competencia, lo que va en dirección correcta. Ecuador debe considerar incluir también un sistema de dos fases, en línea con las buenas prácticas internacionales.

Revisión judicial

Los fallos de la SCPM pueden impugnarse ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo (TDCA) regional. Los fallos de los TDCA pueden impugnarse ante la Corte Nacional de Justicia, el más alto tribunal de Ecuador. Los tribunales parecen enfrentarse a dos retos principales: las demoras para emitir fallos de los casos y la falta de experiencia de los jueces en materia de competencia. El fomento de la capacidad de los jueces en materia de ley de competencia es fundamental para Ecuador, donde la competencia y su cumplimiento son recientes y los tribunales competentes son tribunales de jurisdicción general. Es posible que los jueces no tengan conocimientos especializados en materia de ley de competencia ni hayan tenido la oportunidad de obtener este conocimiento a través de estudios o de experiencia en casos en su carrera.

Promoción de la competencia

La SCPM cuenta con múltiples herramientas para promover la competencia. En primer lugar, realiza estudios de mercado e informes especiales, que son similares a los estudios de mercado. Se puede decir que la distinción entre estos dos tipos de informes es redundante y puede ser abolida. Durante los primeros años de la SCPM, un gran número de estudios de mercado e informes especiales incluyeron una amplia variedad de sectores y temas económicos pero la mayoría de ellos no fueron de alta calidad o profundidad, mientras que unos cuantos fueron solo transcripciones de las regulaciones existentes. Los estudios de mercado más recientes son más profundos, más ricos y más enfocados: identifican sus objetivos, contienen análisis regulatorios y económicos, presentan conclusiones útiles y proporcionan recomendaciones. Se insta a la SCPM a que continúe mejorando sus estudios de mercado.

La SCPM aún no cuenta con criterios que guíen la selección de mercados. Debe decidir y publicar dichos criterios de selección de estudios de mercado, con el propósito de identificar mercados cuyas características puedan indicar problemas de competencia o ineficiencias regulatorias o que tengan una mayor importancia para la economía. La publicación de los criterios aumentaría la transparencia y predictibilidad de la SCPM.

Además, la SCPM puede emitir opiniones no vinculantes sobre leyes, reglamentos, circulares y actos administrativos, a fin de promover las consideraciones relativas a la competencia. La SCPM también puede emitir peticiones a las autoridades públicas para aplicar medidas que garanticen la eficacia de la LORCPM. Se trata de observaciones generales a través de las cuales la SCPM intenta garantizar que las autoridades públicas no obstaculicen la competencia. Contrariamente a las opiniones, las peticiones no se refieren necesariamente a una reglamentación específica. Hasta abril de 2020, la SCPM ha emitido una opinión y seis peticiones.

En tercer lugar, la SCPM puede publicar guías e instrucciones, en donde aclare su enfoque respecto a las reglas y la práctica. Sin embargo, existe una duplicación de funciones con la Junta de Regulación, organismo encargado de emitir reglas generales en materia de competencia (así como en otras áreas). La SCPM ha adoptado 14 guías, más de 40 instrucciones administrativas sobre procedimientos internos y varios manuales para diferentes sectores. Estos manuales se enviaron a la Junta de Regulación para aprobación, la cual hasta ahora no ha emitido respuesta alguna. No obstante, la Junta de Regulación sí publicó dos guías respecto al sector de supermercados, que también se abordan en uno de los manuales de la SCPM.

En cuarto lugar, la SCPM realiza actividades de difusión. Hasta 2018, la SCPM manejó una gran cantidad de eventos, caso por caso. Estas actividades trataron los temas más típicos de una organización de derechos del consumidor y causaron un cierto grado de confusión sobre las facultades de la SCPM. En 2019, la nueva autoridad de la SCPM decidió discontinuar la mayoría de las actividades de la promoción. En la actualidad, la SCPM maneja pocos eventos, campañas y capacitación y parecen mucho más dirigidos. Es importante que la SCPM desarrolle una estrategia para sus actividades de promoción y que continúe considerando con cuidado qué actividades añaden un verdadero valor.

Cooperación institucional

La SCPM ha celebrado acuerdos con: organismos públicos, como el Consejo de la Judicatura, la Corte Constitucional, la Fiscalía General del Estado, el Banco Central y la Superintendencia de Bancos; instituciones académicas y organismos comerciales como Cámaras de Comercio e incluso negocios individuales.

Además, la SCPM ha firmado acuerdos internacionales con 12 agencias de competencia. Las actividades de cooperación establecidas en estos acuerdos incluyen el intercambio de información, asistencia técnica y la posibilidad de llevar a cabo actividades creadoras de capacidades. La SCPM también ha participado en actividades de cooperación informales sin un acuerdo firmado.

La adopción de un acuerdo interinstitucional requiere que su viabilidad sea justificada de manera apropiada y que sea autorizada por el Superintendente de Control del Poder de Mercado. Los actores interesados han notado que, en el pasado, las razones de la SCPM para firmar ciertos acuerdos interinstitucionales han sido poco claras. Por lo tanto, sería útil contar con guías sobre la adopción de acuerdos interinstitucionales.

Además, Ecuador es un miembro de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), y, por consiguiente, las reglas de competencia de la CAN aplican en el país. La Secretaría General de la CAN (SGCAN) tiene el poder de tomar decisiones y sancionar a las empresas por prácticas anticompetitivas en un nivel regional. En la práctica, la relación entre Ecuador y la CAN en el cumplimiento de competencia ha resultado confusa. La CAN no cuenta con reglas claras que definan la incumbencia de la SGCAN y de las autoridades de competencia nacional. La SCPM no ha firmado un acuerdo de cooperación con la SGCAN. Como resultado, existe una confusión respecto a qué agencia es responsable de qué caso. Un acuerdo de cooperación sería útil para limitar la superposición en las investigaciones.

1. Contexto y fundamentos

1.1. Contexto del país

1.1.1. Geografía y población

La República de Ecuador se localiza al noroeste de Sudamérica. Con el océano Pacífico al oeste, limita con Colombia al norte y Perú al sureste. El territorio ecuatoriano fue una colonia española hasta 1820, cuando se independizó como parte de la Gran Colombia. En 1830, se convirtió en estado soberano debido a la disolución de la Gran Colombia. El país cuenta con un área total de 256,370 km², conformado de 4 regiones principales: Costa, Sierra, Amazonía y las Islas Galápagos. La capital, Quito, es también la más grande y se encuentra en la región de la Sierra. El censo de Ecuador de 2018 registró una población de 17.084.358 habitantes.

1.1.2. Economía

Ecuador cuenta con una economía en desarrollo, altamente dependiente de los productos básicos (principalmente la agricultura, pesca, minería y más recientemente, el petróleo). La moneda oficial del país ha sido el dólar estadounidense desde 2000, una decisión tomada para controlar los altos niveles de inflación. El PIB de Ecuador en 2018 se estimó en USD 71.9 billones, a precios constantes con una tasa de crecimiento anual de 1.4% y USD 108.4 billones, a precios actuales.¹ Esto equivale a un PIB real per cápita de USD 4,226 y USD 10,449 basados en PPP. Esto sitúa a Ecuador dentro de la mitad más baja del PIB real y PIB per cápita (PPP) en la región de Latinoamérica y el Caribe. El 23.2% de la población ecuatoriana vivía por debajo de la línea de pobreza en 2018,² un número relativamente favorable para la región; la tasa de inscripción escolar fue 103%³ lo que es menor al promedio de Latinoamérica

¹ Fondo Monetario Internacional (Octubre de 2019). "Base de datos del Panorama Económico Mundial."

² Banco Mundial, Indicadores del Desarrollo Mundial (2018). Índice de recuento de pobreza en las líneas de pobreza nacionales (% de la población) – Ecuador. Disponible en <https://data.worldbank.org/indicador/SI.POV.NAHC?locations=EC>.

³ Banco Mundial, Indicadores del Desarrollo Mundial (2018). Inscripción escolar, primaria (% bruto) – Ecuador. Disponible en <https://data.worldbank.org/indicador/SE.PRM.ENRR?locations=EC>.

y el Caribe (LAC) y la expectativa de vida fue de 76.8 años,⁴ lo que es mayor al promedio mundial y de LAC.

Se importan bienes de consumo industriales y duraderos, los productos primarios son exportados con una balanza de cuenta corriente negativa de USD 1.487 billones en 2018.⁵ El principal producto de exportación es el petróleo, lo que representa alrededor de la mitad de las exportaciones totales en 2018, seguido de plátanos, camarones y atún.⁶

Se considera que la economía ecuatoriana está muy concentrada y dominada por alrededor de diez grupos económicos. El Censo Económico Nacional 2010, el más reciente realizado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC), mostró que el 1% de las empresas con mayores ventas realizaron el 86% de las ventas totales del país. Por otra parte, las grandes empresas (200 empleados o más) representaron el 0.2% del total de las empresas ecuatorianas, pero facturaron el 44.1% de las ventas totales. Por el contrario, las empresas pequeñas (menos de 200 empleados) representaron el 95.4% de las empresas del país, pero sólo el 16.4% de las ventas totales. Además, las grandes empresas eran responsables de sólo el 24.4% del empleo de los ecuatorianos, mientras que las pequeñas empresas representaban el 44.4%. En cuanto a la distribución geográfica, el 72% del total de las ventas del país se concentraba en las provincias de Guayas (Sierra) y su capital Guayaquil y Pichincha (Costa) y Quito, sus capitales.

⁴ Banco Mundial, Indicadores del Desarrollo Mundial (2018). Expectativa de vida al nacer, total (años) – Ecuador. Disponible en <https://data.worldbank.org/indicator/SP.DYN.LE00.IN?locations=EC>.

⁵ Fondo Monetario Internacional (Octubre de 2019). "Base de datos del Panorama Económico Mundial." Balanza de cuenta corriente.

⁶ De acuerdo con la Solución Comercial Integrada Mundial, en 2018 los cinco principales productos exportados por Ecuador fueron: aceite de petróleo crudo y aceites obtenidos de bituminosos (USD 7,853,414 millones), camarones y langostinos congelados (USD 3,234,716 millones), plátanos (USD 3,218,215 millones), atún listado y bonito preparado o conservado (USD 1,109,984 millones), y aceites de petróleo salvo crudos (USD 946,464 millones). Los cinco principales productos importados por Ecuador fueron: aceites de petróleo salvo crudos (USD 2,358,355 millones), mezclas de hidrocarburos aromáticos (USD 1,558,457 millones), otros medicamentos de productos mezclados o no mezclados (USD 515,295 millones), automóviles (USD 508,455 millones), y tortas oleaginosas y otros residuos de soya (USD 464,746 millones).

Las cámaras de comercio han sido históricamente muy activas e influyentes en los asuntos económicos de Ecuador. La Cámara de Comercio de Guayaquil fue fundada en 1889; esta ciudad es un centro de negocios. La Cámara de Industrias y Producción del Ecuador, por su parte, tiene su sede en la capital Quito, donde se concentran los poderes del Estado ecuatoriano.

1.1.3. Gasto estatal

A nivel histórico el estado ecuatoriano ha tenido un papel activo no solo como regulador, sino como un ejecutante de proyectos de servicios públicos e infraestructura. Gran parte de las finanzas del Estado provienen del petróleo. Las reservas de petróleo se descubrieron en 1967 y transformaron la economía, que inicialmente era agrícola. Por consiguiente, Ecuador experimentó un crecimiento entre 2001 y 2014 (Figura 1). Durante este tiempo, la economía ecuatoriana experimentó un crecimiento anual promedio en el PIB real de 4.4%,⁷ y sus indicadores sociales mejoraron de manera notoria, como pobreza, desigualdad, tasa de mortalidad infantil, tasa de inscripción escolar, entre otras. Este crecimiento se vio impulsado principalmente por el gasto gubernamental, que representó el 21.2% del PIB en 2006 y se duplicó al 43.6% para 2014.⁸ Entre 2011 y 2014, Ecuador se convirtió en el país con el primer y segundo lugar en la región de LAC en el gasto público como un porcentaje del PIB, alternando con Venezuela.

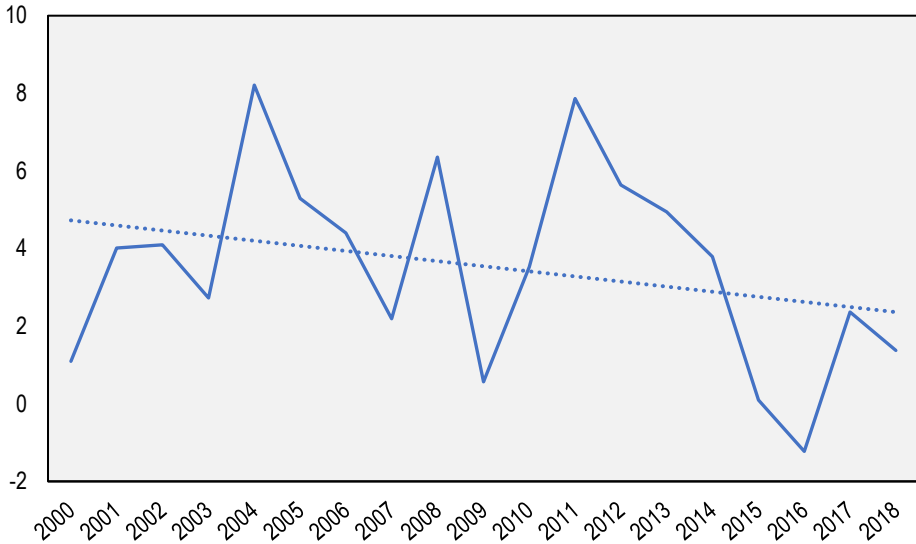
En 2014, los precios del petróleo comenzaron a caer y el gobierno se endeudó agresivamente para mantener el gasto público, lo que tuvo un efecto negativo en la inversión pública y la actividad económica. Mientras que en 2013 la deuda bruta del gobierno era del 19% del PIB, en 2016 alcanzó el 43%.⁹ A partir de 2018, esta deuda asciende al 46% del PIB. Los efectos de la crisis del Covid-19 están por verse, pero la recesión ya se está fortaleciendo y las proyecciones económicas son preocupantes.¹⁰

⁷ Fondo Monetario Internacional (Octubre de 2019). “Base de datos del Panorama Económico Mundial.” Producto interno bruto a precios constantes.

⁸ Fondo Monetario Internacional (Octubre de 2019). “Base de datos del Panorama Económico Mundial.” Gasto total gubernamental como porcentaje del PIB.

⁹ Fondo Monetario Internacional (Octubre de 2019). “Base de datos del Panorama Económico Mundial.” Deuda bruta gubernamental como porcentaje del PIB.

¹⁰ La Base de datos del Panorama Económico Mundial de abril 2020 del Fondo Monetario Internacional estima una disminución del -6.3% del PIB real para 2020, una duplicación de la tasa de desempleo entre 2018 y 2020, y un aumento considerable en el déficit de la cuenta corriente como un porcentaje del PIB, de -1.4% en 2018 a -5.7% en 2020.

Figura 1. Crecimiento del PIB real de Ecuador, porcentaje, 2000-2018

Fuente: OCDE, usando los datos del Fondo Monetario Internacional.

1.1.4. Contexto político

En el 2017, Lenín Moreno ganó las elecciones presidenciales contra Guillermo Lasso, con el 51% de los votos. Moreno permaneció como la continuación de la Revolución Ciudadana, un proyecto político que inició en 2007 con el gobierno de Rafael Correa, lo que alejó a la política gubernamental de la economía de mercado. Moreno se comprometió a abrir el diálogo entre los partidos, luchar contra la corrupción y aplicar medidas de austeridad en el gasto público.

En Ecuador, se han promulgado 20 constituciones desde 1830. No se ha visto que una Constitución dure por más de 23 años (la Constitución de 1906), siendo la duración promedio 10 años. La Constitución actual entró en vigor en octubre de 2008 bajo el gobierno del expresidente Rafael Correa, después de un proceso preliminar por parte de la asamblea constituyente entre 2007 y 2008; fue sometida a un referendo y se aprobó con el 63.93%. La Constitución de 2008 se caracteriza por su longitud y sus numerosas garantías para proteger los derechos fundamentales.

Las siguientes elecciones programadas tanto para la presidencia como para la Asamblea Nacional se celebrarán en febrero de 2021.

1.2. Marco de la ley de competencia y el origen de la ley

1.2.1. Historia previa a la ley de competencia

Uno de los últimos países en Latinoamérica en aprobar una ley de competencia,¹¹ Ecuador intentó en 6 ocasiones introducir una ley antes de que fuera finalmente aprobada en 2011.¹² Esa ley estableció una agencia de competencia, con amplias facultades, similares a las de las agencias de competencia establecidos desde hace mucho tiempo. La ley, que se basa en gran medida en la legislación española, prohíbe los cárteles y los abusos de posición dominante, dispone de un sistema de notificación de las operaciones de fusión e incluye disposiciones sobre la competencia desleal.

La larga historia de esfuerzos para introducir una ley de competencia y crear una agencia de competencia en Ecuador tiene relación con las cambiantes constituciones del país.¹³ En la década de 1990, la regulación de ciertos mercados estratégicos como las telecomunicaciones y energía requirió reguladores sectoriales

¹¹ Véase “Competencia en Latinoamérica y el Caribe”: 10 años del Foro Latinoamericano de Competencia de la OCDE-IDB en

<https://www.oecd.org/competition/latinamerica/LACF10thAnniversaryBrochureES.pdf>. En este documento, la ley de competencia en la región se clasifica en 4 categorías. Primero, la etapa preliminar, que incluye a Argentina (ley de 1923, 1946 y 1980), Brasil (1962), Chile (1959 y 1973), Colombia (1959) y México (1934). Segundo, una etapa intermedia de modernización de las leyes existentes (respecto a los mismos países enumerados previamente). Tercero, la introducción de leyes modernas, donde Ecuador aparece con su ley de 2011, junto con Barbados (2002), Bolivia (2008), Costa Rica (1994), El Salvador (2004), Guyana (2006), Honduras (2006), Jamaica (1993), Nicaragua (2006), Panamá (1995), Perú (1991), República Dominicana (2008), Trinidad y Tobago (2006), Uruguay (2007) y Venezuela (1991). Cuarto, viene la consolidación de los regímenes existentes, que incorporan las mejores prácticas internacionales en Brasil, Chile, Colombia, México y Panamá.

¹² El procesamiento de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM) ante la Asamblea Nacional se encuentra disponible en su sitio de Internet <https://leyes.asambleanacional.gob.ec/>. Este sitio proporciona el proyecto original, así como las versiones enmendadas para el primer y segundo debate ante el Plenario.

¹³ Las siguientes columnas de opinión publicadas en los periódicos ecuatorianos ilustran los desafíos enfrentados para adoptar una ley de competencia en Ecuador. Una de las columnas menciona la oposición de las cámaras industriales. David Ochoa, “Poder de mercado: prohibido olvidar,” *La República*, 17 de septiembre de 2011, <https://www.larepublica.ec/blog/opinion/2011/09/17/poder-de-mercado-prohibido-olvidar/>. “Lista la nueva ley antimonopolio,” *El Comercio*, 29 de junio de 2011, <https://www.elcomercio.com/actualidad/negocios/lista-nueva-ley-antimonopolio.html>.

para considerar la competencia como un factor.¹⁴ La primera norma específica de competencia establecida en el Ecuador fue la Constitución de 1979, que además de hacer referencia expresa a la economía de mercado, establecía en su artículo 45 que: *“Se prohíbe y la ley reprime, cualquier forma de abuso de poder económico, inclusive uniones y agrupaciones de empresas que tiendan a dominar los mercados nacionales, a eliminar la competencia o aumentar arbitrariamente los lucros.”*

En el Artículo 244 de la Constitución de 1998, se estipuló que: *“Dentro del sistema de economía social de mercado al Estado le corresponderá: [...] Promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos. Impulsar la libre competencia y sancionar, conforme a la ley, las prácticas monopólicas y otras que la impidan y distorsionen.”*

La primera iniciativa de una norma se presentó al parlamento en 1999 con la Ley para la Promoción y defensa de la competencia económica. Esta fue aprobada por el parlamento en 2002, pero de acuerdo con la autoridad de competencia de Ecuador (Superintendencia de Control del Poder de Mercado o SCPM), fue vetada por el Ejecutivo fundamentando que se requería una mayor preparación y examinación.¹⁵

En 2005, la Comunidad Andina de Naciones (CAN) publicó la Decisión 608, la cual establece las reglas dirigidas para proteger y promover la competencia en la Comunidad Andina.¹⁶ Dado que entonces carecía de una legislación en materia de competencia, Ecuador eligió aplicar las reglas de la CAN. La Decisión 616 de la CAN, publicada en 2005, permitió que la Decisión 608 de la CAN entrara en vigor

¹⁴ La Ley Especial de Telecomunicaciones de 1992 estableció un régimen de competencia para el sector, con el fin de evitar monopolios, acuerdos restrictivos, abusos de una posición dominante y competencia desleal. Uno de los objetivos de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por la iniciativa privada de 1993 era la prestación de servicios públicos y actividades económicas por parte de la iniciativa privada a través de la desmonopolización, la competencia y la delegación de servicios. La Ley de Régimen del Sector Eléctrico de 1996 constituye al Consejo Nacional de Electricidad (Conelec) como el organismo regulador del sector, con lo que le confiere, entre otros, el poder de dictaminar regulaciones que impidan prácticas que compitan.

¹⁵ La carta oficial del 13 de noviembre de 2002 que establece las razones para el veto, no se encontró y por consiguiente no pudo revisarse.

¹⁶ La CAN es una organización regional que está compuesta en la actualidad por Bolivia, Colombia, Ecuador, y Perú creada con el objetivo de lograr un desarrollo autónomo exhaustivo y equilibrado de Sudamérica. Se estableció cuando el acuerdo de Cartagena entró en vigor el 26 de mayo de 1969.

en Ecuador. No obstante, las reglas no se aplicaron ampliamente, dada la ausencia de una agencia en materia de competencia nacional sólida y especializada.¹⁷

En 2005 se presentó al parlamento un proyecto de ley de competencia, pero la agitación política que provocó la destitución del presidente, Lucio Gutiérrez, detuvo el proceso indefinidamente.

En 2008, la Asamblea Nacional aprobó una nueva Constitución para Ecuador. Un documento largo de 444 artículos estableció un gran número de derechos y garantías que se estructuraron en torno a los conceptos de “buen vivir” y un “sistema económico social basado en la solidaridad”. La constitución no hace referencia a la economía del mercado, sino que hace una referencia expresa a la competencia y los monopolios. El Artículo 284 estipula que la política económica “*propiciará el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes.*” Además, el Artículo 304 establece que uno de los objetivos de política de comercio será: “*Impulsar el desarrollo de las economías de escala y del comercio justo*” y: “*Evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados.*” Por último, el Artículo 335 dispone que: “*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.*”

La Constitución de 2008 también creó dos poderes estatales adicionales, además de los tres poderes tradicionales: ejecutivo, legislativo y judicial. Uno de ellos es el llamado “poder electoral”, que pretende garantizar los derechos políticos expresados a través del voto. El otro es el “poder de transparencia y control social”, que se creó para controlar a las entidades y organizaciones del sector público y privado, y fomentar la participación ciudadana en la toma de decisiones públicas. La SCPM entra dentro de este segundo nuevo poder. A pesar de estos esfuerzos, durante la investigación para este examen entre pares, los entrevistados han destacado que el Poder Ejecutivo permanece como el más poderoso en la práctica y Ecuador continúa siendo un país con un sistema presidencial poderoso.

En 2009, el Decreto Presidencial 1614 se promulgó bajo la presidencia de Rafael Correa, con lo que se volvieron vinculantes las reglas establecidas en la Decisión 608 de la CAN. Este decreto designó al Ministerio de Industrias y Productividad (MIPRO) como la agencia de competencia con una Subsecretaria de Competencia como la

¹⁷ Durante este periodo inicial, Ecuador investigó dos casos, ambos de competencia desleal: el caso de olanzapina y el caso de sildenafil. El primer caso no fue sancionado, y se aplicó una multa que ascendió a un monto de USD 550 000 al laboratorio investigado. El caso Kimberly-Clark es aquel en el que la CAN resulta relevante.

agencia de investigación; esta tuvo operaciones por dos años. El primer caso de competencia sancionado en Ecuador fue el de *Swiss & North Group vs. Pfizer*, una investigación de abuso de una posición dominante en el mercado de producción de sildenafil; un caso similar se investigó en el mercado de producción de olanzapina.

También en 2009, se presentó un proyecto de ley denominado Ley Orgánica Antimonopolio a la Comisión de Desarrollo Económico, Productivo y de la Microempresa de la Asamblea Nacional. El objetivo del proyecto de ley era la creación de una agencia de competencia, el Consejo Ecuatoriano de la Competencia, dentro de la Superintendencia de Empresas. Sin embargo, el proyecto no obtuvo suficientes votos en el primer debate ante el Pleno de la Asamblea Nacional, por lo que fue archivado posteriormente.

1.2.2. Adopción de la ley de competencia

Sólo cuando el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC) publicó los resultados del Censo Nacional Económico de 2010, el gobierno dio mayor importancia a la lucha contra la concentración empresarial y las prácticas anticompetitivas. Se presentó, como un proyecto de ley urgente, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM) a la Comisión Especializada de la Asamblea Nacional. La LORCPM se adoptó en 2011,¹⁸ y un año después, el Reglamento (las normas de desarrollo) de la LORCPM (RLORCPM) se promulgó a través del Decreto Presidencial 1152.

La LORCPM se adoptó después de un ligero escrutinio y sin mucho debate en la Asamblea Nacional. Presentada por el gobierno el 29 de agosto de 2011, se aprobó después de cuatro sesiones parlamentarias el 13 de octubre 2011.¹⁹

El hecho de que el nombre de la ley mencione el poder de mercado y que el abuso de poder de mercado aparezca primero en la ley de competencia, antes que los acuerdos restrictivos, refleja el objetivo original de la ley, a saber, controlar el poder de mercado de las grandes empresas, en lugar de perseguir a los cárteles y la colusión.

La LORCPM es estructuralmente similar a la Ley de Defensa de la competencia de España y a las disposiciones de la Decisión 608 de la CAN. La LORCPM crea la

¹⁸ La LORCPM se publicó en el Suplemento – Registro oficial No. 555 el 13 de octubre de 2011.

¹⁹ La ley LORCPM se analizó en la Asamblea Nacional en una semana. Los debates se celebraron el 2, 7, 8 y 9 de septiembre de 2011, y la ley se publicó el 13 de octubre 2011. El equipo de la OCDE no cuenta con acceso al contenido de las discusiones que se llevan a cabo en la Asamblea Nacional, en caso de existir. La historia legal es relevante ya que puede utilizarse para interpretar la ley, de conformidad con el artículo 18 del Código Civil ecuatoriano.

Superintendencia de Control de Poder de Mercado (SCPM) como la agencia de competencia nacional bajo el nuevo poder estatal de transparencia y control social.

1.2.3. Reformas para la ley de competencia

Desde su entrada en vigor, la LORCPM ha sufrido dos reformas. En 2014, el Código Orgánico Monetario y Financiero (un código de conducta para la protección a depósitos) estableció la obligación de la SCPM de notificar a la Superintendencia de Bancos (para bancos) o la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria (para cooperativas) de cualquier investigación que involucre instituciones financieras y cooperativas, respectivamente. En 2016, el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (COESCCI) modificó el Artículo 27 de la LORCPM para volverlo congruente con las disposiciones sobre propiedad intelectual e industrial contenidas en el COESCCI. En la actualidad no existen propuestas de modificación para la LORCPM.

1.3. Metas políticas

1.3.1. Objetivos y falta de priorización

Los objetivos de la LORCPM, que se especifican en el Artículo 1 y 4, parecen ambiciosos e incluso posiblemente contradictorios. Ni la ley, ni la jurisprudencia, así como tampoco la doctrina han establecido cuál es el objetivo que debe prevalecer.

El Artículo 1 de la LORCPM establece que los objetivos de la ley de competencia ecuatoriana son el “*establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible*” A través de la prevención y sanción de violaciones y concentraciones controladoras, con el fin de lograr: 1) eficiencia en los mercados; 2) comercio justo; 3) bienestar general; y 4) bienestar de los consumidores y usuarios.²⁰

De manera similar, el Artículo 4 de la LORCPM establece los “*Lineamientos para la regulación y principios para la aplicación*” del régimen de competencia de Ecuador vigente. Incluyen: 1) defensa del interés general de la sociedad; 2) fomento de

²⁰ El artículo 1 de la LORCPM estipula que: “*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.*”

la desconcentración económica, a efecto de “*eficiencia en los mercados*”; 3) impulso y fortalecimiento del comercio justo; 4) “*distribución equitativa de los beneficios de desarrollo*”; y 5) “*la necesidad de contar con mercados transparentes y eficientes*”.²¹

Tanto la ley de la competencia como la constitución actual son ambiciosas y no dan prioridad a objetivos posiblemente contradictorios. Esto significa que las autoridades y los tribunales que aplican la ley gozan de una importante discreción en cuanto a la forma en que las normas se aplican a casos concretos. Hasta ahora, la SCPM no ha priorizado sus acciones ni ha publicado prioridades estratégicas en cuanto a la aplicación de la ley.

La SCPM debe determinar qué acciones de cumplimiento y promoción de competencia son una prioridad para ella y centrarse en las conductas que tienen el riesgo de causar un mayor daño al consumidor, y en los sectores que son críticos para la economía de Ecuador o en los que hay una clara evolución del mercado (por ejemplo, las plataformas digitales y el comercio electrónico, el uso de datos personales).

La SCPM debería considerar la posibilidad de publicar anualmente sus objetivos para el año siguiente. Es importante que los objetivos y prioridades sean claros y transparentes para la rendición de cuentas de las acciones de SCPM y para crear confianza pública en la agencia.

²¹ El artículo 4 de la LORCPM estipula que “*En concordancia con la Constitución de la República y el ordenamiento jurídico vigente, los siguientes lineamientos se aplicarán para la regulación y formulación de política pública en la materia de esta Ley: 1. El reconocimiento del ser humano como sujeto y fin del sistema económico. 2. La defensa del interés general de la sociedad, que prevalece sobre el interés particular. 3. El reconocimiento de la heterogeneidad estructural de la economía ecuatoriana y de las diferentes formas de organización económica, incluyendo las organizaciones populares y solidarias. 4. El fomento de la desconcentración económica, a efecto de evitar prácticas monopólicas y oligopólicas privadas contrarias al interés general, buscando la eficiencia en los mercados. 5. El derecho a desarrollar actividades económicas y la libre concurrencia de los operadores económicos al mercado. 6. El establecimiento de un marco normativo que permita el ejercicio del derecho a desarrollar actividades económicas, en un sistema de libre concurrencia. 7. El impulso y fortalecimiento del comercio justo para reducir las distorsiones de la intermediación. 8. El desarrollo de mecanismos que garanticen que las personas, pueblos y nacionalidades alcancen la autosuficiencia de alimentos sanos a través de la redistribución de los recursos como la tierra y el agua. 9. La distribución equitativa de los beneficios de desarrollo, incentivar la producción, la productividad, la competitividad, desarrollar el conocimiento científico y tecnológico; y, 10. La necesidad de contar con mercados transparentes y eficientes. Para la aplicación de la presente Ley se observarán los principios de no discriminación, transparencia, proporcionalidad y debido proceso.*”

1.3.2. Economía social basada en la solidaridad

La Constitución de 2008 establece: “El sistema económico es social y solidario.”²²

No existe una definición legal precisa respecto al significado de “economía social basada en la solidaridad” ni sobre la manera en que difiere de una economía de mercado. Los actores interesados han mencionado a la OCDE que implica una mayor participación e intervención del Estado en el mercado, en comparación con una economía de mercado.²³ Hablando de una forma generalizada, significa que el Estado no solo regula sino que también protege los medios de producción como pequeñas empresas y proporciona por sí mismo (en lugar de subcontratar) bienes y servicios estratégicos para sus ciudadanos. También implica la protección de las inversiones nacionales (con preferencia a las inversiones internacionales), la

²² Artículo 283.

²³ Véase como ejemplo el art. 334 de la Constitución de 2008 respecto a la intervención del Estado: “El Estado promoverá el acceso equitativo a los factores de producción, para lo cual le corresponderá: 1. Evitar la concentración o acaparamiento de factores y recursos productivos, promover su redistribución y eliminar privilegios o desigualdades en el acceso a ellos. 2. Desarrollar políticas específicas para erradicar la desigualdad y discriminación hacia las mujeres productoras, en el acceso a los factores de producción. 3. Impulsar y apoyar el desarrollo y la difusión de conocimientos y tecnologías orientados a los procesos de producción. 4. Desarrollar políticas de fomento a la producción nacional en todos los sectores, en especial para garantizar la soberanía alimentaria y la soberanía energética, generar empleo y valor agregado. 5. Promover los servicios financieros públicos y la democratización del crédito.” El art. 335.- “El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos.”

posibilidad de que el Estado participe activamente en los sectores que define como estratégicos,²⁴ y un énfasis en aspectos distributivos y de comercio justo.²⁵

El concepto de “buen vivir” en el nivel constitucional también resulta impresionante.²⁶ Bajo este concepto, el Estado debe dirigir sus acciones para mejorar las condiciones físicas y espirituales de los ecuatorianos e interviene en la estructura económica del país.

2. Contexto institucional

2.1. Superintendencia de Control de Poder de Mercado (SCPM)

2.1.1. Introducción

La Superintendencia de Control de Poder de Mercado (SCPM) es la agencia de competencia de Ecuador y parte de la Función de Transparencia y Control Social, el nuevo poder del Estado creado por la Constitución de 2008. La SCPM es un

²⁴ Véase el art. 313 y art. 316 de la Constitución de 2008: “*El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia. Los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social. Se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley.*” Art. 316.- “*El Estado podrá delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria. La delegación se sujetará al interés nacional y respetará los plazos y límites fijados en la ley para cada sector estratégico. El Estado podrá, de forma excepcional, delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de estas actividades, en los casos que establezca la ley.*”

²⁵ Véase el art. 336 de la Constitución de 2008: “*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.*” De acuerdo con la SCPM, el concepto de “comercio justo” no se ha desarrollado explícitamente en sus decisiones o su relación con la ley de competencia ecuatoriana. Sin embargo, “comercio justo” ha sido uno de los fundamentos para muchas de las acciones de la Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia como manuales, talleres, seminarios.

²⁶ Véase el art. 277 de la Constitución de 2008: “*Para la consecución del buen vivir, serán deberes generales del Estado (...): 4. Producir bienes, crear y mantener infraestructura y proveer servicios públicos.*”

organismo administrativo, que investiga y resuelve los problemas de competencia. Asimismo, es responsable de promover la competencia dentro de Ecuador.

El presidente (Superintendente) de la SCPM es nombrado por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (CPCCS), también parte de la Función de Transparencia y Control Social, a partir de una breve lista de tres candidatos nominados por el presidente ecuatoriano.

La SCPM es un organismo legalmente independiente, con un estatus legal, un presupuesto específico del Estado y una autonomía administrativa, presupuestaria y organizacional. Cuenta con facultades amplias, incluso para la realización de investigaciones de cualquier violación a la ley de competencia y revisión de las concentraciones. Además, la SCPM investiga y decide los casos de competencia injusta y lleva a cabo la promoción de la competencia.

Las oficinas principales de la SCPM se localizan en Quito. También cuenta con una oficina regional en Guayaquil, la cual está conformada por una unidad de promoción de la competencia y una unidad de investigación y control y tres oficinas técnicas localizadas en Cuenca, Loja y Portoviejo. La Oficina Regional coordina y supervisa las Oficinas Técnicas y reporta directamente al director técnico general.

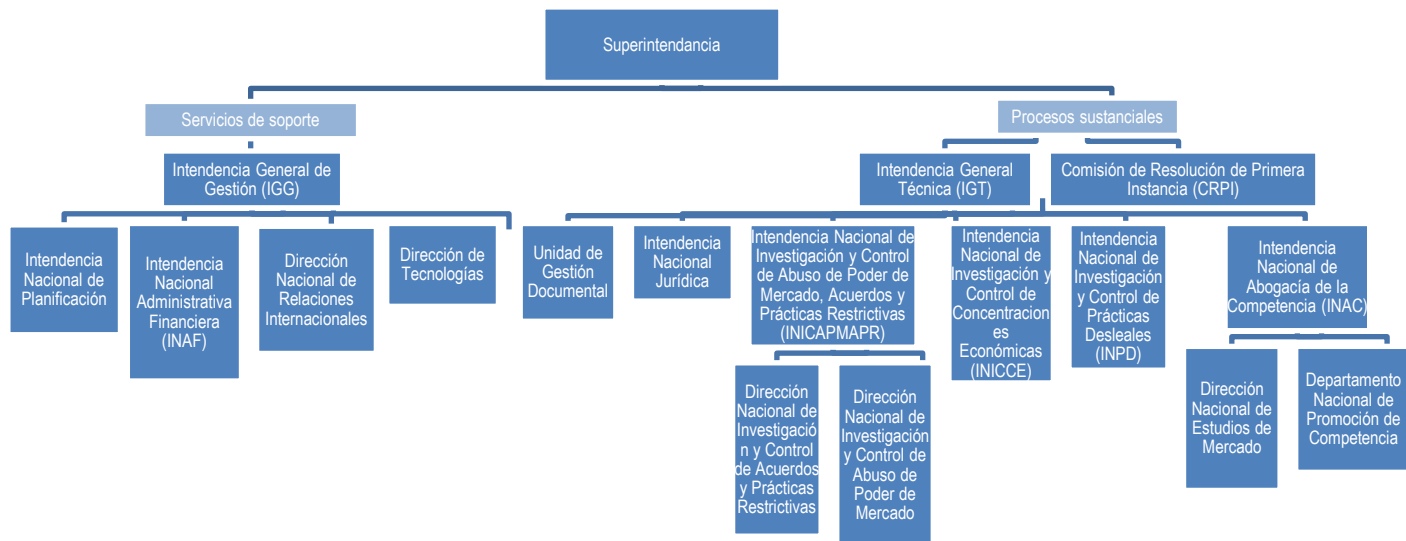
2.1.2. Estructura interna

La SCPM está conformada por tres unidades principales: la Intendencia General de Gestión (IGG), a cargo del trabajo administrativo; la Intendencia General Técnica (IGT), a cargo de las investigaciones de violaciones y la Comisión de Resolución de Primera Instancia (CRPI), cuya función es emitir una decisión sobre los casos. La SCPM no cuenta con un economista en jefe.

En 2019, la SCPM empleó 194 servidores civiles, de los cuales 101 fueron personal administrativo y abogados que trabajaron en la IGG. Los 93 restantes trabajan en la investigación de casos bajo la IGT.

La estructura de la SCPM es compleja. La IGG en particular tiene muchos departamentos y muchos empleados (Figura 2). En las discusiones con la OCDE, los empleados de la SCPM declararon que la estructura organizacional puede modificarse con la aprobación del Ministerio de Finanzas y el Ministerio del Trabajo.

Figura 2. Organigrama de la SCPM



Nota: este es un organigrama simplificado; la versión oficial de la SCPM se encuentra disponible en www.scpm.gob.ec/sitio/la-institucion

Fuente: OCDE, usando los datos de la SCPM.

La IGT investiga los 3 tipos de conductas prohibidas por la ley de competencia ecuatoriana (abuso de poder mercado, acuerdos restrictivos y competencia desleal) y revisa las concentraciones. Las investigaciones respecto a los abusos del poder de mercado (monopolios) y los acuerdos restrictivos (cárteles) los realiza la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (INICAPMAPR). También existe la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas (INICCE), la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, y por último la Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia, que lleva a cabo estudios de mercado y otras acciones para promover la competencia.

2.1.3. Organismo tomador de decisiones

Las intendencias de la SCPM realizan las investigaciones y, una vez completadas, la CRPI toma las decisiones. Las decisiones de la CRPI están sujetas a recursos ante el Superintendente de Control del Poder de Mercado, así como ante tres instancias externas: tribunales civiles, la Corte Nacional de Justicia, y la Corte Constitucional.

Ni la LORCPM así como tampoco el RLORCPM regulan a detalle la CRPI. La CRPI cuenta con tres comisionados, que designa el Superintendente de Control del Poder de Mercado, quien también elige quién de los tres es el presidente. El presidente convoca y dirige las sesiones de la CRPI y debe proporcionar al Superintendente de Control del Poder de Mercado un informe mensual sobre los casos que ha manejado el organismo.

Los actores interesados han dicho a la OCDE que la CRPI debe reunirse una vez por semana y que también puede celebrar reuniones extraordinarias. Una vez que la CRPI recibe el expediente, uno de los comisionados es puesto a cargo del caso (relator). El relator se encarga de notificar a las partes interesadas, garantizar el cumplimiento de los plazos de procedimiento y preparar el expediente, que consta de todos los documentos pertinentes para decidir sobre el caso. Las decisiones de la CRPI se adoptan por mayoría, es decir, requieren al menos dos de los tres votos. Este procedimiento está regulado por el documento, Reglamento Interno de la CRPI, publicado por primera vez en 2013 y modificado dos veces en 2019.

Los actuales comisionados son dos abogados (incluido el presidente) y un economista, en funciones desde agosto de 2019. La Comisión también tiene una secretaria, un abogado de apoyo y un asistente administrativo.

Los actores interesados han señalado su preocupación por la independencia de los comisionados del Superintendente de Control del Poder de Mercado. El Superintendente elige a los comisionados y también puede destituirlos libremente. Además, no hay ninguna regulación que asegure la independencia de la CRPI. Por lo

tanto, los comisionados pueden tener incentivos para actuar de acuerdo con los intereses de la autoridad de la SCPM. Esto puede ser problemático, dado que el Superintendente dirige los órganos de investigación de la SCPM, las direcciones, y la CRPI es el órgano de decisión. Debe promulgarse un reglamento que proteja la independencia de la CRPI, asegurando que los miembros de la CRPI sólo puedan ser retirados por motivos justificados y razonables.

La LORCPM es estricta en cuanto a los términos y plazos de las investigaciones (especialmente con las notificaciones en las operaciones de fusión) y se ha observado que los comisionados de la CRPI tal vez no tengan ni el tiempo, ni el personal, ni los recursos para estudiar los casos a fondo y así tomar decisiones plenamente informadas. Los actores interesados han observado una aceptación general de las recomendaciones de las direcciones, lo que puede deberse a la falta de tiempo y recursos que impiden un examen a fondo de los expedientes. Se debería conceder a la CRPI más recursos y tiempo para que pueda cumplir su mandato.

2.1.4. Nombramientos y destituciones

Superintendente de la SCPM

La autoridad de la SCPM es el Superintendente. Han existido tres Superintendentes desde que se creó el puesto en 2012. La primera autoridad fue el Sr. Pedro Páez, quien completó su periodo de 5 años bajo la presidencia de Correa en 2017. Posteriormente, el puesto lo tuvo el Sr. Christian Ruiz, aunque de manera temporal, hasta el nombramiento del actual superintendente, el Sr. Danilo Sylva, como permanente en noviembre de 2018.

El proceso de nombramiento del presidente se encuentra regulado por la Constitución y la LORCPM²⁷ y consiste en cinco fases. Primero, el Presidente de Ecuador presenta a 3 candidatos. De conformidad con la LORCPM, los candidatos necesitan ser ecuatorianos, contar con un grado de maestría o doctorado en materias relacionadas a la competencia económica y por lo menos 10 años de experiencia profesional. En segundo lugar, el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (CPCCS) verifica que los candidatos cumplan los requisitos y que no cuenten con impedimentos o conflictos que les descalifiquen. Tercero, se publican los nombres de los candidatos. Cuarto, durante los siguientes 5 días posteriores a la publicación, los ciudadanos pueden interponer impugnaciones, de manera individual o colectiva ante el CPCCS por falta de probidad o idoneidad, incumplimiento con los requisitos o la existencia de descalificaciones enumeradas en la Constitución. Cualquier impugnación se debe fundamentar y acompañarse de la documentación de

²⁷ Véase el art. 213 de la Constitución de 2008 y el art. 43 de la LORCPM.

respaldo. El pleno del CPCCS emite una decisión en cinco días. Quinto, el Superintendente de Control del Poder de Mercado es nombrado por el CPCCS, por un periodo de cinco años, el cual se puede renovar una ocasión por otros 5 años.

Los actores interesados han observado que el proceso de nombramiento del superintendente de la SCPM es excesivamente complejo y puede hacer que solicitar el puesto sea menos atractivo.

Los motivos de destitución del superintendente de la SCPM se establecen en la LORCPM y son: una condena penal definitiva; la aparición de una incompatibilidad posterior (como el incumplimiento de los requisitos durante el ejercicio del cargo); la incapacidad mental o física; y el juicio político siguiendo el procedimiento establecido en la Constitución de Ecuador.²⁸

Para iniciar el proceso de destitución, por lo menos un cuarto de los miembros de la Asamblea Nacional debe solicitar la destitución del Superintendente de Control del Poder de Mercado e interponer un recurso debido a una violación de la Constitución y la ley. Esto se encuentra regulado en la Constitución y la Ley Orgánica de la función legislativa.²⁹ La destitución requiere ser decidida por la mayoría de los miembros de la Asamblea Nacional.

Este sistema podría hacer que el proceso de despido sea político: la decisión de iniciar el proceso y despedir al Superintendente de Control del Poder de Mercado recae en la Asamblea Nacional. El Superintendente de Control del Poder de Mercado puede proporcionar evidencia verbal o por escrito en su defensa durante el proceso de destitución, pero el inicio del proceso y la decisión que adopte la Asamblea no puede impugnarse (a menos que se alegue una violación al derecho constitucional). No participa ningún organismo técnico o no político, como un tribunal. El escaso número de representantes de la Asamblea Nacional necesarios para iniciar el proceso hace posible que se pueda iniciar fácilmente un proceso de destitución o que se utilice por razones políticas. Ecuador debe estar atento a que no haya un proceso de impugnación contra el Superintendente de Control del Poder de Mercado por motivos políticos.

De acuerdo con el artículo 47 de la LORCPM, los funcionarios públicos que dejan la SCPM no pueden ejercer actividades profesionales en áreas asociadas al cumplimiento de la competencia durante un año. Queda exento el personal administrativo que no tuvo acceso a la información relacionada al caso.

²⁸ Véase el artículo 45 de la LORCPM.

²⁹ Véase el artículo 131 de la Constitución de 2008.

Autoridades de segundo y tercer nivel

Los gerentes de segundo y tercer nivel de la SCPM son seleccionados a partir de una lista de tres candidatos que proporciona la autoridad de la SCPM. La Dirección Nacional de Administración de Talento Humano de la SCPM elige el candidato más apropiado, teniendo en cuenta los perfiles de los candidatos. La Dirección considera criterios como antecedentes académicos y experiencia profesional.

El Superintendente de la SCPM puede destituir libremente a profesionales de segundo y tercer nivel de sus funciones. En el pasado, esto ha sucedido con mucha frecuencia - en cuatro años, 104 funcionarios de segundo y tercer nivel han sido despedidos. Esto puede haber sido negativo para el CPMM, ya que la significativa rotación de los empleados del CPMM impide que el CPMM construya conocimiento y experiencia y mejore su desempeño a lo largo del tiempo. La memoria institucional puede perderse cuando se cambian los puestos clave, en particular si la gestión de los conocimientos y el archivo no son sólidos.

Tabla 1. Destitución de empleados de la SCPM por nivel

Nivel	Cargo	2019	2018	2017	2016
Segundo	Intendencia General	1	4	2	4
Tercero	Comisión de Resolución de Primera Instancia	4	0	0	1
	Intendencia Nacional y Regional	7	12	3	6
Cuarto	Directores	11	17	19	13
Total		23	33	24	24

Fuente: información proporcionada por la SCPM a la OCDE.

2.1.5. Recursos de la SCPM

Presupuesto

La SCPM, como parte de sus procesos, cobra honorarios (por notificaciones de las concentraciones) y multas (por violaciones a la ley de competencia). Estos honorarios y multas no se incluyen dentro del presupuesto de la SCPM, pero, al igual que todos los recursos recolectados por las entidades públicas en Ecuador, se transfieren a una sola cuenta de tesorería y se convierten en parte del presupuesto general estatal (PGE).

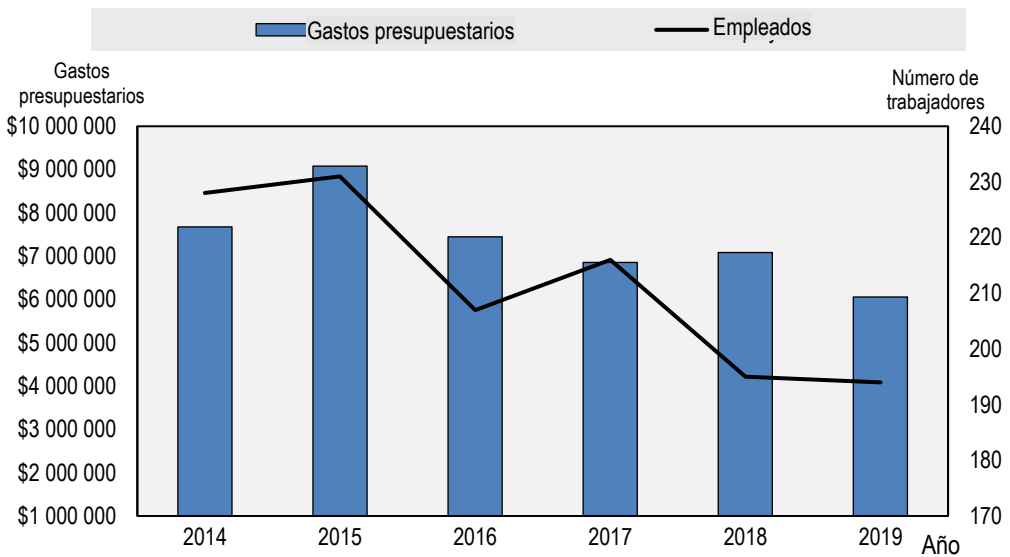
El presupuesto anual de la SCPM depende del Ministerio de Economía y Finanzas; forma parte de la Función de Transparencia y Control Social y está determinado por el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas. Los recursos asignados a todas las instituciones que conforman la Función de Transparencia y Control Social representan sólo el 0.77% del presupuesto nacional.

La SCPM realiza una proyección presupuestaria institucional cada año fiscal, incluyendo los gastos necesarios para su gestión, y la envía al Ministerio de Economía y Finanzas, que determina los límites máximos del presupuesto. El ministerio valida y consolida las proyecciones de todas las instituciones del sector público, las cuales envía a la Asamblea Nacional para la aprobación del presupuesto general del Estado, de acuerdo con la situación económica del país.

Como se ilustra en la Figura 3, el presupuesto de la SCPM ha estado reduciéndose desde el 2014, en particular debido a la política de austeridad del Gobierno y ha causado una reducción en los empleados de la institución.

Los funcionarios de la SCPM expresaron su preocupación a la OCDE sobre la difícil situación económica que enfrenta el país, la cual podría conducir incluso a mayores reducciones presupuestarias para la SCPM en los próximos años (o meses).

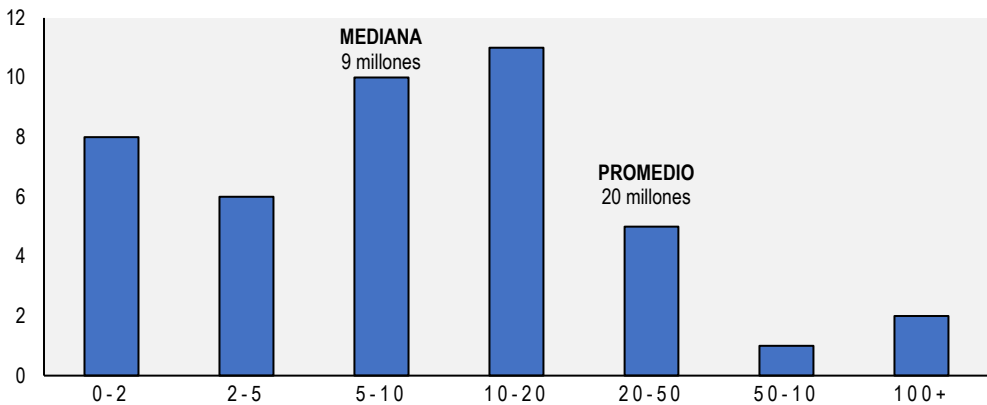
Figura 3. Evolución de los empleados y el presupuesto de la SCPM



Fuente: OCDE con datos proporcionados por la SCPM.

El presupuesto de la SCPM es relativamente bajo para los estándares internacionales. Según la CompStats³⁰ de la OCDE, la media del valor de los presupuestos de las autoridades de competencia es EUR 9 millones (alrededor de USD 10.6 millones).³¹ El presupuesto promedio es aún más alto, EUR 20 millones, pero esa cantidad está algo sesgada por un número de autoridades más grandes. Además, entre 2015 y 2018, el presupuesto medio de las autoridades de la competencia, en términos nominales, aumentó aproximadamente un 1%, cuando se eliminaron los efectos del tipo de cambio.

Figura 4. Distribución de los presupuestos de las autoridades de competencia



Nota: Basándose en las 43 autoridades en la base de datos de CompStats que proporcionaron datos presupuestarios por 4 años únicamente para las actividades de competencia.

Fuente: Base de datos CompStats de la OCDE.

³⁰ CompStats de la OCDE incluye datos de alrededor de 55 jurisdicciones. En las Américas: Argentina, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, El Salvador, México, Perú y Estados Unidos. En la región Asia-Pacífico: Australia, Brasil, China Taipéi, India, Indonesia, Japón, Corea y Nueva Zelanda. En Europa: Austria, Bélgica, Bulgaria, Croacia, República Checa, Dinamarca, Estonia, Unión Europea, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Islandia, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Noruega, Polonia, Rumania, Portugal, República Eslovaca, Eslovenia, España, Suecia, Suiza y Reino Unido. En otras regiones: Egipto, Israel, Kazajistán, Federación Rusa, Sudáfrica, Turquía y Ucrania. La información de CompStats de la OCDE se compila en la publicación de la OCDE (2020), OECD Competition Trends 2020 [tendencias de competencia 2020], disponible en: <http://www.oecd.org/daf/competition/OECD-Competition-Trends-2020.pdf>.

³¹ Conversión hecha el 3 de septiembre de 2020.

Históricamente, el Ministerio de Economía y Finanzas ha asignado a la SCPM un presupuesto inferior al solicitado. Por ejemplo, en 2019, a la SCPM se le asignó únicamente el 60% de su presupuesto solicitado de USD 10 millones. En respuesta a esta reducción, la SCPM tuvo que realizar un proceso de ajuste considerando las guías publicadas por el Ministerio de Economía y Finanzas, la necesidad de garantizar los pagos salariales de los empleados de la SCPM y pagar los gastos operativos y administrativos (como renta, mantenimiento de bienes, equipos y vehículos, seguros y sistemas de TI e internet).

El presupuesto, asignado por el Ministerio cada año en el mes de enero, también se puede modificar durante el año. En la práctica, esto ha ocurrido (disminuyéndolo) casi cada año desde la creación de la SCPM, como parte de los recortes horizontales solicitados por las entidades del sector público en Ecuador por parte del Gobierno. Estas modificaciones a mediados de año obligan a la SCPM a reducir su gasto, cuyo nivel ya se había calculado basándose en la ley presupuestaria aprobada (y que con frecuencia es menor al monto solicitado). En otras palabras, el presupuesto se reduce dos veces. Estas reducciones, especialmente las que se producen a mediados del año fiscal, impiden al SCPM planificar adecuadamente.

Ecuador debe incrementar el presupuesto de la SCPM para alinearse con los estándares internacionales. Además, Ecuador debe garantizar que las reducciones presupuestarias semestrales solo se realicen cuando sea estrictamente necesario y que sean proporcionales y no discrecionales.

Una vez establecida la asignación presupuestaria de la SCPM, se propone un plan operativo anual (POA). El POA es analizado y aprobado por el Superintendente de Control del Poder de Mercado para los gastos, de acuerdo con las necesidades institucionales. En 2019, el presupuesto asignado fue de USD 6,060,374, de los cuales el 66% fue para salarios de personal, el 32.6% para gastos de bienes y servicios, y el 0.77% para otras actividades. Estos gastos pueden modificarse durante el año debido a necesidades presupuestarias imprevistas. La SCPM no requiere ninguna otra autorización para pagar los gastos del presupuesto asignado; sin embargo, son auditados por el contralor General del Estado, para garantizar el uso apropiado de los recursos públicos.

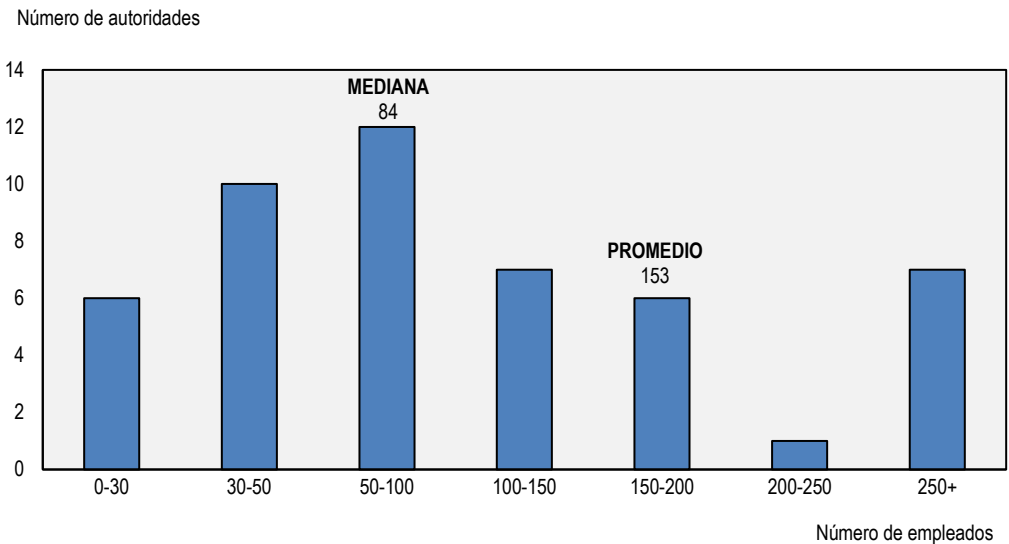
Empleados: número y nivel educativo

En la actualidad la SCPM cuenta con 194 empleados de tiempo completo. No obstante, menos de la mitad (48%) están asignados a actividades de competencia centrales de la agencia; el resto (52%) es personal administrativo de apoyo (véase la Tabla 2). Los actores interesados dicen que el número de personal de apoyo es tan elevado debido en parte a la rigidez de la reglamentación ecuatoriana, que impide la contratación externa de ciertas actividades. Por ejemplo, la SCPM emplea a 16 conductores, un número que no puede ser disminuido por la SCPM. Esto es

problemático, ya que significa que los gastos de personal no pueden utilizarse de manera eficiente.

El número de empleados en la SCPM parece estar en línea con las normas internacionales, si deducimos el exceso de personal de apoyo. Según los CompStats de la OCDE, la media de empleados en las autoridades de competencia es de 84 y la media, también sesgada debido a las grandes autoridades de competencia, es de 153.

Figura 5. Números de personal en agencias de competencia, 2018



Nota: Basándose en las 49 jurisdicciones que proporcionaron datos para los 4 años.

Fuente: Base de datos CompStats de la OCDE.

Sin embargo, la asignación de los empleados que trabajan en la competencia por parte de la dirección parece no ser óptima. La Intendencia Nacional de Investigación y Control Abuso de Poder de Mercado y Acuerdos Restrictivos (INICAPMAPR) tiene 11 empleados (cinco en acuerdos restrictivos y seis en abuso de dominancia) y la Intendencia Nacional de Concentraciones Económicas (INICCE) 9, mientras que la Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia (INAC) tiene 18. Esto es problemático. La actividad principal de la SCPM debería ser el enjuiciamiento de los cárteles, y el examen de las fusiones es esencial para cualquier jurisdicción que tenga un sistema de control de las fusiones. Ambas actividades deberían tener prioridad sobre la promoción de la competencia, lo que significa que la INICAPMAPR (en particular con relación a los cárteles) y la INICCE deberían contar con más recursos humanos de los que tienen actualmente. La SCPM es consciente de la falta de recursos, en particular en el caso del INICAPMAPR.

Tabla 2. Personal y salarios de la SCPM del 2019

Clasificación	Área o unidad	Abogados y economistas	Otros	Sin educación de posgrado	Personal total por unidad	Personal total	Gasto salarial (USD)
Operaciones de valor añadido (competencia)	Comisión de Resolución de Primera Instancia	6	0	0	6	93	2 093 379
	Intendencia General Técnica	1	0	0	1		
	Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales	8	0	1	9		
	Unidad de Gestión Documental	3	1	0	4		
	Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas	11	1	1	13		
	Intendencia Nacional de Investigación y Control de Concentraciones Económicas	6	2	1	9		
	Intendencia Nacional Jurídica	9	1	1	11		
	Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia	7	10	1	18		
	Oficina Regional	12	10	0	22		
	Operaciones de apoyo (administrativas y financieras)	Oficina del Superintendente de Control del Poder de Mercado	3	3	1	7	101
Intendencia General de Gestión		6	51	37	94		
Total		72	79	43	194	194	4 038 261

Fuente: OCDE, usando datos proporcionados por la SCPM

En términos de profesiones, 24% de los empleados de la SCPM son abogados, 13% son economistas, y 41% tienen otros diplomas universitarios, principalmente relaciones internacionales, administración de negocios y contaduría; 22% no cuentan con estudios universitarios (véase la Tabla 3). El equipo central del negocio en la SCPM está conformado por 45% abogados, 23% economistas, 27% otras áreas y 5% no tiene educación universitaria. El personal de apoyo incluye 4% abogados, 5% economistas, 53% otras áreas y 38% no tienen educación superior.

Tabla 3. Estudios de servidores públicos de la SCPM

Clasificación	Nivel de estudios	Abogado	Economistas	Otros	Total
Total	Solo licenciatura	23	16	53	92
	Maestría o doctorado	23	10	26	59
	Sin estudios universitarios			43	43
Operaciones de valor añadido	Solo licenciatura	22	14	15	51
	Maestría o doctorado	20	7	10	37
	Sin estudios universitarios			5	5
Operaciones de apoyo	Solo licenciatura	1	2	38	41
	Maestría o doctorado	3	3	16	22
	Sin estudios universitarios			38	38

Fuente: OCDE, usando datos proporcionados por la SCPM.

El cuarenta y siete por ciento del personal cuenta con un grado de licenciatura, mientras que el 30% también cuenta con maestría o un doctorado.

Se destacan 3 hechos de los datos presentados en la Tabla 3. Primero, el alto porcentaje de personas sin estudios superiores que son parte del personal de la SCPM. Segundo, el número total de economistas (26) y abogados (46) en la SCPM es bajo en comparación con el número total de profesionales de otras carreras (79). Tercero, la predominancia de los abogados sobre los economistas en una proporción de 92 abogados respecto a 52 economistas. Además, como se indica previamente, no existe un economista en jefe que proporcione retroalimentaciones y que coordine el enfoque económico de la SCPM. Los economistas de la SCPM deben ser aumentados y se debe nombrar un economista jefe.

De acuerdo con la SCPM, en la actualidad no se pueden contratar asesores externos como resultado de las circulares MEF-VGF-2020-0003-C del 16 de abril de 2020 y MEF-SP-2020-0002 del 20 de abril de 2020, publicadas por el Gobierno a raíz de la pandemia del Covid-19, en las que se prohíben las nuevas contrataciones, con pocas excepciones.

Salarios y orientación profesional

Los salarios de la SCPM los determina la Escala de Remuneraciones del Sector Público del Ministerio del Trabajo, que clasifica todos los empleados públicos en más de una docena de grados de pago, y por consiguiente son equivalentes a los salarios de otras instituciones públicas. Por ejemplo, el salario recibido por el Superintendente de Control del Poder de Mercado es igual al salario de un ministro de Estado.

Los salarios de los empleados de nivel inicial del sector público son competitivos en comparación con los del sector privado. A medida que los empleados aumentan sus conocimientos y experiencia y ascienden en la jerarquía, la diferencia de remuneración entre el sector público y el privado aumenta, en favor de este último. Los puestos de nivel medio, por ejemplo, ganan un poco menos que sus equivalentes en el sector privado, mientras que para los puestos superiores los salarios no son competitivos en comparación con el sector privado. Además, en los últimos cinco años, como resultado de los recortes presupuestarios del Estado, los salarios más altos en la SCPM han ido disminuyendo, incluso en términos nominales. Esto es problemático, ya que hace más difícil mantener el talento dentro de la SCPM y atraerlo desde el exterior. El salario más bajo no parece ser compensado por un plan de carrera atractivo.

Lo anterior puede resultar en una alta rotación de personal en la SCPM. En promedio, los empleados de la SCPM invierten 43 meses en la institución; los cargos con el grado más alto de pago duran en promedio solo 18 meses (Tabla 4). Esto ha dejado a la agencia con una fuerza laboral relativamente inexperta y ha obstaculizado el crecimiento de la experiencia y el conocimiento institucional.

Se debe reconsiderar la remuneración de los puestos senior para mejorar el atractivo de la SCPM como empleador, así como la SCPM debe introducir planes de carrera creíbles.

Tabla 4. Duración promedio de empleo en la SCPM, por categorías contractuales

Categoría de contrato	Duración promedio (meses)
Grado de pago más alto	18
Permanente	55
Provisional	28
Servicios ocasionales	20
Código de trabajo (asistentes y conductores)	69
Tiempo total promedio para los trabajadores de la SCPM	43

Fuente: OCDE, usando datos proporcionados por la SCPM.

2.1.6. Priorización y planificación de la SCPM

La SCPM identifica sistemáticamente las prioridades para sus futuras acciones, utilizando una herramienta de planificación interna denominada Sistema de Planificación, Seguimiento y Evaluación (SIPLASE). La herramienta define los objetivos tácticos y operativos de la SCPM y establece indicadores y metas para su monitoreo y evaluación. Estos objetivos deben alinearse con el Plan Nacional de Desarrollo, que establece el marco para las políticas, los programas y los proyectos públicos, así como también la preparación y ejecución del presupuesto nacional.

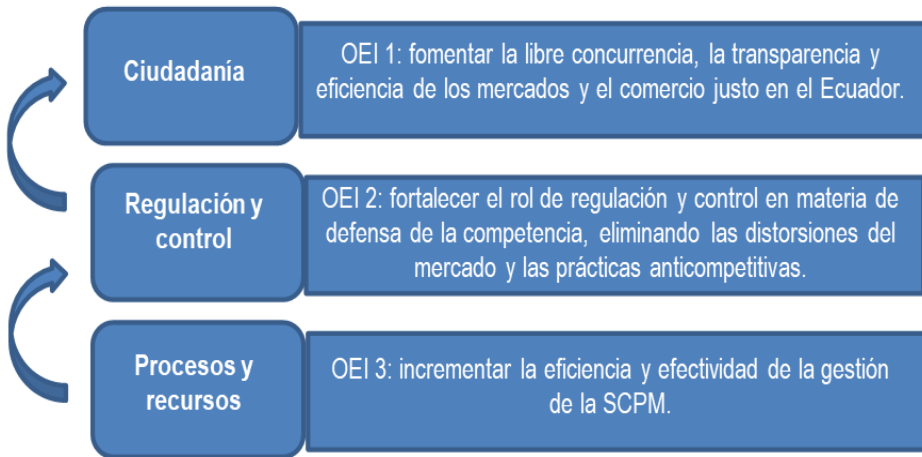
El SIPLASE cuenta con 4 niveles de planificación: 1) planificación institucional estratégica, la cual se elabora cada cuatro años de acuerdo con el Plan Nacional de Desarrollo y determina los objetivos estratégicos institucionales (OEI) a un mayor plazo;³² 2) planificación táctica, anualmente a cargo de la Intendencia General Técnica y la Intendencia General de Gestión; 3) planeación específica, a cargo de la CRPI y la Intendencia Nacional y Regional; y 4) planificación operacional, la cual elabora las Intendencias, incluyendo la IGT, y las oficinas regionales incluyen la elaboración del plan operacional anual (POA).

Los OEI de la SCPM para los años entre 2018 y 2021 destacan que el programa de austeridad del país ha llevado a que el presupuesto asignado a la agencia sea “insuficiente, con lo que limita el cumplimiento de las metas”. A pesar de esto, el documento evaluó el nivel de cumplimiento con los OEI del período de 4 años previo (2014-2017) en 97.83%. Los actuales OEI establecen tres estrategias y metas principales (Figura 6); ninguna se refiere a incrementar el número de investigaciones de cárteles o priorizar mercados específicos.

³² Véase los OEI de la SCPM para el periodo 2014-2017, disponible en <https://www.scpm.gob.ec/images/planificacion-institucional/Plan-Estrategico-SCPM-2014-2017.pdf#>.

Véase los OEI de la SCPM par el periodo [sic] y para el periodo 2018-2021, disponible en https://www.scpm.gob.ec/images/planificacion-institucional/PLAN-APROBADO_v2_2018-2021.pdf

Figura 6. Objetivos estratégicos institucionales de la SCPM (OEI) para el periodo 2018-2021

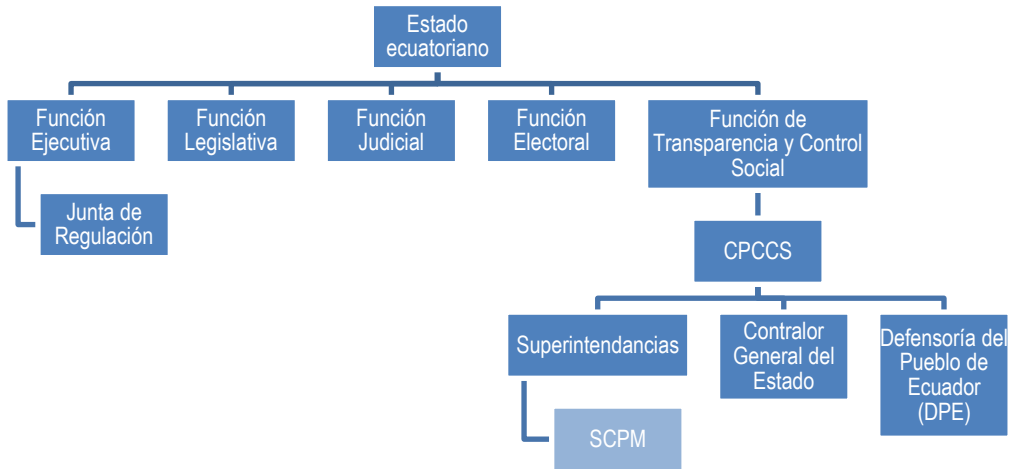


Fuente: Plan Estratégico Institucional de la SCPM 2018-2021.

La SCPM mencionó a la OCDE que tenía 3 prioridades: 1) producir estudios analíticos “*serios y confiables*”; 2) incrementar la eficiencia operacional; y 3) mejorar la “*creación de precedentes en la ley de competencia*”. La última prioridad parece de particular importancia debido a que implica un compromiso por parte de la agencia para realizar investigaciones y tomar decisiones que no tengan defectos a nivel procedimiento, que sean analíticamente robustas y bien fundamentadas para que sean capaces de resistir los desafíos legales. Como se explica en la Sección 3, esto resulta crucial: solo unos cuantos casos se han completado con éxito dentro de la SCPM y han sido confirmados por los tribunales. Esta falta de éxito en la aplicación de la ley ha tenido repercusiones: durante la investigación, los interesados del sector privado indicaron que las empresas no se toman los riesgos del derecho de la competencia con suficiente seriedad.

2.1.7. Interacciones de la SCPM con otros organismos públicos

La SCPM participa con múltiples instituciones públicas en el ejercicio de sus funciones, incluyendo, importantemente, al Consejo de Regulación, al CPCS, al Contralor General del Estado y el SERCOP.

Figura 7. Funciones del Estado ecuatoriano y otras instituciones

Fuente: OCDE

Junta de Regulación

La Junta de Regulación es parte del Poder Ejecutivo; vigila las políticas y las regulaciones del área de incumbencia de la LORCPM. Tiene 3 miembros principales: 1) la autoridad más alta de la Secretaría Técnica para la Planificación; 2) el Ministerio de Economía y Finanzas; y 3) el Ministerio de Industrias y Productividad. El Superintendente de Control del Poder de Mercado puede estar presente en las reuniones de la Junta de Regulación, pero no puede votar.

La Junta puede promulgar reglas generales en materia de competencia. La LORCPM establece que el Superintendente de Control del Poder de Mercado también puede preparar y aprobar regulaciones generales técnicas en competencia e instrucciones sobre la ley de competencia y emitir decisiones generales, guías y regulaciones internas relativas a la operación de la SCPM.³³ No obstante, las regulaciones de la Junta anulan las regulaciones de la SCPM. La SCPM debe notificar a la Junta de Regulación sobre la aplicación y el uso correcto de las reglas generales emitidas por la Junta de Regulación, cada 6 meses o cuando la Junta lo requiera.

La Junta de Regulación se conformó para separar la función de redacción de proyectos de regulaciones (conferida a la Junta de Regulación) de aquella del cumplimiento de la ley de competencia (conferida a la SCPM). Además, se pensó que

³³ Véase el artículo 44, numerales 6 y 16.

garantizaría la coherencia del marco legal, ya que la Junta es responsable de todas y cada una de las regulaciones estatales, salvo de la LORCPM y el RLOCPM.

Sin embargo, la Junta de Regulación no ha estado operando de manera correcta y su relación con la SCPM ha sido casi inexistente. De hecho, solo ha existido una reunión en los últimos dos años. La Junta carece de especialistas en competencia y sus miembros participan en alrededor de otros 80 organismos colegiados y se encuentran sobrepasados. Adicionalmente, en la misión para determinar los hechos, los actores interesados indicaron que la dependencia de la Junta en el Poder Ejecutivo podría amenazar la autonomía de la SCPM, que depende de las regulaciones de la Junta.

Las facultades más importantes otorgadas a la Junta de Regulación se estipulan en el Artículo 42 del RLOCPM:

- Expedir actos normativos para la aplicación de la Ley, sin que dichos actos normativos puedan alterar o el RLOCPM;
- Expedir los criterios para determinar los mercados relevantes;
- Expedir criterios para la evaluación de las prácticas tipificadas en la Ley;
- Autorizar la ayuda estatal;
- Determinar los criterios para la aplicación de la regla de mínimos en materia de acuerdos y prácticas restrictivas;
- Fijar el umbral de volumen de negocios que requiere que una transacción se notifique ante la SCPM;
- Establecer la cantidad que, en caso de ser excedida, requiere la notificación de la ayuda del Estado a la SCPM;
- Coordinar y promover la cooperación internacional;
- Emitir recomendaciones sobre las políticas de precios dirigidas a ayudar a la población, así como para la protección de la producción nacional y su sustentabilidad;
- Celebrar acuerdos de cooperación con las agencias de regulación y control o los órganos del poder públicos competentes para emitir regulaciones sectoriales;
- Establecer la metodología para calcular las multas y la aplicación de compromisos.

La LORCP duplica funciones a través de la SCPM y la Junta Regulatoria respecto a la publicación de regulaciones relativas a la competencia; el RLOCPM no soluciona esta duplicación de funciones. Varios actores interesados destacaron la

necesidad de aclarar las facultades tanto de la SCPM como de la Junta de Regulación. Parece razonable designar a la SCPM como la única entidad emisora de nuevas regulaciones relativas a la competencia, dejando a la Junta de Regulación como el organismo para interponer las quejas sobre las normas dictadas por la SCPM, o, si se elige una medida más exhaustiva, simplemente eliminar la capacidad de la Junta Regulatoria para establecer reglas.

Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (CPCCS)

El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (CPCCS) es una entidad autónoma que dirige la Función de Transparencia y Control Social de la República del Ecuador. Es responsable de nombrar a los directores en la Defensoría del Pueblo de Ecuador, la oficina del Contralor General Estatal, y las superintendencias ecuatorianas. El CPCCS está a cargo del proceso de nombramiento del Superintendente de Control del Poder de Mercado a partir de una lista de 3 candidatos elegidos por el presidente.

El CPCCS fue creado por la Constitución de 2008 como una forma de evitar la influencia política en el proceso de nombramiento de los servidores civiles de alto nivel. El mecanismo supuestamente consideraba los nombramientos realizados únicamente por méritos de los candidatos. No obstante, los actores interesados observaron que desde su creación el CPCCS se ha convertido en una entidad partidista.

Servicio Nacional de Contratación Pública

El Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP) es el organismo rector, técnico y regulador de las compras públicas en Ecuador. Tiene autonomía y se rige por la Ley Orgánica de Compras Públicas.

Debido al papel protagónico que desempeña el Estado en la economía ecuatoriana, como se señala en la Sección 1.1, el SERCOP maneja presupuestos particularmente elevados. Durante el año 2019, manejó un monto equivalente al 5.5% del PIB.³⁴ Aproximadamente 3 500 entidades contratantes utilizan la plataforma tecnológica de contratación gestionada por SERCOP. Además, SERCOP tiene actualmente alrededor de 75 000 proveedores activos.

El Artículo 41 del RLORCPM establece que la SCPM “*podrá implementar sistemas y mecanismos de monitoreo de los procesos de contratación y subcontratación realizados por operadores económicos contratantes del Estado, con*

³⁴ Estos datos fueron proporcionados por los funcionarios del SERCOP durante el proceso de investigación.

el fin de vigilar que se observen y apliquen los principios, derechos y obligaciones consagrados en la Ley.”

Esto permite controlar a la SCPM de compras realizadas por el estado y administradas por el SERCOP, así como el control de las investigaciones ex post en posibles comportamientos anticompetitivos.

Con base en las quejas de terceros o *de oficio*, el SERCOP puede revisar los procesos de contratación, utilizando un programa computacional con una matriz de riesgos con una serie de variables como la duración o los precios. Cuando se detectan prácticas sospechosas que parecen ser anticompetitivas, el SERCOP primero consulta con la entidad contratante para obtener una justificación. Si la explicación no es satisfactoria (o si no se proporciona en absoluto), entonces el SERCOP recomienda que la entidad contratante suspenda las compras públicas (o declara nulo el proceso). Posteriormente, el proceso de compras públicas se suspende hasta que ha sido revisado de manera exhaustiva. Segundo, el SERCOP elabora una queja confidencial a la SCPM, para que de tal forma la agencia de competencia pueda iniciar una investigación si la considera necesario.

Los actores interesados han indicado que el cumplimiento en el contexto de las compras públicas podría mejorarse. Parece que no hay muchas investigaciones como resultado de las denuncias de la SERCOP. Esta situación podría beneficiarse de una mayor cooperación entre el SERCOP y la SCPM, en particular para que la SCPM reciba datos de la SERCOP sobre las compras públicas en una base regular y frecuente y que la SCPM capacite a los funcionarios de la SERCOP en leyes de competencia, de conformidad con la Recomendación del Consejo de la OCDE sobre Combate a la colusión en contrataciones públicas.³⁵ La SCPM podría apoyarse en las

³⁵ En particular la recomendación II que estipula que las autoridades de competencia deben:

“1. Asociarse con organismos de contratación pública para producir material impreso o electrónico sobre indicadores de fraude y colusión para distribuir a cualquier individuo susceptible de gestionar y/o facilitar financiaciones públicas;

2. Prestar u ofrecer apoyo a los organismos de contratación pública para capacitar a los funcionarios, auditores e investigadores del ámbito de la contratación pública, en todos los niveles de gobierno, sobre las técnicas de identificación de los comportamientos sospechosos y los patrones de presentación de ofertas inusuales que puedan ser señales de colusión; y

3. Crear una relación continua con los organismos de contratación pública de manera que, en caso de que los mecanismos de prevención no puedan proteger a los fondos públicos de la colusión de terceros, tales organismos informen de la sospecha de colusión a las autoridades de competencia (entre otras autoridades competentes) y tengan la certeza de que las

recomendaciones sobre cooperación de las autoridades en materia de competencia y compras públicas que realiza el Secretariado de la OCDE en los estudios sobre competencia nacionales de las reglas y prácticas ejercidas en materia de compras públicas.³⁶

Contralor General

La Contraloría General del Estado fiscaliza la correcta gestión de los recursos públicos gastados por la SCPM y, de manera más general, vela por que las instituciones públicas cumplan sus respectivos reglamentos y desarrollen sus actividades en el marco de la ley.

En el contexto de la política de competencia, el Contralor General puede exigir que la SCPM exponga las razones por las que ha decidido no apelar las decisiones judiciales desfavorables (para la SCPM), como las sentencias de primera instancia que anulan las decisiones de la SCPM. Por lo tanto, para evitar ser criticado por no tomar medidas para defender el interés público, la SCPM tiende a presentar todos los recursos, incluso si tienen pocas posibilidades de éxito, por ejemplo, en casos donde el tribunal de primera instancia haya encontrado defectos en los procedimientos de las investigaciones, que ningún argumento de la SCPM en la apelación puede explicar o remediar de manera convincente.

La SCPM y el Contralor General deben aclarar que la SCPM juzgar en última instancia si una apelación es apropiada y si su presentación constituye un buen uso de sus recursos.

2.2. El marco legal sustancial

2.2.1. Alcance de la ley de competencia

El Artículo 2 de la LORCPM establece que “todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas están sometidos a las disposiciones de la presente Ley.” Esto incluye asociaciones comerciales, compañías propiedad del Estado y autoridades estatales.³⁷

autoridades de competencia ayudarán a investigar y procesar cualquier conducta anticompetitiva”.

³⁶ Véase www.oecd.org/competition/cartels/fightingbidrigginginpublicprocurement.htm.

³⁷ Respecto a las asociaciones comerciales, la ley establece en su artículo 77 reglas específicas para cargar una multa a dichas entidades. si la asociación comercial no paga la multa, la SCPM

Hasta ahora la SCPM no ha impuesto ninguna sanción sobre las compañías estatales o sobre las autoridades estatales, aunque ha investigado (por ejemplo, la compañía de telecomunicaciones CNT) y ha llevado a cabo estudios de mercado que incluyen compañías de esta naturaleza (como la aerolínea nacional TAME EP).

La LORCPM también se aplica a los operadores económicos que operan fuera del territorio ecuatoriano si sus acciones, actividades o acuerdos producen o podrían producir efectos perjudiciales en Ecuador.

La ley ecuatoriana prevé sanciones administrativas, no criminales para las violaciones de la ley de competencia.

2.2.2. *Abuso de poder del mercado*

Los artículos 9 y 10 de la LORCPM prohíben el abuso de poder del mercado y el abuso de poder del mercado en una situación de dependencia económica, respectivamente. Tanto el artículo 9 como el artículo 10 se basan en el artículo 7, que define el poder del mercado como la “*capacidad de los operadores económicos para influir significativamente en el mercado*” y de actuar de manera independiente sin que otros operadores del mercado, ya sean competidores, proveedores o clientes, lo restrinjan.

Abuso de poder de mercado (Artículo 9 de la LORCPM)

El primer párrafo del artículo 9 de la LORCPM establece una prohibición general para el abuso de un poder de mercado que estipula que el abuso surge cuando uno o más operadores económicos, con base en su poder del mercado, afectan, restringen, falsifican o distorsionan la competencia, la eficiencia o el bienestar general. Por tanto, existen dos condiciones para llevar a cabo las sanciones: primero, el poder de mercado y segundo su abuso. La simple existencia del poder de mercado, como un elemento estructural, no constituye una infracción.³⁸

puede demandar el pago de la multa total de cualquiera de los operadores económicos que sean miembros de la asociación comercial. Sin embargo, También se establece que el pago de la multa dirigido a una asociación comercial no debe requerirse de las compañías que demuestren que no han aplicado la decisión por la recomendación que desencadenó la multa, que no tengan conocimiento de ella o que “*se hayan distanciado de manera activa por sí mismas*” de la asociación antes de la investigación.

³⁸ Esto se establece en el artículo 7: “*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, falsifique o distorsione la competencia, atente contra la eficiencia económica o el bienestar*”

El segundo párrafo del artículo 9 establece una lista de 23 conductas específicas que constituyen abuso de poder de mercado de acuerdo con la ley de competencia ecuatoriana.³⁹ Esta lista no es exhaustiva y, por consiguiente, otros tipos

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.”

³⁹ Las 23 conductas abusivas enumeradas en el artículo 9 son: “1) *Las conductas de uno o varios operadores económicos que les permitan afectar, efectiva o potencialmente, la participación de otros competidores y la capacidad de entrada o expansión de estos últimos en un mercado relevante, a través de cualquier medio ajeno a su propia competitividad o eficiencia.* 2) *Las conductas de uno o varios operadores económicos con poder de mercado, que les permitan aumentar sus márgenes de ganancia mediante la extracción injustificada del excedente del consumidor.* 3) *Las conductas de uno o varios operadores económicos con poder de mercado, en condiciones en que debido a la concentración de los medios de producción o comercialización, dichas conductas afecten o puedan afectar, limitar o impedir la participación de sus competidores o perjudicar a los productores directos, los consumidores y/o usuarios.* 4) *La fijación de precios predatorios o explotativos.* 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.* 6) *La discriminación injustificada de precios, condiciones o modalidades de fijación de precios.* 7) *La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación de desventaja frente a otros.* 8) *La venta condicionada y la venta atada, injustificadas.* 9) *La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación de bienes o servicios.* 10) *La incitación, persuasión o coacción a terceros a no aceptar, limitar o impedir la compra, venta, movilización o entrega de bienes o la prestación de servicios a otros.* 11) *La fijación, imposición, limitación o establecimiento injustificado de condiciones para la compra, venta y distribución exclusiva de bienes o servicios.* 12) *El establecimiento de subsidios cruzados, injustificados, particularmente agravado cuando estos subsidios sean de carácter regresivo.* 13) *La subordinación de actos, acuerdos o contratos a la aceptación de obligaciones, prestaciones suplementarias o condicionadas que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de los mismos.* 14) *La negativa injustificada del acceso para otro operador económico a redes u otra infraestructura a cambio de una remuneración razonable; siempre y cuando dichas redes o infraestructura constituyan una facilidad esencial.* 15) *La implementación de prácticas exclusorias o prácticas explotativas.* 16) *Los descuentos condicionados, tales como aquellos conferidos a través de la venta de tarjetas de afiliación, fidelización u otro tipo de condicionamientos, que impliquen cualquier pago para acceder a los mencionados descuentos.* 17) *El abuso de un derecho de propiedad intelectual, según las disposiciones contenidas en instrumentos internacionales, convenios y tratados celebrados y ratificados por el Ecuador y en la ley que rige la materia.* 18) *La implementación injustificada de acciones legales que tenga por resultado la restricción del acceso o de la permanencia en el mercado de competidores actuales o potenciales.*

de conducta también pueden constituir una infracción, siempre y cuando se cumplan las condiciones de la cláusula general (poder del mercado y su abuso). Para ciertos actores interesados, la lista es excesivamente larga y contiene duplicaciones y redundancias. Muchos de los 23 comportamientos de la lista nunca han sido invocados en un caso concreto.

Además, resulta inconsistente el lenguaje que utiliza la LORCPM para las conductas enumeradas. Para algunas conductas, requiere que sean “*injustificadas*” (p. ej., márgenes crecientes), pero algunas otras no (p. ej., precios abusivos). Resulta poco clara cuál es la razón detrás de esta diferencia. Se debe aclarar, simplificar y armonizar la lista a través de diversos ejemplos de conductas ilegales.

El artículo 78 de la LORCPM clasifica las infracciones de la LORCPM entre leves, graves y muy graves, para los propósitos de la determinación de multas. Este artículo establece el abuso de poder de mercado tipificado en el artículo 9 como una infracción muy seria cuando 1) produce efectos altamente dañinos para el mercado y los consumidores y 2) la participación del mercado del operador infractor está cerca del monopolio o disfruta de derechos especiales o exclusivos. En los casos en que cualquiera de estas dos condiciones se cumpla, el abuso de poder de mercado corresponde a una infracción grave.

Abuso dependencia económica (artículo 10 de la LORCPM)

El artículo 10 de la LORCPM prohíbe la explotación de la dependencia económica de clientes o proveedores. Para que el artículo entre en vigor, deben cumplirse cuatro condiciones: poder de mercado, dependencia económica, ausencia de alternativas equivalentes para el cliente o el proveedor y abuso o explotación.

El artículo 10 presenta una lista de cuatro casos concretos de abuso del poder de mercado en una situación de dependencia económica, todos ellos en relaciones verticales.

19) Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados. 20) La fijación injustificada de precios de reventa. 21) Sujetar la compra o venta a la condición de no usar, adquirir, vender o abastecer bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero. 22) Aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica. 23) La imposición de condiciones injustificadas a proveedores o compradores, como el establecimiento de plazos excesivos e injustificados de pago, devolución de productos, especialmente cuando fueren perecibles, o la exigencia de contribuciones o prestaciones suplementarias de cualquier tipo que no estén relacionados con la prestación principal o relacionadas con la efectiva prestación de un servicio al proveedor.”

De acuerdo con el artículo 10 de la LORCPM, el abuso puede consistir en:

- “1) La ruptura, aunque sea de forma parcial, de una relación comercial establecida sin que haya existido preaviso, salvo que se deba a incumplimientos graves, por parte del proveedor o comprador, de las condiciones pactadas o en caso de fuerza mayor.
- 2) Obtener o intentar obtener, bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales o cualquier otro tipo de amenaza, precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial no recogidas en las condiciones generales de venta originales.
- 3) La utilización del poder de mercado para generar o mantener la posición de dependencia económica de uno o varios operadores y obtener ventajas adicionales.
- 4) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos.”

A pesar de estas prohibiciones, el abuso de poder de mercado en caso de dependencia económica *no* se enlista como una infracción sancionable en el artículo 78. Ni la SCPM ni otro funcionario ecuatoriano fue capaz de explicar por qué sucede esto. El artículo 6 del RLORCPM intentó sin éxito remediar esta omisión estableciendo que las sanciones determinadas en las letras “b) o c) del artículo 79 aplican” “para el abuso de poder de mercado en una situación de dependencia económica”. Sin embargo, la constitucionalidad de establecer sanciones por medio de una regulación opuesta a la ley resulta debatible.

Sería mejor eliminar el artículo 10, ya que las conductas que describe podrían estar ya contemplados en el artículo 9. Las partes interesadas han comunicado a la OCDE que existe una falta de claridad por parte de la agencia respecto a si un infractor del Artículo 10 debe dominar el mercado o solo a la víctima. Esto debe aclararse, en caso de que se mantenga el artículo, en el sentido de que se debería requerir una posición dominante de mercado.

2.2.3. Acuerdos restrictivos

Prohibición general

El artículo 11 de la LORCPM comienza con una previsión general sobre las conductas similares a los cárteles:

“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, 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 .”

Posteriormente, el artículo 11 enumera 21 conductas específicas que pueden constituir acuerdos restrictivos; por lo tanto, resulta tan complejo como el artículo 9 sobre el abuso de poder de mercado. Al igual que en el caso del abuso de la posición dominante establecido en el artículo 9, la ley parece exigir a veces que las conductas sean injustificadas y a veces no. La lista debe aclararse, simplificarse y armonizarse a través de los ejemplos de conductas ilegales.

A continuación se describen las principales prohibiciones específicas de acuerdos y prácticas restrictivas:

- Fijar precios u otras condiciones comerciales o de transacción o intercambiar información con el mismo objeto o efecto.
- Restringir la producción, distribución o comercialización de bienes o servicios.
- Repartir clientes, proveedores o zonas geográficas.
- Colusión en contrataciones públicas.
- Discriminar injustificadamente precios, condiciones o modalidades de negociación.
- La venta condicionada y la venta atada.
- Denegar de modo injustificado la admisión de operadores económicos a una asociación, gremio o ente similar.
- El boicot dirigido a limitar el acceso al mercado o el ejercicio de la competencia por otras empresas.
- Fijación de precios de reventa.
- Levantar barreras de entrada y/o salida en un mercado relevante.⁴⁰

⁴⁰ Las prohibiciones específicas de acuerdos restrictivos son las siguientes de acuerdo con el artículo 11 de la LORCPM: “1. *Fijar de manera concertada o manipular precios, tasas de interés, tarifas, descuentos u otras condiciones comerciales o de transacción, o intercambiar información con el mismo objeto o efecto.* 2. *Repartir, restringir, limitar, paralizar, establecer*

El artículo 11 prohíbe, entre otras conductas, las prácticas conscientemente paralelas. La SCPM interpreta esto como una prohibición para ejecutar colusión tácita. La referencia a las prácticas conscientemente paralelas debe eliminarse, debido a que la colusión tácita por lo normal cae fuera del área de incumbencia de la ley de competencia.

obligaciones, o controlar concertadamente la producción, distribución o comercialización de bienes o servicios. 3. El reparto concertado de clientes, proveedores o zonas geográficas. 4. Repartir o restringir las fuentes de abastecimiento. 5. Restringir el desarrollo tecnológico o las inversiones. 6. Los actos u omisiones, acuerdos o prácticas concertadas, en general todas las conductas de proveedores u oferentes cualquiera sea la forma que adopten cuyo objeto o efecto sea impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, ya sea en la presentación de ofertas y posturas o buscando asegurar el resultado en beneficio propio o de otro proveedor u oferente, en una licitación, concursos, remates, ventas al martillo, subastas públicas u otros establecidos en las normas que regulan la contratación pública, o en procesos de contratación privados abiertos al público. 7. Discriminar injustificadamente precios, condiciones o modalidades de negociación de bienes o servicios. 8. La aplicación concertada, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. 9. Concertar con el propósito de disuadir a un operador económico de una determinada conducta, aplicarle represalias u obligarlo a actuar en un sentido determinado. 10. La concertación de la calidad de los productos cuando no corresponda a normas éticas nacionales o internacionales. 11. Concertar la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guardan relación con el objeto de tales contratos. 12. La venta condicionada y la venta atada, injustificadas. 13. Denegarse de modo concertado e injustificado a satisfacer las demandas de compra o adquisición o las ofertas de venta y prestación de productos o servicios o a negociar con actuales o potenciales proveedores distribuidores, intermediarios, adquirentes o usuarios. 14. Denegar de modo injustificado la admisión de operadores económicos a una asociación, gremio o ente similar. 15. El boicot dirigido a limitar el acceso al mercado o el ejercicio de la competencia por otras empresas. 16. Suspender concertadamente de manera vertical la provisión de un servicio monopolístico en el mercado a un proveedor de bienes o servicios público o privado. 17. La fijación concertada e injustificada de precios de reventa. 18. Levantar barreras de entrada y/o salida en un mercado relevante. 19. Establecer, imponer, o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares que resulten injustificados. 20. Aquellas conductas que impidan o dificultan el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica. 21. Los acuerdos entre proveedores y compradores, al margen de lo que establece la ley, que se puedan dar en las compras públicas que direccionen y concentren la contratación con el afán de Favorecer injustificadamente a uno o varios operadores económicos.”

La LORPM utiliza la definición europea de cárteles como conductas con el “objeto o efecto” de restringir la competencia, lo que permite que la SCPM sancione a los cárteles sin la necesidad de demostrar efectos anticompetitivos. Esto se alinea con la Recomendación del Consejo de la OCDE con relación a la Acción eficaz contra cárteles,⁴¹ que recomienda que los cárteles se consideren ilegales “Independientemente de la existencia de evidencia de efectos adversos reales sobre los mercados.” El artículo 8 del RLORCPM contiene una suposición normativa de que los cárteles son anticompetitivos.

Aunque es larga la lista de posibles conductas en violación, hasta ahora no existen casos con sanciones respecto a muchas de las conductas en el artículo 11, por ejemplo, los números 10, 11, 12, 14, 17, 18, 19, 20 y 21 del artículo 11.

Exenciones

El artículo 12 de la LORCPM establece una exención a la prohibición relativa a los acuerdos restrictivos. La exención se aplica cuando los acuerdos cumplen todas las condiciones siguientes:

- Los acuerdos mejoren la producción o comercialización y distribución de los bienes y servicios o fomenten en el progreso técnico y económico.
- Permitan a los consumidores participar de forma equitativa del beneficio resultante.
- No impongan restricciones que no sean indispensables para el logro de los objetivos previos.
- No otorguen a los operadores económicos la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos y servicios contemplados.

Las exenciones no requieren autorización previa de la SCPM y los negocios no tienen la obligación de notificar a la agencia de su uso. Hasta ahora no han existido investigaciones sobre exenciones, por lo que existe poca evidencia sobre qué tan amplias pueden ser las exenciones y si ha existido un uso inadecuado.

De mínimis

El artículo 13 de la LORCPM establece la regla de mínimis, que declara que el artículo 11 no se aplica a las conductas de los agentes económicos que no pueden

⁴¹ La Recomendación se adoptó en 2019 y está disponible en <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0452>.

afectar significativamente a la competencia debido a su pequeño tamaño o escala de operación. La regla de *mínimis* hasta ahora no ha sido aplicada por la SCPM.

De acuerdo con la SCPM los criterios para la aplicación de la regla de *mínimis* debe determinarlos la Junta de Regulación.⁴² El artículo 9 del RLORCPM indica que la regla de *mínimis* no aplica para los cárteles.

Sanciones

El artículo 78 de la LORCPM establece que los acuerdos y prácticas restrictivas enunciados en el artículo 11 son infracciones muy graves cuando afectan a compañías u operadores económicos que son competidores reales o potenciales (acuerdos horizontales), y como infracciones graves cuando las compañías no son competidoras (acuerdos no horizontales).

2.2.4. Fusiones

La LORCPM tiene 10 artículos sobre fusiones y su RLORCPM 18 artículos. Además, regulaciones, como la determinación de umbrales de notificación, son publicadas por la Junta de Regulación. Durante los nueve años de su existencia, la SCPM ha sido consistente en sus revisiones de fusiones, una estabilidad a largo plazo que ha creado precedentes y traído previsibilidad al mercado. Los actores interesados del sector privado han mencionado que la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Concentraciones Económicas (INICCE) ha operado de manera correcta. La SCPM aprobó en 2013 una guía técnica para analizar las fusiones; actualmente no está disponible en el sitio web del organismo, que está considerando la posibilidad de publicar una nueva versión.

Definición de fusión

El artículo 14 de la LORCPM define una “fusión” como el cambio o la adquisición de una o más empresas u operadores económicos. Las formas de concentración que contempla la ley incluyen:

“El cambio o toma de control de una o varias empresas u operadores económicos, a través de la realización de actos tales como: a) La fusión entre empresas u operadores económicos. b) La transferencia de la

⁴² La Resolución N° 003 del Consejo de Regulación y la Regulación N° 010 del Consejo de Regulación hacen una distinción relativa a la regla de *mínimis* que depende de la naturaleza de los acuerdos. Para los acuerdos horizontales, la regla de *mínimis* aplica si la cuota del mercado combinada no excede el 14%. Para los acuerdos verticales, la regla de *mínimis* aplica si la cuota del mercado de cada participante no excede el 15%. Reglas específicas aplican si existen acuerdos paralelos con efecto acumulativo.

totalidad de los efectos de un comerciante. c) La adquisición, directa o indirectamente, de la propiedad o cualquier derecho sobre acciones o participaciones de capital o títulos de deuda que den cualquier tipo de derecho a ser convertidos en acciones o participaciones de capital o a tener cualquier tipo de influencia en las decisiones de la persona que los emita, cuando tal adquisición otorgue al adquirente el control de, o la influencia sustancial sobre la misma. d) La vinculación mediante administración común. e) Cualquier otro acuerdo o acto que transfiera en forma fáctica o jurídica a una persona o grupo económico los activos de un operador económico o le otorgue el control o influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de un operador económico.”

Las reglas sobre las fusiones no se refieren a las fusiones de conglomerados, y por consiguiente se han aplicado solo a operaciones horizontales y verticales.

Umbrales de notificación

El artículo 16 de la LORCPM establece dos umbrales que requieren la notificación de una fusión; el cumplimiento de cualquiera de esos umbrales dará lugar a la obligación de notificar. Los umbrales son los siguientes:

1) Que la facturación total en Ecuador del grupo de participantes supere, en el ejercicio contable anterior a la operación, el monto que en Remuneraciones Básicas Unificadas Vigentes (USD 400 en 2020) (véase Tabla 5) haya establecido la Junta de Regulación. Estos montos varían según el sector (véase Tabla 5). Una transacción debe notificarse incluso si existe solo un participante con una facturación significativa en Ecuador (por ejemplo, una gran empresa que adquiere un pequeño negocio).

2) Que la operación otorgue a los operadores económicos fusionados en el mismo sector una participación de mercado del 30% o más para un producto.⁴³

⁴³ De 2014 a 2019, el 23% de las concentraciones económicas se notificaron debido a que cumplieron con el requisito de mercado del 30%.

Tabla 5. Límites de volumen de negocios total para operaciones de concentraciones

Tipo de compañía	Remuneración Básica Unificada (RBU)	Cantidad (USD)
Instituciones financieras	3.2 millones	1.28 billones
Entidades de seguro y reaseguro	214 000	85.6 millones
Operadores económicos en cualquier otro sector	200 000	80 millones

Fuente: Resolución N°009, del 25 de septiembre de 2015. Disponible en <https://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/12/Resoluci%C3%B3n-No.-009-Umbrales-de-Concentracion-.pdf>

La ley también establece la forma en la que se calcula el volumen de negocios.

La SCPM también puede solicitar de oficio o una solicitud de una parte interesada que una concentración se notifique incluso si no se cumplen estos criterios. Las partes pueden notificar una transacción a la SCPM de manera voluntaria por razones informativas. Esto ha sucedido en el pasado, como se indica en la Sección 3.3.

Los actores interesados en el sector privado declararon que los umbrales para la notificación obligatoria de las fusiones fueron demasiado bajos debido a que fue relativamente sencillo alcanzar el 30% del mercado relevante en Ecuador. Según ellos, esto da lugar a la notificación de muchas operaciones que son inofensivas para la competencia y a un trabajo largo y laborioso para que la INICCE las revise y emita una respuesta.

La Recomendación de la OCDE sobre la Revisión de las Fusiones aconseja a los países que utilicen criterios claros y objetivos para determinar si una fusión debe notificarse y cuándo debe notificarse, y existen dudas sobre si los umbrales de cuota de mercado son claros o suficientemente objetivos.⁴⁴ Ecuador debe equilibrar las ventajas de este tipo de umbrales (en específico, la capacidad de activar la notificación de fusiones potencialmente problemáticas respecto a compañías con bajas facturaciones), con su falta de certidumbre (debido a que requieren un análisis complejo y no objetivo, es decir, la definición de mercado y el cálculo de la participación, para determinar si debe notificarse una transacción).

En caso del umbral de facturación, según las buenas prácticas internacionales, la obligación de notificar sólo debe existir si la operación tiene un impacto

⁴⁴ Véase www.oecd.org/daf/competition/oecdrecommendationonmergereview.htm. Sobre el uso de cuotas de mercado, véase el resumen ejecutivo de la *Roundtable on Jurisdictional Nexus in Merger Control Regimes* [mesa redonda sobre el nexo jurisdiccional en los regímenes de control de fusiones] (2016) www.oecd.org/competition/jurisdictional-nexus-in-merger-control-regimes.htm

suficientemente importante en la jurisdicción de revisión. Si la facturación local de solo una compañía participante es suficiente para activar la notificación de fusiones, entonces habría que notificar un número muy significativo de transacciones de fusiones que no tienen o tienen un impacto muy pequeño en la competencia en el país.⁴⁵ Por esta razón, el umbral de facturación de Ecuador se debe cambiar para requerir que por lo menos dos participantes en la transacción (en caso de adquisición de control conjunto, podrían ser los compradores) y/o que el negocio adquirido cumpla el umbral de facturación local requerido.⁴⁶ Las buenas prácticas internacionales no abordan qué tan alto debe ser el umbral, pero Ecuador podría considerar los umbrales establecidos por países con una economía similar.

Exenciones de notificación

Según el artículo 19 de la LORCPM, la adquisición de cualquier título sin derecho a voto, y la adquisición de compañías liquidadas o sin actividad en el país durante los tres años anteriores están exentas de notificación obligatoria. El artículo

⁴⁵ Véase el resumen ejecutivo sobre la mesa redonda sobre el nexo jurisdiccional en los regímenes de control de fusiones (2016): “*Por ejemplo, es claro que una transacción en la cual solo una de las compañías tiene un vínculo con la jurisdicción, se puede decir que tiene una clase de nexo local. Sin embargo, dado que el objetivo de los umbrales de notificación es garantizar que solo se revisen aquellas fusiones que tienen la probabilidad de tener un impacto material sobre la competencia en la jurisdicción concerniente, resulta justificable que el control de fusiones se deba activar solo en presencia de por lo menos una de dos compañías participantes; si la facturación local de solo una compañía participante fuera suficiente para activar la notificación de la fusión, entonces habría tenido que justificarse un número significativo de transacciones de fusiones, las cuales no tienen impacto alguno o uno muy pequeño en la competencia del país.*”

Por consiguiente, el nivel de nexo local requerido resulta intrínsecamente relacionado con el potencial que tiene la transacción para tener el suficiente impacto material en la jurisdicción evaluadora. Las mejores prácticas internacionales no abordan la relación entre la materialidad y el nexo local a detalle, lo que deja el problema a la discreción de la jurisdicción local siempre y cuando se satisfagan los requisitos mínimos estipulados en las recomendaciones con relación al nexo local.”
[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/M\(2016\)1/ANN3/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/M(2016)1/ANN3/FINAL/en/pdf).

⁴⁶ Véase Prácticas recomendadas para procedimientos de notificación y revisión de fusiones (2018): “*La determinación del nexo de una transacción con la jurisdicción evaluadora deben basarse en las actividades dentro de dicha jurisdicción medido por la referencia con las actividades de por lo menos dos partes de la transacción en el territorio local y/o por referencia con las actividades del negocio adquirido en la jurisdicción.*” https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/09/MWG_NPRecPractices2018.pdf.

13 de la LORCPM añade otras tres excepciones: 1) la adquisición temporal de títulos adquiridos para su reventa; 2) las adquisiciones de empresas en quiebra, previa autorización pública de la autoridad que revisa y aprueba la insolvencia; y 3) las adquisiciones en aplicación de procedimientos de embargo u otros procedimientos administrativos.

Fechas límite para las notificaciones

Cuando una transacción alcanza cualquiera de los dos umbrales, la notificación debe presentarse en un plazo de ocho días naturales a partir de la fecha de conclusión del acuerdo, de conformidad con el artículo 16 del RLORCPM. Este plazo se considera demasiado corto.⁴⁷

La fecha límite debería ser más larga para proporcionar a las partes fusionantes un grado razonable de flexibilidad para determinar cuándo se puede notificar una fusión propuesta, conforme a la Recomendación de la OCDE sobre la Revisión de las Fusiones,⁴⁸ con la condición de que no se implemente la fusión antes de la notificación y la aprobación, dado que en este caso, se aplicarían las leyes de las reglas para salir en falso.”

Consulta previa

Si los operadores económicos están inciertos respecto a notificar o no una transacción, pueden solicitar la opinión de la SCPM. En 2013, la SCPM publicó la *Guía Técnica para el Análisis de Operaciones de Concentración Económica* para informar a los operadores económicos interesados, y a la Comunidad comercial en su ámbito más amplio, sobre los principales aspectos de la ley y el procedimiento para analizar las operaciones de concentración.⁴⁹

⁴⁷ En particular, el texto se refiere al cuarto artículo de la revista “Estudios de Derecho de Competencia Ecuatoriano”, “El régimen de Control de Concentraciones en el Ecuador”, escrito por Diego Pérez, Luis Marín Tobar y Mario Navarrete. Disponible en <https://www.competenciaecuador.com/publicaciones>.

⁴⁸ La Recomendación del Consejo de la OCDE sobre la Revisión de las Fusiones aconseja a los países “[p]roporcionar, sin comprometer la revisión eficaz y oportuna, a las partes fusionantes en un grado razonable de flexibilidad para determinar cuándo se puede notificar una fusión propuesta.”

⁴⁹ Estas guías se están revisando la actualidad y se han eliminado del sitio de internet de la SCPM.

Competencias concurrentes de otras autoridades públicas

Los reguladores sectoriales deben obtener la autorización de la concentración por parte de la SCPM para completar su revisión de la concentración. Este es el caso de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones (ARCOTEL), la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria (SEPS), la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros (SUPERCIAS) y la Superintendencia de Bancos del Ecuador (SBE). En aquellos casos donde no se cumplen los umbrales y la SCPM no ha requerido una notificación, las compañías pueden obtener la notificación [sic] por parte de la SCPM informando de manera voluntaria las concentraciones. El RLORCPM permite las notificaciones voluntarias.

La SCPM ha firmado acuerdos de cooperación para el intercambio de información con ARCOTEL y SEPS para agilizar las autorizaciones. Del 2016 hasta febrero de 2020, la SCPM emitió decisiones sobre 10 casos en el sector de telecomunicaciones, de las cuales 5 fueron consultas de prenotificación, 3 notificaciones voluntarias y 2 notificaciones obligatorias.

Documentos que deben presentar las partes fusionantes

Los operadores económicos que deben notificar una concentración necesitan proporcionar a la agencia todos los documentos enumerados en el artículo 18 del RLORCPM y pagar una cuota.⁵⁰ Los documentos acompañantes incluyen una descripción de las partes, la operación económica propuesta, la definición de los mercados relevantes, el volumen de negocios de los participantes, la participación del mercado, y la estructura de oferta y demanda. Asimismo, debe incluirse una copia del acto legal para la concentración y una declaración jurada de que la información es verídica y que los cálculos se han realizado de buena fe.

Procedimiento de revisión de la concentración

El procedimiento de revisión de la concentración consiste en cuatro fases.

1. La Intendencia Nacional de Investigación y Control de Concentraciones Económicas (INICCE) recibe el expediente junto con los documentos acompañantes.
2. La SCPM verifica que la notificación cumpla con la LORCPM y la implementación de sus regulaciones.

⁵⁰ Artículo 29 del RLORCPM, Resolución N° SCPM-DS-2013-002 y Resolución N° SCPM-DS-59-2016.

3. Inicia la fase de investigación. Por regla general, la INICCE cuenta con 50 días naturales para presentar un informe de investigación no vinculante desde la fecha de la notificación a la CRPI. Si el procedimiento acelerado aplica, la INICCE tiene 15 días.
4. La CRPI emite una decisión final dentro de un período máximo de 5 días naturales (tanto en el procedimiento regular como en el acelerado). Se trata de un tiempo muy limitado para evaluar cuidadosamente las pruebas y la evaluación de la Dirección, sobre todo teniendo en cuenta los limitados recursos de la CRPI.

Las fusiones no pueden implementarse hasta que sean autorizadas por la SCPM. La implementación previa a dicho momento constituye una infracción grave. Si la entidad que resulta de la concentración ejecuta actos o contratos, la infracción se considera una infracción muy grave.

Por consiguiente, en el procedimiento regular, la SCPM tiene un total de 60 días naturales (de los cuales 50 son para la revisión de la INICCE y diez para la decisión de la CRPI) para decidir sobre la transacción propuesta. Este periodo puede suspenderse para permitir un tiempo para responder a las solicitudes de información que realice la SCPM por hasta 60 días naturales. En la práctica, la SCPM suspende el proceso de revisión para las partes en los trámites y para que terceros proporcionen la información requerida.⁵¹ Además, el periodo de revisión de 60 días (o mayor si se suspende) puede extenderse una vez, hasta un periodo adicional de 60 días naturales, en caso de ser necesario, de acuerdo con el artículo 21 de la LORCPM. Esto significa que el periodo máximo para que la SCPM apruebe una fusión es 180 días. En caso de que la SCPM no emita una decisión antes de la fecha límite, la operación se considera tácitamente autorizada.⁵²

Hasta hace poco, la SCPM revisó todas las fusiones bajo este procedimiento y, por consiguiente, la agencia se adhirió a la misma fecha límite, independientemente de su complejidad. En abril de 2020, se introdujo un procedimiento acelerado que permite una revisión abreviada y simplificada de las concentraciones que no parecen

⁵¹ El régimen de Control de Concentraciones en el Ecuador. Diego Pérez, Luis Marín Tobar y Mario Navarrete. Estudios de Derecho de la Competencia, Tomo 1. IEDC, 2018.

⁵² Artículo 23 de la LORCPM. El mecanismo de autorización tácito ha operado solo una ocasión en el caso BSN Medical Germany Holding. La autoridad encontró más tarde que esta operación no produjo efectos dañinos.

tener el potencial de causar daño a la competencia.⁵³ Esto se decidió antes de la fase de investigación, en vista de las variables estructurales (es decir, índice de concentración de mercado de Herfindahl-Hirschman) o si una de las compañías corre el riesgo de bancarrota. En este procedimiento, la SCPM tiene un total de 25 días para emitir una decisión sobre la transacción propuesta (de los cuales 15 corresponden a la INICCE y diez a la CRPI).

La introducción del procedimiento acelerado se dirige en la dirección adecuada, ya que la Recomendación del Consejo de la OCDE sobre la Revisión de las Fusiones insta a los países a “[p]roporcionar procedimientos que busquen garantizar que las fusiones que no generen preocupaciones competitivas materiales se sometan a una revisión y autorización expedita.”

Sería aconsejable que Ecuador complementara el procedimiento acelerado con la adopción de un sistema bifásico. Bajo este sistema, una primera fase (o la fase I) se utiliza para considerar si una fusión genera preocupaciones respecto a la competencia. Las fusiones no problemáticas pueden autorizarse bajo la fase I (condicional o incondicionalmente). Si se considera que una fusión es potencialmente problemática, se realiza un examen a fondo en una segunda fase (o fase II). Después de la fase II, las fusiones pueden autorizarse (con condiciones o incondicionalmente), o prohibirse.

Metodología de revisión de las concentraciones, decisiones y remedios

El régimen de Ecuador se basa en una prueba de dominio. Según el artículo 15 de la LORCPM, la SCPM debe evaluar si la fusión crea, fortalece o altera el poder de mercado. Sin embargo, la gran mayoría de las autoridades de competencia de todo el mundo utilizan la prueba de disminución sustancial de la competencia (DSC).⁵⁴ La prueba de DSC se centra en los efectos de la fusión en el mercado (si es probable que los precios incrementen después de la fusión) y en la pérdida de competencia entre las empresas, más que en cuestiones estructurales como las cuotas de mercado, lo cual es el enfoque de la prueba de dominación.

⁵³ La Resolución SCPM-DS-2020-18 introdujo el procedimiento acelerado.

⁵⁴ Véase el resumen ejecutivo de la Mesa redonda sobre el estándar de revisión de fusiones (2009): “muchas jurisdicciones han cambiado y otras están contemplando cambiar el estándar legal para la revisión de fusiones desde un estándar basándose en la creación o fortalecimiento de una posición dominante a un estándar de DSC. Ningún país notificó un cambio durante los últimos veinte años del estándar de DSC al estándar de dominación” www.oecd.org/competition/abuse/46503256.pdf.

Un paso hacia la DSC permitiría al sistema de control de fusiones de Ecuador observar efectos anticompetitivos de las fusiones por debajo del umbral de dominación y controlar efectos coordinados. Concretamente, la DSC podría permitir examinar los efectos coordinados y abarcar las fusiones de conglomerados, mientras que una prueba de dominación cubriría con frecuencia efectos unilaterales; es decir, el fortalecimiento de la posición de mercado de la entidad fusionada.

En la actualidad para realizar esta evaluación, la SCPM debe analizar la participación del mercado de las partes fusionantes y sus competidores en el mercado relevante. Para determinar el mercado relevante, la INICCE aplica el artículo 5 de la LORCPM, que se refiere al producto o al mercado de servicio relevante y el mercado geográfico relevante.

El mercado de productos o servicios incluye los bienes o servicios en cuestión, así como sus sustitutos. Para el análisis de la sustitución, la SCPM evalúa, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores, las características, usos y precios de los posibles sustitutos, los costos de sustitución, así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo necesario para la sustitución.

La Resolución N°11 de la Junta de Regulación establece el análisis de sustitución del lado de la oferta y del lado de la demanda como el método preferido para determinar los mercados relevantes. La resolución también establece la obligación de utilizar por lo menos un método cuantitativo, tanto para la sustitución del lado de la oferta, como del lado de la demanda.⁵⁵

Los métodos cuantitativos para analizar la sustitución de la demanda (todos los bienes que los consumidores identifican como sustitutos para el producto en cuestión) son el precio y la elasticidad cruzada de la demanda, la prueba del incremento pequeño pero significativo y no transitorio de los precios (SSNIP) y la correlación de los precios. Los métodos cuantitativos para analizar la sustitución de la oferta (todos los bienes ofrecidos por los competidores potenciales que podrían fabricar y comercializar ellos sin realizar ajustes significativos de bienes costos o riesgos) son la sustitución por el lado de la oferta (SSS) y la sustitución casi universal (NUS). Las metodologías cuantitativas complementarias como el índice de concentración de mercado de Herfindahl-Hirschman (HHI), y el índice de dominancia de Melnik, Shy y Stenbacka se utilizan cuando es necesario un análisis más extenso. También se considera la entrada de competidores potenciales y la capacidad de impugnación del

⁵⁵ Artículo 6 y artículo 11 de la Resolución N°11 de la Junta de Regulación, del 16 de septiembre de 2016. Véase, www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/12/Resoluci%C3%B3n-011-Expedicion-de-Metodos-de-determinacion-de-Mercados-Relevantes.pdf.

mercado y, en caso necesario, la existencia potencial de compradores con capacidad para ejercer el poder de la demanda.

De conformidad con el artículo 5 de la LORCPM, el mercado geográfico comprende el conjunto de áreas geográficas en las que se encuentran fuentes alternativas de suministro del producto pertinente. Para determinar las alternativas de suministro, la SCPM evaluará, entre otros factores, los costos de transporte, las modalidades de venta y los obstáculos comerciales existentes.

Una vez definido el mercado pertinente, la SCPM debe determinar los efectos unilaterales y coordinados que puedan derivarse de la concentración notificada. A continuación, considera cualquier eficiencia que la fusión pueda generar y sopesa los riesgos de competencia frente a las eficiencias generadas por la fusión.

Si una concentración crea, modifica o fortalece el poder de mercado, la SCPM puede prohibir la operación o requerir remedios para permitirla, los cuales pueden incluir: 1) remedios estructurales; 2) remedios conductuales; 3) remedios mixtos; y 4) otros.

Los remedios estructurales típicos serían la enajenación de plantas de producción, activos de producción, activos intangibles, o licencias a largo plazo para el uso y explotación de una marca. Los remedios conductuales pueden ser las comunicaciones a los clientes, los límites en el gasto de mercadotecnia, la concesión de acceso a canales de distribución a operadores económicos terceros, la extensión de la validez de los contratos y los términos y condiciones con los clientes, el mantenimiento de los niveles de precios para la prestación de servicios y la liberación de los precios establecidos en los contratos de franquicias. Los remedios que no son ni estructurales ni conductuales son, por ejemplo, condicionar la operación a la decisión de otro regulador, conceder beneficios a las PYMES, la participación de los trabajadores en una compañía y exigir la notificación a la SCPM antes de entrar en nuevos mercados.

Las regulaciones también establecen que los remedios impuestos por la SCPM deben implementarse dentro de los 90 días posteriores a la decisión; de no implementarse dentro del plazo, se rechaza la concentración. Se permiten las extensiones de tiempo, lo que resulta de particular importancia en el caso de remedios estructurales que pueden necesitar más de 90 días para su implementación.

Sanciones

El artículo 78 de la LORCPM establece las sanciones específicas por el incumplimiento y las violaciones de las reglas de fusión. Siguiendo el marco general de la ley, clasifica dichas infracciones como leves, graves y muy graves.

Las infracciones menores incluyen la notificación de la fusión después del plazo establecido en la ley. Las infracciones graves incluyen la “*ejecución de una*

fusión sujeta a control, antes de haber sido notificada a la SCPM o antes de haber sido autorizada". Por último, las infracciones muy graves incluyen la "ejecución de actos o contratos realizados por el operador económico [...] antes de haber sido notificada a la SCPM o antes de haber sido autorizada."

Resulta poco clara la diferencia entre las infracciones graves y muy graves. Es grave implementar la operación, pero es muy grave implementar actos y contratos relacionados con la fusión. Podría argumentarse que la diferencia es un asunto de grado, y que los "actos o contratos" implican un mayor nivel de ejecución, pero la prueba para diferenciar entre los dos niveles de gravedad sigue siendo turbia.

2.3. Facultades y procedimientos de cumplimiento

2.3.1. Facultades de investigación

Facultades de la SCPM y del Superintendente de Control del Poder de Mercado

La LORCPM establece los poderes de la Superintendencia y el Superintendente de Control del Poder de Mercado. La lista de facultades es larga y exhaustiva. Se presentan en la Tabla 6 a continuación.

Tabla 6. Comparación de las facultades entre la Superintendencia y el Superintendente de Control del Poder de Mercado

Naturaleza de las facultades	Artículo 38 de la LORCPM: SCPM a través de sus órganos, debe ejercer las siguientes facultades	Artículo 44 de la LORCPM: atribuciones del Superintendente de Control del Poder de Mercado y deberes del Superintendente de Control del Poder de Mercado, además de aquellos que se determinan en otra parte en esta ley
<i>Cumplimiento</i> Cooperación general	1) Realizar estudios e investigaciones de mercado. La SCPM puede solicitar cualquier documento a los individuos y autoridades públicas que considere necesario, así como también su cooperación.	5) Solicitar o practicar de oficio las pruebas y diligencias para sus investigaciones.
<i>Cumplimiento</i> Procedimiento general	2) Realizar investigaciones administrativas que concluyan con medidas o sanciones para el incumplimiento de la ley.	2) Decidir sobre los recursos respecto a las resoluciones emitidas por las Intendencias o la CRPI. 3) Ejecutar sus facultades públicas. 20) Cumplir y hacer cumplir las disposiciones de la LORCPM y otras normas aplicables, así como los compromisos internacionales del país en esta materia. 21) Ejercer las demás atribuciones y cumplir los deberes que le señalen las leyes.

Naturaleza de las facultades	Artículo 38 de la LORCPM: SCPM, a través de sus órganos, debe ejercer las siguientes facultades	Artículo 44 de la LORCPM: atribuciones del Superintendente de Control del Poder de Mercado y deberes del Superintendente de Control del Poder de Mercado, además de aquellos que se determinan en otra parte en esta ley
<i>Cumplimiento</i> Volumen de negocios	3) Determinar el método para calcular el volumen de negocios de las compañías en el contexto de las investigaciones, los estudios de mercado y otras labores bajo su incumbencia.	
<i>Cumplimiento</i> Audiencias	4) Celebrar audiencias con los presuntos responsables, denunciantes, perjudicados, testigos y peritos, recibir una declaración y ordenar careos, para lo cual la SCPM puede solicitar el auxilio de la fuerza pública.	
<i>Cumplimiento</i> Peritajes	5) Examinar y realizar los peritajes que estime necesarios sobre libros, documentos y demás elementos necesarios para la investigación, controlar existencias, comprobar orígenes y costos de materias primas u otros bienes, de conformidad con la LORCPM.	13) Contratar personal para la realización de trabajos específicos o extraordinarios que no pueden ser realizados por la planta permanente de la SCPM, de conformidad con las normas del Sistema Nacional de Contratación Pública y de la Ley Orgánica de Servicio Público.
<i>Cumplimiento</i> Inspecciones	6) Realizar inspecciones, formular preguntas y requerir cualquier información que estime pertinente a la investigación.	
<i>Cumplimiento</i> Precintos	7) Colocar precintos en aquellos lugares que estime pertinente con el objeto de proteger evidencia.	
<i>Cumplimiento</i> Sanciones	8) Aplicar las sanciones establecidas en la LORCPM.	1) Analizar y decidir de forma motivada, sobre las infracciones establecidas en la LORCPM y aplicar las sanciones pertinentes. 18) Ejercer y delegar la acción coactiva de acuerdo con el Código de Procedimiento Civil y otras reglas aplicables.
<i>Promoción de la competencia</i> Opiniones	9) Cuando lo considere pertinente, emitir opiniones no vinculantes en materia de competencia respecto a leyes, reglamentos, circulares y actos administrativos.	
<i>Promoción de la competencia</i> Informes	10) Emitir informes y analizar las notificaciones de conformidad con esta Ley. 11) Emitir recomendaciones de carácter general o sectorial respecto a competencia.	9) Presentar anualmente a la Asamblea Nacional un informe, en el que la SCPM explique sus labores y cómo cumple con la LORCPM.
<i>Promoción de la competencia</i> Internacional	12) Actuar en coordinación con las dependencias competentes en la negociación de tratados, acuerdos o	

Naturaleza de las facultades	Artículo 38 de la LORCPM: SCPM SCPM, a través de sus órganos, debe ejercer las siguientes facultades	Artículo 44 de la LORCPM: atribuciones del Superintendente de Control del Poder de Mercado y deberes del Superintendente de Control del Poder de Mercado, además de aquellos que se determinan en otra parte en esta ley
	convenios internacionales en materia de regulación y competencia.	
<i>Cumplimiento</i> Acciones para las entidades públicas	13) Requerir a las instituciones públicas la implementación de las acciones adecuadas para garantizar la plena y efectiva aplicación de la LORCPM.	
<i>Cumplimiento</i> Tribunales	14) Actuar ante los tribunales e informar y solicitar la intervención del fiscal general del Estado, cuando el caso lo amerite.	
<i>Cumplimiento</i> Inspecciones	15) Realizar inspecciones. En aquellos casos donde la inspección se realice en la residencia de una persona física, es necesaria una orden judicial.	-
<i>Cumplimiento</i> Convenios con otras entidades	16) Suscribir convenios con gobiernos autónomos descentralizados para la habilitación de oficinas receptoras de denuncias.	
<i>Promoción de la competencia</i> Convenios con asociaciones de consumidores	17) Suscribir convenios con asociaciones de usuarios y consumidores para la promoción de la participación de la comunidad en el fomento de la competencia y la transparencia de los mercados.	
<i>Cumplimiento</i> Concentraciones	18) Examinar e investigar las fusiones para confirmar su cumplimiento con la ley, y cuando sea necesario prohibirlas, dictar las medidas que legalmente correspondan.	4) Responder consultas sobre la obligación de notificar las fusiones, sobre sectores regulados y ayudas públicas.
<i>Cumplimiento</i> Concentraciones	19) Autorizar, denegar o imponer remedios sobre fusiones de acuerdo con la LORCPM y su reglamento.	
<i>Cumplimiento</i> Reclamos	20) Atender las consultas y resolver los reclamos que se formulen respecto a los operadores económicos cuya actuación pudiere atentar contra la LORCPM.	15) Responder consultas sobre la aplicación de la LORCPM respecto a casos particulares. La respuesta a la consulta es vinculante para el consultante.
<i>Promoción de la competencia</i> Barreras	21) Promover medidas para la eliminación de barreras para la competencia de acuerdo con los lineamientos establecidos por la ley.	
<i>Cumplimiento</i> Suspensión de prácticas	22) Disponer la suspensión de las prácticas y conductas prohibidas por la LORCPM.	

Naturaleza de las facultades	Artículo 38 de la LORCPM: SCPM a través de sus órganos, debe ejercer las siguientes facultades	Artículo 44 de la LORCPM: atribuciones del Superintendente de Control del Poder de Mercado y deberes del Superintendente de Control del Poder de Mercado, además de aquellos que se determinan en otra parte en esta ley
<i>Promoción de la competencia</i> Registro	23) Establecer y mantener un registro actualizado de los operadores económicos y su participación en los mercados.	7) Conservar y coordinar los registros establecidos en la LORCPM.
<i>Promoción de la competencia</i> Barreras	24) Proponer la remoción de barreras normativas o de hecho de entrada a mercados que excluyan o limiten la participación de operadores económicos.	
<i>Promoción de la competencia</i> Nuevas regulaciones	25) Presentar propuestas técnicamente justificadas a los órganos competentes, para la regulación de distintos sectores económicos.	
<i>Promoción de la competencia</i> Apoyo y asesoría	26) Apoyar y asesorar a las autoridades de la administración pública en todos los niveles de gobierno, para que, en el cumplimiento de sus atribuciones, promuevan y defiendan la competencia en los mercados.	
<i>Promoción de la competencia</i> Trámites simplificados	27) Proponer y monitorear la simplificación de trámites administrativos con la finalidad de promover la libre participación de operadores económicos en igual de condiciones a los diferentes mercados.	
<i>Promoción de la competencia</i> Investigación	28) Promover el estudio y la investigación en materia de competencia y su divulgación.	
<i>Promoción de la competencia</i> Cooperación	29) Coordinar las acciones necesarias y firmar acuerdos de cooperación con entidades públicas y privadas, con el fin de promover la libre participación de los operadores económicos en los diferentes mercados.	
<i>Cumplimiento</i> Reglamento interno	30) Elaborar y promulgar el reglamento interno de la SCPM.	6) Preparar y aprobar reglamentos técnicos generales e instrucciones específicas dentro del ámbito de la LORCPM. 16) Expedir resoluciones de carácter general, guías y normas internas para el correcto funcionamiento de la SCPM.
<i>Interno</i> Personal		8) Nombrar al personal necesario, de acuerdo con la ley, para el desempeño de las funciones de la Superintendencia.

Naturaleza de las facultades	Artículo 38 de la LORCPM: SCPM a través de sus órganos, debe ejercer las siguientes facultades	Artículo 44 de la LORCPM: atribuciones del Superintendente de Control del Poder de Mercado y deberes del Superintendente de Control del Poder de Mercado, además de aquellos que se determinan en otra parte en esta ley
		10) Determinar y reformar la estructura orgánica y funcional de la SCPM de conformidad con la LORCPM. 11) Gestionar y supervisar las tareas administrativas, los recursos humanos, el presupuesto y las finanzas de la SCPM. 12) Elaborar, aprobar y ejecutar el presupuesto anual de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, de acuerdo con la LORCPM. 14) Rendir cuentas de su gestión y la operación de la Superintendencia de acuerdo con la Constitución y la LORCPM. 17) Delegar el ejercicio de sus atribuciones a los funcionarios de la Superintendencia, conforme lo establezca el respectivo Reglamento.

Nota: Esta tabla transcribe las facultades de la SCPM (Artículo 38 de la LORCPM) y el Superintendente de Control del Poder de Mercado (Artículo 44 de la LORCPM). El orden de la lista de la SCPM sigue la ley, mientras que el orden para la sección del Superintendente de Control del Poder de Mercado se encuentra alterado. La OCDE realizó la clasificación de cada atribución para propósitos de facilitar el análisis comparativo.

Fuente: OCDE, basándose en la LORCPM.

Solicitudes de información y declaraciones

De acuerdo con el artículo 48 de la LORCPM, la SCPM puede requerir que los operadores económicos proporcionen información, datos o documentos antes de comenzar un caso o en cualquier momento durante el procedimiento. La solicitud de información puede realizarse a las partes investigadas, pero también a terceros, tanto públicos como privados. La SCPM evalúa libremente el contenido y el valor probatorio de los documentos que recibe.

De acuerdo con el artículo 49 de la LORCPM, la SCPM también puede tomar y registrar declaraciones de una persona relacionada a la investigación en presencia de un abogado privado o un defensor público proporcionado por el Estado.

La ley no parece permitir que un operador económico se oponga a las solicitudes de información si las considera excesivas, no relacionadas a la investigación o que soliciten información sensible. Esto abre la puerta a solicitudes molestas y desproporcionadas de otra forma e incluso puede facilitar expediciones de interrogatorios. También causa preocupaciones respecto a la protección de información confidencial.

Carga de la prueba

En general, la ley asigna la carga de la prueba al SCPM, que tiene la obligación de probar, basándose en las pruebas del expediente de investigación, los hechos que podrían constituir una violación de la ley. Existe una excepción: bajo el artículo 11 (cárteles), la carga de la prueba se revoca si un operador económico o persona niega u obstaculiza el acceso a información o proporciona información fraudulenta o falsa a una investigación de la SCPM. Con el fin de que entre en vigor esta revocación, la SCPM debe demostrar que el operador económico negó el acceso a la información o envió información falsa.

Inspecciones administrativas y allanamientos

En 2016, la SCPM publicó el Instructivo para la realización de inspecciones y allanamientos y mantenimiento de la cadena de custodia en el que las inspecciones se clasificaron en dos categorías.

1. **Inspecciones administrativas**, realizadas en edificios públicos o privados después de que sus propietarios han consentido de manera voluntaria el acceso a la SCPM, con o sin notificación previa, y sin requerir una orden judicial. De acuerdo con la SCPM, la autorización de las partes es verbal y se registra en el vídeo que graba la agencia. Para llevar a cabo una inspección administrativa, no es necesario tener una orden judicial, a menos que ésta se realice en el domicilio de una persona física (Artículo 38 de la LORCPM). Las inspecciones administrativas pueden ser preprocesales (realizadas antes del inicio de la investigación) o procesales (realizadas durante la fase de investigación o de prueba). La falta de colaboración u obstrucción puede sancionarse como una infracción leve bajo el artículo 78 de la LORCPM.
2. **Allanamientos**, procedimientos que se realizan en una propiedad privada de individuos o compañías, sin el consentimiento de las partes inspeccionadas. Los allanamientos requieren órdenes del tribunal (bajo el artículo 51 de la LORCPM). La SCPM debe buscar la orden de un juez en el área donde se localiza la propiedad allanada. La orden debe entregarse por escrito dentro de las 24 horas posteriores a la solicitud. La SCPM ha informado algunas dificultades para recibir estas órdenes. La falta de conocimiento de la ley de competencia había llevado a algunos jueces a requerir que la solicitud de autorización la realizara el procurador general estatal y no la SCPM. De acuerdo con la SCPM, no existe un protocolo o procedimiento judicial que garantice que el juez mantendrá la

confidencialidad de la solicitud. Además, los actores interesados mencionaron que los allanamientos sólo se pueden llevar a cabo si la SCPM ya cuenta con una investigación abierta.

De acuerdo con las buenas prácticas internacionales, como la Recomendación del Consejo de la OCDE respecto a la Acción eficaz contra cárteles, las agencias deben tener la facultad de realizar inspecciones no anunciadas en las instalaciones comerciales y privadas, y acceder y obtener todos los documentos y la información necesaria para demostrar la conducta. Parece claro que las inspecciones administrativas no pueden calificarse como “no anunciadas”, debido a que requieren del consentimiento del propietario del edificio. Los allanamientos podrían serlo, pero resulta crucial que los jueces respeten la confidencialidad del proceso y que no informen a la persona que será inspeccionada.

No existe ningún mecanismo legal específico para impugnar las autorizaciones de los allanamientos. En la práctica, si las compañías o los individuos consideran que el allanamiento fue ilegal, pueden impugnar la evidencia recolectada por la SCPM y solicitar que no sea considerada. La SCPM resuelve estas apelaciones a través de una decisión.

Durante las inspecciones y los allanamientos, la SCPM puede examinar y, de ser necesario, sacar copias de los documentos relevantes y tomar declaraciones voluntarias de las personas en las instalaciones. Las comunicaciones entre abogados y sus clientes son privilegiadas y no pueden ser incautadas. La Constitución de Ecuador reconoce el derecho contra la autoincriminación en el artículo 77, y, por lo tanto, nadie puede ser obligado a proporcionar evidencia contra sí mismo. El derecho contra la autoincriminación aplica tanto para los procedimientos criminales como administrativos.

Tanto las inspecciones administrativas como los allanamientos pueden realizarse en todos los procedimientos de investigación de la SCPM, incluyendo casos de abuso de poder de mercado, acuerdos restrictivos y competencia desleal. En la práctica, la mayoría de los 20 allanamientos llevados a cabo por la SCPM en el periodo entre 2014 y 2019 se relacionaron con acuerdos restrictivos.

2.3.2. Procedimiento de investigación

Solicitud o queja de oficio: inicio del procedimiento

De acuerdo con el artículo 53 de la LORCPM, la SCPM puede iniciar las investigaciones de oficio (si sospecha que una conducta infringe la ley), a solicitud de otro organismo público o tras una queja de la parte perjudicada o cualquier otra persona que demuestre un interés legítimo. La ley no define lo que significa interés legítimo.

Las investigaciones prescriben a los cuatro años, a partir del momento en que se conoció la infracción o, en el caso de infracciones únicas y continuas, a partir del día en que cesaron.⁵⁶

Durante el período 2014-2019, la SCPM abrió 188 casos de oficio, en su mayoría abusos de casos de poder de mercado. Sin embargo, la SCPM informó a la OCDE que ha carecido (desde su creación) de una visión estratégica general para casos de oficio, lo que significa que no se ha enfocado necesariamente en los sectores o infracciones más importantes, o los casos con más probabilidades de tener éxito.

La ley establece la información necesaria para una denuncia inicial válida: el nombre del reclamante y aquellos responsables de la infracción; la presunta infracción; la relación del reclamante con el presunto responsable; bienes y servicios afectados; y cualquier otra evidencia.⁵⁷ La SCPM verifica que se cumplan los requisitos para que una denuncia sea válida. En vista de estos requisitos, parece que no es posible presentar denuncias por fuentes anónimas. Esto parece confirmarse por el hecho de que las denuncias deben demostrar un interés legítimo. Excluir reclamantes anónimos limita innecesariamente el grupo de potenciales denunciadores, debido a que algunas personas no desearan realizar una denuncia si necesitan proporcionar su nombre. La Recomendación del Consejo de la OCDE con relación a la Acción eficaz contra cárteles aconseja a los miembros implementar un sistema de detección de cárteles efectivo facilitando la presentación de información sobre cárteles por medio de denunciadores que no son solicitantes de clemencia, proporcionando las salvaguardias adecuadas para proteger el anonimato de los informantes.⁵⁸

La SCPM necesita informar a la Superintendencia de Bancos o a la Superintendencia de Economía Popular las investigaciones contra un banco o una cooperativa respectivamente, tanto para que sea de su conocimiento, como para que habilite una cooperación interinstitucional, si es necesario.

Etapas procesales

La LORCPM establece las fechas límites para cada etapa de la investigación, en los artículos 55, 56, 58, 59 y 61. Estas fechas límite pueden ser demasiado cortas para los casos complicados y pueden llevar a que la SCPM no sea capaz de recolectar la evidencia necesaria y realice un análisis cuidadoso. Las principales etapas procesales se presentan en la Figura 8.

⁵⁶ Artículo 70 de la LORCPM.

⁵⁷ Artículo 54 de la LORCPM.

⁵⁸ Véase www.oecd.org/daf/competition/recommendationconcerningeffectiveactionagainstharcocartels.htm.

Las investigaciones iniciadas *de oficio o a solicitud de otro organismo público* comienzan con una fase de análisis, que dura 30 días y tiene el objetivo de determinar si las alegaciones de una conducta anticompetitiva cumplen los criterios establecidos en la LORCPM. Al final de este período se publica un informe que recomienda finalizar o continuar con la investigación. Si la investigación continúa, la Intendencia inicia la fase de investigación preliminar para recolectar evidencia e información sobre las presuntas prácticas anticompetitivas y la identificación de los presuntos responsables. Esta fase puede durar hasta 180 días y se completa con un informe que concluye la investigación o abre la fase de investigación.

Al abrir la fase de investigación, el equipo de investigación debe notificar la misma a la entidad investigada. La fase de investigación dura 180 días que se puede extender por otros 180 días. Esta fase culmina con un informe preliminar que señala las presuntas infracciones. El informe se envía a los presuntos responsables quienes pueden proporcionar su respuesta en un plazo de 15 días. Después de esto, inicia un periodo de 60 días, que se puede extender a 90 días, al final de los cuales la Intendencia emite un informe final. Este informe se envía a la CRPI, que revisa, analiza la evidencia y toma una decisión final.

En el caso de las *denuncias*, estas son revisadas por la intendencia respectiva, que verifica si se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 54 de la LORCPM. Si se cumplen, las alegaciones se transfieren a las partes investigadas para que puedan proporcionar sus comentarios dentro de 15 días. Transcurrido ese plazo, la Intendencia culmina la investigación o inicia la fase de investigación y sigue los mismos pasos que se mencionaron de manera previa en las investigaciones de oficio o a solicitud de otro organismo público.

Figura 8. Proceso de investigación de la SCPM



Fuente: OCDE, con datos del sitio de Internet de la SCPM.

Medidas preliminares

La SCPM puede ordenar medidas preliminares, si esto es necesario para mantener las condiciones competitivas y evitar que la conducta anticompetitiva investigada conduzca al daño irreversible antes de que se tome una decisión en el caso. La LORCPM proporciona ejemplos de medidas preliminares, que incluye la interrupción de la conducta, imponer condiciones o suspender los efectos de los actos legales. La SCPM impuso medidas preliminares en 29 casos entre 2014 y 2019, que incluyeron, por ejemplo, el congelamiento temporal de condiciones de venta, la imposición de notificaciones mensuales a la SCPM de cambios en la determinación de precios, la prohibición de retrasos en pagos o la adopción de medidas técnicas, como la interoperabilidad de redes de ATM (cajeros automáticos) de diferentes bancos o la conexión a terminales de tarjetas de crédito POS (punto de venta) y la firma de acuerdos del nivel de servicio para dicho propósito.

Las medidas preliminares son herramientas poderosas e intrusivas y, por lo tanto, la SCPM debe analizar con cautela el impacto de adoptar cualquiera de estas medidas antes de hacerlo. Al reconocer implícitamente la intrusión de las medidas preliminares, la LORCPM establece que las medidas adoptadas antes de que se inicie una investigación expiran si ésta no se inicia en un plazo de 15 días a partir de su adopción.

2.3.3. Sanciones y remedios

El artículo 78 de la LORCPM clasifica las infracciones como leves, graves y muy graves. La multa máxima depende de la gravedad de la infracción. La SCPM tiene discreción para establecer las multas dentro de estos límites.

Tabla 7. Niveles de las infracciones

	Leves	Graves	Muy graves
General	c) El incumplimiento con el artículo 73 establece medidas correctivas d) Violar una decisión de la SCPM f) No permitir el intento de una inspección de acuerdo con la LORCPM g) Presentar una queja falsa para dañar a la competencia h) Obstrucción del trabajo de inspección de la SCPM	e) Falsa litigación f) Fallo para cumplir con las medidas correctivas para abusos o cárteles g) No haber cumplido por completo con los convenios acordados h) Proporcionar a la SCPM información errónea o falsa	d) Fallo para cumplir con una decisión de abuso de la SCPM, conducta anticompetitiva o control de concentraciones
Abuso del poder de mercado		b) El abuso del poder de mercado del artículo 9 no es muy grave.	b) El abuso del poder de mercado del artículo 9 que produce efectos extremadamente perjudiciales o cuando la cuota de mercado del autor es casi monopólica o el autor goza de derechos especiales o exclusivos.
Acuerdos		a) Acuerdos no horizontales (entre no competidores)	a) Acuerdos horizontales (entre competidores)
Concentración	a) Notificar una fusión después de la fecha límite b) No hacer la notificación de una fusión solicitada por la SCPM	d) Ejecución de una fusión antes de que sea notificada o autorizada	c) Ejecución de actos o contratos por parte de la entidad resultante de una fusión, antes de que ésta haya sido notificada o autorizada
Competencia desleal		c) Distorsión de la competencia a través de actos desleales	
Otras	e) Para los organismos administrativos y los servidores civiles, aceptar apelaciones que tienen el objetivo de obstaculizar la competencia o la aplicación de la LORCPM		

Nota: Las letras para cada conducta corresponden aquellas mencionadas en el artículo 78 de la LORCPM. Se presentan en un orden diferente al orden alfabético para facilitar la comparación entre leve, grave y muy grave.

Fuente: Elaboración de la OCDE basándose en la LORCPM.

Para determinar la cantidad exacta de una multa, se consideran los siguientes criterios:

1. tamaño y características del mercado afectado;
2. participación del mercado de los operadores económicos;
3. alcance de la infracción;
4. duración y efectos de la infracción;
5. ganancias obtenidas; y
6. circunstancias agravantes y atenuantes.

En el artículo 81, la LORCPM proporciona una lista no exhaustiva de las circunstancias agravantes:

1. ofensa repetida;
2. solicitante;
3. coacción; y
4. falta de colaboración u obstrucción del trabajo de inspección.

El artículo 82 proporciona una lista no exhaustiva de las circunstancias atenuantes:

1. implementar acciones para poner fin a la infracción;
2. la no aplicación de la conducta;
3. implementar acciones para reparar el daño causado por la conducta;
4. colaboración activa y efectiva con la SCPM durante la investigación.

El artículo 79 de la LORCPM establece los topes legales sobre las multas:

1. En el caso de infracciones leves, las multas no podrán exceder del 8% del volumen de negocios total de la empresa infractora u operador económico en el año anterior a la imposición de la multa.
2. En el caso de infracciones graves, las multas no pueden exceder del 10% del volumen de negocios total de la empresa o el operador económico infractor en el año anterior a la imposición de la multa.
3. En el caso de infracciones muy graves, las multas no podrán exceder del 12 % de la empresa infractora u operador económico en el año anterior a la imposición de la multa.

Si no se puede calcular el volumen de negocios, entonces la multa se basa en una escala variable de Remuneraciones básicas unificadas (RBU),⁵⁹ en función de si es leve, grave o muy grave.⁶⁰

Si las ganancias que los responsables han obtenido de su conducta ilícita superan los topes establecidos en la ley, la multa debe ser igual a los beneficios obtenidos.

En el caso de reincidencia, las multas pueden exceder los límites legales del 8%, 10% y 12%, así como el límite relativo a las ganancias obtenidas gracias a la infracción.

Durante el proceso de investigación, la SCPM declaró que las multas que hasta ahora ha impuesto no han tenido suficiente poder disuasorio. Existen pocas excepciones a esta regla general, como la multa impuesta a Conecel, que finalmente fue anulada (véase el Recuadro 1, en la Sección 3.1). Las grandes multas son fundamentales para disuadir a las compañías de infringir la ley. Si las multas no son suficientemente elevadas y, además, los recursos para investigar las infracciones son limitados, las compañías no tienen incentivos para evitar o detener las conductas anticompetitivas.

Sin embargo, la LORCPM, deja lugar suficiente para imponer multas significativas. Además, el artículo 73 establece que la SCPM puede emitir recursos para prevenir, corregir o revertir conductas contrarias a la ley, como solicitar a las partes que: pongan fin a la práctica anticompetitiva; apliquen acciones o contratos para restablecer el proceso competitivo; y no apliquen cláusulas anticompetitivas en los contratos.

La SCPM debe buscar imponer sanciones que sean lo suficientemente serias para actuar como un factor disuasivo. La Recomendación del Consejo de la OCDE respecto a la Acción eficaz contra cárteles aconseja a los miembros que implementen sanciones efectivas de un tipo y un nivel adecuado para disuadir a las compañías y a los individuos de participar en cárteles y para incentivar a los miembros de los mismos a desertar del cártel y cooperar con la agencia de competencia. La Recomendación alienta a utilizar

⁵⁹ La Remuneración Básica Unificada (RBU) es una medida cambiante que determinan la autoridad ecuatoriana.

⁶⁰ Artículo 79 de la LORCPM.

una combinación de sanciones (civiles, administrativas y/o criminales, económicas y no económicas) para un efecto disuasivo adecuado.⁶¹

El artículo 79 establece facultades adicionales y permite que la SCPM “ordene desinvertir, dividir o escindir en los casos en los que se determine que es el único camino para restablecer la competencia.” Parece que no existe ninguna regla adicional sobre esa sanción en la LORCPM, y nunca se ha utilizado. Considerando su severidad, la SCPM debe definir cuándo y en qué tipo de casos esta sanción puede utilizarse.

Se puede imponer una multa de hasta RBU 50062 a cada uno de los representantes legales o directores de la persona legal que haya cometido infracciones muy graves, siempre y cuando hayan participado en el convenio o la decisión. La cantidad de la multa depende de su grado de participación en la conducta infractora.⁶³

También se puede imponer una multa de hasta RBU 500 a los operadores económicos que fallen en emitir una respuesta a las solicitudes de información enviadas por la SCPM. Los operadores deben proporcionar información completa, exacta y oportuna.

2.3.4. *Compromisos*

Las compañías pueden proponer compromisos para detener las investigaciones en su contra. Dichas propuestas pueden realizarse durante la fase de investigación, antes de que la SCPM emita una decisión. Los compromisos consisten en una admisión de responsabilidad y una obligación de cesar y desistir y pagar una cantidad para saldar los daños causados. El pago no se considera una multa, sino un pago de reparación para la sociedad ecuatoriana. Los individuos perjudicados por la infracción pueden demandar por daños y perjuicios en los tribunales.

Los compromisos se regulan a detalle en la legislación ecuatoriana, tanto en la LORCPM (cinco artículos) como en el RLORCPM (ocho artículos). Además, el RLORCPM establece en el artículo 42k, que la Junta de Regulación está a cargo de “*Establecer la metodología para el cálculo del importe de multas y aplicación de los compromisos de cese.*” Sin embargo, los detalles para establecer la cantidad de compromiso han sido estipulados por la SCPM en los “Instructivo para la gestión

⁶¹ Véase www.oecd.org/daf/competition/recommendationconcerningeffectiveactionagainstharcocartels.htm.

⁶² En junio de 2020, RBU 500 fue el equivalente a aproximadamente USD 200 000.

⁶³ De manera similar con lo que sucede con las asociaciones comerciales, no se impondrán multas sobre los representantes o directores que no hayan asistido a las reuniones o que hayan votado en contra de acuerdo con el art. 79 de la LORCPM.

y ejecución de los compromisos de cese en la SCPM”, enmendado por la Resolución N° SCPM-DS-041-2016.⁶⁴

Ni la LORCPM ni el RLORCPM reflejan el uso de compromisos a infracciones específicas. Por ejemplo, la SCPM ha aplicado compromisos a varios casos de cárteles. La SCPM también puede aceptar compromisos parciales (es decir por parte de una sola de las partes y únicamente respecto a ciertos hechos bajo investigación). En estos casos, la SCPM debe continuar la investigación del resto.

El artículo 90 de la LORCPM establece las condiciones bajo las cuales se puede aceptar un compromiso. La SCPM considera dos requisitos:

1. Que todos o parte de los operadores económicos investigados admitan todos o algunos de los hechos de la denuncia o los cargos; esto debe comprobarse con las pruebas recopiladas a través de la investigación o los documentos proporcionados por el solicitante.
2. Ofrecer medidas correctivas para asegurar el fin de la supuesta práctica anticompetitiva y una garantía de no reincidencia.

Una vez que los compromisos han sido presentados por una de las partes, la SCPM puede suspender la investigación hasta 120 días y tiene 45 días para aprobar, modificar o rechazar el compromiso propuesto. La SCPM tiene que notificar a las otras partes que están siendo investigadas los compromisos propuestos. La SCPM requiere que las partes proporcionen pruebas verdaderas y relevantes sobre la infracción para acordar un compromiso.

Si se acepta el compromiso, la SCPM cierra la investigación. Si la propuesta de compromiso es rechazada, la investigación continúa desde la etapa en la que se suspendió, como si nunca se hubiera realizado la propuesta de compromiso.⁶⁵ La decisión de rechazar una propuesta puede ser impugnada por la parte que lo propuso de conformidad con los artículos 66, 67 y 68 de la LORCPM. La SCPM también puede modificar los compromisos realizados por la parte; en cuyo caso debe otorgar un periodo para que la parte revise y acepte o rechace los cambios. La investigación

⁶⁴ Se emitió con la Resolución N° SCPM-DS-041-2016, que se publicó el 27 de noviembre de 2017. <https://www.scpm.gob.ec/images/resoluciones-despacho/2016/SCPM-DS-041-2016.pdf>

⁶⁵ No obstante, en la práctica las compañías prefieren no proporcionar información si consideran que es probable que no se acepten los compromisos. Las compañías pueden temer que, en la práctica, la información proporcionada tenga un impacto sobre la investigación. La SCPM debe tener cuidado de no desincentivar al programa, respetando al mismo tiempo los requisitos legales para aceptar compromisos.

se cierra si se aceptan las modificaciones y continúa si se rechazan. Todo el proceso no puede durar más de 120 días, bajo los artículos 115 y 118 del RLORPM.

La decisión de la agencia de aceptar los compromisos debe presentar las razones y contener la siguiente información: identificación del compromiso; partes involucradas; fechas límites de cumplimiento; medidas de monitoreo de la implementación; y otras condiciones acordadas. Esta decisión debe difundirse en una versión pública que no contenga información confidencial o reservada.

Dado que la ley permite compromisos parciales, la investigación continúa para las partes que no han ofrecido y acordado un compromiso. Se puede argumentar que en esos casos, si surge nueva información contra la parte que ha aceptado un compromiso, la SCPM puede tener derecho a una nueva investigación para las nuevas cuestiones.

Los operadores que presentan un compromiso deben hacer un pago llamado reparatorio. Este se calcula en base a dos variables. En primer lugar, la gravedad de la infracción (si es una infracción grave o muy grave). Segundo, el momento de la investigación en que se presentó el compromiso. Es decir, si la propuesta de compromiso se presentó antes de que se realizara cualquier investigación; durante la fase de análisis; durante la fase de investigación preliminar; durante la fase de investigación; o durante la fase de decisión.⁶⁶ Los compromisos propuestos al principio del proceso dan lugar a pagos más bajos, a fin de incentivar la cooperación temprana con la SCPM, evitar el despilfarro de los recursos de la SCPM y fomentar el cese de las conductas ilícitas lo antes posible. Por lo tanto, existen diez posibilidades diferentes para calcular el monto de la corrección (dos niveles de gravedad y cinco etapas de investigaciones).

Se aplican descuentos a los pagos reparatorios dependiendo de qué operador presentó primero sus compromisos propuestos. El primero debe obtener hasta un 40% de descuento, el segundo un 10% y el tercero un 3%.

El artículo 92 de la LORCPM establece que si se violan las condiciones de un compromiso, la SCPM “*iniciará el proceso de ejecución y aplicación de las sanciones previstas en esta ley*” y “*adoptará las medidas correctivas*”, en particular multas.

Si las condiciones del mercado cambian sustancialmente, un operador económico que ha realizado un compromiso puede solicitar una revisión de su compromiso, y la SCPM cuenta con 30 días para emitir una decisión fundamentada.

⁶⁶ Al leer la ley y su regulación, no queda claro que los compromisos operen cuando no existe ninguna investigación. En contraste, el programa de clemencia se aplica precisamente cuando no existe ninguna investigación.

Durante el periodo del 2014 al 2019, se presentó un total de 56 compromisos y se aceptaron 35. En la práctica, las dos conductas más comunes sujetas a compromisos son las prácticas desleales (en especial actos de engaño y publicidad engañosa) y los acuerdos restrictivos (especialmente los cárteles en la contratación pública).

El mecanismo de compromiso tiene varios beneficios evidentes. Le ahorra tiempo a la SCPM al cerrar investigaciones y permite que concentre sus esfuerzos en otros casos. Además, permite a la SCPM recibir evidencia de actuaciones dolosas, con frecuencia difíciles de descubrir, por parte de las partes investigadas.

Sin embargo, los compromisos tienen sus desventajas. Puede ser difícil evaluar la propuesta de un compromiso si, por ejemplo, se presenta al inicio de la investigación y la agencia no tiene el conocimiento suficiente sobre los hechos. Con el conocimiento limitado de los aspectos económicos y legales reales, es difícil evaluar los compromisos propuestos por la parte investigada.

Los compromisos también pueden implicar que la SCPM suspenda por completo la investigación, si todas las partes involucradas los ofrecen. A su vez, esto significa menores oportunidades para que los tribunales revisen casos de competencia, e impide, o retrasa, el desarrollo de precedentes legales sobre la ley de competencia que resultan críticos para crear la certidumbre y claridad legal, específicamente en un país como Ecuador con una joven agencia que trabaja con una ley relativamente nueva.

Además, el uso generalizado de compromisos, junto con los recursos insuficientes para que la SCPM investigue las infracciones, puede incentivar a las compañías a adoptar conductas anticompetitivas si los pagos reparadores no son lo suficientemente altos para disuadir las infracciones.

Por último, los compromisos también pueden reducir los incentivos para que los operadores económicos apliquen al programa de clemencia. Los operadores económicos pueden preferir simplemente esperar que la SCPM inicie una investigación, y entonces sólo ofrecer un compromiso en lugar de elaborar una solicitud de clemencia. Este puede ser el caso en Ecuador, de acuerdo con la SCPM y los actores interesados del sector privado.

Por estas razones, la SCPM debe hacer uso de los compromisos con cautela. Los compromisos deberían orientarse más a cerrar casos con menor impacto en la competencia, a fin de liberar recursos para investigar casos de mayor prioridad. Una mejor aplicación de la ley, en general, y un mayor pago de los compromisos, en particular, contribuirían al cumplimiento de la ley y mantendrían el atractivo del programa de indulgencia.

2.3.5. Clemencia

De conformidad con los artículos 83 y 84 de la LORCPM, la SCPM está facultada para conceder inmunidad o reducciones de las multas a las personas físicas y jurídicas que hayan participado en un acuerdo restrictivo a través del programa de clemencia.

La primera regulación de clemencia se publicó en 2016⁶⁷ e incorporó un sistema de marcadores, algunas protecciones de información confidencial y un sistema de muralla China entre los procesos de clemencia e investigación. La regulación se enmendó en 2017 para incorporar el rechazo automático de los compromisos presentados por los operadores económicos que se habían revelado como presuntos violadores del artículo 11 dentro del programa de clemencia.

En 2019, la regulación del 2016 se reemplazó con la regulación actual⁶⁸. La publicación de esta nueva regulación tuvo tres objetivos. Primero, la SCPM había observado que, en el programa previo, terceros (como la Secretaría general de la SCPM y la CRPI) estaban involucrados en el proceso de solicitud de clemencia, lo que puso en riesgo el sistema de muralla China. Segundo, el programa de clemencia previo sólo tuvo una fase de análisis única durante la cual el solicitante aportaba toda la evidencia disponible; el programa no proporcionó tiempo para discutir y complementar la evidencia proporcionada. Tercero, el programa previo permitió que la CRPI desclasificara la información confidencial en cualquier momento durante el proceso y a petición expresa del Director de Investigación del Abuso del Poder de Mercado y de los Acuerdos Restrictivos.

El nuevo programa de clemencia de 2019 establece un proceso claro de cinco etapas: 1. evaluación de la solicitud para la exención o reducción de la multa; 2. reuniones con el solicitante para acordar las condiciones de cooperación; 3. acuerdo de cooperación entre el solicitante y la SCPM; 4. informe relativo a los beneficios que se otorgarán con la clemencia; y 5. decisión de otorgar una exención o reducción de la multa. El programa también especifica la información que los operadores deben enviar y proporciona formularios estándar. Un proceso claro, mejora la comprensión del programa y su acceso al mismo.

El nuevo programa incluye también un sistema de marcadores que protege el lugar de un solicitante en la cola y le permite reunir la información y las pruebas

⁶⁷ Se emitió con la Resolución N° SCPM-DS-027-2016 que se publicó el 1 de agosto de 2016 y se enmendó con la Resolución N° SCPM-DS-010-2017 que se publicó el 7 de abril de 2017. ninguno se encuentra disponible en el sitio de internet de la SCPM.

⁶⁸ Disponible en <https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2019/08/Resoluci%C3%B3n-No-SCPM-DS-2019-38.pdf>

necesarias para obtener la inmunidad; también incluye la posibilidad de presentar solicitudes verbales y escritas. Además, el programa establece un sistema de muralla China más fuerte, de modo que, si la solicitud de clemencia falla, la investigación no se vea empañada. En particular, la nueva regulación elimina la intervención de la Secretaría General de la SCPM.

Es importante señalar que el nuevo reglamento establece que la SCPM debe contar con la autorización expresa del solicitante para entregar información o documentación del expediente de clemencia a una agencia internacional. De acuerdo con los actores interesados, estos cambios fueron el reconocimiento de los errores realizados en el caso Kimberly-Clark, donde se desclasificó información confidencial derivada de una solicitud de clemencia (véase la Sección Recuadro 7).

Bajo el programa de Clemencia, la primera persona física o moral que ingrese al programa recibe la inmunidad completa, con la condición de que la información proporcionada por el solicitante brinde la evidencia suficiente para permitir que la SCPM realice una inspección o verifique la existencia de la conducta. La inmunidad se extiende a los representantes legales, directores y aquellos que fueron parte del acuerdo colusorio reconocido. Lo anterior se alinea con las buenas prácticas internacionales, como la Recomendación del Consejo de la OCDE respecto a la Acción eficaz contra cárteles.

Se puede presentar una solicitud de clemencia después de que se haya realizado un allanamiento, siempre y cuando este se haya realizado antes de la publicación del informe de los resultados de la investigación.

El artículo 84 establece que las multas pueden reducirse para participantes adicionales en el acuerdo restrictivo (es decir, el segundo solicitante y los subsiguientes), si proporcionan pruebas sobre la presunta infracción que añada valor significativo a las pruebas ya disponibles para la SCPM. El segundo solicitante se beneficia de una reducción de la multa del 30-50%, el tercero del 20-30% y los subsiguientes solicitantes de menos del 20%.

Tanto la exención como la reducción de la multa requieren que el solicitante:

1. coopere completamente con la SCPM a lo largo de todo el procedimiento de investigación;⁶⁹
2. concluya su participación en la presunta violación cuando proporciona las pruebas salvo donde la SCPM decida que su

⁶⁹ El deber de cooperación de los solicitantes al programa de clemencia también se establece en el artículo 104 del RLORCPM.

participación continua mejorará la efectividad de la investigación;

3. no haya destruido ninguna prueba o revelado a terceros su intención de presentar la solicitud;
4. no haya tomado ninguna medida para obligar a otras compañías u operadores económicos que participen en la infracción.

Desde la introducción de la LORCPM, sólo se han presentado dos solicitudes de clemencia. Los actores interesados mencionaron a la OCDE tres posibles razones para la falta de éxito del programa. Primero, existe el riesgo de daño a la reputación. Segundo, se tiene amplio conocimiento de que la SCPM carece de recursos y que presenta dificultad para abrir nuevas investigaciones. Tercero, debido al caso Kimberly-Clark, existe poca confianza respecto a si la información proporcionada permanecerá confidencial.

Es de extrema importancia contar con un programa de clemencia con un buen funcionamiento, que sea claro y que proteja la información confidencial, para detectar las infracciones. Esto es particularmente cierto en el caso de las autoridades que carecen de los recursos necesarios para llevar a cabo muchas investigaciones, y parece que el nuevo programa de clemencia de Ecuador va en la dirección correcta.

2.3.6. Publicación de las decisiones

La LORCPM incluye una disposición específica sobre la publicación de las disposiciones. El artículo 87 establece que se deben publicar las sanciones impuestas por la SCPM, incluyendo el monto, el nombre del autor y la infracción.

El artículo 2 del RLORCPM establece que las opiniones, los lineamientos, las guías, los criterios técnicos y la investigación del mercado de la SCPM se publicarán en su sitio de internet y podrán difundirse y compilarse sin perjuicio de la información reservada o confidencial.

A pesar de estas disposiciones, de acuerdo con múltiples actores interesados, la SCPM no publica la mayoría de sus decisiones. El sitio de internet de la SCPM contiene sólo un pequeño número de las decisiones totales de la agencia. Además, incluso cuando una decisión se publica, es posible que haga declaraciones generales pero que no proporcione información específica que respalde los hallazgos, o sólo hacer referencia a documentos internos no divulgados.

De acuerdo con ciertos actores interesados, la opacidad de la agencia podría deberse al largo proceso de decidir qué es confidencial y reservado y, luego, a la redacción de esas secciones.

La gestión actual de la agencia reconoce la importancia de publicar sus decisiones. La SCPM está actualmente digitalizando sus decisiones, lo que es un avance positivo. La SCPM debe publicar toda la información que respalde sus hallazgos, con la excepción de la información reservada y confidencial. Todas las decisiones, una vez digitalizadas, deben publicarse en el sitio web de la autoridad.

2.3.7. Confidencialidad

Las definiciones de información confidencial y pública se proporcionan en los artículos 5 y 6 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LOTAIP), que establece que toda la información es pública, salvo aquella que está expresamente declarada como confidencial o reservada.

El artículo 47 de la LORCPM establece que toda persona que participe en las investigaciones en curso o que tenga acceso a los expedientes por razón de su cargo, trabajo o profesión, está obligada a mantener su contenido confidencial y secreto. La violación de este deber por parte de los funcionarios de la SCPM se considera causa de despido y puede dar lugar a responsabilidad civil y penal. La información sólo puede revelarse al poder judicial cuando así se solicite o en el contexto de las actuaciones judiciales.

El artículo 3 del RLORCPM establece que la información y los documentos obtenidos por la SCPM durante las investigaciones deben clasificarse como confidenciales, ya sea por iniciativa propia de la SCPM o bajo la solicitud de la parte involucrada.

En 2017, la SCPM publicó el “Instructivo de Clasificación de la información dentro de los expedientes de investigación y sanción,” clasificando la información en tres categorías: reservada, confidencial y administrativa. La información reservada no es confidencial, pero al revelarse puede poner en riesgo o comprometer la existencia de un bien económico, social, de salud, gobernanza o seguridad o amenazar una investigación de la SCPM. Solo las partes directamente involucradas en una investigación administrativa o proceso de sanción pueden tener acceso a ella. La información confidencial son los datos cuya divulgación causaría graves daños y concedería a terceros ventajas o beneficios injustos en materia de competencia. La información administrativa se produce o deriva de la gestión interna o administrativa de la SCPM.

La SCPM coloca la información no pública en carpetas de acceso restringido para asegurarse de que no la vean otros operadores económicos o el personal de la SCPM que no trabaje en el caso.

2.4. Restricciones sobre competencia y ayuda del Estado

2.4.1. Restricciones sobre competencia

De acuerdo con el artículo 28 de la LORCPM, la Junta de Regulación puede imponer restricciones sobre competencia por medio de una decisión fundamentada en los siguientes casos:

1. para el desarrollo de un monopolio estatal en el interés público;
2. para el desarrollo de sectores estratégicos de acuerdo con la Constitución;
3. para la provisión de servicios públicos de acuerdo con la Constitución;
4. para el desarrollo tecnológico e industrial de la economía nacional;
5. para la implementación de iniciativas de acciones afirmativas a favor de la economía popular y basada en la solidaridad.

La decisión de la Junta de Regulación debe ser justificada y los beneficios específicos y concretos significativos deben generarse para el interés general y para los consumidores y usuarios.

2.4.2. Ayuda estatal

La ayuda estatal se define como ayuda que: 1) proporciona una ventaja económica a uno o más operadores que no se habría obtenido en el ejercicio normal de sus actividades y 2) solo se encuentra disponible para operadores o sectores económicos específicos.

La ley establece diez situaciones amplias que pueden justificar la ayuda estatal, entre las que se incluyen la ayuda a un sector de consumidores prioritarios; la reparación de daños causados por acontecimientos excepcionales; el favorecimiento de determinadas regiones; la ejecución de proyectos estratégicos de interés nacional; el fomento de la producción de alimentos para garantizar la soberanía alimentaria; y la promoción de la conservación del patrimonio cultural.

La ayuda puede otorgarse a través de subsidios directos o indirectamente a través de beneficios como acceso privilegiado a líneas de financiamiento público; la compra de terrenos públicos a precios inferiores a los del mercado; préstamos o créditos en condiciones ventajosas; garantías; prestación de servicios gratuitos o a precios inferiores a los del mercado; y trabajo de infraestructura que benefician exclusivamente a determinados operadores o sectores económicos.⁷⁰

⁷⁰ Artículo 29 de la LORCPM y artículo 34 del RLORCPM.

La SCPM debe ser notificada tanto de las restricciones de competencia como de la ayuda estatal y está a cargo de monitorearlas y examinarlas a la luz de la LORCPM y evaluar su cumplimiento con el propósito estipulado.⁷¹ Este examen lo lleva a cabo la Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia (INAC).

La Junta de Regulación todavía tiene que establecer la cantidad mínima de ayuda pública por debajo de la cual la SCPM no controla la ayuda pública, aunque esto se encuentre regulado por el artículo 42 del RLORCPM.

2.4.3. Establecimiento de precios

El artículo 32 de la LORCPM establece que el Poder Ejecutivo puede, en casos excepcionales, fijar precios si es necesario en beneficio de la población o de la protección de la producción nacional.

2.4.4. Función de la SCPM

Si la SCPM dicta que una restricción de competencia, ayuda estatal o política de determinación de precios no cumple con su propósito establecido, se aplica en una manera abusiva o es contraria a la LORCPM, debe instar a su eliminación o modificación.⁷²

Los instrumentos en esta sección todavía deben utilizarse por la SCPM.

2.5. Revisión judicial

2.5.1. Posible foro

Los actos administrativos del SCPM se presumen legítimos y deben cumplirse tan pronto como se emitan.⁷³ Sin embargo, la Constitución permite que estos actos administrativos sean impugnados, tanto por vía administrativa como judicial. Si bien no es necesario agotar los medios administrativos para iniciar una impugnación judicial, no es posible tener recursos administrativos y judiciales concurrentes.⁷⁴

La Figura 9 ilustra las impugnaciones legales permitidas en la ley de Ecuador y a cuáles de estas decisiones de la SCPM pueden someterse.

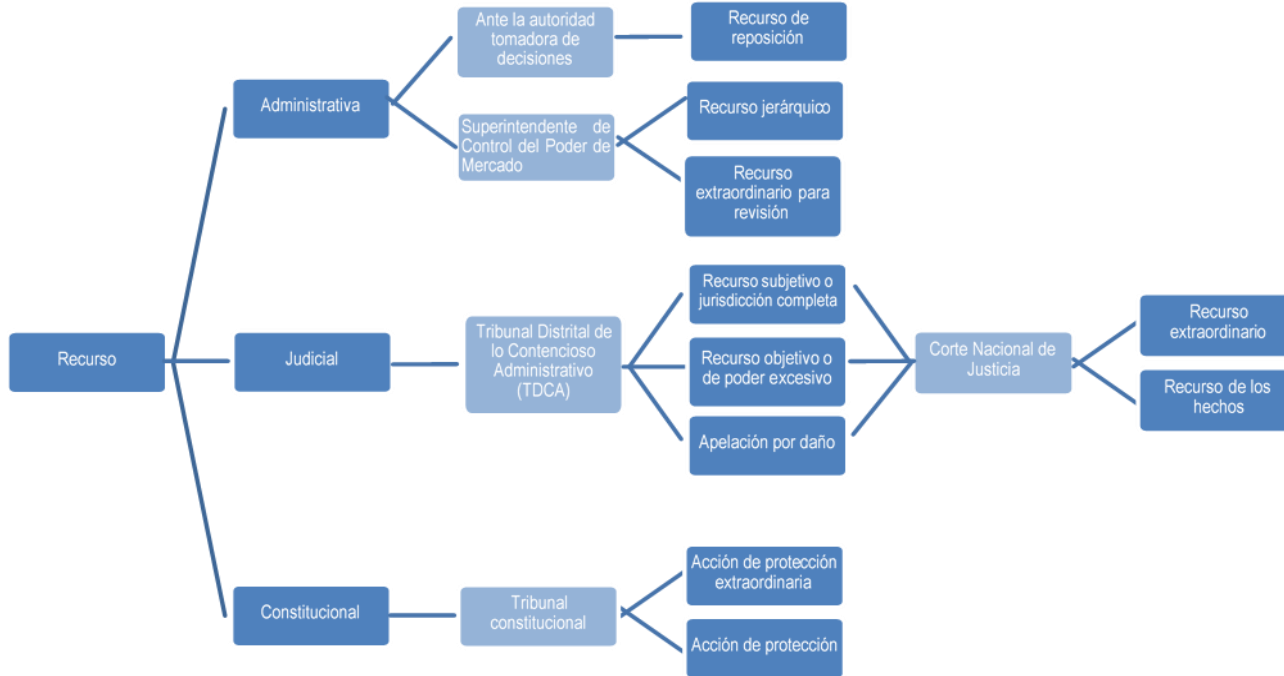
⁷¹ Artículo 30, 31 y 52 de la LORCPM y Artículo 33 del RLORCPM.

⁷² Artículo 31 y 32 de la LORCPM y Artículo 33 del RLORCPM.

⁷³ Artículo 65 de la LORCPM.

⁷⁴ Artículo 300 del COGEP y Artículo 217 del COA.

Figura 9. Posibles impugnaciones a las decisiones de SCPM



Fuente: OCDE, usando datos de la INJ.

2.5.2. Recursos administrativos

Alternativas

La LORCPM permite tres posibles recursos administrativos para revertir una decisión de la SCPM: recurso de revisión, recurso jerárquico y recurso extraordinario.

De acuerdo con los datos de la Intendencia Nacional Jurídica de la SCPM, durante el período 2014 a 2019, hubo 161 recursos administrativos, de los cuales 10 se enviaron a un tribunal. De los 161, el 86% fueron recursos jerárquicos y el 14% recursos extraordinarios.

Tabla 8. Recursos administrativos, 2014-2019

Recursos	Total	De las cuales recursos legales
Recurso de reemplazo	1	0
Recurso jerárquico	137	5
Recurso extraordinario para revisión	23	5
Total	161	10

Fuente: OCDE, usando datos de la Intendencia Nacional Jurídica de la SCPM

Recurso de reposición

El *recurso de reposición* se presenta ante la misma autoridad que emitió el acto administrativo apelado. El recurso busca revocar, anular o enmendar un acto administrativo y debe interponerse dentro de los 20 días de la notificación del acto administrativo. La agencia debe resolverlo en 60 días.⁷⁵

Recurso jerárquico

El *recurso de apelación o jerárquico* se presenta ante el Superintendente de Control del Poder de Mercado, y busca la eliminación del reemplazo del acto o decisión apelada. Solicita a una autoridad superior que vuelva a evaluar los elementos fácticos y jurídicos y refina o revise los resultados de la primera instancia. El recurso debe presentarse en un plazo de 20 días a partir de la notificación del acto administrativo y ser resuelto por la agencia en un plazo de 60 días.⁷⁶

⁷⁵ Artículo 66 de la LORCPM.

⁷⁶ Artículo 67 de la LORCPM.

Recurso extraordinario de revisión

El *recurso extraordinario de revisión* también se presenta ante el Superintendente de Control del Poder de Mercado. El objetivo de este recurso extraordinario es revisar los errores de hechos o ley, errores procesales o presentar nuevas pruebas. El recurso extraordinario debe presentarse dentro de los tres años siguientes al acto administrativo final.

2.5.3. Recursos judiciales

Las decisiones de la SCPM pueden impugnarse ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo (TDCA) regional. Las impugnaciones ante los TDCA pueden ser subjetivas (reclamando la violación de los derechos) u objetivas (reclamando el abuso de poder). El Código Orgánico General de Procesos (COGEP) establece que el proceso judicial ante los tribunales administrativos debe resolverse dentro de un máximo de 100 días.⁷⁷ Sin embargo, esto rara vez es así debido a la acumulación de casos y su complejidad. Se han observado varias suspensiones de las audiencias preliminares y de los juicios, lo que alarga las decisiones.

Las decisiones del TDCA pueden impugnarse ante la Corte Nacional de Justicia, el tribunal más alto en Ecuador. La Corte Nacional de Justicia está conformada por seis juzgados, uno de ellos especializado en problemas administrativos contenciosos. Da audiencia a dos tipos de recursos: recursos extraordinarios, que se dirigen a garantizar la aplicación correcta, verdadera y uniforme de la ley y la doctrina legal; e interpone recursos sobre los hechos que declaran que fue errónea la decisión del TDCA. De acuerdo con el COGEP, las decisiones de la Corte Nacional de Justicia deben emitirse en un plazo aproximado de 80 días.⁷⁸ Actualmente, tardan más de un año en concluirse (cuando el tribunal evalúa los méritos) y más de seis meses (cuando el tribunal los rechaza en la etapa de admisibilidad). Durante el período 2014 a 2019, se interpusieron 44 recursos ante la Corte Nacional de Justicia, de los cuales 15 se resolvieron con 7 decisiones favorables para la SCPM, y 8 en contra.

Los tribunales parecen enfrentarse a dos retos principales. Primero, como se ha indicado anteriormente, las demoras. Esto da lugar a una incertidumbre jurídica, dado que durante un período relativamente largo la SCPM y los presuntos infractores no saben si una conducta constituye o no una infracción, a juicio del tribunal. Los retrasos también pueden obstaculizar la eficacia del cumplimiento de la ley de

⁷⁷ Comenzando por la calificación de la denuncia u orden, considerando el tiempo para la citación.

⁷⁸ Este Cálculo no incluye el procedimiento del recurso al organismo que emitió la decisión impugnada.

competencia si las compañías tienen acceso a medios para suspender la aplicación de las multas y los remedios impuestos por la SCPM.

El segundo desafío es la falta de experiencia de los jueces en materia de competencia. Por ejemplo, la Corte Nacional de Justicia de Ecuador en el caso de Recapt dictaminó que el estándar aplicable a los cárteles fue la regla de la razón y que debían demostrarse los efectos perjudiciales del cártel (véase el Recuadro 6). El tribunal se equivocó de dos maneras. En primer lugar, utilizó la dicotomía per se/regla de la razón, mientras que la LORCPM utiliza una distinción por objeto/efecto. En segundo lugar, la LORCPM estipula claramente que los cárteles son un delito por objeto, sin necesidad de probar el daño. La sentencia se basó en el uso erróneo de una norma de derecho penal (que exige la prueba del daño) en un caso de derecho de la competencia que imponía una multa, que es una sanción administrativa, no penal.

La creación de la capacidad de los jueces en ley de competencia es crucial para Ecuador, donde la competencia y su cumplimiento son recientes y los tribunales competentes son tribunales de jurisdicción general.⁷⁹ Es posible que los jueces no hayan tenido los conocimientos especializados en materia de ley de competencia ni hayan tenido la oportunidad de obtener este conocimiento a través de estudios o de experiencia en casos en su carrera.

Ecuador podría considerar la creación, en el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo (TDCA), de cámaras especializadas en cuestiones limitadas de leyes administrativas y de competencia. La creación de las cámaras especializadas permitiría a los jueces ganar experiencia en materia de leyes de competencia, lo que podría conducir a una mayor eficiencia, una mayor uniformidad de las decisiones y una mejor calidad de las mismas. Ecuador también debe considerar los riesgos potenciales de las cámaras especializadas, incluyendo a los jueces que se centran en un área específica de la ley, los sesgos de decisión y la separación del resto del sistema judicial.⁸⁰

⁷⁹ Véase el resumen ejecutivo de la Mesa Redonda sobre el Estándar de Revisión realizado por los Tribunales en casos de Competencia (2019). [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/M\(2019\)1/ANN2/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/M(2019)1/ANN2/FINAL/en/pdf).

⁸⁰ Véase la nota de antecedentes del Secretariado de la OCDE de la Mesa Redonda sobre el Estándar de Revisión realizado por los Tribunales en casos de Competencia (2019): “*La experiencia a través de los miembros de la OCDE muestra que la ley de competencia puede ejecutarse de manera efectiva a través de juicios generalistas o especialistas (OCDE, 1996). La especialización de los tribunales puede conducir a una mayor eficiencia, mayor uniformidad y mejores decisiones de calidad. La mayor eficiencia se debe a la repetición y estandarización de tareas y la mayor experiencia de los jueces para ver y entender la evidencia económica y los argumentos que respaldan los casos de competencia. La uniformidad de las*

2.5.4. Recursos constitucionales

La Corte Constitucional es la máxima entidad pública de control e interpretación de los asuntos constitucionales. Está compuesto por nueve jueces y está regulado en los artículos 429 a 440 de la Constitución de 2018. La Corte Constitucional revisa los actos y decisiones vinculantes para el cumplimiento de la constitución. Da audiencia a acciones sobre presuntas violaciones del debido proceso u otros derechos constitucionales.

Durante el período comprendido entre 2014 y 2019, se presentaron ante el tribunal 18 recursos constitucionales relacionados con la ley de competencia. De estos, 16 se habían resuelto; 14 se concluyeron en decisiones favorables para la SCPM, y 2 fueron decisiones en contra.

La Tabla 9 resume el número de recursos presentados ante la Corte Nacional de Justicia y la Corte Constitucional, así como su resultado.

Tabla 9. Recursos judiciales, 2014-2019

Tribunal	Total sometidos	Total resueltos	Total resueltos que favorecen a la SCPM	Total resueltos que no favorecen a la SCPM
Corte Nacional de Justicia	44	15	7	8
Corte Constitucional	18	16	14	2
Total	62	31	21	10

Fuente: OCDE, utilizando datos de la Dirección Legal de la SCPM.

2.6. Acciones por daños

Las personas físicas o morales que hayan sufrido daños y perjuicios por infracciones del derecho de la competencia pueden presentar una demanda de indemnización de daños y perjuicios en el marco del derecho civil general. La SCPM

decisiones se incrementa a través de la concentración de todos los casos de competencia en un solo tribunal. La mejoría en la calidad de los fallos resulta de la mayor experiencia en la ley y la práctica de competencia. No obstante, los tribunales especializados pueden verse afectados por los riesgos que la concentración de casos en un solo organismo puede ocasionar, así como la experiencia más estrecha debido al enfoque de los jueces sobre un área específica legal y la separación de todo el sistema judicial. Los tribunales de jurisdicción general también pueden generar un profundo conocimiento sobre cuestiones de competencia sustanciales, así como habilidades y experiencia en materias de competencia, mientras que se benefician de su mayor experiencia para aplicar principios legales a través de las áreas de la ley.” [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3\(2019\)1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3(2019)1/en/pdf).

no interviene en las acciones de seguimiento por daños y perjuicios. Las decisiones de la agencia no son un requisito para presentar una demanda por daños y perjuicios. Esto se alinea con la Recomendación del Consejo de la OCDE relativa a la Acción eficaz contra cárteles, que aconseja que deben tener un seguimiento aquellas acciones de cumplimiento privadas que no prosigan fallos sobre infracciones.

La OCDE no recibió información alguna sobre acciones privadas de indemnización por daños y perjuicios. Ecuador debe considerar alentar el cumplimiento privado para permitir la indemnización de las víctimas y potenciar el efecto disuasorio del derecho de la competencia al incrementar el costo potencial de la infracción del derecho de la competencia.

Se pueden adoptar varias medidas para fomentar las acciones de indemnización por daños y perjuicios. En primer lugar, las decisiones definitivas sobre infracciones adoptadas por la SCPM deberían tener un valor probatorio adecuado, que actualmente no tienen, para facilitar las acciones de seguimiento. En segundo lugar, parece difícil acceder a la información de los archivos de la SCPM, ya que la confidencialidad parece interpretarse de manera demasiado amplia. Sin embargo, las partes privadas necesitan información para poder entablar acciones. La SCPM debería seguir protegiendo la información confidencial y, en particular, las declaraciones de clemencia, a fin de no desincentivar las solicitudes de clemencia. Sin embargo, la SCPM podría tener acceso a información no confidencial que corrobore su fallo de infracción.⁸¹

⁸¹ Todo esto de acuerdo con la Recomendación del Consejo de la OCDE respecto a la Acción eficaz contra cárteles sobre el cumplimiento privado (recomendación II.6):

“a. Establecer reglas que permitan a las partes tener acceso a la evidencia necesaria para interponer una demanda para compensaciones;

b. Proteger declaraciones de clemencia, así como presentaciones de acuerdos, de la revelación para garantizar el correcto equilibrio entre la acción pública de las autoridades de competencia y la acción privada por parte de las víctimas de los cárteles;

c. Permitir acciones de cumplimiento privadas que no controlen fallos de infracciones de las autoridades de competencia, para permitir el cumplimiento en casos donde no existe una decisión previa;

d. Introducir mecanismos de reparación de agravios colectivos, que permitan a los grupos de demandantes en una postura similar solicitar la compensación colectiva;

e. Otorgar el valor probatorio adecuado para los fallos finales en las infracciones por parte de las autoridades de competencia, en acciones de cumplimiento privadas respecto al mismo cartel”.

3. Cumplimiento de la ley de competencia

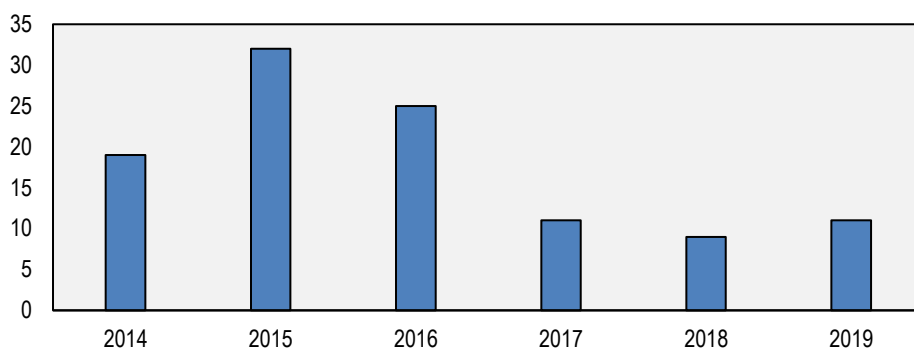
Esta sección presenta los casos más importantes que ha investigado la SCPM y muestra que, en general, la CRPI ha adoptado sólo un pequeño número de decisiones finales. En total, la CRPI tomó 49 decisiones finales entre 2014 y 2019, en materia de cárteles, abuso de poder y competencia desleal.

Unos cuantos abogados del sector privado han ganado experiencia en el cumplimiento de la ley de competencia, siguiendo la actividad de la SCPM. Sin embargo, la mayoría de estos abogados no sólo están especializados en competencia; sino también trabajan en otros ámbitos de la ley. Existen menos economistas especializados en el sector privado. Durante la misión de determinación de hechos, los actores interesados notificaron a la OCDE que resulta difícil encontrar experiencia económica en el país.

3.1. Abuso de poder de mercado

Durante el período de 2014 a 2019, la SCPM comenzó 107 investigaciones, significativamente más que en el caso de los acuerdos restrictivos. Como se muestra en la Figura 10, se alcanzó un pico en 2015 con 32 nuevas investigaciones. Desde el 2017, este número ha disminuido en comparación con los tres años previos.

Figura 10. Investigaciones de la SCPM lanzadas en el abuso de poder del mercado



Fuente: OCDE, usando los datos de INICAPMAPR.

A pesar del gran número de investigaciones iniciadas, la CRPI solo ha emitido hasta ahora tres decisiones respecto a casos sobre abuso de poder del mercado (artículo 9 LORCPM) y abuso de dependencia económica (artículo 10 de la LORCPM). Actualmente existen cinco casos abiertos.

De acuerdo con la INICAPMAR, el cierre de un gran número de investigaciones de oficio por falta de mérito explica la diferencia entre el número de investigaciones iniciadas y el de casos abiertos y decisiones finales.

La primera decisión final (Concel, véase Recuadro 1) se relacionó con una conducta excluyente (artículo 9 LORCPM); el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo (TDCA) anuló la decisión posteriormente. Otro caso investigó un trato discriminatorio (artículo 9 LORCPM) que se brindó a algunos distribuidores (Cervecería Nacional, véase Recuadro 2) que se resolvió al adoptar compromisos y un pago de USD 236 094. El tercer caso lidió con el abuso de dependencia económica (artículo 10 LORCPM) de cuatro cadenas de supermercados hacia sus proveedores (Supermercados, Recuadro 3).

Todos los casos de abuso de poder de mercado resueltos por la CRPI han sido considerados como seriamente defectuosos por los actores interesados. Los tribunales también anularon las decisiones de la SCPM. Por ejemplo, en el caso de Concel (véase el Recuadro 1), que se refería a la instalación de antenas de telefonía móvil, la decisión de la CRPI definió erróneamente el mercado pertinente, error que le llevó a anular la decisión del TDCA. En el caso de la Cervecería Nacional (véase Recuadro 2), algunos actores interesados se quejaron de que la CRPI decidió aceptar compromisos en lugar de continuar la investigación. En su opinión, el caso era una buena oportunidad para sentar un precedente y aumentar la seguridad jurídica en el futuro. En el caso de los supermercados (véase el Recuadro 3), la SCPM optó por aplicar el artículo 10 de la LORCPM (abuso de la dependencia del mercado), cuya infracción no conlleva sanciones, en lugar del artículo 9, y cometió errores de procedimiento que dieron lugar a la anulación de una de las cuatro decisiones emitidas por la CRPI.

Los casos de abuso de dominancia son con frecuencia mucho más complejos que los casos de cárteles y son más desafiantes para las jóvenes agencias. Precisamente debido a que no están bien definidos, la evaluación sustancial de las decisiones puede ser más vulnerable en el tribunal. En especial para una joven agencia como la SCPM, resultaría más eficaz utilizar sus recursos en el cumplimiento contra los cárteles y solo iniciar casos de abuso de dominancia donde el daño es particularmente significativo y/o cuando el caso es relativamente contundente.

Recuadro 1. Caso Conecel: Determinación incorrecta del mercado relevante y multas injustificadas

En octubre de 2012, la Corporación Nacional de Telecomunicaciones (CNT) propiedad estatal presentó una queja ante la SCPM argumentando que, debido a las cláusulas de exclusividad impuestas por la Conecel a los dueños de propiedades en sus contratos de renta, no podía acceder a ciertas propiedades necesarias para instalar sus redes y antenas. La Conecel argumentó que la CNT no se veía afectada por las cláusulas de exclusividad, ya que no impedía que la CNT celebrara contratos de renta con otros propietarios y accediera a otros inmuebles para instalar sus antenas. La Conecel argumentó que no había una posición dominante en el mercado de bienes raíces ni en las propiedades donde las antenas podían instalarse.

La CRPI emitió tres decisiones principales respecto al caso. Primero, en abril de 2013, impuso medidas provisionales a la Conecel, ordenando la suspensión de sus cláusulas de exclusividad en los contratos de renta. Segundo, en febrero de 2014, la CRPI encontró culpable a la Conecel por violar el artículo 9 de la LORCPM e impuso una multa de USD 138 495 965 (Decisión N° SCPM-CRPI-2013-0009). Tercero, en abril de 2016 y después de declarar el incumplimiento con las medidas preliminares ordenadas en 2013, la CRPI multó a la Conecel con otro monto adicional de USD 82 773 059 (Decisión N° SCPM-CRPI-2016-035).

Para calcular ambas multas, la SCPM definió el mercado relevante como el mercado de telecomunicaciones, a pesar de los argumentos de la Conecel. Ninguna de las dos decisiones reveló los métodos económicos utilizados por la CRPI para determinar este mercado relevante.

En la etapa de investigación, la SCPM determinó que la Conecel tenía una participación de mercado del 60% en sentido ascendente (instalación de antenas y postes) y del 69% en sentido descendente (provisión de servicio de voz móvil), en los años 2010, 2011 y 2012, convirtiendo a la Conecel en un operador dominante en ambos mercados. La decisión de la de la CRPI estipuló que la compañía, al haber instalado su infraestructura de red primero, tenía la *“capacidad de crear barreras de entrada estratégicas y contractuales intencionalmente para evitar la expansión de otros operadores económicos dentro de este mercado relevante”*.

La Conecel impugnó las tres decisiones de la SCPM ante el TDCA, lo que las anuló en septiembre de 2017 y octubre de 2018. La SCPM impugnó las decisiones de la TDCA ante la Corte Nacional de Justicia y la Corte Constitucional, pero falló y por lo tanto los juicios del TDCA se volvieron finales.

Múltiples actores interesados han criticado dos aspectos del caso. Primero su falta de definición sólida del mercado relevante. Segundo, la falta de fundamento para la determinación de ambas multas. Otros observadores han expresado inquietudes respecto a la posible presión ejercida por el competidor de la Conecel, una compañía estatal, sobre la SCPM.

Fuente: Juicio N° 09802-2016-00738, Juicio N° 09801-2014-0125, Expediente N° SCPM-CRPI-2013-002, Expiente N° SCPM-CRPI-2013-009 y Expediente N° SCPM-CRPI-2016-035.

Recuadro 2. Caso Cervecería Nacional: Uso extensivo de compromisos

En septiembre de 2016, la CRPI decidió aceptar los compromisos que presentó la Cervecería Nacional, que habían aceptado una violación al artículo 9(6) de la LORCPM (discriminación de precios injustificada) y el artículo 9(7) de la LORCPM (aplicación de condiciones desiguales para beneficios equivalentes en relaciones comerciales). Ambas violaciones se llevaron a cabo durante una promoción de “viernes negro” durante la cual la Cervecería Nacional decidió realizar descuentos significativos a sus productos, pero únicamente a dos grandes cadenas comerciales: Corporación Favorita y Corporación El Rosado. Más de 2,600 distribuidores y minoristas no se beneficiaron de la promoción.

La CRPI estableció el pago reparador del compromiso en USD 236 094, junto con una serie de remedios, incluyendo un esquema de descuentos para los distribuidores excluidos de la promoción original, y medidas complementarias como programas de capacitación en competencia y actividades de promoción de competencia.

Fuente: Expediente N° SCPM-CRPI-2016-010.

Recuadro 3. Caso supermercados: impugnaciones a los procedimientos

En el 2013, la SCPM inició una investigación a cuatro cadenas de supermercados: Tiendas Industriales Asociadas (TIA), Corporación El Rosado, Corporación Favorita, y Mega Santa María por presuntas violaciones del artículo 10 de la LORCPM en sus relaciones comerciales con los proveedores.

La investigación se centró en 1) la imposición de condiciones comerciales no acordadas previamente como el precio, la entrega gratuita de la mercancía para la apertura de nuevos locales, los descuentos pagados por los proveedores en las promociones realizadas por los supermercados; 2) las devoluciones injustificadas de mercancía; 3) la negativa a comprar o las compras condicionadas; 4) la terminación de las relaciones comerciales. La situación y las posibles infracciones variaban según cada cadena de supermercados.

La CRPI emitió cuatro diferentes decisiones entre febrero y marzo de 2017, una para cada operador económico. En cada una de estas decisiones, la CRPI reconoció una situación de dependencia económica y una infracción del artículo 10(4) de la LORCPM (imposición, directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o servicios discriminatorios).

La CRPI ordenó que las cuatro cadenas de supermercados cumplieran con las medidas correctivas incluyendo: 1) cambios a las disposiciones de los contratos, reglas sobre precios y medios de pago, términos de pago, recepción de productos, validez de los contratos y devolución de los productos; 2) una prohibición de la terminación de las relaciones comerciales; y 3) otras medidas incluyendo una capacitación anual en ley de competencia para los proveedores, la publicación de disposiciones estándar de contratos en el sitio de internet corporativo del supermercado.

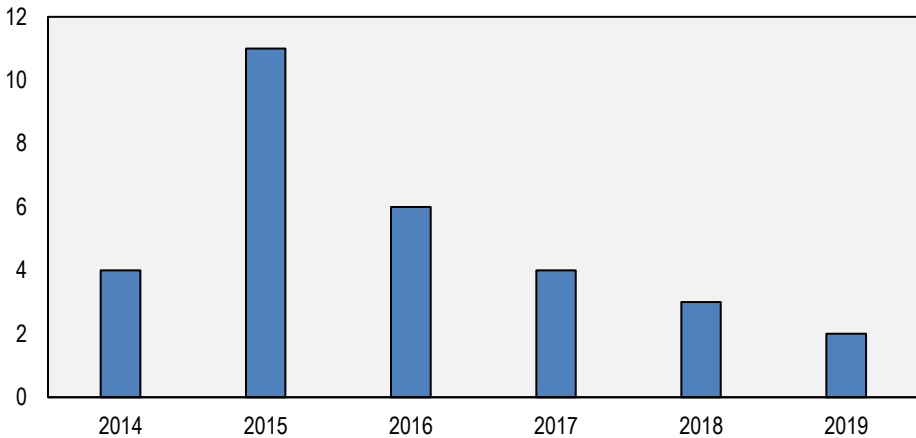
En enero de 2017, Corporación El Rosado ganó un recurso contra la decisión de SCPM ante el TDCA, que anuló la decisión contra la compañía. Las otras decisiones de la SCPM siguieron vigentes. Tras los recursos no exitosos de la SCPM ante la Corte Nacional de Justicia y la Corte Constitucional, se ha vuelto final la decisión del TDCA con respecto a El Rosado.

Fuente: Juicio N° 17230-2016-17484, Juicio N° 09802-2017-00803, Juicio N° 09802-2016-00681, Caso de la Corte Constitucional N° 1172-17-EP, Expediente N° SCPM-CRPI-2016-061, Expediente N° SCPM-CRPI-2016-062, Expediente N° SCPM-CRPI-2016-063 y Expediente N° SCPM-CRPI-2016-064.

3.2. Acuerdos restrictivos

Durante los seis años entre 2014 y 2019, la SCPM inició 30 investigaciones de oficio. Esto es un tercio del número de investigaciones sobre abuso de poder de mercado durante el mismo periodo. Como se observa en la Figura 11, las investigaciones de oficio alcanzaron un pico en el 2015 con 11 investigaciones iniciadas, un número que ha disminuido desde entonces.

Figura 11. Investigaciones de oficio lanzadas en prácticas y acuerdos anticompetitivos



Fuente: OCDE, usando datos de INICAPMAPR.

Como se muestra en la Tabla 10, en el periodo de 6 años desde el 2014 al 2019, la CRPI adoptó un total de 12 decisiones de acuerdos y prácticas restrictivas finales. Once de estas decisiones involucraron colusión en contrataciones públicas. La SCPM ha aceptado compromisos en 8 de los 12 casos, 7 de los cuales fueron casos de colusión en contrataciones públicas.

Tabla 10. Decisiones finales sobre acuerdos y prácticas anticompetitivas de la SCPM

Año	Decisiones finales tomadas por la SCPM	Decisiones totales en las que se utilizaron compromisos	Monto de multas totales (USD)	Monto total derivado de los compromisos (USD)
2019	1	0	286 912*	0
2018	6	4	52 584	10 335**
2017	2	2	0	20 894
2016	1	1	0	123 466
2015	2	1	308 529	36 003
2014	0	0	0	0
Total	12	8	648 025	190 697

Notas: *Debido a la larga duración de los recursos, las multas contra Recapt y Solnet, que se gravaron primero en 2015, se cuentan en el total del 2019.

**La decisión de los compromisos correspondiente a la Decisión N° SCPM-CRPI-042-2018 no se hizo pública por la CRPI y por consiguiente no se cuenta en esta tabla.

El detalle de todos los casos en esta tabla puede encontrarse en la Tabla 26, Apéndice 1. Detalle de las decisiones finales totales tomadas por la SCPM.

Fuente: OCDE, usando datos de INICAPMAPR

En el futuro, la SCPM debe priorizar el cumplimiento contra los cárteles y generar experiencia y adquirir reconocimiento público. Los cárteles son el tipo más dañino de infracción a la competencia y el cumplimiento contra ellos es particularmente benéfico para los ciudadanos. Los cárteles son también la infracción mejor definida desde una perspectiva sustancial – siempre que los hechos se demuestren, no se requiere un análisis sofisticado.

La SCPM enfrenta una serie de retos. En primer lugar, sus recursos son limitados y solo cinco personas están asignadas al cumplimiento contra los cárteles, incluyendo el director, un analista económico y tres analistas legales. Por lo tanto, las compañías saben que la agencia no tiene los suficientes recursos para detectar los cárteles o investigarlos si recibe una denuncia o una solicitud de clemencia.

Segundo, los compromisos parecen socavar la eficacia del programa de clemencia para los cárteles. Como se explica en la sección 2.3.4, las compañías prefieren esperar a que se abran las investigaciones y proponer compromisos, en vez de solicitar clemencia después de la revelación de información confidencial de clemencia de la SCPM a la SGCAN en el caso Kimberly Clark. Mayores pagos de compromisos pueden ayudar a mantener el atractivo del programa de clemencia.

Como se explica en la sección 2.2.3, la Recomendación del Consejo de la OCDE respecto a la Acción eficaz contra cárteles aconseja que los cárteles se consideren ilegales “*Independientemente de la existencia de evidencia de efectos adversos reales sobre los mercados.*” Esta Recomendación es particularmente relevante ya que en el

caso de Recapt la Corte Nacional de Justicia de Ecuador pareció sugerir que el estándar aplicable a los cárteles era la regla de la razón y que debían demostrarse los efectos dañinos de los cárteles (véase Recuadro 6). Las buenas prácticas internacionales, sobre las cuales se basa la Recomendación de la OCDE, aconseja que este tipo de infracciones deben ser punibles sin necesidad de demostrar el daño.

Los cuadros a continuación describen algunos de los casos de acuerdos anticompetitivos más relevantes.

Recuadro 4. Caso Frankimport: Un caso exitoso con una multa baja

El caso lo inició la Subsecretaría de Competencia, la agencia de competencia previa, e incluye un procedimiento de compras para botas de trabajo ejecutada por la compañía estatal Petroecuador EP. En el proceso de la subasta inversa electrónica, 10 operadores económicos presentaron sus ofertas, dos de los cuales calificaron para la consideración final: Frankimport y Jorge Franklin Hinojosa. El contrato finalmente se adjudicó a Frankimport por un valor del 2.5% menor al precio de referencia.

La investigación de la Subsecretaría reveló la existencia de vínculos legales y financieros entre los dos proveedores finales. Jorge Franklin Hinojosa, quien estaba participando como persona física, era también el presidente y el propietario del 50% de Frankimport. La evidencia también demostró que ambas partes tenían la misma dirección IP y se estaban comunicando; esto demostró que las ofertas no se realizaron de manera independiente y que había ocurrido cooperación, lo que distorsionó la competencia.

En mayo de 2015, la CRPI impuso una multa a Frankimport y Jorge Franklin Hinojosa de USD 308 529.

Fuente: Expediente N° SCPM-CRPI-2014-019.

Recuadro 5. Caso Martec: Un inicio titubeante para el programa de clemencia

El caso Martec y Cyberbox es el único caso donde la SCPM aplicó exitosamente el programa de clemencia. El caso involucró a dos compañías que arreglaron ofertas en cuatro procedimientos de subastas inversas electrónicas para cartuchos de impresoras. La investigación descubrió vínculos financieros y familiares entre las compañías. Por ejemplo, las compañías estaban facturando entre sí servicios como mantenimiento.

En abril de 2016, debido a que la SCPM estaba realizando la investigación preliminar, Martec presentó una propuesta de compromiso y una solicitud de exención o reducción de multas bajo el programa de clemencia. Cyberbox también presentó una propuesta de compromiso, que rechazó la CRPI en noviembre de 2016. En mayo de 2018, la CRPI decidió que ambas compañías habían participado en una colusión de contrataciones públicas e impuso una multa de USD 3 835 para Martec y USD 3 068 para Cyberbox (Decisión N° SCPM-CRPI-021-2016).

En agosto de 2018, la CRPI decidió reducir la multa de Martec al 50% por haber cooperado con la SCPM y haber proporcionado evidencia, de acuerdo con las reglas que regulan el programa de clemencia. Por consiguiente, la multa final impuesta sobre Martec fue de solo USD 1 918.

Fuente: Expediente N° SCPM-CRPI-2016-21

Recuadro 6. Caso Recapt y Solnet: Impugnaciones procesales debido a un cálculo incorrecto del monto de la sanción

En 2013, la SCPM recibió una queja contra dos compañías, Recapt y Solnet, por coludir las ofertas en un proceso de subasta electrónica inversa para un centro de servicio de atención al cliente para el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS).

Existió una clara evidencia de colaboración entre los empleados de las compañías incluyendo el uso de los mismos consultores externos para la licitación y la presentación de documentos sorprendentemente similares durante el proceso de contrataciones públicas.

En septiembre de 2015, la CRPI determinó que Recapt y Solnet habían participado en colusión de contrataciones públicas y que el IESS había dirigido el proceso para favorecer sin fundamento a uno o más operadores económicos. También estableció circunstancias agravantes para Recapt ya que indujo y adoptó

medidas para imponer o garantizar la conducta anticompetitiva. La CRPI impuso una multa de solo alrededor de USD 2.3 millones a Recapt y USD 9 875 a Solnet (Decisión N° SCPM-CRPI-2015-019). Recapt tuvo un recurso contra la decisión de la CRPI que se rechazó en enero de 2016.

Más tarde, Recapt interpuso un recurso ante el TDCA fundamentando que la multa aplicada por la SCPM no se había calculado de manera apropiada. La CRPI determinó el monto de la multa calculando el 12% del monto total del contrato que se adjudicó a Recapt a través del proceso de contrataciones públicas. Recapt argumentó que la multa debía haberse calculado basándose en su volumen de negocios total del ejercicio fiscal inmediatamente previo a la imposición de la multa, como se establece en el artículo 79 de la LORCPM. Dado que el monto de la contratación pública adjudicado fue USD \$ 19,450,795.59 y su validez era de 2 años, mientras que el volumen de negocios de acuerdo con la declaración fiscal correspondiente fue USD \$ 10,106,627.76, usar el volumen de negocios como base para el cálculo benefició a Recapt. El TDCA aceptó que la multa aplicada por la SCPM se había calculado de forma inadecuada, pero confirmó que Recapt había cometido una infracción muy grave de la LORCPM. En respuesta, tanto la SCPM como Recapt interpusieron un recurso ante la decisión del TDCA ante la Corte Nacional de Justicia.

En octubre de 2017, la Corte Nacional de Justicia anuló la decisión de la SCPM debido a la falta de evidencia y requirió que la investigación se reiniciara.

En su resolución, la corte también estableció que el estándar aplicable a la conducta anticompetitiva era la “*regla de razón*” y, por consiguiente, que la conducta no podía constituir una infracción “*por objeto*”. Esto fue debido a la interpretación errónea de la ley de competencia por parte de la Corte de un estándar de ley criminal.

Varios actores interesados expresaron sus inquietudes sobre este juicio ya que reveló que la autoridad judicial más alta en el país no estaba familiarizada con la prueba legal aplicable a los cárteles.

En octubre de 2019, la CRPI impuso una multa a Recapt de hasta USD 277 037 y ordenó a Recapt y Solnet disculparse públicamente como un remedio correctivo adicional.

Fuente: Juicio N° 17811-2016-01271 y Expediente N° SCPM-CRPI-2015-019.

Recuadro 7. Caso Kimberly-Clark: Dudas legítimas sobre la aplicación correcta del programa de clemencia

En junio de 2014, durante la fase de investigación, Kimberly-Clark Ecuador (KCE) presentó una solicitud de clemencia a la SCPM proporcionando información y documentación que le incriminaban. Se realizaron dos allanamientos en las oficinas de la compañía en Ecuador en julio de 2014 y en marzo de 2016.

En octubre de 2016, la SCPM emitió una decisión que desclasificaba los documentos que le autoincriminaban que proporcionó KCE en 2014 para respaldar la solicitud de clemencia. Más tarde ese mes, la INICAPMAPR presentó una queja ante la Secretaría general de la Comunidad Andina de Naciones (SGCAN) contra Kimberly-Clark en Ecuador, Colombia y Perú. Además, la INICAPMAPR acompañó la queja con los documentos confidenciales revelados de KCE.

En respuesta, KCE interpuso tres acciones legales. Primero, KCE interpuso un recurso ante la SCPM sobre la decisión de la agencia de enviar una queja a la SGCAN. La SCPM no respondió dentro del marco del tiempo legal, por lo que KCE interpuso un recurso nuevamente ante el TDCA. El TDCA desestimó el recurso de KCE en mayo de 2019, que declaró que eran admisibles las acciones procesales realizadas dentro del marco de la Decisión 608 de la SGCAN.

KCE presentó un recurso extraordinario ante la Corte Nacional de Justicia contra la resolución y perdió. En mayo de 2020, KCE llevó otro recurso ante la Corte Nacional de Justicia, que continúa pendiente.

Segundo, KCE llevó ante el TDCA un recurso contra la decisión de desclasificación de la SCPM de octubre de 2016 y en septiembre de 2018, el TDCA declaró la decisión de desclasificación anulada. La SCPM impugnó la decisión del TDCA ante la Corte Nacional de Justicia y la Corte Constitucional, pero perdió y por lo tanto, se volvieron finales los juicios del TDCA. Ya no es posible un recurso o acción adicional.

Tercero, KCE llevó una acción contra las acciones de la SCPM ante la SGCAN, solicitando que el TDCA declare ilegal la desclasificación de la información relacionada a la clemencia. Este proceso judicial se encuentra actualmente pendiente.

En mayo de 2018, la SGCAN adoptó una decisión multando a KCE con USD 18.35 millones y a Productos Familia con USD 16.86 millones. En agosto de 2018, la SGCAN suspendió los efectos de su decisión hasta que se resuelvan todos los casos judiciales en Ecuador.

El caso Kimberly-Clark ha generado un debate internacional sobre los fundamentos necesarios para un programa de clemencia eficaz y legítimo (es decir, la confidencialidad de los documentos y la información relacionada a la clemencia). Varias autoridades regionales, como INDECOPI en Perú y la SIC en Colombia, se han pronunciado en contra de las acciones de la SCPM y del riesgo que la divulgación de información relacionada con la clemencia supone para los programas de clemencia en Latinoamérica.

Fuente: Decisión N° SCPM-IG-DES-001-2016, Denuncia de la SCPM a la CAN (N° 2709), Decisión N° 1883 de la SGCAN, Aplicación N° SCPM-IDIAPMAPR-2013-277, Expediente N° SCPM-IIAPMAPR-EXP-2016-004, Juicio N° 09802-2017-00197, Juicio N° 09802-2017-00767, Juicio N° 09802-2017-00196 y Caso de la Corte Constitucional N° 2007-19-EP.

3.3. Fusiones

La Intendencia Nacional de Investigación y Control de Concentraciones Económicas (INICCE) ha está ganando experiencia a través de la revisión de un flujo constante de notificaciones de concentraciones. Los resultados de la revisión de las concentraciones parecen alinearse ampliamente con las mejores prácticas internacionales, si acaso de una manera ligeramente menos estricta, en términos del porcentaje de concentraciones autorizadas sujetas a condiciones y transacciones prohibidas.

La Tabla 11 muestra que para el sexenio de 2014-2019, la INICCE revisó un total de 108 notificaciones obligatorias, en promedio 18 al año. A partir de ese total, la SCPM ha analizado y adoptado decisiones sobre 91 transacciones hasta abril de 2020; los 11 restantes siguen pendientes y seis se retiraron. Sólo 11 transacciones (12% de todas las decisiones) se sometieron a condiciones, y dos (2% de todas) fueron prohibidas (Holcim Ecuador/Lafarge Cementos e Indura Ecuador/Swissgas del Ecuador). El resto, el 86% fue aprobado sin condiciones. De acuerdo con CompStats de la OCDE, en las 46 jurisdicciones que proporcionaron datos para el periodo 2014 a 2018, aproximadamente el 2% de las fusiones se autorizaron con remedios, el 0.2% de las fusiones se prohibieron y el resto, alrededor del 98% se autorizaron.

Tabla 11. Estadísticas de la revisión de concentraciones para notificaciones obligatorias

Año	Notificaciones obligatorias totales	Autorizaciones totales	Autorizaciones totales con condiciones	Prohibiciones totales	Notificaciones retiradas totales *	Casos pendientes totales
2019	23	11	1	0	1	11
2018	16	13	0	0	2	0
2017	22	17	3	0	2	0
2016	16	12	3	0	1	0
2015	16	13	3	0	0	0
2014	15	12	1	2	0	0
Total	108	78	11	2	6	11

Nota: *En otros 6 casos, las partes fusionantes retiraron la notificación durante la fase de investigación
Fuente: INICCE

Como se explica en la Sección 2.2.4, la SCPM también puede revisar las notificaciones voluntarias, con carácter informativo, y acepta consultas de prenotificación. Además de las 108 notificaciones obligatorias, la SCPM recibió 44 notificaciones voluntarias, 9 solicitudes para consultas de prenotificación y también revisó 6 concentraciones no notificadas (véase la Tabla 12).

Tabla 12. Número de concentraciones revisadas por procedimiento tipo entre 2014 y 2019

Tipo de procedimiento	Número de casos	Porcentaje de casos totales
Notificaciones obligatorias	97*	62%
Notificaciones con carácter informativo	44	28%
Consultas previas a la notificación	9	6%
Procedimientos de investigación para concentraciones no notificadas	6	4%
Total	156	100%

Nota: *No incluye 11 notificaciones sobre las cuales la SCPM todavía no ha adoptado una decisión.
Fuente: INICCE

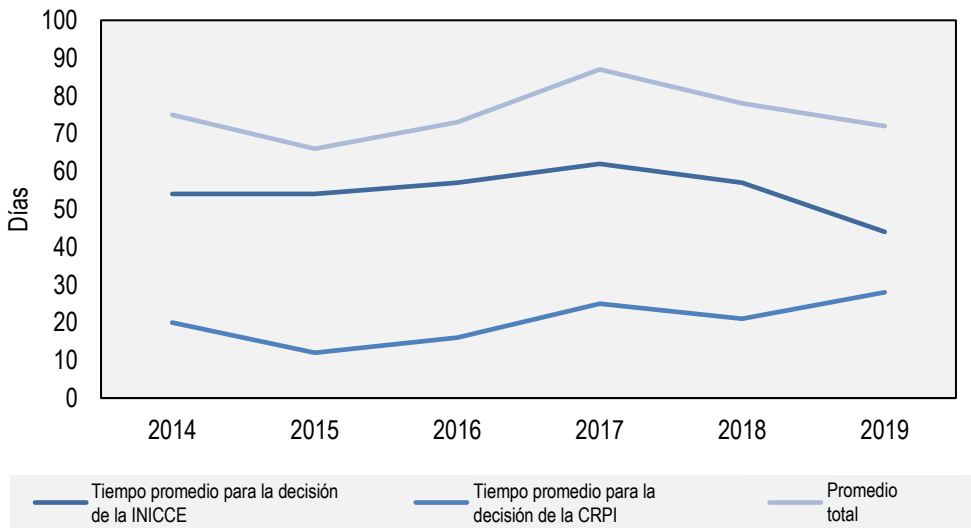
La INICCE notificó que uno de sus principales desafíos es el cumplimiento de las fechas límite. Hasta hace poco Ecuador no contaba con una revisión de concentraciones simplificada que permitiera la autorización rápida de las concentraciones que no amenazaban la competencia; el país introdujo la revisión de concentraciones simplificada en abril de 2020. Contar con un procedimiento simplificado ayudará a liberar recursos que podrían utilizarse en las fusiones problemáticas. Sin embargo, como se explica en la Sección 2.2.4, Ecuador debe

considerar adoptar un sistema bifásico alineado con las buenas prácticas internacionales, adicional a su procedimiento acelerado.

Durante el periodo de 2014 al 2019, la duración media de la autorización de una fusión en los casos iniciados mediante la notificación obligatoria de la fusión fue de 65 días; cuando se impusieron condiciones, la duración media de la revisión fue de 128 días; y de 83 días en el caso de las fusiones prohibidas.

Como se muestra en la Figura 12, durante los últimos años la INICCE ha reducido el número de días de revisión, mientras que la duración de la revisión al nivel de la CRPI ha aumentado. En general, el tiempo que toma para que la SCPM emita una decisión sobre las concentraciones ha disminuido desde el 2017.

Figura 12. Tiempos promedio para la resolución de casos, 2014-2019



Fuente: OCDE, usando datos de la INICCE.

Recuadro 8. Indura Ecuador/Swissgas del Ecuador: Primera transacción prohibida

En el 2014, Indura Ecuador notificó la toma de control de Swissgas del Ecuador. La INICCE analizó los cuatro mercados relevantes afectados por la transacción: oxígeno industrial a granel, oxígeno industrial embotellado, nitrógeno industrial a granel y nitrógeno industrial embotellado.

En el momento del análisis, cinco compañías operaban en el mercado de gas en Ecuador: Enox, Swissgas, Oxyguayas, Indura y Linde. Al aplicar el índice de HHI, se encontró una variación significativa en la concentración del mercado de comercialización y producción para nitrógeno embotellado, nitrógeno a granel y oxígeno a granel. La SCPM calculó que, bajo un escenario posterior a la fusión, el tiempo para que un nuevo competidor ingresara al mercado sería mayor que el estándar internacional y que los costos de infraestructura, los costos irre recuperables, las inversiones en capacidad instalada, los contratos y descuentos desalentarían cualquier posible entrada a este mercado.

La INICCE concluyó que la transacción no presentaba inquietudes sobre posibles incrementos de precios unilaterales, pero sí incrementó el riesgo de efectos coordinados debido a la alta concentración de mercado, la homogeneidad de productos y costos entre compañías y el hecho de que la mayoría de los productos se ofrecieron en licitaciones públicas.

Por último, la CRPI prohibió la concentración en agosto de 2014 y no se interpuso un recurso para la decisión.

Fuente: Expediente N° SCPM-CRPI-2014-032.

Recuadro 9. Holcim/Lafarge: Segunda transacción prohibida

En julio de 2014, Holcim y Lafarge y sus subsidiarias Holcim Ecuador y Lafarge Cementos notificaron una fusión internacional entre estas dos compañías.

En aquel momento, el mercado estaba conformado por tres principales competidores: Holcim, Lafarge, y Unión Cementera Nacional (UCEM). La SCPM, en su análisis, determinó que la fusión propuesta tendría una concentración de alrededor del 80-90% del mercado relevante y generaría una variación de 3 000 a 4 000 puntos HHI. Además, la entrada al mercado se habría visto más dificultada debido a barreras como inversiones en infraestructura, requisitos de capital, provisión de depósitos de clínker y la construcción de canales de distribución. La SCPM determinó que incluso si los operadores eran capaces de ingresar al mercado en el futuro, no tendrían la fortaleza competitiva para generar presión sobre la entidad combinada.

La INICCE también cuantificó que la compañía fusionada habría sido lo suficientemente fuerte como para incrementar los precios en un 65% y encontró que era débil el poder de negociación de los clientes.

En octubre de 2014, la CRPI decidió prohibir la fusión entre las dos compañías, que ambas impugnaron y volvieron a perder en febrero de 2015.

Fuente: Expediente N° SCPM-CRPI-2014-044.

Recuadro 10. AB InBev/SAB Miller: complejidad de los remedios para las concentraciones

En noviembre de 2015, se notificó en Ecuador la adquisición mundial de SAB Miller que realizó AB InBev. Ambas compañías participaron en la comercialización y producción de cerveza y bebidas a base de malta a nivel internacional. En Ecuador, la compra tuvo efectos en las filiales de SAB Miller, Cervecería Nacional (CN), Dinadec y Cernyt, y en la filial de AB InBev, la Compañía Cervecería Ambev Ecuador (Ambev).

Después de determinar que otras bebidas alcohólicas no eran sustitutos para la cerveza, la SCPM diferenció tres segmentos para el mercado de la cerveza: cerveza de bajo costo, cerveza regular y cerveza importada. El mercado de las bebidas de malta se definió como un mercado diferente.

En 2015, Ambev y CN ofrecieron cervezas de bajo costo y cerveza regular en el mercado de Ecuador y la SCPM determinó que la fusión dejaría a la entidad resultante con el 100% de ambos mercados relevantes. La transacción también habría concentrado el 100% del mercado de bebidas de malta.

Las inversiones de capital y los costos asociados con el montaje de fábricas, posicionamiento de marca, publicidad, red de distribución y capacidad excesiva se evaluaron como los principales impedimentos para el ingreso de nuevos competidores. Al utilizar el método de presión del precio al alza (UPP), la SCPM cuantificó que la entidad combinada incrementaría los precios hasta el 10% en el mercado de la malta, hasta el 39% en el mercado de la cerveza de bajo costo, y hasta el 23% en el mercado de la cerveza regular. Por último, la INICCE determinó que los clientes no tenían poder de negociación.

Basándose en la evaluación, en mayo de 2016, la CRPI decidió condicionar la autorización de la fusión de los siguientes remedios: 1) desinversión de la planta productora de cerveza y el canal de distribución de Ambev; 2) la venta de cerveza y de marcas de bebidas de malta, Zenda, Dorada, Biela y Maltín; 3) licencia de uso y explotación de la marca Brahma por un periodo de 10 años; 4) uso de la red de mercadotecnia de Dinadec, compañía distribuidora de SAB Miller en Ecuador; 5) limitar la publicidad en las marcas de malta Pilsener, Club, Budweiser, Bud66, y Pony Malta; 6) la creación de una plataforma de comercio electrónico para la venta de cerveza artesanal; 7) una mayor participación de los trabajadores en el capital accionario del operador económico resultante y estabilidad laboral; 8) el acceso al proceso de embotellamiento, diseño de botellas, sistema de distribución, capacitación y promoción para los productores de cervezas artesanales; y 9) prohibición de contratos exclusivos.

La CRPI aprobó los remedios y autorizó la transacción en julio de 2016. El siguiente mes, cuatro cervecerías no involucradas en la fusión interpusieron un recurso para la decisión. La SCPM negó el recurso, argumentando que los operadores económicos no eran parte del procedimiento desde el punto de vista procesal. No obstante, en noviembre de 2016, el director de la SCPM añadió, de oficio, una nueva condición a la fusión: la desinversión de la marca Club, propiedad de SAB Miller, que tenía el 10% de la cuota del mercado nacional. AB InBev interpuso un recurso. Se aceptó el recurso y se anuló la desinversión de la marca Club. La SCPM interpuso un recurso y perdió ante la Corte Constitucional en abril de 2018.

Fuente: Decisión N° SCPM-CRPI-2016-017, Caso de la Corte Constitucional N° 0008-17-EP y Juicio N° 009332-2016-10714.

Recuadro 11. Icebell/Recapitomsa: Cálculo incorrecto del volumen de negocios y una multa baja

En junio de 2014, Icebell adquirió los activos y pasivos de Recapitomsa, propietario de la cadena de restaurantes Dolce Incontro. El 60% de Icebell estaba controlado por Deli International, que era 97% propiedad de Neckic, una compañía que también tenía un 64% en la cadena de cafeterías Shemlon.

La transacción no fue notificada debido a que de acuerdo con los cálculos de Icebell, el volumen de negocios combinado no excedió el umbral de notificación. Icebell argumentó que solo Deli International, Icebell, y Recapitomsa deben considerarse para calcular el volumen de negocios, lo que dio una suma total de USD 50 millones. Sin embargo, la SCPM en su cálculo también incorporó Shemlon, lo que añadió USD 29 millones al total. Este nuevo total, USD 79 millones, cumplió el umbral de la fusión lo que significó que la fusión estaba sujeta a la notificación obligatoria.

En vista de esto, en marzo de 2018, la CRPI decidió que la fusión entre Icebell y Recapitomsa debía haberse notificado en una base obligatoria y que, al no hacerlo, Icebell había cometido una infracción leve. Después de determinar que la transacción no produjo ningún efecto económico adverso, Icebell fue multada con USD 24 609.

Fuente: Expediente N° SCPM-CRPI-2018-009.

Recuadro 12. Unión Cementera Nacional/Equinohormigonera: la posibilidad de ofrecer compromisos para salir en falso

En marzo de 2016, Unión Cementera Nacional (UCEM) pagó USD 1.6 millones para adquirir 99.9% de las acciones del proveedor Equinohormigonera. Dado que UCEM era un productor de cemento, la materia prima para hacer concreto y Equinohormigonera proveía concreto, se trataba de una adquisición vertical. Para el 2015, el volumen de negocios total de las dos compañías que participaron en la concentración ascendió a un monto de USD 272 millones,* muy por encima del umbral de la notificación.**

En marzo de 2018, la UCEM ofreció un compromiso con la SCPM, por no notificar la transacción. En diciembre del mismo año, la CRPI rechazó el compromiso fundamentando que el único compromiso admisible sería haber revertido la transacción.

La SCPM continuó la investigación y en marzo de 2019, la CRPI impuso una multa de USD 123 494 a la UCEM por una infracción muy grave.

Notas:* Determinado por la INICCE en este informe, No.SCPM-IGT-INICCE-006-2019-I, de febrero de 2019. ** En 2015, la RBU fue equivalente a USD 354, convirtiendo RBU 200 000 en un valor de USD 70.8 millones.

Fuente: Expediente N°SCPM-CRPI-2019-007.

4. Regímenes de competencia relacionados

4.1. Competencia desleal

En Ecuador, la SCPM investiga y sanciona la competencia desleal.

El artículo 25 de la LORCPM define la competencia desleal como cualquier práctica contraria a los usos o costumbres honestas en las actividades económicas. De acuerdo con la ley, la competencia desleal puede sancionarse incluso si el acto no sea deliberado y el daño hacia la competencia sea solo potencial y no real.

La LORCPM prohíbe los actos de competencia desleal que impidan, restrinjan o distorsionen la competencia, amenacen la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios. La SCPM sólo se ocupa de los casos de competencia desleal si el infractor tiene poder de mercado. Los tribunales civiles enjuician los actos desleales que afectan solo intereses individuales de conformidad con el artículo 26 de la LORCPM.

El artículo 27 de la LORCPM establece la lista detallada de los posibles actos de competencia desleal.

Tabla 13. Infracciones de competencia desleal del artículo 27

Naturaleza de la conducta	Principales conductas específicas
1) Confusión	Uso o imitación de signos distintivos de terceros Uso de etiquetas, envases, medios de identificación asociados con terceros
2) Engaño	Actos que induzcan al error del público sobre las ventajas o atributos o condiciones de los productos o servicios o del operador económico Publicidad engañosa o imprecisa
3) Imitación	Imitación que infrinja un derecho de propiedad intelectual Imitación de beneficios que creen confusión o se aprovechen de la reputación de un tercero Imitación para impedir u obstaculizar la presencia de un tercero en el mercado
4) Denigración	Realizar o difundir aseveraciones incorrectas o falsas para menoscabar a un tercero Realizar o difundir aseveraciones que se refieran a la nacionalidad o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales del afectado Realizar o difundir aseveraciones con un tono de desprecio o ridículo
5) Comparación	Comparación que no sea análoga, relevante o verificable
6) Explotación de reputación ajena	Uso indebido en beneficio propio de la reputación de un tercero
7) Violación de secretos empresariales	Divulgación de secretos empresariales con valor comercial Divulgación de secretos para incumplimiento de un contrato Adquisición de información confidencial para espionaje, incumplimiento de un contrato, abuso de confianza
8) Inducción a infracción contractual	Interferencia por un tercero en la relación contractual que un competidor mantenga con sus trabajadores, proveedores y clientes
9) Violación de normas	Abuso de procesos judiciales o administrativos para prevalecer en el mercado Violación de regulaciones para prevalecer en el mercado
10) Acoso, coacción o influencia indebida contra los consumidores	Aprovechamiento de la debilidad o desconocimiento del consumidor Acoso dirigido al desgaste del consumidor Dificultar la terminación del contrato Amenazar con acciones legales cuando no exista base Contratos que perjudiquen los derechos de los consumidores

Fuente: OCDE, basándose en el artículo 27 de la LORCPM.

De acuerdo con la información facilitada por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales (INPD) durante el proceso de investigación, no existe una propuesta legislativa para separar la ley de competencia de las prácticas desleales.

La SCPM cuenta con una unidad relativamente grande, la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales (INPD), que cuenta con

9 funcionarios y una considerable gestión de registros de casos de competencia desleal: un promedio de 32 investigaciones por año, con un máximo en 2016 de 54. La INDP es la división de la SCPM que recibe el mayor número de denuncias e investiga el mayor número de casos.

En la práctica, la mayoría de estos casos se resuelve por medio de compromisos (17 de 25 en el período de 2014-2019). El 60% de todos los compromisos aceptados por la CRPI corresponden a prácticas desleales.

Tabla 14. Decisiones finales de prácticas desleales de la SCPM, 2014-2019

Año	Decisiones finales totales	Decisiones totales con compromisos	Multas totales (USD)	Cantidad de corrección total a partir de compromisos (USD)
2019	3	2	2 019	217 403
2018	3	1	156 621*	15 010
2017	7	4	177 194	1 019 727**
2016	6	5	708 354	1 666 171
2015	5	4	79 484	315 647
2014	1	1	0	0
Total	25	17	1 123 671	3 233 958

Notas: *No incluye una multa impuesta sobre la compañía F&E Ecuatoriana. Se presentó un recurso para la decisión ante el TDCA y la multa se suspendió; no se ha alcanzado la decisión final.

**Una multa del 2016 se cuenta en el 2017, ya que se relaciona con un caso para el cual se adoptó una decisión en 2017.

Los detalles de todos los casos en esta tabla pueden encontrarse en el Apéndice 1:

Fuente: OCDE, utilizando datos de la INDP

Los recursos dedicados al cumplimiento de las reglas de competencia desleal son considerablemente superiores a los recursos dedicados a la investigación de las prácticas anticompetitivas y las fusiones. Esta participación debe volverse a balancear, asignando más recursos a la investigación de casos antimonopolio y menos para competencia desleal.

De manera alternativa, Ecuador debería considerar si es práctico confiar la revisión de los casos de competencia desleal, independientemente de que el autor tenga o no poder de mercado, a una agencia independiente. En dicho caso, Ecuador debe considerar si retira la competencia desleal de la LORCPM. Estos cambios permitirían a la SCPM enfocarse en su función principal, el cumplimiento y la promoción de competencia y evitar posibles malentendidos en relación con los diferentes objetivos que persigue la ley de competencia, por una parte, y la ley de competencia desleal, por otra.

A continuación, se detallan 3 casos de competencia desleal relevantes.

Recuadro 13. Caso de jugo en polvo

En 2013, Mondelez Ecuador denunció a Quala Ecuador por supuestas prácticas desleales en el mercado de jugo en polvo. La infracción consistió en publicidad engañosa sobre el contenido vitamínico de 2 marcas de jugo en polvo (JugosYá y JugosYá Fruit) de Quala Ecuador.

Quala Ecuador propuso un compromiso que fue aceptado por la CRPI en febrero de 2015 y se impuso una multa de USD 248 282.

Fuente: Expediente N° SCPM-CRPI-2014-052.

Recuadro 14. Caso de aceite “Light”: La necesidad de definir el mercado relevante para calcular la multa de los montos de corrección sobre los casos de competencia desleal

En el 2013, la SCPM lanzó una investigación en seis cadenas de supermercados: El Rosado, La Fabril, La Favorita, Industrial Ales, Industrial Danec, y Pronaca por una supuesta publicidad engañosa de aceites “light”.

En abril de 2016, la CRPI multó a El Rosado con USD 3.1 millones por una infracción grave del artículo 78 de la LORCPM por comercializar aceite con una etiqueta “light” sin la autorización de la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria (ARCSA).

Los cinco supermercados restantes presentaron compromisos, que fueron aceptados por la SCPM. Se determinaron los siguientes montos de corrección: La Favorita (USD 9 188); La Fabril (USD 194 563); Pronaca (USD 53 394); Industrial Ales (USD 1.12 millones); e Industrial Danec (USD 4.22 millones).

Industrial Ales presentó un recurso de la decisión en dos ocasiones, ambas veces sin éxito. Industrial Danec presentó un recurso ante la CRPI argumentando, entre otras cosas, un cálculo erróneo del mercado relevante, y, por lo tanto, del monto reparador. Este argumento fue admitido por la CRPI, que, en septiembre de 2016, aceptó parcialmente el recurso y determinó una nueva cantidad de USD 1.5 millones.

Danec después interpuso un recurso de la decisión en dos instancias y perdió. En abril de 2017, decidió retirar su compromiso. En julio de 2017, la CRPI declaró

que Danec no había cumplido con el compromiso y ordenó que continuara el procedimiento de investigación.

El Rosado, el único operador multado, impugnó la decisión de la CRPI ante el TDCA, que en 2017 aceptó la denuncia y anuló la decisión, argumentando que la ausencia de una explicación sobre la forma en la que se definió el mercado relevante y el volumen de negocios del mercado calculado afectó el fundamento de esta decisión. La SCPM presentó dos recursos que fueron desechados.

Fuente: Expediente N° SCPM-IIPD-2013-015, Expediente N° SCPM-CRPI-2015-076, Juicio N° 09802-2016-00608 y Caso de la Corte Constitucional N° 0796-17-EP.

Recuadro 15. Caso de electrodomésticos: información incompleta para los consumidores

La SCPM comenzó una investigación en Comandato y Concredito Concreta por proporcionar información incompleta sobre condiciones de ventas de electrodomésticos, engañando al consumidor sobre las formas de pago, las tasas de interés al generar el crédito directo, y el valor de los pagos periódicos de los consumidores. En respuesta, ambos operadores económicos ofrecieron compromisos, que aceptó la CRPI en julio de 2016 y agosto de 2017. Las multas de corrección fueron USD 447 480 para Comandato y USD 499 500 para Concredito Concreta.

Fuente: Expediente N° SCPM-CRPI-2016-020.

4.2. Protección al consumidor

La Defensoría del Pueblo de Ecuador (DPE) está a cargo de proteger los derechos del consumidor. De manera similar, la SCPM está a cargo de investigar conductas que pueden afectar a los consumidores o al interés general. El alcance exacto de su jurisdicción no siempre está claro y a veces puede superponerse. Ambas agencias son independientes y no existen reglas o prácticas para evitar decisiones inconsistentes o para decidir cómo proceder en caso de que se adopten. La SCPM y la Defensoría del Pueblo de Ecuador deben establecer un marco que aclare cuándo se espera que cada agencia actúe y cuándo no, así como lo que sucede si ambas actúan (p. ej. es posible que se le solicite a una de ellas que detenga los procedimientos).

4.3. Propiedad intelectual

El SENADI supervisa la protección de los derechos intelectuales. Además, de conformidad con la LORCPM, la SCPM puede investigar los problemas de competencia con un componente de propiedad intelectual si afectan el interés general o el bienestar de los consumidores; si procede, la SCPM puede imponer sanciones.⁸²

Los artículos 30 y 31 del RLORCPM regulan los procedimientos que tanto la SCPM como el SENADI deben seguir cuando reciben denuncias de propiedad intelectual. Sin embargo, la ley no es clara en cuanto a la distinción entre las facultades jurisdiccionales de la SCPM y la SENADI. Las autoridades organizan informalmente sus incumbencias basándose en el siguiente principio: cuando un caso incluye un impacto sobre el mercado, la SCPM lo investiga y, según corresponda, lo sanciona; cuando no existe un impacto en el mercado, el SENADI es la agencia competente. Sin embargo, los casos han sido investigados tanto por el SENADI como por la SCPM. Ambas agencias declaran que, hasta ahora, no han adoptado decisiones contradictorias. Aun así, deben establecer un marco que aclare cuándo se espera que cada institución actúe, y cuándo no, así como lo que sucede cuando las dos actúan (p. ej. es posible que se requiera que una de ellas detenga los procedimientos).

4.4. Sector de telecomunicaciones

En Ecuador, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (LOT) del 2015 regula el sector de las telecomunicaciones.⁸³ La ley, que contiene disposiciones que se refieren específicamente a problemas de competencia, creó la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones (ARCOTEL), que está a cargo de la administración, la regulación y el control de las telecomunicaciones. Está adscrita al Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información pero cuenta con autonomía administrativa, técnica, económica y financiera.⁸⁴

ARCOTEL puede regular las tarifas o precios y adoptar medidas para prevenir distorsiones de mercado y fortalecer el poder del mercado, y garantizar al usuario el acceso a los servicios públicos.⁸⁵

⁸² Artículo 26 de la LORCPM.

⁸³ Véase, www.telecomunicaciones.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2016/05/Ley-Organica-de-Telecomunicaciones.pdf.

⁸⁴ Artículo 142 de la LOT.

⁸⁵ Véase el artículo 28 de la LOT.

Cada dos años, ARCOTEL define los mercados relevantes de telecomunicaciones y analiza las condiciones de competencia dentro de esos mercados. Cuando, a raíz de estos análisis, se comprueba que los mercados no son competitivos, ARCOTEL puede imponer obligaciones específicas (como se detalla en el artículo 32 de la LOT) a los agentes económicos con poder del mercado.⁸⁶

De acuerdo con el artículo 33 de la LOT, un proveedor de telecomunicaciones se considerará con poder del mercado si cuenta con la capacidad para ejercer influencia significativa en el mercado. Esta definición de poder del mercado se alinea con la definición proporcionada por el artículo 7 de la LORCPM.

La LOT establece que, con el objeto de prevenir distorsiones en el mercado, las compañías con una cuota de mercado mayor al 30% en el sector de telecomunicaciones deben realizar un pago trimestral al Estado. Las compañías de telecomunicaciones estatales están exentas de esta obligación. Algunos observadores han destacado que esta disposición desincentiva la inversión y el crecimiento, es discriminatoria y va en contra del principio de neutralidad competitiva, que establece que las compañías deben competir sobre los méritos y no deben beneficiarse de ventajas indebidas debido a su propiedad o nacionalidad. La OCDE comprende que ARCOTEL está estudiando la necesidad de mantener este pago, que recaudó aproximadamente USD 14 millones el año anterior.

⁸⁶ El artículo 32 de la LOT aborda la imposición de obligaciones, que incluyen: “1) *Proporcionar información relativa a contabilidad, especificaciones técnicas, características de las redes, condiciones de suministro y utilización, incluidas, en su caso, las condiciones que pudieran limitar el acceso o la utilización de servicios o aplicaciones, así como los precios.* 2) *Proporcionar en forma oportuna y completa la información que le requiera la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, conforme con los formatos y periodicidad que para el efecto determine.* 3) *Llevar contabilidad de costos o regulatoria, en caso de que preste varios servicios, en el formato y con la metodología que, en su caso, determine la ARCOTEL.* 4) *Fijación de precios y tarifas que permitan promover y fomentar la competencia efectiva y los beneficios para los usuarios en términos de precios y calidad de los servicios así también para favorecer la inversión por parte del prestador de servicios, de modo especial, en redes de nueva generación. Se incluye el mecanismo tarifario para servicios dentro de la misma red o fuera de la red (on-net u off-net).* 5) *Fijar cargos de interconexión que promuevan la erradicación de prácticas anticompetitivas.* 6) *Limitaciones de comercialización de servicios y uso de equipos terminales.* 7) *Prohibición de suscribir contratos de arrendamiento para instalación de infraestructura.* 8) *Fijación de cargos de interconexión simétricos.* 9) *Fijación de cargos de interconexión asimétricos.* 10) *Regulación de tarifas simétrica.* 11) *Regulación de tarifas asimétrica.* 12) *Obligaciones de compartición de infraestructura.* 13) *Regulación sobre uso de marcas o nombres comerciales.”*

La ARCOTEL también cuenta con facultades de cumplimiento de competencia en el sector de las telecomunicaciones. Puede investigar e imponer sanciones sobre los operadores económicos por abuso de poder del mercado o prácticas anticompetitivas, infracción que también puede ser sancionada bajo la LORCPM por la SCPM. Para evitar una doble sanción por la misma conducta, la sanción es impuesta por cualquier agencia que notifique primero al operador económico del inicio del procedimiento de investigación. Hasta ahora, la ARCOTEL no ha iniciado ninguna investigación por violaciones en la ley de competencia.

En el caso de las fusiones, la ARCOTEL no cuenta con facultades en materia de competencia. Para las compañías que se han fusionado, es necesario obtener una licencia para operar en el sector de telecomunicaciones que proporcionen a ARCOTEL la autorización de la SCPM. Entre el 2016 y febrero de 2020, la SCPM ha emitido su opinión en diez casos respecto a los mercados regulados por ARCOTEL; cinco consultas prenotificación, tres notificaciones voluntarias y dos notificaciones obligatorias.

La SCPM también puede emitir recomendaciones no vinculantes a ARCOTEL sobre temas de competencia. Desde el 2015, la SCPM ha emitido dos. Una, sobre la distribución y adjudicación de frecuencias de radio de sonido, en 2017 (véase la Sección 5.1).⁸⁷ La segunda se emitió en el 2018, y recomendó que ARCOTEL, CORDICOM, y el contralor general revisaran las decisiones adoptadas sobre los solicitantes que presentaban solicitud de dos frecuencias de matrices para el mismo servicio.⁸⁸

5. Promoción de la competencia y fomento de una cultura de competencia

La SCPM cuenta con múltiples herramientas para promover la competencia. Puede realizar estudios de mercado, emitir opiniones y recomendaciones no vinculantes, preparar guías y llevar a cabo actividades de capacitación y difusión.⁸⁹

La Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia (INAC), la unidad de promoción de competencia de la SCPM comprende la Dirección de Estudios, que realiza estudios de mercado y elabora recomendaciones y manuales; y la Dirección de Promoción que organiza eventos nacionales e internacionales, capacitación, guías, observatorios ciudadanos y académicos y otras campañas. El material de promoción

⁸⁷ Véase, www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2019/03/Estudio_SCPM-IAC-0008-2017_RS.pdf.

⁸⁸ Véase, www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2019/03/SCPM-DS-005-2018_v2.pdf.

⁸⁹ Artículo 38 de la LORCPM.

de competencia de la SCPM (opiniones, lineamientos, guías, estudios de mercado, etc.) debe publicarse en su sitio de internet con la condición de proteger y no revelar información reservada o confidencial.⁹⁰

La INAC tiene 15 empleados. Como se ha señalado en la Sección 2.1.5, esto es más que la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (INICAPMAPR), que vigila tanto el abuso de poder del mercado como los acuerdos restrictivos. Esto se debe a que, al menos en el pasado, la SCPM priorizó las actividades de promoción de competencia.

La INAC llevó a cabo muchas actividades y estudios para promover la agencia y la competencia, y para abogar por un modelo de economía social basado en la solidaridad. Recientemente se encontró que varias de las actividades de promoción de competencia realizadas bajo los presidentes previos de la SCPM caían fuera del ámbito legal de la SCPM. Debido a esto, y a los cortes presupuestales que han afectado a la SCPM, el nuevo presidente de la agencia ha suspendido la mayoría de estas actividades, eligiendo en su lugar concentrarse en emitir estudios y opiniones de mercado específicas.

La LORCPM establece que una de las facultades de la SCPM es promover la eliminación de las barreras de entrada.⁹¹ Sin embargo, la agencia no cuenta con una clara metodología para analizar las barreras de entrada y tampoco queda clara la base legal para ejecutar sus facultades. La SCPM está desarrollando una guía sobre la evaluación de las barreras para el ingreso, la cual podría ser una valiosa herramienta. La guía no solo debe establecer el método para identificar las barreras, sino también para aclarar qué acciones puede abordar la SCPM una vez que ha identificado una barrera. La SCPM podría utilizar como referencia la Recomendación de la OCDE del Consejo sobre la Evaluación de la Competencia y la metodología que sigue el Secretariado de la OCDE en las evaluaciones nacionales de barreras regulatorias.⁹²

5.1. Estudios de mercado, informes especiales y recomendaciones

La Dirección de estudios de la INAC supervisa la elaboración de estudios de mercado e informes especiales para identificar las posibles distorsiones del mercado.

⁹⁰ Artículo 2 de las Disposiciones generales de la Regulación de la LORCPM. Además, el Vice Ministro de la Coordinación de Producción, Empleo y Competitividad puede promover y coordinar la realización de estudios de mercado y económicos para la elaboración de regulaciones por parte de la Junta de Regulación, de conformidad con el artículo 47 de las Regulaciones.

⁹¹ Cláusulas 21 y 24 del Artículo 38,

⁹² Véase www.oecd.org/daf/competition/oecdrecommendationoncompetitionassessment.htm.

Las regulaciones internas de la SCPM no establecen ninguna diferencia entre los estudios de mercado y los informes especiales, pero en la práctica, los estudios de mercado parecen tener más contenido y complejidad que los informes especiales. Se puede decir que la distinción entre estudios de mercado e informes especiales es redundante y que los dos instrumentos podrían fusionarse en uno solo.

Los estudios de mercado se elaboran durante un periodo de 180 días, que puede ampliarse a 180 días más por decisión del Director de la INAC. Se prevé que la preparación de los informes especiales lleve 90 días, que pueden ser ampliados por otros 90 días por decisión del Director de la INAC. El director general de la SCPM (IGT) puede autorizar extensiones adicionales tanto para los estudios de mercado como para los informes especiales, aparentemente sin límite alguno. Cada extensión debe ser por un periodo definido.⁹³ En cualquier caso, el incumplimiento de estos plazos no tiene un impacto negativo en la validez de los estudios o informes. Los estudios de mercado y los informes especiales pueden incluir recomendaciones no vinculantes, que se espera que informen e influyan en otras instituciones públicas y en el público en general.

Hasta 2017, la SCPM también podría publicar recomendaciones independientes de cualquier estudio en particular. Cada recomendación contenía medidas que deben ser consideradas o aplicadas por los actores involucrados. Las recomendaciones eran no vinculantes y los destinatarios de las recomendaciones no estaban obligados a justificar su incumplimiento para seguir una recomendación.

Recientemente se ha concedido a la Dirección de Estudios la facultad de publicar informes periódicos sobre las recomendaciones anteriores.⁹⁴ Estos informes detallan si las recomendaciones se han aplicado y si los receptores de las recomendaciones han tomado acciones, pero no contiene ninguna evaluación específica de los efectos de las recomendaciones de la SCPM en diferentes mercados.

Durante los primeros años de la SCPM, se inició un gran número de estudios de mercado e informes especiales en una amplia variedad de sectores y temas económicos. Los actores interesados mencionaron a la OCDE que la mayoría de dichos estudios o informes no estaban enfocados y su calidad y profundidad era deficiente, mientras que unos pocos no eran más que transcripciones de regulaciones existentes. Esa falta de

⁹³ Artículo 42 de “Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM”, disponible en <https://www.scpm.gob.ec/images/resoluciones-despacho/2017/SCPM-DS-012-2017.pdf>. El instructivo se enmendó en mayo de 2020, pero no el artículo 42. Enmiendas disponibles en <https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2020/04/RESOLUCION-SCPM-DS-2020-18.pdf>

⁹⁴ *Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la SCPM*, publicado en agosto de 2018.

enfoque puede observarse en el hecho de que sólo el 26% de los estudios de mercado y el 35% de los informes especiales incluyeron recomendaciones. Esto resulta sorprendente debido a los recursos y tiempo que se dedicaron en su producción.

Desde el 2013 a diciembre de 2018, la SCPM emitió un total de 68 recomendaciones, incluyendo aquellas en los estudios de mercado e informes especiales, así como independientes. Estas recomendaciones incluyeron 285 acciones de las cuales 113 (39.65%) se implementaron por completo, 29 (10.17%) se rechazaron, y 75 (26.31%) no tuvieron una respuesta. El monitoreo de las 68 acciones restantes se ha interrumpido debido al largo periodo que ha transcurrido desde que se realizaron originalmente las recomendaciones.⁹⁵

Desde 2019, la SCPM ha dejado de publicar recomendaciones independientes; en la actualidad, las recomendaciones se publican únicamente en el contexto de estudios de mercado e informes especiales.

Tabla 15. Estudios de mercado, informes especiales y estadística de recomendaciones

Año	Total de estudios de mercado	Total de estudios de mercado con recomendaciones	Total de informes especiales	Total de informes especiales con recomendaciones
2019	1	1	1	1
2018	0	0	8	2
2017	8	3	17	8
2016	15	2	8	0
2015	15	3	3	2
2014	17	5	9	3
Total	56	14	46	16

Fuente: INAC

Como se observa en la Tabla 16, la mayoría de los estudios de la SCPM se ha enfocado en: comercio; agricultura, ganadería, caza y silvicultura; administración pública y servicios financieros.

En la actualidad, la SCPM no cuenta con criterios que sirvan de guía para la selección de mercados. Debe decidir y publicar dichos criterios de selección de estudio de mercado, con el propósito de identificar mercados cuyas características puedan indicar problemas de competencia o ineficiencias regulatorias, o que tengan una mayor

⁹⁵ Esta información corresponde al último informe publicado en diciembre de 2019 sobre el seguimiento de las recomendaciones.

importancia para la economía.⁹⁶ La selección efectiva de mercados a estudiar permite a las autoridades de competencia enfocarse en los sectores que más requieren su atención. Además, la publicación de los criterios incrementaría la transparencia y predictibilidad de la SCPM. Se debería seguir permitiendo a la SCPM investigue los mercados que no cumplen los criterios, siempre que justifique su decisión.

Tabla 16. Estudios de mercado e informes especiales por industria

Industria	Número de estudios de mercado	Número de informes especiales
Servicios financieros	5	7
Administración pública	2	14
Agricultura, ganadería, caza y silvicultura	12	4
Turismo	1	0
Comercio	10	8
Construcción	4	1
Correo y comunicaciones	3	2
Servicios sociales, de salud y educación	3	1
Manufactura	6	4
Otros servicios	1	1
Pesca	2	0
Transporte	7	1
Total	56	45

Fuente: OCDE, usando datos de la INAC

Quizá debido a su gran número, la mayoría de los estudios e informes previos de la SCPM no se comprometen en un análisis sustancial económico o legal sectorial, como se puede ver en los siguientes ejemplos.

⁹⁶ Véanse los materiales de la *Roundtable on Market Study Methodologies for Competition Authorities* [mesa redonda sobre metodologías de estudio de mercado para autoridades de competencia] (2017) (<https://www.oecd.org/competition/market-study-methodologies-for-competition-authorities.htm>) y el informe de la OCDE sobre Competencia y Estudios de Mercado en América Latina 2015: Los casos de Chile, Colombia, Costa Rica, México, Panamá y Perú (2015) (<https://www.oecd.org/daf/competition/competition-and-market-studies-in-latin-america-2015.htm>).

Recuadro 16. Estudios e informes previos de la SCPM

Estudio de mercado: sector de alimentos y etiquetado de productos (2013)

En octubre de 2013, la SCPM publicó un estudio de mercado de nueve páginas sobre el sector de alimentos, de las cuales solo seis páginas son contenido, dividido en 5 secciones: antecedentes, introducción, objetivo, marco legal (incluyendo citas de la Constitución, Ley Orgánica del Consumidor y la LORCPM), y una lista de media página de los principales operadores de la industria. A pesar de que el cuarto objetivo del informe era identificar posibles prácticas anticompetitivas que pudieran causar distorsiones en el mercado de los alimentos y el etiquetado de productos en Ecuador, el estudio no se refiere al mercado relevante, a las posibles barreras de entrada, a los niveles de concentración sectoriales o a las cuotas de mercado de los principales operadores. Este estudio no tiene una conclusión y no contiene recomendaciones.

Estudio de mercado: supermercados (2014)

Este estudio de mercado de la SCPM de 14 páginas de los supermercados tiene seis secciones: antecedentes, introducción, descripción general de los supermercados, principales operadores, distribución geográfica de las principales cadenas de supermercados, y finalmente el nivel de ventas. Sin embargo, no contiene ningún análisis económico, ni se refiere al mercado relevante, a las posibles barreras de entrada, a los niveles de concentración sectorial o a las cuotas de mercado de los principales operadores. Este estudio no establece sus objetivos y no presenta una descripción del marco legal del sector. No contiene ni conclusiones ni recomendaciones.

Estudio de mercado: Ventas de productos en las gasolineras (2016)

Este estudio de mercado de la SCPM de 20 páginas tiene cuatro secciones: antecedentes, introducción, descripción sectorial general, y un marco regulatorio de 14 páginas que cita libremente la legislación relevante. El estudio no tiene ningún componente analítico o económico y no hace ninguna referencia al mercado relevante, a las posibles barreras de entrada, a la nivel de concentración sectorial o a las cuotas de mercado de los principales operadores económicos. Además, el estudio no contiene objetivos precisos. Sin embargo sí establece que fue desencadenado por una inquietud debido a *“La posible existencia de ventas atadas o condicionadas por parte de vendedores de combustibles mayoristas al mercado minorista, que requieren la venta de un cierto tipo de aceite o lubricante específico para reducir la competencia en el sector”*. No obstante, esta intención

no está relacionada con el contenido del estudio. Por último, el estudio de mercado no contiene ni conclusiones ni recomendaciones.

Fuente: El informe para el estudio de mercado relativo al sector de alimentos y etiquetado de productos (2013) está disponible en <https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2019/02/ETIQUETADO-DE-ALIMENTOS.pdf>. El informe para el estudio de mercado sobre supermercados (2014), está disponible en <https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2019/02/Supermercados-Versin-Pblica.pdf>. El informe para el estudio de mercado sobre ventas de productos en gasolineras (2016) está disponible en <https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2019/02/Informe-de-venta-de-productos-relacionados-a-las-gasolineras.pdf>.

Estudios de mercado más recientes identifican sus objetivos, contienen un análisis regulatorio y económico, presentan conclusiones útiles y proporcionan recomendaciones. Existe un claro contraste con los estudios de mercado iniciales a los que se hace referencia anteriormente, y existe una tendencia a mejorar tales instrumentos y volverlos más sofisticados. Aun así, se puede observar en el Recuadro 17, que la SCPM ha realizado algunas recomendaciones que parecen contraproducentes o, al menos, inusuales desde una perspectiva de competencia. Se alienta a la SCPM a continuar mejorando sus estudios de mercado.

Recuadro 17. Estudios de mercado recientes

Estudio de mercado: bandas de radiofrecuencia (2018)

En octubre de 2018, la SCPM publicó un estudio de mercado sobre la atribución de bandas de radiofrecuencias, cuyo objetivo era analizar la estructura del sector de las radiofrecuencias sonoras, identificar posibles abusos de poder de mercado en el sector de las comunicaciones y clasificar las estaciones de radio, su funcionamiento y los servicios generados por el sector.

El estudio solicitó que la ARCOTEL y el CORDICOM revisaran la actual distribución y asignación de radiofrecuencias para estaciones de radio a nivel nacional y aplicaran correctamente las regulaciones existentes.*

Informe especial: Uber, Cabify e Easy Taxi (2018)

Publicado por la SCPM en agosto de 2018, este informe investigó la presencia de plataformas comerciales de *ride-hailing* (renta de transporte) en Quito y analizó el marco regulatorio del sector, el impacto de las nuevas tecnologías, los actores del mercado, la estructura de los servicios de *ride-hailing*, y las posibles barreras de entrada.

Los principales hallazgos fueron que ciertas regulaciones podrían constituir una barrera de entrada para nuevos operadores económicos con tecnología disruptiva cuya presencia genera alternativas para los usuarios. La SCPM elaboró una serie de recomendaciones.⁹⁷ Estas incluyeron hacer que la Agencia Nacional de Tránsito (ANT) y el Municipio de Quito ordenaran a Uber, Cabify e Easy Taxi que sus servicios sean aprobados legalmente a nivel nacional y en Quito; y garantizar que las aplicaciones móviles de *ride-hailing* sean nacionales y solo se adquieran, instalen, gestionen y se utilicen por operadores de transporte legalmente establecidos en Ecuador. No está claro de qué manera estas recomendaciones sirven para eliminar las barreras regulatorias de entrada o promover la eficiencia económica.

Estudio de mercado: servicios portuarios (2019)

El estudio de mercado más reciente de la SCPM se publicó en abril de 2019. Una investigación de los servicios de puertos aborda un análisis legal-económico del sector portuario de Ecuador y sus operadores económicos para el periodo entre 2011 y 2017. El estudio reveló la existencia de 2 casos de integración vertical de compañías embarcadoras y operadores logísticos en el sector de los servicios portuarios y un caso de integración horizontal entre compañías embarcadoras.

INAC emitió recomendaciones preliminares entre las cuales se encontraba una solicitud para que el Ministerio de Transporte y Obras Públicas iniciara una reforma de las regulaciones del sector portuario, así como de las reglas sobre las inspecciones de las mercancías exportadas e importadas a través de terminales portuarias autorizadas. Además, la INAC recomendó preliminarmente la preparación de un régimen aduanal portuario estandarizado para todos los servicios y subservicios proporcionados por los operadores económicos que participan en el sector. Esta última recomendación parece extraña desde la perspectiva de competencia. La INAC también recomendó preliminarmente que la INICCE iniciara una investigación sobre la necesidad de una notificación obligatoria para las concentraciones entre operadores económicos en el sector portuario.

Al momento de redactar este informe, el estudio de mercado se encuentra en actualización, sobre la base de información remitida por el Ministerio de Transporte y Obras Públicas. La SCPM todavía no ha emitido recomendaciones formales.

Notas:

* El artículo 106 de la LOC estipula que las frecuencias del espectro radioeléctrico destinadas a la operación de estaciones de señal abierta de radio y televisión se distribuirán de forma equitativa en tres partes, reservando el 33% de estas frecuencias para la operación de medios públicos, el 33% para los medios privados y 34% para los medios comunitarios.

Fuentes: El informe del estudio de mercado sobre bandas de radiofrecuencia (2018) está disponible en https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2019/03/Estudio_SCPM-IAC-0008-2017_RS.pdf y la recomendación en www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2019/04/Recomendacin-SCPM-DS-05-2017.pdf. El informe del informe especial relativo a Uber, Cabify e Easy Taxi (2018) está disponible en https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2019/03/INFORME-DNITEE-015-2017-TAXIS_VP3.pdf y la recomendación en https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2019/03/SCPM-DS-007-2018_v2.pdf. El informe del estudio de mercado sobre servicios portuarios no se encuentra disponible de manera pública actualmente.

⁹⁷ Recomendación N° SCPM-DS-007-2018, del 20 de julio de 2018. Disponible en https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2019/03/SCPM-DS-007-2018_v2.pdf

5.2. Opiniones y peticiones a las autoridades públicas

La SCPM puede emitir opiniones no vinculantes sobre las leyes, las regulaciones, las circulares y los actos administrativos basándose en las consideraciones de competencia. El objetivo es promover la competencia en la legislación. Este objetivo se alinea con la Recomendación del Consejo de la OCDE sobre Evaluación de competencia,⁹⁸ que insta a los países a introducir procesos apropiados para identificar políticas públicas existentes o propuestas que restrinjan indebidamente la competencia. Las Recomendaciones aconsejan desarrollar criterios específicos y transparentes para realizar las evaluaciones de competencia. Hasta abril de 2020, la SCPM solo había emitido una opinión, en febrero de 2019; se ocupaba de los derivados del petróleo y de los biocombustibles.⁹⁹

La SCPM también puede emitir peticiones a las autoridades públicas para implementar acciones que garanticen que las disposiciones en la LORCPM sean efectivas. Se trata de observaciones generales mediante las cuales la SCPM trata de asegurar que las autoridades públicas no obstaculicen la competencia. Contrariamente a las opiniones, las peticiones no se refieren necesariamente a una regulación específica.¹⁰⁰

Hasta abril de 2020, la SCPM había emitido seis peticiones, cuatro en 2019 y dos más en 2020 relacionadas a la pandemia del Covid-19. La primera petición en 2019 se relacionó con el mercado de los hidrocarburos;¹⁰¹ la segunda lidió con operadores de transportes terrestre de pasajeros;¹⁰² la tercera fue un recordatorio general sobre los problemas de competencia para las instituciones públicas y los operadores económicos;¹⁰³ y la cuarta lidió con el transporte terrestre y se dirigió a

⁹⁸ Se adoptó en 2009 y disponible en <http://www.oecd.org/daf/competition/OECD-Recommendation-Competition-Assessment.pdf>.

⁹⁹ Expediente N° SCPM-IGT-INAC-2019-0106-0F, de febrero de 2019. Esta opinión no se encuentra disponible en el sitio de internet de la SCPM.

¹⁰⁰ Cláusulas 11 y 13, Artículo 38 de la LORCPM

¹⁰¹ Este documento no cuenta con fecha. Disponible en <https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2019/02/Exhorto-Derivados-de-Hidrocarburos-14-01-2019.pdf>

¹⁰² Este documento no cuenta con fecha. Disponible en <https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2019/02/Exhorto-a-los-Oeradores-de-Transporte-Terrestre-de-Pasajeros-del-Ecuador.pdf>

¹⁰³ Del 9 de mayo de 2019. Disponible en <https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2019/05/Exhorto-3-A-las-Instituciones-de-la-Administraci%C3%B3n-P%C3%BAblica-y-Operadores-Econ%C3%B3micos.pdf>

los operadores y las entidades públicas.¹⁰⁴ Las dos recomendaciones de la SCPM en 2020, para fabricantes, proveedores y comerciantes de respiradores y antisépticos, instituciones de control público y la población general. Recordaron la ilegalidad de la fijación de precios, acuerdos anticompetitivos e incrementos abusivos de precios, así como destacó los organismos públicos necesarios para realizar procesos de compras públicas competitivas de emergencia transparentes.

5.3. Guías

Tanto la SCPM como la Junta de Regulación cuentan con la Facultad de emitir reglas e instrucciones. Los principales documentos adoptados a la fecha se presentan en la Tabla 17.¹⁰⁵

Tabla 17. Guías actualmente implementadas

Tema	Nombre	SCPM	Junta de Regulación
Administrativo	Regulación para la publicación de reglas de la SCPM		Se adoptó en 2014; ¹ se enmendó en 2015 ²
Administrativo	Regulación relativa al funcionamiento de la Junta de Regulación		Se adoptó en 2017 ³
Administrativo	Reglamento interno de la CRPI	Se adoptó en 2013; ⁴ se enmendó en 2019 ⁵	
Administrativo	Organigrama de la SCPM	Se adoptó en 2018; ⁶ se enmendó en 2019 ⁷	
Administrativo	Instructivo para los acuerdos interinstitucionales de la SCPM	Se adoptó en 2019; ⁸ se enmendó en 2019 ⁹	
Acuerdos restrictivos	Criterios para la aplicación de la regla de mínimos para acuerdos restrictivos		Se adoptó en 2014; ¹⁰ se enmendó en 2015 ¹¹
Compromisos	Instructivo para el manejo y la ejecución de compromisos	Se adoptó en 2015; ¹² se enmendó en 2016 ¹³	
Fusiones	Tarifa para el análisis de las fusiones sujeta a notificación obligatoria	Se adoptó en 2013 ¹⁴	

¹⁰⁴ Del 19 de julio de 2019. Disponible en <https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2019/07/EXHORTO-A-los-Organismos-y-Entidades-del-Sector-Pu%CC%81blico-Opera.pdf>

¹⁰⁵ Las Guías que no se emiten a través de las Resoluciones del director de la SCPM no se consideran regulaciones internas, guías o derecho indicativo; simplemente son documentos de apoyo.

Tema	Nombre	SCPM	Junta de Regulación
Fusiones	Formas de notificación para fusiones obligatorias e informativas por presentarse ante la SCPM	Se adoptó en 2013 ¹⁵	
Fusiones	Instrucción sobre los contactos preliminares relativos a la notificación de una transacción económica	Se adoptó en 2014 ¹⁶	
Fusiones	Umbrales para la notificación necesaria de fusiones		Se adoptó en 2015 ¹⁷
Fusiones	Instructivo relativo al pago de la tarifa para el análisis del tema de fusiones	Se adoptó en 2016 ¹⁸	
Fusiones	Instructivo sobre el procedimiento simplificado para el análisis de fusiones	Se adoptó en 2020 ¹⁹	
Público general	Manual para promover e incentivar la vigilancia ciudadana	Se adoptó en 2014 ²⁰	
Investigación	Métodos para la definición de mercados relevantes		Se adoptó en 2016; ²¹ se enmendó en 2017 ²²
Investigación	Metodología para determinar la multa para violaciones de la LORCPM		Se adoptó en 2016 ²³
Investigación	Instructivo que regula las inspecciones y allanamientos de la SCPM y el mantenimiento de pruebas	Se adoptó en 2016 ²⁴	
Investigación	Instrucción para la clasificación de información dentro de los archivos de investigación y sanciones de la SCPM	Se adoptó en 2017 ²⁵	
Investigación	Guías sobre las decisiones de la SCPM que contienen obligaciones para que las compañías hagan algo público	Se adoptó en 2017 ²⁶	
Compromiso	Instructivo sobre la exención y la reducción de las cantidades de multas impuestas por la SCPM	Se adoptó en 2019 ²⁷	
Mercado específico	Estándares regulatorios para las cadenas de supermercados y sus proveedores		Se adoptó en 2017; ²⁸ se enmendó en 2017 ²⁹ y 2018 ³⁰
Mercado específico	Estándares regulatorios para establecimientos especializados para la venta de electrodomésticos, y otros productos		Se adoptó en 2017 ³¹

Notas:

¹ Resolución N°004, del 24 de diciembre de 2014. Disponible en <https://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/12/Resoluci%C3%B3n-004-Regulacion-para-Expedicion-de-Normas-por-Parte-de-la-Superintendencia-de-Control-del-Poder-de-Mercado.pdf>

² Resolución N°005, del 5 de febrero de 2015. Disponible en <https://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/12/Resolucion-005-Reforma-a-la-Resoluci%C3%B3n-004.pdf>

³ Resolución N°JR-001-2017, del 27 de diciembre de 2017. Disponible en <https://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/10/Resolucion-No.-JR-001-2017.pdf>

⁴ Resolución N° SCPM-DS-2013-027, del 30 de abril de 2013. Disponible en <https://www.scpm.gob.ec/images/resoluciones-despacho/2013/RESOLUCION-SCPM-DS-027-2013.pdf>

- ⁵ Resolución N° SCPM-DS-2019-07, del 11 de febrero de 2019. Disponible en <https://www.scpm.gob.ec/images/resoluciones-despacho/2019/RESOLUCION-SCPM-DS-2019-07.PDF>. Resolución N° SCPM-DS-2019-36, del 23 de julio de 2019. Disponible en <https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2019/07/SCPM-DS-2019-036.pdf>
- ⁶ Resolución N° SCPM-DS-22-2018, del 30 de agosto de 2018. No disponible.
- ⁷ Resolución N° SCPM-DS-2019-62, del 25 de noviembre de 2019. Disponible en <https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2019/11/SCPM-DS-2019-62.pdf>
- ⁸ Resolución N° SCPM-DS-2019-34, del 16 de julio de 2019. Disponible en <https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2019/07/RESOLUCION-SCPM-DS-2019-34-1.pdf>
- ⁹ Resolución N° SCPM-DS-2019-66, del 24 de diciembre de 2019. Disponible en <https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2019/12/RESOLUCION-SCPM-DS-2019-66.pdf>
- ¹⁰ Resolución N°003, del 14 de enero de 2014. Disponible en <https://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/12/Resolucion-003-Criterios-para-la-aplicacion-Regla-de-Minimis-de-Acuerdos-y-Practicas-Restrictivas.pdf>
- ¹¹ Resolución N°010, del 25 de septiembre de 2015. Disponible en <https://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/12/Resoluci%C3%B3n-No.-010-Regla-de-Minimis.pdf>
- ¹² Resolución N° SCPM-DS-078-2015, del 19 de noviembre de 2015. Disponible en <https://www.scpm.gob.ec/images/resoluciones-despacho/2015/RESOLUCION-SCPM-DS-078-2015.pdf>
- ¹³ Resolución N° SCPM-DS-041-2016, del 13 de julio de 2016. Disponible en <https://www.scpm.gob.ec/images/resoluciones-despacho/2016/SCPM-DS-041-2016.pdf>
- ¹⁴ Resolución N° SCPM-DS-2013-002, del 4 de enero de 2013. Disponible en <https://www.scpm.gob.ec/images/resoluciones-despacho/2013/RESOLUCION-SCPM-DS-002-2013.pdf>
- ¹⁵ Resolución N° SCPM-DS-2013-0022, del 4 de abril de 2013. Disponible en <https://www.scpm.gob.ec/images/resoluciones-despacho/2013/RESOLUCION-SCPM-DS-022-2013.pdf>
- ¹⁶ Resolución N° SCPM-DS-035-2014, del 5 de mayo de 2014. Disponible en <https://www.scpm.gob.ec/images/resoluciones-despacho/2014/RESOLUCION-SCPM-DS-035-2014.pdf>
- ¹⁷ Resolución N°009, del 25 de septiembre, 2015. Disponible en <https://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/12/Resoluci%C3%B3n-No.-009-Umbrales-de-Concentracion-.pdf>
- ¹⁸ Resolución N° SCPM-DS-059-2016, del 7 de noviembre de 2016. Disponible en <https://www.scpm.gob.ec/images/resoluciones-despacho/2016/SCPM-DS-059-2016.pdf>
- ¹⁹ Resolución N° SCPM-DS-017-2020, del 17 de abril de 2020. Disponible en <https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2020/04/RESOLUCION-SCPM-DS-2020-17.pdf.pdf>
- ²⁰ Resolución N° SCPM-DS-078-2014, 10 de diciembre de 2014. Disponible en <https://www.scpm.gob.ec/images/resoluciones-despacho/2014/RESOLUCION-SCPM-DS-078-2014-Manual-promover-vigilancia-ciudadana.pdf>
- ²¹ Resolución N°011, del 23 de septiembre de 2016. Disponible en <https://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/12/Resoluci%C3%B3n-011-Expedicion-de-Metodos-de-determinacion-de-Mercados-Relevantes.pdf>
- ²² Resolución N°013, del 4 de enero de 2017. Disponible en <https://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/12/Resolucio%CC%81n-No.-013-Reforma-de-los-articulos-20-y-25-de-la-Resolucion-N%C2%BA-011.pdf>
- ²³ Resolución N°012, del 23 de septiembre de 2016. Disponible en <https://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/12/Resoluci%C3%B3n-012-Determinacion-de-importe-de-multas.pdf>

²⁴ Resolución N° SCPM-DS-043-2016, del 26 de julio de 2016. Disponible en <https://www.scpm.gob.ec/images/resoluciones-despacho/2016/SCPM-DS-043-2016.pdf>

²⁵ Resolución N° SCPM-DS-037-2017, del 21 de julio de 2017. Disponible en <https://www.scpm.gob.ec/images/resoluciones-despacho/2017/SCPM-DS-037-2017.pdf>

²⁶ Resolución N° SCPM-DS-021-2017, del 27 de abril de 2017. Disponible en <https://www.scpm.gob.ec/images/resoluciones-despacho/2017/SCPM-DS-021-2017.pdf>

²⁷ Resolución N° SCPM-DS-2019-38, del 8 de agosto de 2019. Disponible en <https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2019/08/Resoluci%C3%B3n-No-SCPM-DS-2019-38.pdf>

²⁸ Resolución N°014, 4 de enero de 2017. Disponible en <https://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/12/Resolucion-No.-014-expedicion-de-nuevas-Normas-Regulatorias-para-las-Cadenas-de-Supermercados-y-sus-Proveedores.pdf>

²⁹ Resolución N°JR-002-2017, del 27 de diciembre de 2017. Disponible en <https://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/10/Resolucion-No.-JR-002-2017.pdf>

³⁰ Resolución N°JR-002-2018, del 9 de mayo de 2018. Disponible en <https://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/10/Resolucion-JR-002-2018.pdf>

³¹ Resolución N°015, del 11 de mayo de 2017. Disponible en <https://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/02/Resolucion-No.-015-Normas-Regulatorias-para-los-establecimientos-especializados-de-venta-de-electrodomesticos-aparatos-electricos-y-otros-productos.pdf>

Además de las guías enumeradas previamente, la SCPM ha publicado más de 40 instrucciones administrativas sobre procedimientos internos. La SCPM actualizó sus instrucciones de control procesal administrativas el 4 de mayo de 2020.

También en 2015, la SCPM publicó en colaboración con el SERCOP el Manual de *Buenas prácticas en la Contratación pública para el desarrollo de Ecuador*. Por último, entre 2015 y 2017, la SCPM elaboró borradores de 30 *Manuales de buenas prácticas comerciales* (MBPC) para diferentes mercados, incluyendo los proveedores de supermercados, que se enviaron a la Junta de Regulación para su aprobación; hasta ahora la Junta no ha emitido ninguna opinión. Sin embargo, la Junta de Regulación sí publicó dos ‘estándares regulatorios’ con relación a las cadenas de supermercados y sus proveedores, y establecimientos especializados para la venta de electrodomésticos y otros productos (véase Tabla 17).

Las guías contribuyen a la certidumbre legal, dado que las compañías y los ciudadanos pueden tener conocimiento del enfoque de la SCPM y la Junta de Regulación respecto a las reglas y la práctica. La publicación de los documentos también puede contribuir al incremento de la calidad, debido a que otorga al público la oportunidad de opear los documentos.

Sin embargo, la duplicación de funciones a través de la SCPM y la Junta Regulatoria puede causar problemas. De acuerdo con algunos actores interesados, en el pasado, han existido casos en los cuales la SCPM y la Junta de Regulación no actuaron en una forma coordinada, en específico en el caso de los MBPC que se

mencionan anteriormente. Como se indica en la Sección 2.1.7, para evitar conflictos y mejorar la efectividad, parece razonable dejar a la SCPM como el único emisor de guías, dejando a la Junta de Regulación como el organismo para las denuncias sobre esos documentos o simplemente eliminar la capacidad de la Junta de Regulación de establecer reglas.

5.4. Capacitación y otras actividades de difusión

5.4.1. 2014-2018

Hasta el 2018, la SCPM no contaba con un plan anual organizado de actividades de promoción de competencia. La agencia desarrolló eventos basándose en casos individuales aparentemente sin una estrategia detrás. Los eventos organizados durante este período incluyeron: reuniones comerciales para productores pequeños y medianos para interactuar directamente con los supermercados y exhibir lo que producen; eventos donde productores pequeños y medianos en un área particular interactúan de manera directa con los organismos regulatorios a cargo de otorgar permisos para la distribución de sus bienes y servicios; observatorios académicos y ciudadanos; una serie televisiva (*Ciudad Quinde*),¹⁰⁶ y campañas. Estas actividades se enumeran en la Tabla 18.

¹⁰⁶ La serie en línea *Ciudad Quinde* fue desarrollada por la SCPM como una estrategia de comunicaciones digital en 2014 para promover la competencia en el país. presentaba eventos de la vida diaria como la compra de medicinas o necesidades básicas y como podían verse afectadas por un monopolio o una compañía que abusaba de su poder del mercado, como una forma de volver más comprensible la LORCPM. Buscó llegar a todos los niveles de la sociedad a nivel nacional, promover la participación, el diálogo y análisis de los problemas relacionados con la competencia y la LORCPM. *Ciudad Quinde* transmitió 14 capítulos entre 2014 y 2018 en una variedad de medios de difusión incluidos el internet y la televisión.

Tabla 18. Actividades de promoción que ya no desarrolla la SCPM desde 2019

Actividad	Número realizado entre 2014 y 2018
Comités de usuarios	14,433
Observatorios académicos	172
Asambleas de producción**	574
Campañas de concientización	130
Ferías ciudadanas	232
Eventos promocionales	160
Rondas comerciales	69

Nota:* Este número, de acuerdo con la SCPM resulta de los eventos de competencia organizados, entre otros, por las seis oficinas regionales que la SCPM tuvo durante ese periodo y la sociedad civil.

** Las asambleas productivas fueron los eventos a los cuales fueron invitados los pequeños y medianos productores de una región y sector económico específicos para que pudieran reunirse con los organismos públicos que regulan el sector. Estos eventos también contaron con la participación de los organismos públicos que proporcionan financiamiento.

Fuente: Dirección Nacional de Promoción de la Competencia de la SCPM

Según algunos actores interesados, estas actividades causaban cierto grado de confusión sobre las facultades de la SCPM y trataban temas más típicos de una organización de derechos del consumidor. Por ejemplo, como parte de las campañas, la SCPM se reunió con los consumidores en diferentes establecimientos comerciales, como los distribuidores farmacéuticos, para verificar si los precios minoristas y las fechas de caducidad cumplían con las regulaciones. También se realizaron inspecciones en los supermercados para investigar publicidad engañosa, etiquetas de productos y fechas de caducidad de alimentos.

5.4.2. Desde 2019

En el 2019, el nuevo Superintendente de Control del Poder de Mercado decidió discontinuar la mayoría de las actividades de promoción. La interrupción de las actividades tenía sentido, ya que había demasiadas, descoordinadas y, al menos algunas de ellas, sólo se relacionaban tangencialmente con la aplicación de la ley de competencia.¹⁰⁷ Menos actividades promocionales también tienen sentido desde el

¹⁰⁷ La Intendencia Nacional Jurídica, a través de su Informe legal SCPM-DS-INJ-2019-026 del 25 de julio de 2019, concluyó que: “De acuerdo con las facultades asignadas a la SCPM en el artículo 38 de la LORCPM, no existen pruebas de que el desarrollo de actividades como las rondas comerciales sean parte de las acciones de la Institución, de la misma manera que dichas actividades no aparecen dentro de las facultades y responsabilidades concernientes a la gestión de la Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia.” A través del Informe legal SCPM-DS-INJ-2019-029 del 8 de agosto de 2019, concluyó que: “De acuerdo con las

punto de vista presupuestario. En la actualidad, la Dirección Nacional de Promoción de la Competencia celebra pocos eventos, campañas y capacitación y parecen estar mucho más enfocados. Es importante que la SCPM elabore una estrategia para sus actividades de promoción y siga examinando cuidadosamente qué actividades aportan un verdadero valor añadido.

Las principales actividades de promoción realizadas desde 2019 se detallan a continuación:

- **Eventos.** Los eventos nacionales e internacionales incluyen congresos, seminarios, talleres y foros en los que expertos nacionales e internacionales discuten sobre la competencia y su impacto sobre el desarrollo económico y otros temas, seguido de discusiones en una mesa redonda. Dos de estos eventos se llevaron a cabo en 2019.
- **Campañas.** La SCPM continúa realizando campañas para promover la competencia, como la del 2020 *Hablemos de competencia*, que incluyó el desarrollo de contenido digital, distribución de conceptos y actividades en redes sociales, y una serie de talleres y seminarios. Su objetivo fue publicar conceptos de competencia básicos, su

facultades asignadas a la SCPM en el artículo 38 de la LORCPM, no existe ningún registro de que el desarrollo de actividades como la organización de ferias ciudadanas sean parte de las acciones de la Institución, ni se encuentran enmarcadas dentro de la misión y objetivos que persigue la SCPM y sus regulaciones aplicables; además considerando que las ferias ciudadanas no han sido un medio efectivo para promover la competencia ni han contribuido a la transparencia de los mercados.” A través del Informe Legal SCPM-DS-INJ-2019-027 del 26 de julio de 2019, concluyó que: *“De acuerdo con las facultades asignadas a la SCPM en el artículo 38 de la LORCPM, no existe ningún registro de que el desarrollo de actividades como las asambleas productivas sean parte de las acciones de la Institución, justo como las actividades mencionadas no están establecidas dentro de las facultades y responsabilidades concernientes a la gestión de la Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia; en este sentido, dado que no cae dentro de la misión y los objetivos de las SCPM y sus regulaciones aplicables, la SCPM debe eximir su implementación.”* A través del Informe Legal SCPM-DS-INJ-2019-019 del 17 de mayo de 2019, concluyó que: *“En los poderes y facultades de la SCPM contemplados en los artículos 37 y 38 de la LORCPM, no se refiere a que la SCPM tenga que realizar observatorios ciudadanos.”* A través del Informe Legal SCPM-DS-INJ-2019-028 del 2 de agosto de 2019, concluyó que: *“De acuerdo con las facultades asignadas a la SCPM en el artículo 38 de la LORCPM no se estipula que el desarrollo de actividades como el establecimiento de Comités de Usuarios sea parte de las acciones de la Institución, ni se enmarcan dentro de la misión y objetivos de la SCPM y sus regulaciones aplicables; Además se debe considerar que los CUM no han sido un medio para promover la competencia ni han contribuido a la transparencia de los mercados.”*

importancia y beneficios, la LORCPM, las facultades de la SCPM. La SCPM también se promueve a través de diversos canales, como su sitio de internet o a través de material cargado en LinkedIn, YouTube, Twitter, y Facebook.

- Actividades de capacitación. En 2019, la Dirección Nacional de Promoción de la Competencia desarrolló un plan anual para capacitación y formación. Este plan contenía sesiones de capacitación sobre competencia, prevención y sanción de actos anticompetitivos en los procesos de contrataciones públicas. Durante 2019, la SCPM realizó 16 sesiones de capacitación a las que asistieron 332 personas. Doce fueron con audiencias externas, como organismos de administración pública y el público general y cuatro fueron internas de la SCPM. Los temas abordados incluyeron el proceso de contrataciones públicas, el programa de exención y reducción de multas, las técnicas de investigación y la ley de competencia y el programa de cumplimiento de política.

La SCPM podría considerar asociarse con agencias de contratación pública para diseñar una capacitación para los funcionarios en contrataciones públicas y producir materiales impresos o electrónicos sobre colusión en contrataciones públicas, en línea con la Recomendación del Consejo de la OCDE sobre Combate a la colusión en contrataciones públicas.¹⁰⁸

5.5. Evaluaciones de impactos ex-ante y ex-post

La SCPM no lleva a cabo una autoevaluación de sus acciones. No ha realizado ninguna evaluación de casos en ninguna de las áreas de cumplimiento que cubre la SCPM: cárteles, abusos, fusiones o competencia desleal.

La SCPM gestiona sus indicadores de desempeño clave a través de Kallari, un módulo computacional interno que registra y clasifica la información, como estratégica, objetivos tácticos y operativos, y genera informes. La información relativa a los indicadores, como el porcentaje de recomendaciones de la SCPM implementadas para cada período, son accesibles al público en la sección de Transparencia del sitio de internet de la SCPM. Esto debe aplaudirse ya que

¹⁰⁸ Se adoptó en 2012 y disponible en

<http://www.oecd.org/daf/competition/oecdrecommendationonfightingbidrigginginpublicprocurement.htm>.

incrementa las oportunidades para que exista un cierto escrutinio de las actividades de la SCPM.

La SCPM también realiza un monitoreo mensual de su Plan Operacional Anual (POA), en el que evalúa la ejecución presupuestaria de acuerdo con las metas e indicadores establecidos, y realiza una evaluación técnica y financiera semestral de la ejecución de su planificación institucional en todas las áreas o unidades. También se evalúa el grado de cumplimiento de los indicadores administrativos y las metas institucionales, lo que resulta útil para la toma de decisiones del Superintendente de Control del Poder de Mercado. Una vez aprobado, este informe se envía al Ministerio de Economía y Finanzas y la Secretaría Técnica.

La SCPM ha tenido en general altas tasas de cumplimiento de sus metas autoimpuestas. Basándose en sus evaluaciones de diciembre de 2019, la SCPM alcanzó el 96.25% de “*metas logradas*”. En términos de presupuesto, la agencia alcanzó el 97.48% de la ejecución del presupuesto o “*alto cumplimiento*”. Estos buenos resultados pueden deberse en parte a que los objetivos se fijaron en un umbral bajo. Los resultados no reflejan la opinión general de la SCPM que tiene la comunidad de competencia ecuatoriana o, aparentemente, los efectos específicos que las acciones de la SCPM han alcanzado.

6. Acuerdos de cooperación

6.1. Cooperación nacional

Una de las funciones de la SCPM es celebrar acuerdos de cooperación con entidades públicas y privadas para promover la libre participación de operadores económicos en diferentes mercados.¹⁰⁹ La cooperación con otras entidades públicas, como organismos de contratación pública, fiscales generales y agencias anticorrupción, incluyendo facilitar el intercambio de información y evidencia, es una buena práctica, como se reconoce en la Recomendación del Consejo de la OCDE respecto a la Acción eficaz contra cárteles y sobre Combate a la colusión en contrataciones públicas.

En esta capacidad, la SCPM ha celebrado acuerdos con: organismos públicos, como el Consejo de la Judicatura, la Corte Constitucional, el Fiscal del Estado, el Banco Central, la Superintendencia de Bancos y las autoridades gubernamentales regionales; instituciones académicas; incluyendo un número de universidades alrededor del país; y organismos comerciales como Cámaras de Comercio e incluso negocios individuales.

¹⁰⁹ Artículo 38 de la LORCPM, literal 29.

La SCPM publicó la *Guía para acuerdos interinstitucionales* en 2019, que estableció el proceso para celebrar acuerdos con otras instituciones.

6.2. Cooperación internacional

La función de la SCPM incluye la coordinación con otras autoridades de competencia. A la fecha, la SCPM ha firmado acuerdos internacionales con 12 agencias de competencia.

La adopción de acuerdos internacionales está regulada por el *Instructivo de Acuerdos interinstitucionales* de la SCPM publicado en 2019. De acuerdo con este instructivo, la adopción de un acuerdo requiere que su viabilidad esté debidamente justificada y que esté autorizado por el Superintendente de la SCPM.¹¹⁰ Los actores interesados han identificado que, en el pasado, no habían estado claras las razones de la SCPM para firmar ciertos acuerdos interinstitucionales. Por lo tanto, resultaría útil contar con guías sobre adopción de acuerdos interinstitucionales.

Tabla 19. Acuerdos de cooperación de la SCPM vigentes con agencias de competencia internacionales

Agencia de competencia	País	Fecha de firma
Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE)	México	1 de octubre de 2012
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC)	Argentina	2 de octubre de 2012
Fiscalía Nacional Económica (FNE)	Chile	15 de noviembre de 2012
Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC)	Chile	16 de noviembre de 2012
Comisión Nacional de la Competencia (CNMC)	España	2 de abril de 2013
Ministerio de Comercio	Túnez	5 de abril de 2013
Comisión de Competencia Helénica (HCC)	Grecia	6 de julio de 2013
Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia	Uruguay	11 de agosto de 2013
Superintendencia de Competencia	El Salvador	7 de febrero de 2014
Servicio Federal Antimonopolio (FAS)	Rusia	23 de abril de 2014
Autoridad Federal de Competencia	Austria	24 de abril de 2014
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia	República Dominicana	11 de junio de 2014
Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPÍ)	Perú	28 de febrero de 2019

Fuente: SCPM

¹¹⁰ Véase el artículo 11 y 12 del Instructivo de Acuerdos interinstitucionales de la SCPM.

Las actividades de cooperación establecidas en estos acuerdos incluyen el intercambio de información. Para las transferencias de información, la agencia solicita a la Dirección Nacional de Relaciones Internacionales (DNRI) contactar a autoridades de competencia internacionales u otras entidades relacionadas para iniciar la cooperación bilateral. La información intercambiada se encuentra públicamente disponible en la mayoría de los casos. En todos los casos, salvo en uno, no se ha intercambiado información confidencial. En el caso en el que la SCPM solicitó información confidencial, se firmó un acuerdo para garantizar la confidencialidad de la información.

Dependiendo de la complejidad del caso, se puede intercambiar información más de una vez para obtener aclaraciones o información adicional. Esta cooperación parece alinearse con las buenas prácticas internacionales. La Recomendación del Consejo de la OCDE respecto a la Cooperación Internacional en el Marco de investigaciones y procedimientos en materia de competencia,¹¹¹ alienta a los países “*a Intercambiar información que no está sujeta a restricciones legales bajo la ley internacional o nacional, incluyendo el intercambio de información en el dominio público y otra información no confidencial.*” De acuerdo con la Recomendación, las agencias también pueden considerar el intercambio de información que no se revela de manera rutinaria, incluso si se someten a condiciones, incluso información confidencial, en caso de ser necesario.

Los acuerdos también permiten intercambios de asistencia técnica. Al decidir si se coordina el cumplimiento con una agencia de competencia internacional, la SCPM tiene en cuenta la experiencia de la agencia en casos similares para evaluar si puede contribuir a la práctica ecuatoriana y a las metodologías de investigación de la SCPM. La SCPM ha dado prioridad a la cooperación con autoridades de competencia regionales ya que estos países pueden tener condiciones de mercado similares a las de Ecuador. Parece probable que esto esté relacionado con el hecho de que es más probable que las prácticas anticompetitivas en el Ecuador también tengan lugar en la región que en otros lugares.

La SCPM también ha solicitado y participado en actividades de cooperación informales sin un acuerdo firmado entre ambas partes. Por ejemplo, la SCPM ha cooperado con la Comisión Federal de Comercio (FTC) estadounidense, sin un acuerdo firmado.

Los acuerdos también proporcionan actividades generadoras de capacidades. Gracias a estos acuerdos, el personal de la SCPM ha participado en diversos programas de intercambio, capacitaciones, visitas de estudio y pasantías en países

¹¹¹ Se adoptó en 2014 y disponible en <http://www.oecd.org/daf/competition/2014-rec-international-coop-competition.pdf>.

incluyendo España, México y Perú. En 2015 y 2019, los funcionarios de la SCPM participaron en programas de pasantía ofrecidos por Suiza y Estados Unidos, pese a que Ecuador no ha firmado un acuerdo con ninguno de los dos países.

6.2.1. *Tratados de libre comercio*

Ciertos tratados comerciales firmados por Ecuador incluyen un capítulo sobre competencia, incluyendo el Capítulo 7 del Acuerdo de Asociación Económico Inclusivo entre los países miembro de EFTA y la República del Ecuador,¹¹² firmado en junio de 2018; Título VIII del Acuerdo Comercial entre Perú, Colombia y la UE,¹¹³ al que se unió Ecuador en enero de 2017;¹¹⁴ y el Título VI del Acuerdo de Complementación Económica firmado por los países del MERCOSUR (Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay) y los países miembro de la Comunidad Andina de Naciones (Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú, Venezuela) en octubre de 2004.¹¹⁵

6.2.2. *La Comunidad Andina de Naciones*

Ecuador es miembro de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), junto con Bolivia, Colombia y Perú.¹¹⁶ Las reglas de competencia de la CAN aplican en Ecuador. La Secretaría general de la CAN (SGCAN) puede iniciar investigaciones *de oficio* o tras una denuncia donde existen indicaciones de abuso de una posición dominante o acuerdos restrictivos en el mercado de CAN.¹¹⁷ Al realizar la investigación, la SGCAN puede realizar inspecciones no anunciadas (es decir allanamientos), que requieren que personas físicas y morales proporcionen información y pruebas y cuestionarlas.¹¹⁸

¹¹² Véase <https://www.efta.int/sites/default/files/documents/legal-texts/free-trade-relations/ecuador/EFTA-Ecuador-Main-Agreement.PDF>

¹¹³ Véase <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2012:354:FULL&from=EN>

¹¹⁴ Véase <https://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/regions/andean-community/>

¹¹⁵ Véase http://www.sice.oas.org/Trade/mrcsrac/ecal_s.asp

¹¹⁶ Venezuela también fue miembro desde 1973 hasta 2006 cuando se unió al MERCOSUR.

¹¹⁷ De acuerdo con el artículo 5, se sujetan a la Decisión 608 aquellas conductas practicadas en: “a) *El territorio de uno o más países miembros y cuyos efectos reales ocurren en uno o más países miembros, salvo cuando el origen y efecto ocurren en un solo país; y, b) El territorio de un país que no sea miembro de la Comunidad Andina y cuyos efectos reales ocurren en dos o más países miembros e.*”

¹¹⁸ Artículo 16 de la Decisión 608 de la CAN.

La SGCAN tiene el poder de tomar decisiones y sancionar a las empresas por prácticas anticompetitivas. Las facultades sancionadoras de la SGCAN incluyen establecer multas de hasta un máximo del 10% del ingreso bruto total del ofensor y ordenar medidas correctivas que incluyen poner fin a la práctica u otras condiciones u obligaciones.¹¹⁹

En la práctica, la relación entre Ecuador y la CAN ha sido confusa y problemática en lo que respecta a la ley de competencia. La CAN no cuenta con reglas claras que definan la incumbencia de la SGCAN y de las autoridades de competencia nacionales para evitar la superposición de las investigaciones. La SCPM no ha firmado un acuerdo de cooperación con la SGCAN. Como resultado, hay confusión en cuanto a qué agencia es responsable de un caso determinado.¹²⁰ Algunos de los riesgos que se originan de esta situación se ilustran claramente en el caso Kimberly-Clark (véase Recuadro 7, en la Sección 3.2). Un acuerdo de cooperación sería de utilidad para limitar la superposición de las investigaciones.

La SGCAN rara vez ha llevado a cabo investigaciones sobre la competencia. Como sólo unos pocos casos han sido perseguidos por la CAN en el pasado, el régimen no es claro y a menudo es ignorado en la práctica.

7. Recientes cambios para la competencia

7.1. Covid-19

La pandemia del Covid-19 ha planteado nuevos desafíos para las autoridades de competencia a nivel mundial.

La crisis sanitaria requiere, primero que nada, que la revisión de las fusiones sea más rápida. Incluso antes de la pandemia, la Dirección para Concentraciones económicas ya había identificado el cumplimiento con las fechas límite como su más grande desafío. La SCPM ha puesto en práctica dos medidas para superar este desafío. En primer lugar, la SCPM introdujo un procedimiento simplificado (de vía rápida) de revisión de las fusiones para las concentraciones que no parecen perjudicar la competencia y, por lo tanto, no merecen un análisis en profundidad y para las concentraciones en las que participen operadores que corren el riesgo de quiebra

¹¹⁹ Artículo 34 de la Decisión 608 de la CAN.

¹²⁰ Sin embargo, existe un acuerdo de colaboración con el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para el intercambio de información, conocimiento académico y el desarrollo de investigaciones conjuntas.

(compañía en quiebra).¹²¹ En segundo lugar, la SCPM se comprometió a continuar con sus actividades de control de fusiones, incluso durante el período de emergencia sanitaria (la revisión de concentraciones había sido suspendida por una decisión previa). La revisión se limita a las fusiones para las cuales la SCPM posee suficiente información que parecen reunir las condiciones para una revisión simplificada.¹²²

Los desafíos permanecen, como los mecanismos para flexibilizar la aplicación de los remedios de fusión o aumentar su cooperación con los reguladores sectoriales y otros organismos públicos como la ARCOTEL.

La SCPM también debe considerar que es probable que la presión política sobre las autoridades de competencia incremente en tiempos de crisis, como la causada por la pandemia. Para minimizar el impacto de esta presión, la SCPM debe asegurarse de que el público comprenda los riesgos de aprobar operaciones anticompetitivas y las consecuencias de los mercados concentrados.

En lo que respecta a las prácticas anticompetitivas, la SCPM ha emitido dos recomendaciones advirtiendo a los fabricantes, proveedores y comerciantes a no “sacar ventaja de la emergencia para incrementar sus márgenes de ganancias extrayendo injustificadamente un excedente del consumidor o dañar los recursos estatales”¹²³ y un recordatorio de que los cambios en los precios deben seguir al mercado y a las “decisiones individuales e independientes de los agentes económicos” en vez de “acuerdos anticompetitivos o recomendaciones sindicales.”

Además, la SCPM ha emitido una declaración con el SERCOP, la institución encargada de las compras públicas, en el que se afirma que la crisis actual no constituye una razón para ignorar las regulaciones de competencia o de contrataciones públicas.¹²⁴

¹²¹ Resolución N°SCPM-DS-2020-18, 20 de abril de 2020, www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2020/04/RESOLUCION-SCPM-DS-2020-18.pdf, www.concurrences.com/en/bulletin/news-issues/april-2020/the-ecuadorian-competition-authority-publishes-new-merger-review-procedure-due

¹²² Resolución N°SCPM-DS-2020-19, 20 de abril de 2020, www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2020/04/RESOLUCI%C3%93N-SCPM-DS-2020-19.pdf.

¹²³ Véase, www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2020/03/EXHORTO-A-los-fabricantes-proveedores-y-comercializadores-a-las-instituciones-p%C3%BAblicas-organismos-de-control-y-a-2.pdf.

¹²⁴ “Comunicado: A las Entidades Contratantes y Proveedores en Situación de Emergencia”, 13 de abril de 2020, www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2020/04/Comunicado-SCPM-SERCOP-13-04-20.pdf.

Por último, la crisis causada por la pandemia puede incentivar a las autoridades públicas a otorgar ayudas donde no se requiere o hacerlo en una manera desproporcionada. La SCPM puede revisar la ayuda estatal de acuerdo con la LORCPM y debe asegurarse de que la ayuda estatal, la cual algunas veces es necesaria, no se otorgue de manera indebida.

7.2. Economía digital

Los mercados digitales presentan a la ley de competencia un nuevo conjunto de desafíos. Algunas agencias, como la Autoridad de Competencia y Mercados (CMA) del Reino Unido ha incrementado la importancia de las variables competitivas además del precio en el análisis de las fusiones, debido a que los servicios con frecuencia se ofrecen, por lo menos al inicio, de manera gratuita al consumidor final. Entre estas nuevas variables competitivas se encuentran la innovación y la experiencia del consumidor. Además, la CMA ha mejorado la severidad de los escenarios contrafácticos para volverlos más apropiados a esta industria rápidamente cambiante¹²⁵.

La SCPM está actualmente desarrollando un estudio que aborda el mercado para las plataformas digitales y fusiones, dado que ha enfrentado casos donde no ha sido capaz de imponer remedios en negocios internacionales que operan solo digitalmente en Ecuador.

El informe especial de la SCPM de Uber, Cabify, e Easy Taxi,¹²⁶ que se analiza en la Sección 5.1, fue un paso hacia el desarrollo de nuevas estrategias de competencia para los mercados digitales. Los estudios de mercado y los informes especiales que incluyen recomendaciones son herramientas que podrían contribuir a regular la economía digital,¹²⁷ incluso si no son vinculantes como en Ecuador.

¹²⁵ Fung, S.S., Haydock, J., Moore, A. et al (2019), “Recent Developments at the CMA: 2018-2019”, *Review of Industrial Organization*, 55, pp. 579-605, www.dx.doi.org/10.1007/s11151-019-09730-5.

¹²⁶ SCPM (2017), “INFORME ESPECIAL N°SCPM-IAC-DNEM-015-2017 Análisis de la normativa legal relacionada con el servicio de transporte comercial terrestre de personas a través de plataformas tecnológicas en el Distrito Metropolitano de Quito (DMQ)”, www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2019/03/INFORME-DNITEE-015-2017-TAXIS_VP3.pdf.

¹²⁷ Véase, por ejemplo, Comisión Europea (2020), “Defensa de la competencia: La Comisión consulta a las partes interesadas sobre un posible nuevo instrumento de competencia”, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_977.

8. Conclusiones y recomendaciones

8.1. Contexto institucional

Recomendaciones sobre el presupuesto y los recursos humanos

Incrementar el presupuesto de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM)

El presupuesto de la SCPM es relativamente bajo de acuerdo con los estándares internacionales. Desde 2014, se ha estado reduciendo el presupuesto, principalmente debido a la política de austeridad gubernamental. Además, el presupuesto también se reduce durante del año fiscal casi todos los años desde la creación de la SCPM, como parte de los recortes horizontales solicitados a las entidades del sector público por el Gobierno de Ecuador.

La falta de recursos reduce las actividades de investigación y promoción que la agencia puede realizar y eventualmente afecta su desempeño. Ecuador debe incrementar el presupuesto de la SCPM para alinearse con los estándares internacionales. Además, Ecuador debe garantizar que las reducciones presupuestarias semestrales solo se realicen cuando sea estrictamente necesario y que sean proporcionales y no discriminatorias.

Priorizar y asignar más recursos humanos a la persecución de cárteles y al control de las fusiones.

La asignación de empleados de la SCMP no parece ser óptima;⁹³ es decir, menos de la mitad de los empleados están asignados a las actividades principales de la agencia; el resto trabaja en tareas administrativas. De los empleados que trabajan en competencia, solo 11 trabajan en la investigación de conductas anticompetitivas (cinco en acuerdos restrictivos y seis en abuso de dominación) y nueve en control de fusiones, mientras que 18 trabajan en promoción. La asignación de personal debe volverse a balancear, asignando más personas a la aplicación de la ley y, en particular, a las investigaciones sobre cárteles.

Incrementar el número de economistas y asignar un economista en jefe.

Los economistas se encuentran subrepresentados en la SCPM, representando solo el 23% de los puestos de trabajo principales. No existe un economista en jefe que proporcione reflexiones sobre economía ni que coordine el enfoque económico de la SCPM. Esto crea el riesgo de que el análisis económico no se considere suficiente en el cumplimiento y promoción de la SCPM y que, incluso cuando lo sea, el enfoque en toda la agencia sea inconsistente. Se debe aumentar el número de economistas de la SCPM y nombrar a un economista en jefe.

Adoptar medidas dirigidas a garantizar que los empleados, en especial el personal senior, permanezca más tiempo en la agencia

La rotación de los empleados de la SCPM es alta. Esto le impide generar conocimiento y experiencia, y mejorar su desempeño. La alta rotación parece deberse a dos razones. En primer lugar, el Superintendente de Control del Poder de Mercado (*Superintendente*) puede destituir a sus subordinados a su propia voluntad, sin someterse a ningún procedimiento o política de terminación. Esto ha sucedido con frecuencia en el pasado. La segunda razón se relaciona a los salarios. Los salarios a nivel de ingreso son competitivos; sin embargo, la brecha salarial con el sector privado incrementa a medida que los empleados progresan. Para las posiciones senior, los salarios no son competitivos. La remuneración de las posiciones senior debe reconsiderarse para mejorar el atractivo de la SCPM como empleador y la SCPM debe introducir planes de carrera creíbles.

Recomendaciones sobre la independencia de la SCPM del ejecutivo y entre la SCPM y CRPI

Garantizar que el Superintendente de Control del Poder de Mercado no pueda ser destituido por razones políticas

Las consideraciones políticas pueden usarse para destituir al Superintendente de Control del Poder de Mercado a través de un procedimiento de destitución que se establece en la constitución ecuatoriana. El acuerdo de un pequeño número de parlamentarios es suficiente para iniciar un proceso de destitución, sin la participación de un órgano técnico o no político, como un tribunal. Ecuador debe estar atento a que no haya un proceso de impugnación contra el Superintendente de Control del Poder de Mercado por motivos políticos.

Garantizar que la CRPI (organismo tomador de decisiones de la SCPM) este facultado y sea independiente del Superintendente de Control del Poder de Mercado y de los demás funcionarios de la agencia

La CRPI no cuenta con el tiempo, el personal o los recursos para estudiar los casos a fondo para garantizar que sus decisiones estén completamente informadas. Por consiguiente, necesita más recursos y tiempo para poder cumplir su mandato.

Adicionalmente, los actores interesados han expresado sus inquietudes sobre la independencia de la CRPI respecto a la autoridad del Superintendente de Control del Poder de Mercado, que gestiona las unidades de investigación de la SCPM. El superintendente elige a los miembros de la CRPI y puede destituirlos a su voluntad. Debe promulgarse una regulación para proteger la independencia de la CRPI, asegurando que los miembros de la CRPI sólo puedan ser destituidos por motivos justificados y razonables.

Recomendaciones sobre la coordinación entre la SCPM con otros organismos públicos

Aclarar funciones respecto a la Junta de Regulación

La Junta de Regulación se conformó para separar las facultades de regulación (conferidas a la Junta de Regulación) de las facultades de cumplimiento de las leyes de competencia (conferidas a la SCPM). Su relación con la SCPM ha sido casi inexistente debido al mandato extremadamente amplio de la Junta de Regulación (que trasciende más allá de la competencia), la falta de tiempo, recursos, experiencia técnica y apoyo. En específico, la Junta carece de especialistas en materia de competencia; sus miembros participan en aproximadamente otros 80 organismos colegiados y, por lo tanto, están desbordados. Además, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM) duplica algunas funciones relativas a la emisión de regulaciones relacionados con la competencia a través de la SCPM y la Junta de Regulación.

Ecuador debe designar a la SCPM como el único emisor de las nuevas regulaciones relacionadas con la competencia, dejando a la Junta de Regulación como el organismo para las denuncias sobre las normas dictadas por la SCPM, o, si se elige una medida más exhaustiva, simplemente eliminar la capacidad de la Junta de Regulación para elaborar reglas.

Aclarar las funciones con relación a la Defensoría del Pueblo de Ecuador

La Defensoría del Pueblo de Ecuador (DPE) está a cargo de proteger los derechos de los consumidores. De manera similar, la SCPM tiene la tarea de investigar las conductas que puedan afectar a los consumidores o al interés general. Los enfoques de sus respectivos mandatos no son siempre claros y algunas veces se superponen. Ambas agencias son independientes. No existen reglas o prácticas para evitar decisiones inconsistentes o para decidir cómo proceder si se adoptan decisiones contradictorias. La SCPM y la Defensoría del Pueblo de Ecuador deben establecer un marco que aclare cuándo se espera que cada agencia actúe y cuándo no, así como lo que sucede cuando ambas actúan (por ejemplo, puede exigirse a uno de ellos que detenga los procedimientos).

Aclarar los papeles con relación al SENADI (Servicio Nacional de Derechos Intelectuales)

La ley no es clara en cuanto a la distinción entre las competencias de la SCPM y el SENADI en los casos relacionados con la propiedad intelectual. Las autoridades organizan de manera informal sus competencias basándose en el siguiente principio. Si un caso tiene un impacto en el mercado, la SCPM investiga y, si resulta apropiado, impone sanciones. Si no existe impacto del mercado, el SENADI es la agencia competente. Sin embargo, el SENADI y la SCPM han investigado ambos casos.

Ambas agencias declaran que, hasta ahora, no han adoptado decisiones conflictivas. Sin embargo, deben establecer un marco que aclare cuándo se espera que actúe cada institución, cuándo no, así como lo que sucede si ambas actúan (por ejemplo, puede exigirse a uno de ellos que detenga los procedimientos).

Aclarar la discreción en los casos de la SCPM en cooperación con el Contralor General

El Contralor General de Ecuador (*Contraloría*) puede requerir que la SCPM proporcione razones para no apelar las decisiones judiciales desfavorables (para la SCPM), como las sentencias de primera instancia que anulan las decisiones de la SCPM. Por lo tanto, para evitar ser criticado por no tomar medidas para defender el interés público, la SCPM tiende a presentar todas las apelaciones, incluso si éstas tienen pocas posibilidades de éxito, por ejemplo, en los casos en que el tribunal de primera instancia encontró defectos de procedimiento en las investigaciones, que ningún argumento de la SCPM en la apelación puede explicar o remediar de manera convincente.

La SCPM y el Contralor General deben aclarar que la SCPM debe juzgar en última instancia si una apelación es apropiada y si su presentación constituye un buen uso de sus recursos.

Mejorar la coordinación con el SERCOP.

La SCPM inicia pocas investigaciones sobre cárteles de licitación basándose en las guías que le proporciona el Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP). Existe un margen de acción para una mayor cooperación entre el SERCOP y la SCPM, en particular para que la SCPM reciba datos del SERCOP sobre la contratación pública de forma regular y frecuente, y la SCPM capacite a los funcionarios del SERCOP en leyes de competencia, de conformidad con la Recomendación del Consejo de la OCDE sobre el Combate a la colusión en contrataciones públicas. La SCPM podría basarse en las recomendaciones sobre la competencia y la cooperación de las autoridades de contratación pública formuladas por el Secretariado de la OCDE en las revisiones de las reglas y prácticas en materia de competencia en el país.

8.2. Marco legal

Recomendaciones sobre el abuso del poder de mercado

Simplificar y garantizar la consistencia de las conductas enumeradas en el artículo 9 de la LORCP, sobre abuso de poder de mercado.

El artículo 9 de la LORCPM sobre el abuso del poder de mercado establece una lista no exhaustiva de conductas específicas, la cual es larga y contiene

duplicaciones y redundancias. Las condiciones adjuntas a las conductas enumeradas parecen ser inconsistentes. Las condiciones que acompañan a las conductas enumeradas parecen incoherentes. En el caso de algunas conductas, la LORCPM exige que sean "injustificadas" (por ejemplo, el aumento de los márgenes) pero no en el caso de otras (por ejemplo, los precios de explotación). La lista debe aclararse, simplificarse y armonizarse a través de los diversos ejemplos de conducta ilegal.

Eliminar el artículo 10 sobre el abuso de la dependencia económica.

El artículo 10 de la LORCPM establece el abuso de la dependencia económica como una infracción, pero no le impone sanciones. Además, no queda claro si la conducta, para ser ilegal, debe dominar el mercado o sólo a la víctima. Lo mejor sería suprimir esta disposición e investigar únicamente los casos pertinentes en virtud del artículo 9 sobre el abuso de la posición dominante en el mercado.

Recomendaciones sobre los acuerdos restrictivos

Simplificar y garantizar la consistencia de acuerdos restrictivos enumerados en el artículo 11 de la LORCPM.

El artículo 11 de la LORCPM sobre acuerdos restrictivos incluye una larga lista no exhaustiva de comportamientos específicos utilizando un lenguaje inconsistente. La lista debe aclararse, simplificarse y armonizarse a través de ejemplos de conducta ilegal. Se debe eliminar la parte del artículo que prohíbe prácticas conscientemente paralelas, dado que la colusión tácita por lo normal cae fuera de la incumbencia de la ley de competencia.

Recomendaciones sobre el control de fusiones

Considerar la idoneidad de los umbrales de las cuotas de mercado.

Ecuador utiliza tanto los umbrales de facturación como de la cuota de mercado para determinar la obligación de notificar las transacciones.

La Recomendación de la OCDE sobre la Revisión de las Fusiones aconseja a los países a utilizar criterios claros y objetivos para determinar si debe notificarse una fusión y cuándo, y existen dudas respecto a si los umbrales de cuota de mercado son claros o lo suficientemente objetivos. Ecuador debe balancear las ventajas de este tipo de umbrales (es decir, la capacidad de activar la notificación de fusiones potencialmente problemáticas con respecto a compañías con bajas facturaciones), con su falta de certidumbre (debido a que requieren un análisis complejo y no objetivo; es decir, definición de mercado y el cálculo de las cuotas para determinar si debe notificarse una transacción).

Requerir que por lo menos dos participantes en la transacción y/o el objetivo superen una cierta facturación para activar la notificación de la fusión.

La LORCPM requiere que una fusión se notifique si la facturación del grupo de participantes excede una facturación determinada. Por consiguiente, es necesario notificar una transacción incluso si solo existe un participante con una facturación significativa en Ecuador (p. ej., una compañía grande que adquiere un pequeño negocio).

De acuerdo con las buenas prácticas internacionales, la obligación de notificación solo debe existir si la transacción tiene el suficiente impacto material en la jurisdicción revisora. Si la facturación local de solo una compañía participante es suficiente para activar la notificación de la fusión, entonces un número muy significativo de transacciones de fusiones que no tienen impacto alguno o uno muy pequeño sobre la competencia en el país deberían haberse notificado. Por esta razón, un umbral debe requerir que por lo menos dos participantes en la transacción (en el caso de adquisición de control conjunto, podrían ser los compradores) y/o el negocio adquirido cumplan el umbral de facturación local requerido. Las buenas prácticas internacionales no abordan qué tan alto debe ser el umbral, pero Ecuador podría considerar los umbrales establecidos por países con una economía similar.

Ampliar el plazo para la notificación de las fusiones.

El plazo en la actualidad son ocho días naturales a partir de la fecha del acuerdo de la fusión. El plazo debería de ser más largo para que las partes fusionantes tengan un grado razonable de flexibilidad a la hora de determinar cuándo pueden notificar una fusión propuesta, conforme a la Recomendación de la OCDE sobre la Revisión de las Fusiones, con la condición de que la fusión no se implemente antes de la notificación y la autorización, dado que en dicho caso, aplicarían las reglas para salir en falso.

Adoptar un sistema de dos fases para el análisis de las fusiones.

En abril de 2020, la SCPM introdujo un procedimiento acelerado que permitió una revisión abreviada y simplificada de las fusiones que no parecen tener el potencial de perjudicar a la competencia.

La introducción del procedimiento acelerado va en la dirección correcta y se alinea con la Recomendación de la OCDE sobre la Revisión de las Fusiones para establecer procedimientos que procuren garantizar que las fusiones que no planteen problemas importantes en materia de competencia se sometan a un examen y una aprobación aceleradas. Además, sería recomendable que Ecuador complemente el procedimiento acelerado con la adopción de un sistema de dos fases, el cual las autoridades de competencia utilizan con frecuencia en todo el mundo. Bajo este sistema, una primera fase (o fase I) se utiliza para considerar si una fusión genera problemas en materia de competencia. Las fusiones no problemáticas pueden autorizarse en la fase I (de manera condicional o incondicional). Si una fusión se

considera potencialmente problemática, se realiza una revisión profunda en una segunda fase (o fase II). Después de la fase II, se pueden autorizar (con o sin condiciones) o prohibir las fusiones.

Considerar cambiar la prueba de dominación por una prueba de la disminución sustancial de la competencia.

Ecuador evalúa a las fusiones bajo la prueba de dominación. La gran mayoría de las autoridades de competencia en todo el mundo utilizan la prueba de la disminución sustancial de competencia (DSC). La prueba de DSC se enfoca en los efectos de la fusión en el mercado (respecto a si existe la probabilidad de que los precios incrementen después de la fusión) y en la pérdida de competencia entre las compañías, más que en cuestiones estructurales como las cuotas de mercado, en las que se centra el criterio de la posición dominante.

Un avance hacia la DSC permitiría al sistema de control de fusiones de Ecuador observar los efectos anticompetitivos de las fusiones por debajo del umbral de dominación y abordar efectos coordinados. Específicamente, la DSC permitiría observar efectos coordinados y cubrir fusiones conglomeradas, mientras que la prueba de dominación con frecuencia cubrirá los efectos unilaterales de una fusión; es decir, el fortalecimiento de la posición de mercado de la entidad fusionada.

Recomendaciones sobre la competencia desleal

Considerar la posibilidad de reequilibrar al personal o eliminar las reglas de competencia desleal de la LORCPM y del ámbito de la SCPM.

La LORCPM prohíbe actos de competencia desleal (es decir, actos o costumbres contrarias a usos honestos en actividades económicas) que impidan, restrinjan o distorsionen la competencia, amenacen la eficiencia económica o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios, si el autor tiene poder de mercado.

La SCPM tiene una unidad relativamente grande, la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales (INPD), que tiene 9 funcionarios, y una considerable trayectoria en casos de competencia desleal: un promedio de 32 investigaciones por año, con un máximo en 2016 de 54. La INPD es la división de la SCPM que recibe el mayor número de denuncias e investiga el mayor número de casos.

Los recursos asignados al cumplimiento de las reglas de competencia desleal son considerablemente superiores a los recursos dedicados a la investigación de prácticas anticompetitivas y fusiones. Esta cuota debe rebalancearse, asignando más recursos a la investigación de casos antimonopolio y menos a la competencia desleal.

De manera alternativa, Ecuador debería considerar si es práctico confiar la revisión de los casos de competencia desleal, independientemente de que el autor tenga o no poder de mercado, a una agencia separada. En cuyo caso, Ecuador debería considerar si elimina la competencia desleal de la LORCPM. Estos cambios permitirían a la SCPM enfocarse en su función central, el cumplimiento y la promoción de competencia y evitar posibles malentendidos en relación con los diferentes objetivos que persigue la ley de competencia, por un lado, y la ley de competencia desleal, por el otro.

Otras recomendaciones

Aclarar la facultad de la SCPM para ordenar la desinversión.

La SCPM puede ordenar la desinversión, la división o la escisión de compañías en casos en los que determine que es la única forma de reestablecer la competencia en casos antimonopolio (Artículo 79 de la LORCPM). No existe una aclaración respecto a esta facultad en la LORCPM, y nunca se ha utilizado (aunque se han buscado desinversiones en casos de fusiones, bajo las reglas de revisión de fusiones). La SCPM debe definir cuándo, y en qué tipos de casos, se podría utilizar esta facultad.

Permitir denuncias anónimas.

La LORCPM no permite denuncias de fuentes anónimas. Excluir a denunciadores anónimos limita innecesariamente el grupo de delatores, ya que mucha gente no está dispuesta a realizar una denuncia si necesitan proporcionar su nombre. La Recomendación de la OCDE respecto a la Acción eficaz contra cárteles alienta a los miembros a implementar un sistema de detección de cárteles efectivo al facilitar la notificación de información sobre cárteles por parte de delatores que no solicitan Clemencia, proporcionando las salvaguardas apropiadas que protegen el anonimato de los informantes.

8.3. Cumplimiento

Priorizar mejor las actividades de cumplimiento y promoción de la SCPM.

La SCPM debe determinar qué acciones de cumplimiento y promoción son prioritarias para ella. La SCPM debe asignar cierta prioridad a investigar conductas que sean claramente perjudiciales; tener en cuenta la posición de mercado de las compañías involucradas y si los productos y servicios afectados son importantes para los consumidores; considerar el número de consumidores afectados por la práctica y enfocarse en sectores que sean críticos para la economía de Ecuador en los que hay una clara evolución del mercado (por ejemplo, las plataformas digitales y el comercio electrónico, el uso de datos personales).

La SCPM debería considerar la posibilidad de publicar anualmente sus prioridades para el año siguiente. Los objetivos y prioridades claros y transparentes son importantes para la rendición de cuentas de las acciones de la SCPM y para la generación de confianza pública en la agencia.

Priorizar las investigaciones con más posibilidades de éxito y centrarse en las conductas que causan un mayor daño al consumidor.

Entre 2014 y 2019, la SCPM inició un gran número de investigaciones, pero solo emitió un pequeño número de fallos. Hubo 107 investigaciones sobre el abuso de poder de mercado, solo con tres fallos y 30 investigaciones sobre acuerdos restrictivos, con 12 fallos. Un gran número de investigaciones, en particular sobre el abuso de poder de mercado, se cerraron debido a la falta de mérito.

En primer lugar, la SCPM debe evitar iniciar investigaciones que, en la revisión inicial, parezcan carecer de mérito y debe cerrar pronto las que no parezcan tener éxito. Además, la SCPM debería centrarse en la investigación de las restricciones más graves, en especial los acuerdos horizontales, como fijación de precios o división del mercado. Estas no solo causan un gran daño a los consumidores, sino que también son infracciones claras donde, si se demuestran los hechos, no existe necesidad de un análisis económico sofisticado. Dado que hay tres veces más investigaciones sobre el abuso de poder de mercado que investigaciones sobre acuerdos restrictivos, la proporción podría invertirse.

Asegurar que las multas tienen suficientes efectos disuasorios y, si es necesario, imponer multas más altas.

De acuerdo con la SCPM, las multas impuestas hasta la fecha no han tenido suficiente poder disuasorio. En el caso de que las multas no sean lo suficientemente altas, se limitan los recursos para investigar las infracciones y, además, existen solo unas cuantas investigaciones exitosas, las compañías no cuentan con incentivos para evitar o detener las actividades anticompetitivas. La Recomendación de la OCDE respecto a la Acción eficaz contra cárteles alienta a los miembros a que proporcionen sanciones efectivas de una clase y en un nivel adecuado para disuadir a las compañías y a los individuos de participar en los cárteles y a que incentiven a los miembros de los cárteles para que deserten del cártel y cooperen con la agencia de competencia. La Recomendación insta a usar una combinación de sanciones (civiles, administrativas y/o criminales, económicas y no económicas) para un correcto efecto disuasivo.

La SCPM debe buscar imponer sanciones que sean lo suficientemente serias como para actuar como elemento disuasorio.

Publicar todas las decisiones que establecen una infracción.

El sitio web de la SCPM tiene solo un pequeño número de los fallos de la agencia, a pesar de contar con la obligación legal de publicarlos. Incluso cuando se publica un fallo, no siempre proporciona la información específica que respalde los hallazgos o solo se refiere a los documentos internos no revelados.

La SCPM está digitalizando actualmente sus fallos, lo que constituye un avance positivo. La SCPM debe publicar toda la información que respalde sus hallazgos, con excepción de información reservada y confidencial. Una vez que se digitalicen todos los fallos, se deben publicar en el sitio web de la autoridad.

Utilizar con cautela los compromisos.

El uso de compromisos por parte de la SCPM parece disminuir los incentivos para cumplir con la ley o, en los casos de los cárteles, el uso de la clemencia. Específicamente, las compañías prefieren esperar a que se abran las investigaciones y proponer compromisos, en lugar de solicitar la clemencia antes de conocer cualquier investigación en su contra. Esto se debe a la baja tasa de cumplimiento de la SCPM (que reduce la probabilidad de que una conducta ilegal sea descubierta y sancionada) combinada con los bajos pagos de compromiso a cambio de que la SCPM detenga una investigación (volviendo poco atractiva la carrera para la clemencia).

Un mejor cumplimiento, en general, y mayores pagos de compromisos, en particular, contribuirían al cumplimiento de la ley y mantendrían el atractivo del programa de clemencia.

El uso de los compromisos también significa menos oportunidades para que los tribunales examinen los casos de competencia, e impide o retrasa, el desarrollo de precedentes legales, que son cruciales en un país con una historia relativamente corta en el cumplimiento de la ley de competencia.

Sin embargo, al lidiar con infracciones con menor impacto en la competencia, la SCPM podría continuar utilizando los compromisos, para liberar recursos para ocuparse de los casos de mayor prioridad.

Considerar fomentar el cumplimiento privado.

La OCDE no recibió información sobre ninguna acción de daños y perjuicios de carácter privado. Ecuador debería considerar la posibilidad de alentar la aplicación privada de la ley para permitir la indemnización de las víctimas y potenciar el efecto disuasorio de la ley de competencia aumentando el costo potencial de la infracción de la ley de competencia.

Se pueden adoptar varias medidas para fomentar las acciones por daños y perjuicios. En primer lugar, las decisiones finales sobre infracciones adoptadas por la SCPM deberían tener un valor probatorio adecuado, que actualmente no tienen, para facilitar las acciones de seguimiento. En segundo lugar, parece difícil acceder a la información de los archivos de la SCPM, ya que la confidencialidad parece interpretarse de manera demasiado amplia. Sin embargo, las partes privadas necesitan información para poder entablar acciones. La SCPM debería seguir protegiendo la información confidencial y, en particular, las declaraciones de clemencia, a fin de no desincentivar las solicitudes de clemencia. Sin embargo, la SCPM podría permitir el acceso a la información no confidencial que justifique su fallo en la infracción.

Antes de fomentar el cumplimiento privado, los tribunales deberían desarrollar sus habilidades en materia de competencia (véase sección 8.4). Ello con el objetivo de asegurar que se emplean los estándares correctos y que la aplicación privada y pública de las normas de competencia son coherentes.

8.4. Revisión judicial

Los tribunales deben desarrollar habilidades en materia de competencia.

En Ecuador, los jueces carecen de habilidades significativas en materia de competencia. Por ejemplo, la Corte Nacional de Ecuador en el caso de Recapt dictaminó que el estándar aplicable a los cárteles era la regla de la razón y que debían demostrarse los efectos perjudiciales del cártel. El tribunal se equivocó de dos maneras. En primer lugar, utilizó la dicotomía de la regla *per se*/regla de la razón, mientras que la LORCPM utiliza una distinción por objeto/por efecto. En segundo lugar, la LORCPM estipula claramente que los cárteles son un delito por objeto, sin necesidad de demostrar daño. El juicio se basó en el uso erróneo de un estándar de ley criminal (que exige la prueba del daño) en un caso de ley de competencia que impone una multa, que es una sanción administrativa no criminal.

La generación de la capacidad de los jueces en ley de competencia resulta crucial para Ecuador, donde la competencia y su cumplimiento son recientes y los tribunales competentes son tribunales de jurisdicción general. Es posible que los jueces no tengan conocimientos especializados de la ley de competencia ni hayan tenido la oportunidad de adquirir esos conocimientos a través de estudios o experiencias en casos en su carrera.

Ecuador podría considerar crear Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo (TDCA), cámaras especializadas en problemas administrativos y de ley de competencia limitados. La creación de cámaras especializadas permitiría a los jueces adquirir experiencia en ley de competencia, lo que potencialmente conduciría a una mayor eficiencia, una mayor uniformidad en los fallos y una mejor calidad de

los mismos. Ecuador también debe considerar los riesgos potenciales de las cámaras especializadas, incluyendo a los jueces que se enfocan en un área específica de la ley, los sesgos en los fallos y la separación del resto del sistema judicial.

8.5. Promoción

Eliminar la distinción entre estudios de mercado e informes especiales.

Las regulaciones internas de la SCPM no establecen ninguna diferencia entre los estudios de mercado y los informes especiales. En la práctica, los estudios de mercado parecen tener más contenido y complejidad que los informes especiales. Se puede decir que la distinción entre estudios de mercado e informes especiales es redundante y puede ser suprimida.

Establecer y publicar los criterios utilizados para seleccionar los mercados sujetos a estudios.

La selección efectiva de los mercados a estudiar permite a las autoridades de competencia enfocarse en los sectores que más requieren su atención. En la actualidad, la SCPM no dispone de criterios para orientar la selección de los mercados. Debe decidir y publicar esos criterios de selección de estudio de mercado, con el propósito de identificar los mercados cuyas características puedan indicar problemas de competencia o ineficiencias regulatorias, o que tengan una mayor importancia para la economía. La publicación de los criterios incrementaría la transparencia y predictibilidad de la SCPM. Se debe seguir permitiendo a la SCPM investigar a los mercados que no satisfacen los criterios, siempre y cuando justifique su decisión.

Continuar mejorando la calidad de los estudios de mercado.

La mayoría de los estudios e informes anteriores de la SCPM no se dedicaron a un análisis sectorial económico o jurídico sustantivo. Los estudios de mercado más recientes son mejores y más sofisticados: identifican sus objetivos, contienen análisis regulatorio y económico, llegan a conclusiones útiles y proporcionan recomendaciones. Sin embargo, la SCPM ha realizado algunas recomendaciones que parecen inusuales desde una perspectiva de competencia y se alienta a continuar mejorando sus estudios de mercado.

La SCPM debe desarrollar una estrategia para sus actividades de promoción.

En 2019, la SCPM suspendió la mayor parte de sus actividades promocionales, considerando que no son parte del mandato de la SCPM, como se define en la LORCPM. La interrupción de las actividades tuvo sentido, ya que eran demasiadas, sin coordinación, y algunas de ellas por lo menos, tangencialmente relacionadas con el

cumplimiento de la ley de competencia. Menos actividades promocionales también tiene sentido desde una perspectiva presupuestaria. En la actualidad la Dirección Nacional de Promoción celebra pocos eventos, campañas y capacitación y parecen estar mucho más orientadas a objetivos concretos, lo que constituye un desarrollo positivo.

Es importante que la SCPM desarrolle una estrategia para sus actividades promocionales y que considere cuidadosamente que actividades le brindan un beneficio real.

Establecer una metodología clara para analizar las barreras de entrada.

La LORCPM establece que una de las facultades de la SCPM es promover la eliminación de las barreras de entrada. Sin embargo, la agencia no tiene una clara metodología para analizar las barreras de entrada, ni resulta clara la base legal de sus facultades. La SCPM está desarrollando una guía sobre la evaluación de barreras de entrada, la cual sería una herramienta valiosa. La guía no solo debería establecer método de identificación de las barreras sino también aclarar qué acciones puede adoptar la SCPM una vez que haya identificado una barrera. La SCPM podría utilizar como referencia la Recomendación del Consejo de la OCDE sobre Evaluación de competencia y la metodología seguida por el Secretariado de la OCDE en las evaluaciones de las barreras regulatorias del país.

8.6. Cooperación

Establecer guías sobre la adopción de acuerdos institucionales.

La adopción de un acuerdo interinstitucional requiere que su viabilidad se justifique debidamente y que sea autorizada por el Superintendente de Control del Poder de Mercado. Los actores interesados han destacado que, en el pasado, las razones de la SCPM para firmar ciertos acuerdos interinstitucionales no han resultado claros. Por lo tanto, sería de utilidad contar con las guías sobre la adopción de acuerdos interinstitucionales.

Mejorar la cooperación con la Secretaría general de la CAN.

La relación entre Ecuador y la CAN ha sido confusa respecto al cumplimiento de la ley de competencia. La CAN no cuenta con reglas claras que definan la incumbencia de la SGCAN y las autoridades de competencia nacionales. La SCPM no ha firmado un acuerdo de cooperación con la SGCAN. Como resultado, hay confusión sobre qué agencia es responsable de qué caso. Un acuerdo de cooperación sería de utilidad para limitar la superposición en las investigaciones.

Apéndice 1: Detalle de las decisiones finales totales tomadas por la SCPM

Tabla 20. Decisiones finales totales en abuso de poder del mercado

Año	Partes	Compromiso	Multa	Pago reparador (USD)	Infracción
2017	Tiendas Industriales Asociadas (TIA), Corporación El Rosado, Corporación Favorita, y Mega Santa María	No	0	0	Cláusula 4, Artículo 10
2016	Cervecería Nacional	Si	0	236 094	Cláusula 6 y 7, Artículo 9
Total	2	1	0	236 094	

Fuente: OCDE usando datos de la INICAPMAPR

Tabla 21. Decisiones finales totales en prácticas y acuerdos anticompetitivos

Año	Partes	Compromiso	Multa (USD)	Pago reparador (USD)	Infracción
2019	Recapt y Solnet	No	286 912 ¹	0	Cláusula 6, Artículo 11
2018	Muzalpharma y Ecubioesteril	Sí	0	2 580	Cláusula 6, Artículo 11
2018	Danilo José Chamico	Sí	0	323	Cláusula 6, Artículo 11
2018	Mario Fernando Lema	Sí	0	193	Cláusula 6, Artículo 11
2018	Oxialfarm	No	47 598	0	Cláusula 6, Artículo 11
2018	National Tire Experts y Ecuaccesorios	Sí	0	7 239 ²	Cláusula 6, Artículo 11
2018	Martec y Cyberbox	No	4 986	0	Cláusula 6, Artículo 11
2017	Viaproyectos, Drivecorp, y Corporación Plazacropolis	Sí	0	12 994	Cláusula 6, Artículo 11
2017	Margot Soraya Palomino, Rosa Narcisa Ichina, Juan Carlos Rocha Lahuasi y María del Carmen Lahuasi	Sí	0	7 900	Cláusula 6, Artículo 11
2016	Adolcit y Plásticos Rival	Sí	0	123 466	Cláusula 6, Artículo 11
2015	Frankimport	No	308 529	0	Cláusula 6, Artículo 11
2015	Sintofil	Sí	0	36 003	Cláusula 1, 2 and 13, Artículo 11
Total	12	8	648 025	190 702	

Notas:

¹ La CRPI tomó la decisión inicial en 2015 y multó tanto a Recapt como Solnet. La decisión final respecto a Recapt solo se confirmó en 2019 después de un recurso rechazado. Para evitar duplicar el conteo, la multa de Recapt y Solnet solo se cuentan en 2019.

² La decisión de los compromisos correspondientes al operador económico Ecuaccesorios, procesada en la Decisión N° SCPM-CRPI-042-2018, no ha sido digitalizada por la CRPI, lo que impide su acceso. El monto de la multa de Ecuaccesorios no se incluye esta tabla ya que su valor se desconoce.

Fuente: OCDE usando datos de la INICAPMAPR.

Tabla 22. Decisiones finales totales prácticas desleales

Año	Partes	Compromiso	Multa (USD)	Pago reparador (USD)	Infracción
2019	Marketing Worldwide Ecuador	Sí	0	65 675	Cláusula 2, Artículo 27
2019	OTV Multicable	No	2 019	0	Cláusula 9, Artículo 27
2019	Banco del Pacífico	Sí	0	151 729	Cláusula 2, Artículo 27*
2018	Comercializadora Inralbe	No	1 631	0	Se desconoce*
2018	Comercializadora Hal Rob	Sí	0	15 010	Numeral 2, 9 y 10, Artículo 27
2018	F&E Ecuatoriana	No	154 990 ¹	0	Cláusula 2, Artículo 27*
2017	Marketing Worldwide Ecuador	Sí	0	777	Se desconoce*
2017	Reckitt Benckiser Ecuador	No	4 727	0	Se desconoce*
2017	Compañía Azucarera Valdez	No	14 659	0	Se desconoce*
2017	Quala Ecuador	Sí	0	67 318	Cláusula 5, Artículo 27*
2017	Productos Cris Cia	Sí	0	4 650	Cláusula 9, Artículo 27*
2017	Nestlé	No	157 807	0	Cláusula 2, Artículo 27*
2017	Comandato y Concredito Concreta	Sí		946 981 ²	Cláusula 2, Artículo 27
2016	Lácteos Ecuallac	Sí	0	50 345	Cláusula 2 y 7, Artículo 27
2016	Linde Ecuador	Sí	0	51 961	Cláusula 9, Artículo 27
2016	Unión Constructora Uniconstruct	No	708 354	0	Cláusula 2, Artículo 27*
2016	Genommalab Ecuador	Sí	0	82 968	Cláusula 2, 9 y 10, Artículo 27
2016	Pinturas y Químicos del Ecuador PyQ	Sí	0	26 638	Cláusula 9, Artículo 27
2016	La Favorita, La Fabril, Pronaca, e Industrias Ales	Sí	0	1 454 259	Cláusula 2, Artículo 27
2015	Quala Ecuador	Sí	0	248 283	Cláusula 2, 9 y 10, Artículo 27
2015	Reckit Benckiser Ecuador	No	79 484	0	Cláusula 1, 2, 4 y 5, Artículo 27
2015	Marketing Worldwide Ecuador	Sí	0	32 966	Cláusula 2 y 9, Artículo 27
2015	Mondelez Ecuador	Sí	0	30 121	Cláusula 2 y 10, Artículo 27
2015	Toyocosta	Sí	0	4277	Numeral 2, 4 y 5 del artículo 27
2014	Confiteca	Sí	0	0	Numeral 2 del artículo 27
Total	25	17	1 123 671	3 233 958	

Notas: ¹ F&E Interpuso un recurso al TDCA y se suspendió la multa; el TDCA todavía tiene que emitir una decisión. ² La CRPI tomó la decisión de Comandato en 2016 y la decisión de Concredito Concreta en 2017. Para evitar duplicar el conteo ambos se cuentan en 2017. *Decisión No disponible en el sitio de internet de la SCPM.

Fuente: OCDE usando datos de la INICAPMAPR.

Referencias

- OCDE (2020). Tendencias OCDE en materia de competencia en 2020 (en inglés). OCDE. <http://www.oecd.org/daf/competition/OECD-Competition-Trends-2020.pdf>.
- OCDE (2019). Recomendación para luchar eficazmente contra los carteles (en inglés). OCDE. <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0452>.
- OCDE (2019). Resumen ejecutivo de la mesa redonda sobre el estándar de revisión de los tribunales en casos de competencia (en inglés). OCDE. [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/M\(2019\)1/ANN2/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/M(2019)1/ANN2/FINAL/en/pdf).
- OCDE (2019). Nota para discusión del secretariado para la mesa redonda sobre el estándar de revisión de los tribunales en casos de competencia (en inglés). OCDE. [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3\(2019\)1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3(2019)1/en/pdf).
- ICN (2018). Recomendaciones para procedimientos de notificación y análisis de concentraciones (en inglés). ICN. https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/09/MWG_NPRecPractices2018.pdf.
- OCDE (2017). Materiales de la mesa redonda sobre metodologías para estudios de mercado para autoridades de competencia (en inglés). OCDE. <https://www.oecd.org/competition/market-study-methodologies-for-competition-authorities.htm>.
- OCDE (2016). Resumen ejecutivo de la mesa redonda sobre el nexo jurisdiccional en regímenes de control de concentraciones (en inglés). OCDE. [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/M\(2016\)1/ANN3/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/M(2016)1/ANN3/FINAL/en/pdf).
- OCDE (2015). Competencia y estudios de mercados en América Latina: Los casos de Chile, Colombia, Costa Rica, México, Panamá y Perú. OCDE. <https://www.oecd.org/daf/competition/competencia-y-estudios-de-mercado-en-america-latina%202015.pdf>.
- OCDE (2014). Recomendación sobre cooperación internacional en materia de investigaciones y procedimientos de competencia (en inglés). OCDE. <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0408>.

OCDE (2012). Recomendación para combatir la colusión en la contratación pública. (en inglés). OCDE. <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0396>.

OCDE (2009). Resumen ejecutivo de la mesa redonda sobre el estándar aplicable en control de concentraciones (en inglés). OCDE. www.oecd.org/competition/abuse/46503256.pdf.

OCDE (2005). Recomendación sobre control de concentraciones (en inglés). OCDE. <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0333>.

www.oecd.org/competition

