

Libre Competencia: Análisis y Perspectivas del Ordenamiento Ecuatoriano

La aprobación, el 29 de septiembre de 2011 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado en nuestra Asamblea Nacional, marcó un hito en la historia de nuestra legislación. Por primera vez se aprobaba una ley en materia de competencia, la cual tiene el propósito de vigilar y corregir los errores de mercado presentes en las relaciones de los diferentes operadores económicos en nuestro país y que, entre sus consecuencias traería mayores beneficios a los consumidores. La aprobación y posterior expedición de esta norma fue la culminación de un proceso iniciado años atrás, que dio lugar a varios intentos frustrados por aprobar una Ley de esta naturaleza. Tal vez el más prominente de ellos fue aquel del año 2001, en el cual el entonces Congreso Nacional aprobó una “Ley Antimonopolios y de la Libre Competencia” que fue vetada en su totalidad por el entonces Presidente Dr. Gustavo Noboa Bejarano.

Sin embargo, el Derecho de la Competencia no era del todo ajeno a nuestro ordenamiento jurídico. La Decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones, aprobada en marzo de 2005, ya establecía normas para sancionar y prevenir las conductas anticompetitivas en mercado. Esta norma entró en vigencia en nuestro país a través de la Decisión 616, de julio de 2005, y el Decreto Ejecutivo 1614, de marzo de 2009, y fue objeto de una temprana aplicación por parte de la Subsecretaría de Competencia del Ministerio de Industrias y Producción, entre los años 2009 y 2012.

Pero es sólo a través de la aprobación de la ya mencionada Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, que crea la Superintendencia de Control de Poder de Mercado así como la designación del Superintendente de Control de Poder de Mercado, que en el Ecuador empieza a tener plena vigencia el derecho de competencia y pasamos así a contar con una Autoridad con las potestades suficientes para el control y la regulación de las conductas anticompetitivas en el mercado.

Nuestra Ley, en este sentido, ofrece una estructura particular y consagra principios que van de la mano de los principios constitucionales y que merecen estudio. Se incorporan, por ello, varios principios que se diferencian de aquellos de las doctrinas tradicionales de competencia. El objetivo de ello es permitir una mayor compenetración entre las normas y el sistema jurídico en su totalidad.

Es interesante la transversalidad del principio de comercio justo que es contemplado tanto en la Ley como en la Constitución. Este objetivo se compagina con los demás que manifiesta la Ley en su artículo 1 y que son más comunes en legislación comparada. El

comercio justo es desarrollado, además, en nuestra Norma Suprema, en su artículo 336, que reza lo siguiente: *“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.”*. Otra adición importante es la búsqueda por establecer un sistema económico social, solidario y sostenible. Todo ello da como resultado una norma que no se limita a los criterios de eficiencia y bienestar del consumidor, generalmente reconocidos en las leyes de esta naturaleza, sino que da un paso más allá en la integración de nuestra Ley con la Constitución.

Nuestra Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado reconoce, además, el principio de primacía de la realidad en su artículo 3. La autoridad ecuatoriana está llamada a estudiar las conductas presuntamente anticompetitivas a través de un lente especial, que ve más allá de la simple subsunción del hecho a la norma. Debe reconocer los efectos y la realidad económica en cada caso para poder determinar la existencia de estos actos que resultaren en infracciones a la Ley.

La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en su Capítulo II, desarrolla las conductas sujetas a control y sanción por parte de la Autoridad. Primero establece los parámetros para la determinación del Mercado Relevante para cada caso particular, siendo esta una herramienta indispensable para determinar el marco dentro del cual se llevarán a cabo todas las investigaciones.

En nuestro ordenamiento jurídico se sancionan, en primer lugar, los abusos del poder de mercado, que incluyen todo acto abusivo realizado por operadores económicos con una posición de dominio. Estas conductas están establecidas en el artículo 9, y sólo serán objeto de sanción cuando se haya verificado la existencia de poder de mercado de acuerdo a los parámetros establecidos en los artículos 7 y 8. Una adición importante que tiene nuestra Ley es la de la figura del abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica en el artículo 10, a través de la cual se sancionan los actos de los operadores económicos tendientes a la explotación de sus clientes o proveedores cuando éstos últimos no dispongan de alternativas equivalentes para el ejercicio de su actividad económica.

Otra conducta sancionada son los acuerdos y prácticas restrictivas, que se pueden dar a través de convenciones, recomendaciones generales o, inclusive, de prácticas conscientemente paralelas, como reza el artículo 11. El artículo 12, sin embargo, contiene los parámetros para una eventual exención de sanción, la cual se podrá dar siempre que el acuerdo contribuya a mejorar la producción, comercialización y distribución de bienes y servicios. Todos los operadores económicos que se acojan a esta exención, sin embargo, serán sujetos de

permanente control y vigilancia por parte de la Autoridad, para asegurar el cumplimiento de las condiciones que dan lugar a ella.

El control de concentraciones es otra de las áreas de control que se incluyen en el Capítulo II de nuestra Ley. El artículo 17 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado da la pauta para el cálculo del volumen de negocios. Con base a éste, se establece, en el artículo 16, qué fusiones, adquisiciones y demás actos de concentración se deben notificar obligatoriamente a la Autoridad para su aprobación. Estas notificaciones deberán ser realizadas en un plazo de ocho días a partir de la conclusión del acuerdo. Luego de que la Autoridad tenga conocimiento del caso concreto, deberá resolver de acuerdo a los parámetros de los artículos 21 y 22, pudiendo aprobar la concentración, aprobarla condicionalmente o denegarla, para lo cual la Autoridad tendrá un plazo de 60 días, el mismo que podrá ser suspendido por 60 días. Existe también un régimen de exenciones de notificación obligatoria en el artículo 19.

Además, existe en nuestro ordenamiento, además, las notificaciones informativas, que son aquellas que realizan los operadores económicos que no cumplen con los criterios para que su concentración se califique como una notificación obligatoria, voluntariamente, a petición de parte o de oficio. Por último, la Superintendencia podrá iniciar investigaciones sobre concentraciones no notificadas con el fin de comprobar que no violen la Ley.

Otra de las características particulares de la normativa ecuatoriana es la inclusión, dentro de la misma Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, de las prácticas desleales como infracciones objeto de sanción. Sin embargo, sólo son objeto de sanción por esta Ley las prácticas desleales que tienen efectos negativos para la eficiencia económica, el bienestar general y los derechos de los consumidores. Consecuencia de ello es que exista una suerte de bifurcación en la sanción de prácticas desleales en nuestro país, pues las antedichas serán de conocimiento de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, mientras que aquellas que sólo involucren derechos de propiedad intelectual entre particulares y no importen una afectación general, deberán ser conocidas por el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, que es la autoridad en materia de propiedad intelectual en nuestro país.

En el Capítulo III sobre acción del Estado y ayudas públicas, nuestra ley incorpora un modelo característico para la admisión de restricciones a la competencia por razones de interés público, así como para la utilización de recursos públicos como ayuda a determinados operadores económicos. Para el establecimiento de restricciones a la competencia se crea una Junta de Regulación, integrada por las máximas autoridades de las carteras de Estado a cargo de la producción, la política económica, los sectores estratégicos y el desarrollo social, o sus

delegados, que es ajena a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, y quien será la encargada de determinar cuáles son los casos de interés público que requieren de acción del Estado. A la Superintendencia le corresponde, a partir de ello, la vigilancia y eventual sanción en el evento de que las medidas adoptadas por la Administración Pública no estén en armonía con los fines buscados, de acuerdo a las resoluciones de la Junta de Regulación. Por otro lado, las ayudas públicas que se otorguen deben siempre ser notificadas a la Superintendencia, a quien corresponderá evaluarlas y verificar que cumplan los fines para los cuales fueron establecidas.

La Ley otorga amplias facultades de investigación a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Podrá esta Autoridad requerir cualquier información o documentos que estime necesario a las instituciones públicas u operadores económicos. Éstos están obligados a colaborar y proveer información veraz y oportuna, siendo, inclusive, sujetos de sanción en caso de resistencia. La Superintendencia tiene, además la facultad de exigir se le presenten todos los documentos contables, llamar a declaración o testimonio a los operadores involucrados y demás personas relacionadas y a realizar inspecciones sin necesidad de autorización judicial en los locales y establecimientos investigados. La Ley sólo exige autorización judicial en caso de allanamientos y retenciones, así como de inspecciones a domicilios particulares o que necesiten descerrajamiento en los locales. Todas estas potestades son coherentes con el mandato legal del artículo 48 inciso 5to, que establece que la carga de la prueba es de la Superintendencia, exceptuando los casos de acuerdos restrictivos en los que los involucrados ocultaren o destruyeran información.

El procedimiento administrativo es regulado en los artículos 53 y siguientes de la Ley. La Superintendencia de Control del Poder de Mercado puede iniciar la investigación de tres formas diferentes: de oficio, cuando tenga noticia directa o indirectamente del cometimiento de infracciones; a través de petición de otro órgano de la Administración Pública, cuando éste haya encontrado indicios de dichas infracciones; o por denuncia formulada por el agraviado de las presuntas conductas anticompetitivas. La Ley, sin embargo, no diferencia los procedimientos por su materia, sino que establece un procedimiento unitario, sea que la conducta investigada sea un acto abusivo, un acuerdo ilícito o una práctica desleal, lo cual puede ser limitativo en ocasiones. La única diferenciación entre procesos que encontramos en la Ley es en relación a su forma de apertura, que tiene como consecuencia una variación en los tiempos de las etapas dependiente de cómo se inició el proceso: de oficio, solicitud de la Administración Pública o denuncia.

La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado establece, además, los recursos que se pueden presentar para impugnar cualquier resolución en primera instancia. Siendo estos los mismos recursos existentes para todo acto administrativo en Ecuador, a saber: el recurso de reposición, ordinario y horizontal; recurso de apelación o jerárquico, que eleva el caso para conocimiento del Superintendente de Control del Poder de Mercado; y recurso extraordinario de revisión, que pone el caso también en conocimiento del Superintendente, pero con el objeto de que se puedan revisar los errores materiales, de derecho e, inclusive, pruebas. Además, se podrán interponer recursos judiciales ante las decisiones de la Superintendencia ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, sin necesidad de agotar las instancias administrativas. Este último recurso, sin embargo, no tendrá carácter suspensivo respecto de las medidas preventivas y correctivas ya tomadas en sede administrativa y sólo lo tendrá respecto a las multas cuando el perjudicado rinda caución por el cincuenta por ciento del valor de la misma.

La Ley de Regulación y Control del Poder de Mercado cuenta con un régimen de sanciones en su Capítulo VI, donde divide las infracciones en leves, graves y muy graves. En su artículo 79 se establecen los parámetros para determinar las cuantías de las sanciones, que, en lo posible, tendrán relación proporcional al volumen de negocios del operador económico en el ejercicio inmediatamente anterior. De no existir esa información, se establecen también montos máximos de las sanciones.

Existen también exenciones al pago de las multas, conocido comúnmente en el mundo de la competencia como régimen de clemencia, al que puede acceder el operador que, participando de una colusión, sea el primero en denunciar ésta ante la Autoridad. Encontramos, así mismo, circunstancias que permitirían a los operadores reducir sus multas si colaboran con las investigaciones de esta Superintendencia. Por último, en cualquier momento de la investigación, el presunto infractor podrá presentar un proyecto de compromiso de cese, en el cuál debe reconocer el cometimiento de la conducta anticompetitiva, ofrecerse a desistir de la conducta investigada y resarcir los daños causados. Estos compromisos serán estudiados por la autoridad, integrando los criterios de las demás partes de la investigación, para su admisión, modificación o denegación.

La Superintendencia de Control del Poder de Mercado cuenta con un Superintendente, cinco Intendencias y una Comisión de Resolución de Primera Instancia. El primero es la autoridad máxima en materia de competencia en el Ecuador. La Intendencia General es la encargada de coordinar las diferentes acciones llevadas a cabo por las distintas intendencias. La Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas

Restrictivas cuenta con dos direcciones encargadas del estudio de cada uno de éstas conductas sujetas a sanción. La Intendencia de Control de Concentraciones es la encargada de llevar a cabo el procedimiento de aprobación de las concentraciones, así como su posterior vigilancia. La Intendencia de Abogacía de la Competencia, es la encargada de la promoción de la libre competencia y la realización de estudios de mercado. Por último, la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, encargada de las investigaciones de éstas últimas.

Una vez concluidos los procedimientos de investigación dentro de las intendencias, y en concordancia con la Ley, los expedientes son remitidos a la Comisión de Resolución de Primera Instancia, que es el ente encargado de emitir una resolución final. Este procedimiento permite respetar el principio de independencia de la autoridad juzgadora, separándola del órgano investigador. Todas las resoluciones de esta Comisión, sin embargo, son objeto de los recursos disponibles en la Ley y ya mencionados.

La cooperación interinstitucional ha sido una de las piedras angulares de la temprana formación de nuestra Superintendencia. Hemos sido capaces de concretar acuerdos de cooperación con muchas de las Autoridades de competencia a nivel internacional. Existen convenios con el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) del Perú, la Fiscalía Nacional Económica (FNE) de Chile, el Conseil de la Concurrence de Francia y el Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) de Brasil, por poner sólo algunos ejemplos. Esto nos ha permitido realizar talleres, foros y capacitaciones con nuestros funcionarios, procurando un mejor nivel de trabajo así como de pautas para establecer nuestros objetivos como institución.

Como institución hemos considerado fundamental la socialización de la norma de competencia así como de nuestras funciones como Superintendencia. Hemos sido capaces, con la ayuda de los diferentes convenios realizados, de montar varios talleres y conferencias abiertos a la ciudadanía. A través de ellos hemos podido informar al público de las funciones, objetivos y perspectivas de esta Autoridad y dado a conocer los contenidos de nuestra Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Nos hemos valido, además, de otros medios como son las redes sociales y los canales de televisión para cumplir con estos objetivos de la forma más eficiente.

A pesar de su calidad de novel institución, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado desarrolla ya una amplia e intensa actividad. En su primer año en funciones, ha tramitado ya 77 casos, divididos de la siguiente manera: 21 estudios de mercado llevados a cabo por la Intendencia de Abogacía de la Competencia, 12 casos de control de concentraciones en la Intendencia de Control de Concentraciones, 20 casos en la Intendencia

de Investigación de Abuso de Poder de Mercado Acuerdos y Prácticas Restrictivos y 24 casos de prácticas desleales. De éstos, ya 26 casos han sido finalizados.

Si bien contamos con una Ley y una Autoridad joven en el Ecuador y reconocemos que aún queda mucho por hacer en el campo de la libre competencia, la aprobación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado ha sido un paso en la dirección correcta. Estamos conscientes de que la Ley está sujeta a mejoras y existen ya análisis de posibles reformas. Temas como la división de procedimientos por materias específicas o una mejor coordinación con otras Instituciones como el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual son algunos de los ejemplos que podrían hacer de nuestra Ley una mejor. No obstante, el contar con una normativa que regule y sancione las prácticas anticompetitivas, que tienen como gran perjudicado al consumidor, es ya un avance trascendental y sin antecedentes en la legislación ecuatoriana.

Superintendencia de Control del Poder de Mercado

15 de octubre de 2013