

>> **Ecuador: hacia la regulación y control del poder de mercado**

Ecuador >> 10 >> 2013

La Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado entró en vigencia en Ecuador en octubre de 2011 con el fin de combatir las prácticas anti-competitivas en el sector empresarial ecuatoriano. El reglamento correspondiente para su aplicación, sin embargo, se expidió seis meses más tarde, en abril de 2012, con lo cual se esperaba que la Ley arranque su plena ejecución.

Desde entonces hasta la fecha —16 meses—, los resultados obtenidos han sido exiguos puesto que la autoridad competente ha concentrado su gestión, sobre todo, en la disuasión. El plan inicial era que “los empresarios arreglen las cosas por las buenas mediante los compromisos de cese que consisten en que las empresas digan yo confieso que he cometido tales faltas y de hoy en adelante me comprometo a cumplir la Ley”, según ha explicado el superintendente de Control de Poder del Mercado, Pedro Páez.

Con esta normativa legal, que está marcada como uno de los hitos regulatorios del Gobierno del Presidente Rafael Correa, se apunta a alcanzar un escenario, a nivel nacional, de sana y legítima competencia, es decir, que un operador económico no pueda mejorar su situación de negocio perjudicando a un tercero, sea este otro operador económico, proveedor, cliente consumidor o entidad estatal.

En palabras del ex secretario Nacional de Planificación y Desarrollo, Fander Falconí, la Ley “es un avance significativo en la construcción de un Estado democrático y sustentable en términos sociales y ambientales”, pero que no ha logrado concretarse en la realidad.

UN VISTAZO A LA LEY

Principales objetivos:

- Evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso del poder de mercado
- Prevenir, prohibir, sancionar los llamados acuerdos colusorios —alianzas para sancionar a terceras personas— y prácticas restrictivas
- Controlar y regular aquellas operaciones de concentración económica
- Prevenir, prohibir, sancionar las prácticas desleales

¿QUÉ ES LA COMPETENCIA?

La competencia es un proceso natural que se desarrolla en el mercado. Puede ser definida como la rivalidad de las empresas por obtener las preferencias de los consumidores o la lucha pacífica por incrementar su participación de mercado. La competencia, aún cuando resulte paradójico, implica que el daño concurrencial —resultado natural del encuentro de diversas empresas en el mercado y producido por los niveles de eficiencia— al competidor es lícito siempre que provenga del mayor, legítimo y leal esfuerzo del empresario. La competencia significa esfuerzo empresarial, iniciativa, innovación, atención al público...

¿QUÉ INTERESES BUSCA TUTELAR ESTA LEY?

- Los del sistema económico
- Los del público consumidor
- Los de los empresarios

El derecho de competencia se constituye en el cuerpo normativo más importante en materia económica, pues garantiza la permanencia de los mercados y de la democracia económica, y se cruza transversalmente con otros temas económicos.



ÓRGANOS Y AUTORIDADES COMPETENTES

1 Superintendencia de Control del Poder de Mercado: es un órgano perteneciente a la Función de Transparencia y Control Social, al cual le corresponde asegurar la transparencia y eficiencia de los mercados a través de la prevención, corrección o sanción del abuso del poder de mercado, de los acuerdos y prácticas restrictivas y de las conductas desleales. Asimismo, es el ente encargado de otorgar autorizaciones de ciertas operaciones de concentración económica como fusiones o adquisiciones.

El Superintendente es su máxima autoridad administrativa, resolutoria y sancionadora. Es nombrado por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social a partir de una terna enviada por el Presidente de la República. Como resultado de este proceso, fue designado como Superintendente el economista Pedro Páez.

2 Junta de Regulación: es el organismo integrado por las máximas autoridades de las Carteras de Estado encargadas de la Producción, Política Económica, Sectores Estratégicos y Desarrollo Social. La Junta tiene a su cargo la regulación en materia de competencia y control del poder del mercado, para lo cual está facultada a expedir normas con carácter generalmente obligatorio.

3 Función Ejecutiva: a pesar de que la Superintendencia forma parte de la Función de Participación Ciudadana y Control Social, es en realidad la Función Ejecutiva la que participa, privativamente, de la regulación de la competencia, en virtud de que integra completamente la Junta de Regulación y de que goza de la facultad para definir, mediante Decreto Ejecutivo, de manera excepcional, políticas de precios para beneficio del consumo popular, así como para la protección de la producción y sostenibilidad de la misma.

EL PODER DE MERCADO

La también llamada Ley de Competencias define al poder de mercado como la capacidad de los operadores económicos para influir significativamente en el mercado. Dicha capacidad se puede alcanzar de manera individual o colectiva. Tienen poder de mercado los operadores económicos

que, por cualquier medio, sean capaces de actuar de modo independiente respecto de sus competidores, compradores, clientes, proveedores, consumidores, usuarios, distribuidores u otros sujetos que participen en el mercado.

Es importante señalar que la definición de poder de mercado prevista en la Ley no está atada a volúmenes de participación de mercado previamente definidos, ni a elementos específicos que hayan sido determinados con anterioridad, sino que establece unos lineamientos generales sobre cuándo se está frente a una situación de poder de mercado.

En consecuencia, en cada caso particular que sea investigado por las autoridades, será necesario hacer el estudio correspondiente para determinar si efectivamente se presenta un caso en que un operador ostenta o no poder de mercado. En tal sentido, además, se debe recordar que la Ley impone a la Superintendencia la carga de la definición y determinación de los mercados relevantes, sean estos de productos, servicios o por circunscripción geográfica.

SANCIONES

De acuerdo con la Ley, las sanciones a la empresa pueden llegar a significar hasta 12% de los ingresos brutos, obtenidos por la organización durante el ejercicio fiscal del año anterior.

Las sanciones se aplican luego de que los casos investigados pasan por el siguiente proceso: indagación previa, investigación legal y la resolución.

AVANCES EN SU APLICACIÓN

Cinco meses después de la expedición del reglamento de la Ley, en septiembre de 2012 se creó la Superintendencia de Control del Poder del Mercado (SCPM) para que vigile y garantice el cumplimiento de dicho cuerpo legal. Desde entonces hasta la fecha —a agosto de 2013— se ha avanzado en algunos, pero pocos aspectos.

En cuanto a la creación de las entidades relacionadas al cumplimiento de la Ley, hasta febrero de este año y según explicó en ese entonces, Pedro Páez, superintendente de Control de Poder del Mercado, se había avanzado

SECTORES BAJO INVESTIGACIÓN

| | | |
|----------------------------|--------------------------------|--|
| Sector industrial harinero | Transporte terrestre | Financiero |
| Compras públicas | Turismo | Artículos de aseo |
| Aeroportuario | Comida rápida | Balanceados |
| Telecomunicaciones | Educativo | Snacks dulces y salados |
| Venta de libros | Automotriz | Administradoras de fondos y fideicomisos |
| Agroindustrial | Construcción | Servicios públicos |
| Farmacéutico | Alimentos de primera necesidad | |
| Transporte aéreo | Medicinas | |

Fuente: Superintendencia del Control de Poder del Mercado

MOTIVACIÓN N° CASOS

| | |
|---|-----------|
| Denuncias | 12 |
| Remitidos por el Ministerio de Industrias y Productividad | 4 |
| Inicio de Oficio | 6 |
| Solicitud de la Administración Pública | 4 |
| Notificaciones recibidas | 9 |
| Total | 35 |

Fuente: Superintendencia del Control de Poder del Mercado

en la creación de varias intendencias de abuso de mercado, prácticas de competencia desleal, prácticas restrictivas, concentración y centralización, y abogacía de la competencia.

35 CASOS BAJO INVESTIGACIÓN

Respecto al número de casos identificados, la entidad ha iniciado 35 investigaciones por supuesta violación a las disposiciones de la Ley en lo que va su operación. De acuerdo a los datos publicados en su página web, tres casos han sido archivados y el resto se encuentra en investigación. La mayoría de los procesos se relacionan al supuesto cometimiento de prácticas de confusión, de engaño, actos de denigración, violación de normas e inducción a la infracción contractual, explotación de la reputación ajena, imitación y violación de secretos empresariales. En cuanto a los sectores a los que pertenecen las empresas que están bajo la lupa del órgano, en total son 22. Cabe destacar que el sector telecomunicaciones concentra el mayor número de procesos: cinco en total. Le sigue el sector financiero con cuatro.

Pero estos no son los únicos sectores que están en estudio. De acuerdo a declaraciones públicas de las autoridades y comunicados de prensa de la entidad, un total de 400 ámbitos productivos están en análisis, entre ellos, el sector de los suplementos alimenticios. De hecho, como parte de este proceso, la Superintendencia ha solicitado información a distintos medios de comunicación nacionales —Teleamazonas y El Universo— a partir de reportajes publicados, con el fin de requerir información que contribuya a sus investigaciones previas para abrir procesos.

Como parte de su oferta, en los primeros meses de operación, la Superintendencia ha trabajado en la consecución de acuerdos de 'buena fe' antes de llegar a las sanciones. En agosto de 2013, por ejemplo, las autoridades informaron que se encontraban en proceso de diálogo con siete empresas del sector de alimentos, comunicación y metal-mecánica para contraer dichos compromisos.

“Cuidado con las empresas. Que no estén esperando que les caiga el hacha... No nos va a temblar la mano para aquellos operadores que persistan con el abuso y tenemos la facultad de multar con hasta con el 12% de la facturación bruta del año”

Pedro Páez, Superintendente de Control de Poder del Mercado

ESTADO DE LA COMPETENCIA EN ECUADOR

De acuerdo a datos oficiales expuestos por la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo (Senplades), cuando se expidió el reglamento de la Ley en abril de 2012, varios sectores de la economía ecuatoriana presentaban altos niveles de concentración de ventas en una o dos empresas (ver cuadro inferior).

De ahí que el control de la SCPM se ha dirigido, sobre todo, a estos sectores. También a otros que constan en el Diagnóstico Preliminar del Estado de la Competencia en Ecuador, publicado en marzo de 2013 por la entidad. Cabe resaltar que este documento se basa en información del último Censo

Económico (2010), que ofrece una radiografía de las unidades de negocio existentes en el país que no están bajo el régimen de la Superintendencia de Compañías, ni de la Superintendencia de Bancos y Seguros. Esto se refleja en los montos inferiores de ventas que se detallan a continuación, ya que no constan los movimientos económicos de las grandes empresas.

En base a estos datos y según el informe preliminar, los 10 sectores de mayor relevancia según el total de ingresos por ventas registradas en 2009 son:

- Suministro de servicios de seguro distintos a los seguros de vida (79,1 millones)
- Pólizas de seguros de vida, invalidez y seguros de doble indemnización (78,6 millones)
- Venta al por menos de productos alimenticios y otros varios (58,9 millones)
- Fabricación de alimentos preparados para animales de granja (51,8 millones)
- Fabricación de cementos (48,9 millones)
- Actividades financieras (46,2 millones)
- Actividades de creación para cadenas de televisión (41,4 millones)
- Venta al por menor de productos farmacéuticos (35,4 millones)
- Fabricación de sustancias medicinales para medicamentos (33,1 millones)
- Explotación de criaderos de aves de corral (32,9 millones)

Cabe destacar que el análisis de las participaciones de mercado que un operador económico ostenta es una forma usual para llegar a determinar la existencia de poder de mercado, pero no es la única. Se puede ostentar poder de mercado aún con participaciones de mercado no elevadas, dependiendo del entorno competitivo de cada segmento de mercado, las mismas que pueden variar sustancialmente de una jurisdicción geográfica a otra, como por ejemplo de Quito a Latacunga.

La posición de dominio o el poder de mercado se ejerce en un mercado específico y, por ello, su existencia se determina mediante el análisis de una realidad determinada, lo que implica hacer un estudio detallado y minucioso de las características estructurales asociadas a la oferta de bienes o a la prestación de un servicio específico, y de las conductas ejecutadas en un período determinado, no solo por la o las empresas

| SECTOR | CONCENTRACIÓN DE VENTAS |
|---|--|
| Elaboración de productos lácteos | 61% en 5 empresas 39% en 436 empresas |
| Fabricación de productos textiles | 61% en 9 empresas 39% en 1.493 empresas |
| Elaboración de bebidas no alcohólicas | 81% 1 empresa 19% en 155 empresas |
| Elaboración de productos molinería | 71% en 5 empresas 29% en 335 empresas |
| Fabricación de productos de higiene | 76% en 2 empresas 24% en 88 empresas |
| Elaboración de pastas (fideos, macarrones...) | 54% en 2 empresas 46% en 26 empresas |
| Fabricación de productos de plástico | 50% en 11 empresas 50% en 373 empresas |
| Elaboración de aceite | 58% en 1 empresa 42% en 13 empresas |

de las cuales se sospecha el ejercicio abusivo de la posición de dominio, sino también por sus competidores, proveedores y clientes, con el fin de que la existencia de la posición dominante tenga como soporte fáctico un contexto situacional concreto en un mercado específico.

En virtud de que estas normas son nuevas en Ecuador, y en consecuencia no existen resoluciones administrativas ni judiciales en esta materia, resultará prudente acudir a la jurisprudencia e interpretaciones internacionales para tener una idea de cómo aquellos organismos han resuelto los casos concretos.

PLAZOS LIMITAN APLICACIÓN DE LA LEY SEGÚN GOBIERNO

La Ley establece desde 60 hasta 90 días término para que las empresas en proceso de investigación presenten sus pruebas de descargo. Estos plazos son consideradores demasiado largos por la autoridad competente, puesto que los días término solo incluyen días hábiles, lo que significa que las empresas tienen hasta cinco a meses para cumplir con los trámites y “eso mucho tiempo”, ha argumentando el superintendente Pedro Páez.

CONCEPTOS CLAVE: ABUSO DE PODER DE MERCADO

1 Se comete abuso de poder de mercado cuando uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado y por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general”.

2 Conductas consideradas como abuso de poder de mercado:

- Conductas que les permitan aumentar sus márgenes de ganancia mediante la extracción injustificada del excedente del consumidor.
- La aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación de desventaja frente a otros.
- La venta condicionada y la venta atada injustificadas.
- La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra o adquisición.
- La fijación, imposición, limitación o establecimiento injustificado de condiciones para la compra de bienes o servicios.
- La subordinación de actos, acuerdos o contratos a la aceptación de sus obligaciones, prestaciones suplementarias o condicionadas que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de los mismos.
- Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados.



>> **Patricio Peña** es Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Es Socio Principal del Estudio Jurídico Noboa, Peña, Larrea y Torres. Entre otros cargos ha sido Subsecretario de Rentas en el Ministerio de Finanzas (1992-1993) y Director Ejecutivo del Consejo Nacional de Modernización del Estado (1994-1996). Fue Presidente del Directorio de la Bolsa de Valores de Quito y de la Federación Iberoamericana de Bolsas. Es autor de papers y expositor sobre Derecho Tributario, Derecho Financiero, Mercado de Capitales, Derecho Laboral, Derecho Corporativo, Comercio Exterior.



>> **Catherine Buelvas** es la Directora General de LLORENTE & CUENCA en Ecuador. Comunicadora social por la Universidad Jorge Tadeo Lozano de Bogotá, Catherine cuenta con una amplia trayectoria en Comunicación y Responsabilidad Social Empresarial. Trabajó en la construcción de reputación para instituciones de Gobierno y hasta 2012 desempeñó el cargo de Gerente de Comunicaciones y Responsabilidad Social de Alquería, la tercera compañía más importante del sector lácteo en Colombia.



>> **Verónica Poveda** es Consultora Senior de LLORENTE & CUENCA en Ecuador. Ha liderado proyectos de Asuntos Públicos y de Comunicación Corporativa. Ejerció el periodismo durante cinco años, con énfasis en la cobertura política legislativa.



>> **Cristina Cacuango** es Consultora Junior de LLORENTE & CUENCA en Ecuador. Cuenta con cinco años de experiencia en periodismo, tres de los cuales dedicó al área económica: sectores estratégicos, finanzas, públicas, macroeconomía, etc.

d+i LLORENTE & CUENCA

d+i es el Centro de Ideas, Análisis y Tendencias de LLORENTE & CUENCA.

Porque asistimos a un nuevo guión macroeconómico y social. Y la comunicación no queda atrás. Avanza.

d+i es una combinación global de relación e intercambio de conocimiento que identifica, enfoca y transmite los nuevos paradigmas de la comunicación desde un posicionamiento independiente.

d+i es una corriente constante de ideas que adelanta nuevos tiempos de información y gestión empresarial.

Porque la realidad no es blanca o negra existe d+i LLORENTE & CUENCA.

www.dmasillorenteycuenca.com