

## Consideraciones de Competencia en Relación a la Eliminación del Artículo 98 de la Ley Orgánica de Comunicación

Superintendencia de Control de Poder de Mercado

Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia

Febrero de 2019

### I.- Antecedentes

La Comisión de Derechos Colectivos de la Asamblea Nacional de la República del Ecuador se encuentra tratando el veto del Ejecutivo sobre seis temas concernientes a la Reforma de la Ley Orgánica de Comunicación. Dentro de los seis temas se encuentra la reforma del Artículo 98 (Convirtiéndose en el artículo 82 con la reforma) de dicho cuerpo legal el mismo que trata sobre la producción de publicidad nacional.

En dicho artículo, se estipula que la publicidad que se difunda en el territorio nacional “[...] a través de los medios de comunicación deberá ser producida en territorio ecuatoriano por personas naturales ecuatorianas o extranjeras residentes en el Ecuador, o producida en el exterior por personas ecuatorianas residentes en el exterior o personas jurídicas extranjeras cuya titularidad de la mayoría del paquete accionario corresponda a personas ecuatorianas y cuya nómina para su realización y producción la constituyan al menos un 80% de personas de nacionalidad ecuatoriana, este porcentaje de nómina se incluirán las contrataciones de servicios profesionales” (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2019), lo que implica que la producción de este tipo de servicios, desde una óptica de desarrollo endógeno, no permite el desarrollo de dicho sector lo cual tiene por finalidad la mejora de competitividad, incremento de empleo y mayor recaudación tributaria.

Desde una perspectiva de defensa de la competencia, este artículo supone una barrera de entrada legal de actores económicos extranjeros que estén dispuestos a proveer de este tipo de servicios en el Ecuador. En este punto, existe una disyuntiva entre la provisión de empleo nacional y la estabilidad de operadores económicos nacionales que se encuentran amparados por vigente artículo 98; y, la eliminación de una barrera legal que impide una mayor competencia dentro de dicho sector y su correspondiente segmento de mercado.

En este aspecto, este informe técnico analizará la composición del mercado de la publicidad, el volumen de ventas del mismo y las plazas de trabajo que se reportan en el sector de servicios de la publicidad, las implicaciones en el mercado laboral, legal y de competencia con la posible eliminación del artículo 98 de la Ley Orgánica de Comunicación.

El presente informe técnico se desarrolla de la siguiente manera: i) la sección dos realiza el análisis económico en relación a competencia, empleo y ventas de los mercados que conforman el sector de la publicidad en el Ecuador, ii) la tercera sección analiza las implicaciones legales en relación a competencia y trabajo, y iii) la cuarta sección contiene las conclusiones y recomendaciones de este informe técnico.

### II.- Aspectos Económicos y de Competencia del Sector de Publicidad en el Ecuador

En Ecuador, el sector de la publicidad, en toda su cadena de producción, se compone de siete sectores o mercados<sup>1</sup>:

1. Actividades de impresión de posters, gigantografías, catálogos y posters (C181104),
2. Publicación (incluida la edición on-line) de catálogos, grabados, tarjetas (J581901),
3. Creación y colocación de anuncios de publicidad al aire libre (M731002),
4. Representación en medios de difusión, venta de tiempo y espacio en diversos medios de difusión (M731003),
5. Realización de campañas de comercialización y otros servicios de publicidad dirigidos a atraer clientes (M731004),

---

<sup>1</sup> Desagregación a CIUU de 6 dígitos

6. Alquiler de espacios de publicidad en vallas (M731005); y,
7. Otros servicios de publicidad (M731009)

La posible eliminación del artículo 98 de la Ley Orgánica de Comunicación afecta, de forma directa, al mercado de Realización de campañas de comercialización y otros servicios de publicidad dirigidos a atraer clientes (M731004).

En términos de competitividad y concentración y tomando como fuente primaria de información el Directorio de Empresas del INEC para el año 2017, el sector de la publicidad se encuentra desconcentrado para ciertos mercados; en el caso específico del mercado de “Realización de campañas comerciales (M731004)” se evidencia que dicho segmento tiene una categoría de “desconcentrado” ya que reporta un valor en el índice de Herfindhal- Hirschman (HHI)<sup>2</sup> de 485 (ver tabla 1).

Tabla 1: Indicadores de concentración mercados de Publicidad - Valores a período 2017

	Índice HHI	
	Valor	Categoría
C181104	282	Desconcentrado
J581901	1.839	Moderadamente concentrado
M731002	122	Desconcentrado
M731003	1.788	Moderadamente concentrado
<b>M731004</b>	<b>485</b>	<b>Desconcentrado</b>
M731005	7.747	Altamente concentrado
M731009	585	Desconcentrado

Fuente: INEC - Directorio de Empresas 2012 - 2017

Elaboración: DNITEE - SCPM

El análisis del índice HHI determina que el mercado M731004, que estaría afectado por la eliminación del artículo 98 de la LOC, no tiene distorsiones de concentración, por el contrario, los agentes económicos que se encuentran en este mercado se encuentran en estado de competencia unos con otros.

Si se pone en consideración otras variables como el número de operadores dentro de cada mercado, las ventas reportadas y el número de trabajadores, se observa que el mercado de “realización de campañas comerciales” reportó ventas totales de US\$ 148 millones en el 2017 (ver tabla 2), donde existen un total de 430 operadores económicos de los cuales 308 corresponden a microempresas (operadores con menos de 10 trabajadores); y, en dicho sector se emplean 2.981 personas con afiliación a la seguridad social (empleo formal).

En este sentido, el mantener la reforma al artículo 98 de la LOC puede afectar a las 2.981 plazas de trabajo del sector, sin embargo y tomando en cuenta la movilidad de factores de este sector dichas plazas de trabajo pudiesen ser absorbidas por los operadores económicos extranjeros en caso de aperturar una oficina a nivel local para proveer el servicio.

<sup>2</sup> Para detalles de construcción, interpretación de magnitudes y umbrales del HHI ver (Herfindahl, 1950) y (Hirschman, 1964).

Tabla 2: Ventas totales, número de operadores y total de trabajadores - Valores período 2017

	Ventas totales (US\$)	Número de operadores		Total trabajadores (2)
		Total	Microempresa (1)	
C181104	130.032.888,00	1.379	1.148	5.569
J581901	11.261.091,00	69	58	244
M731002	195.245.344,00	1.496	1.159	5.272
M731003	32.706.436,00	39	22	256
<b>M731004</b>	<b>147.932.688,00</b>	<b>430</b>	<b>308</b>	<b>2.981</b>
M731005	9.541.237,00	12	8	117
M731009	11.359.044,00	169	139	423

(1) Empresas con menos de 10 trabajadores

(2) Trabajadores con afiliación a Seguridad Social

Fuente: INEC - Directorio de Empresas 2012 – 2017

Elaboración: DNITEE – SCPM

Adicionalmente, de manera específica se analiza el mercado de los operadores económicos directamente ligados al artículo 98 de la LOC en base a la información emitida por SUPERCOM (vía correo electrónico el 12 de febrero de 2019)<sup>3</sup> de las 48 empresas que se encuentran monitoreadas por el ente de control y que han pagado publicidad en medios de comunicación nacionales.

El listado de empresas se cruzó con la información de balances de la Superintendencia de Compañías (acceso a información que mantiene la Intendencia de Abogacía mediante oficio SCPM-IAC-026-2018 del 5 de febrero de 2018), para obtener la información de ventas de los 48 operadores económicos. Esta información se encuentra disponible hasta el año 2016.

En este año, las ventas totales de las 48 empresas alcanzan los USD 197 millones y el índice HHI para las 48 firmas es de 850, es decir continúa en la categoría de desconcentrado; adicionalmente se calculó la razón de concentración de la empresa más grande<sup>4</sup>, indicador que tiene una magnitud de 16,37% valor que es inferior al 40% con lo que se concluye que en este sub mercado no existiría poder de mercado (tabla 3).

Tabla 3: Indicadores de concentración de 48 empresas de publicidad (listado SUPERCOM)

	HHI	RC (1)
Valor	850	16,37
Categoría	Desconcentrado	No existe oligopolio

Fuente: SUPERCÍAS 2016

Elaboración: DNITEE – SCPM

### III.- Consideraciones legales

El artículo 98 del proyecto de reforma a la Ley Orgánica de Comunicación LOC (Convirtiéndose en el artículo 82 con la reforma) manifiesta íntegramente: “La publicidad que se difunda en el territorio ecuatoriano a través de los medios de comunicación deberá ser producida en territorio ecuatoriano por personas naturales ecuatorianas o extranjeras residentes en el Ecuador, o producida en el exterior por personas ecuatorianas residentes en el exterior o personas jurídicas extranjeras cuya titularidad de la mayoría del paquete accionario corresponda a personas

<sup>3</sup> El correo electrónico fue emitido por Dra. Isabel Calle, Intendente General Técnica de la Información y Comunicación de SUPERCOM, en base a pedido por correo electrónico realizado por la Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia de la SCPM.

<sup>4</sup> Para detalles de construcción, interpretación de magnitudes y umbrales de la Razón de Concentración ver (Miller, 1967),

*ecuatorianas y cuya nómina para su realización y producción la constituyan al menos un 80% de personas de nacionalidad ecuatoriana, este porcentaje de nómina se incluirán las contrataciones de servicios profesionales.”*

La reforma de este artículo contempla varios elementos para la producción de difusión de publicidad en el territorio ecuatoriano:

1. La publicidad deberá ser producida en territorio ecuatoriano por personas naturales ecuatorianas o extranjeras residentes en Ecuador.
2. Producida en el exterior por personas ecuatorianas residentes en el exterior.
3. Producida en el exterior por personas jurídicas extranjeras cuya titularidad de la mayoría del paquete accionario corresponda a personas ecuatorianas y cuya nómina para su realización y producción constituyan al menos un 80% de personas de nacionalidad ecuatoriana.

La reforma no contempla bajo ningún parámetro, la posibilidad de que personas jurídicas constituidas en el extranjero puedan producir publicidad en el territorio ecuatoriano. Además el mismo proyecto de norma establece que la publicidad podrá ser producida en el Ecuador únicamente por ecuatorianos residentes en el exterior, y para el caso de personas jurídicas extranjeras podrán realizar actividades comerciales de producción de publicidad únicamente cuando cuenten con una mayoría accionaria y además una nómina de al menos un 80% ecuatoriana (incluidos los contratos de servicios profesionales).

Tal y como consta el artículo 98 de la LOC vigente, hay diferencias sustanciales con respecto al proyecto de reforma, en la norma vigente (Art.98) se determina que la producción de difusión de publicidad, se podrá realizar bajo los siguientes parámetros: 1) La publicidad que se difunda en territorio ecuatoriano deberá ser producida por personas naturales o jurídicas ecuatorianas; 2) La titularidad de la mayoría accionaria corresponde a personas ecuatorianas o extranjeras radicados legalmente en el Ecuador 3) La nómina para la realización y producción constituye al menos un 80% de personas de nacionalidad ecuatoriana o extranjeros legalmente radicados en el país. Sin embargo que el artículo 98 ya constituye de por sí una barrera legal, la reforma a este artículo propende a una barrera en un sentido más amplio para la restricción de participación de personas jurídicas extranjeras.

En competencia, una de las barreras de entrada puede ser legal, y esta se deriva del análisis de la normativa vigente. En este sentido, la posible restricción que se puede identificar en el proyecto de reforma al artículo 98 de la LOC, se constriñe a que la producción de publicidad deberá ser realizada únicamente en territorio ecuatoriano y restringe completamente la participación de empresas extranjeras, al determinar que eventualmente podrían operar en el país solo las que cuenten con mayoría accionaria de personas ecuatorianas y de igual forma la nómina constituya al menos un 80% únicamente de personas de nacionalidad ecuatoriana incluida los contratos de prestación de servicios.

En atención al marco constitucional vigente, la Constitución de la República del Ecuador (CRE) dispone en su artículo 17 que: *“El Estado fomentará la pluralidad y la diversidad en la comunicación”*, para el efecto no permitirá el oligopolio o monopolio, directo ni indirecto, de la propiedad de los medios de comunicación y del uso de las frecuencias.

La misma norma constitucional prescribe los principios primordiales del Estado en cuanto al sistema económico y la política comercial, determinando para el efecto:

1. *“El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin y propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir [...]”*;
2. *“La política comercial tendrá entre otros objetivos la regulación, promoción y ejecución de las acciones correspondientes a impulsar la inserción estratégica del país en la economía mundial y evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados”*;

3. *“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 además asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades.”*

En concordancia con estas disposiciones constitucionales, toda norma expedida o reformada por la Asamblea Nacional, debe sujetarse a estos principios constitucionales; entre otros el reconocimiento del ser humano como sujeto y fin que propenda a una relación equilibrada entre sociedad estado y mercado, así como también evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas y velar por el comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad que promueva la sustentabilidad, asegure la transparencia y eficacia en los mercados y fomente la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades.

En concordancia con la CRE, el artículo 4 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM) establece los lineamientos para la regulación y formulación de política pública en materia de competencia, entre otros:

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 derecho a desarrollar actividades económicas y la libre concurrencia de los operadores económicos al mercado así como el establecimiento de un marco normativo que permita el ejercicio del derecho a desarrollar actividades económicas, en un sistema de libre concurrencia.
4. La necesidad de contar con mercados transparentes y eficientes.

Tanto el artículo 98 de la actual LOC, como el proyecto de reforma, determinan una restricción en cuanto a establecer la producción de la publicidad únicamente para personas naturales o jurídicas ecuatorianas, la vigencia de estas normas, contrarían las disposiciones de los numerales 5 y 6 del artículo 4 de la LORCPM, que establecen los lineamientos para la regulación y formulación de política pública, del derecho a desarrollar actividades económicas y de libre concurrencia de operadores económicos al mercado. Así como también el establecer un marco normativo que permita el ejercicio del derecho a desarrollar actividades económicas, en un sistema de libre concurrencia.

A su vez, para la aplicación de la LORCPM el artículo 3 manifiesta que la autoridad administrativa determinará la naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a su realidad y efecto económico.

Una vez que la INAC, efectivamente ha identificado que la reforma al artículo 98 de la LOC podría configurarse como una barrera de entrada normativa y que además la vigencia de la misma podría afectar a las 2.981 plazas de trabajo del sector, tomando en cuenta que la Constitución en los artículos 33 y numeral 16 del artículo 66 dispone que: *“El Trabajo es un derecho y un deber social y un deber económico”* y además el reconocimiento y la garantía del derecho a la libertad de contratación, es necesario establecer que la presunta barrera de entrada legal debe atenderse en aplicación del principio de primacía de la realidad.

#### **IV.- Conclusiones y Recomendaciones**

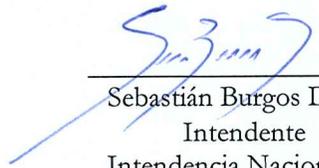
1. La vigencia y el proyecto de reforma del artículo 98 de la Ley Orgánica de Comunicación supone explícitamente una barrera de entrada para la competencia en el mercado de *“Realización de campañas de comercialización y otros servicios de publicidad dirigidos a atraer clientes”*. Si se toma como referencia los indicadores de concentración en mencionado sector, se observa que dicho mercado tiene características ligadas a la competencia y ningún operador tiene posición de dominio que atente en alguna distorsión de dicho mercado.
2. Es destacable que los trabajadores (2.981) del sector (M731004) se encuentran en condiciones de empleo formal, con lo que se establece una serie de beneficios sociales como la nula probabilidad de caer en condiciones de pobreza por ingresos por parte de las personas que se emplean en dicho sector de la economía.

3. En el corto plazo, la libre entrada de operadores internacionales con contenido publicitario producido en el exterior incrementará la competencia dentro del sector y gracias a la movilidad de factores dentro de este mercado, los trabajadores de operadores económicos locales pueden ser absorbidos por los operadores económicos internacionales.
4. El corto plazo se estima que los operadores económicos ahorren o mantengan menores niveles de gasto en publicidad, dado que podrán reproducir o utilizar sus campañas publicitarias producidas a nivel regional (servicio sustituto). Esto implicaría mayores niveles de rentabilidad a nivel local, aunque a su vez se esperaría una reducción de la demanda laboral y gastos de producción local de los actores económicos afectados por el artículo 98 de la Ley Orgánica de Comunicación.
5. En el mediano y largo plazo es necesario monitorear posibles distorsiones que pudiesen darse dentro de este mercado; ya que tomando en cuenta que los operadores económicos internacionales que probablemente entren al este sector tienden a tener economías a escala con lo que puede existir una reducción de precios lo cual afectaría especialmente a las microempresas del sector, desencadenando posibles fallos de mercado que conduzcan a mecanismos de concentración dentro de este segmento. Por otro lado, el rol que pueda tener el estado a través de las compras públicas es determinante, ya que el mismo permitiría diversificar el acceso de operadores económicos locales.
6. Tanto el artículo 98 vigente, como el proyecto de reforma, determinan una restricción en cuanto a establecer la producción de la publicidad únicamente para personas naturales o jurídicas ecuatorianas, sin embargo el proyecto de reforma contraría en forma más amplia las disposiciones de los numerales 5 y 6 del artículo 4 de la LORCPM, que establecen los lineamientos para la regulación y formulación de política pública, del derecho a desarrollar actividades económicas y de libre concurrencia de operadores económicos al mercado. Así como también, el establecer un marco normativo que permita el ejercicio del derecho a desarrollar actividades económicas, en un sistema de libre concurrencia.
7. Se ha evidenciado que el proyecto de reforma al artículo 98 de la LOC, constriñe a que la producción de publicidad deberá ser realizada únicamente en territorio ecuatoriano y restringe completamente la participación de empresas extranjeras, al determinar que eventualmente podrían operar en el país solo las que cuenten con mayoría accionaria de personas ecuatorianas y de igual forma la nómina constituya al menos un 80% únicamente de personas de nacionalidad ecuatoriana incluida los contratos de prestación de servicios.

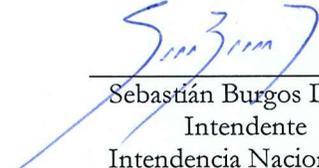
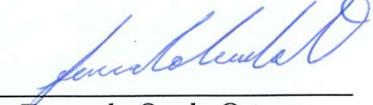
Con base a estas conclusiones y en consideración a las atribuciones establecidas a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, en los numerales 9,13, 24 y 26 del artículo 38; la Intendencia de Abogacía de la Competencia recomienda que el Señor Superintendente de Control de Poder de Mercado, sobre la base de la normativa citada, en especial: *“Cuando lo considere pertinente, emitir opinión en materia de competencia respecto de leyes, reglamentos, circulares y actos administrativos, sin que tales opiniones tengan efecto vinculante.”*, se pronuncie con la finalidad de allanarse al veto remitido por el Ejecutivo, en cuanto a derogar integralmente el artículo 98 de la LOC.

Es necesario mencionar que el veto remitido por el Ejecutivo en cuanto a la Reforma de la Ley Orgánica de Comunicación tiene, hasta el 17 de febrero del 2019, para ser debatida en el Pleno con base a la disposición del artículo 38 de Constitución: *“Si la Asamblea no considera la objeción en el plazo señalado, se entenderá que se ha allanado a ésta y la Presidenta o Presidente de la República dispondrá la promulgación de la ley y su publicación en el Registro Oficial.”*

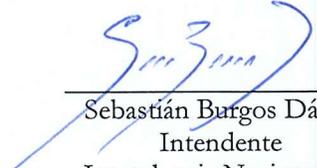
Elaborado por:

 <hr/>	 <hr/>	 <hr/>
Sebastián Burgos Dávila Intendente Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia	Fernando Cando Ortega Director Dirección Nacional Técnica de Información y Estudios Estratégicos	Alexandra Macas Analista Dirección Nacional Técnica de Información y Estudios Estratégicos

Revisado por:

 <hr/>	 <hr/>
Sebastián Burgos Dávila Intendente Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia	Fernando Cando Ortega Director Dirección Nacional Técnica de Información y Estudios Estratégicos

Aprobado por:

 <hr/>
Sebastián Burgos Dávila Intendente Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia

#### Referencias

- Asamblea Nacional de la República del Ecuador. (2019). *Reforma de la Ley Orgánica de Comunicación*. Quito.
- Herfindahl, O. (1950). *Concentration in the U.S. Steel Industry*. Tesis Doctoral no Publicada, Columbia University, New York.
- Hirschman, A. (1964). The Paternity of an Index. *American Economic Review*, 54(5), 761.
- Miller, R. (1967). Marginal Concentration Ratios and Industrial Profit Rates: Some Empirical Results. *Southern Economic Journal*, 34, 259-267.