

RESOLUCIÓN N° SCPM-DS-2021-03

Danilo Sylva Pazmiño
SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO

CONSIDERANDO:

Que el artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador, establece: *“El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”*;

Que el artículo 213 de la Constitución de la República, dispone: *“Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general (...)”*;

Que el artículo 226 de la Constitución de la República, determina: *“Las Instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce de los derechos reconocidos en la Constitución”*;

Que el párrafo segundo del artículo 336 de la Constitución de la República, estipula: *“El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley”*;

Que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado fue creada mediante Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, publicada en el Registro Oficial Suplemento N° 555, de 13 de octubre de 2011, como un organismo técnico de control, con capacidad sancionatoria, de administración desconcentrada, con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, presupuestaria y organizativa;

Que el artículo 37 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, establece: *“Corresponde a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado asegurar la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentar la competencia; la prevención, investigación, conocimiento, corrección, sanción y eliminación del abuso de poder de mercado, de los acuerdos y prácticas restrictivas, de las conductas desleales contrarias al régimen previsto en esta Ley; y el control, la autorización, y de ser el caso la sanción de la concentración económica (...)”*;

Que dentro de las atribuciones de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, contempladas en el artículo 38 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, constan: *“(...) 11. Emitir recomendaciones de carácter general o sectorial respecto a las modalidades de la competencia en los mercados. (...) 21. Promover medidas de control tendientes a la eliminación de barreras a la libre competencia al mercado, de acuerdo con los lineamientos fijados por la ley. (...) 24. Proponer la remoción de barreras, normativas o de hecho, de entrada a mercados, que excluyan o limiten la participación de operadores*

económicos. (...) 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 de los operadores económicos en los diferentes mercados (...);

Que el artículo 44 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, dispone: *“Son atribuciones y deberes del Superintendente, además de los determinados en esta Ley: (...) 6. Elaborar y aprobar la normativa técnica general e instrucciones particulares en el ámbito de esta Ley. (...) 16. Expedir resoluciones de carácter general, guías y normas internas para su correcto funcionamiento. (...);”*

Que el 06 de noviembre de 2018, la Asamblea Nacional de conformidad con lo dispuesto en la Constitución de la República del Ecuador y de acuerdo a la Resolución del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social N° PLE-CPCCS-T-O-163-23-10-2018, de 23 de octubre de 2018, según fe de erratas de 5 de noviembre de 2018, posesionó al doctor Danilo Sylva Pazmiño como Superintendente de Control del Poder de Mercado;

Que el Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la SCPM, expedido mediante Resolución N° SCPM-DS-2019-62 de 25 de noviembre de 2019, en su artículo 10, numeral 1.2.2.5., determina las atribuciones y responsabilidades de la Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia, entre las cuales consta: *“(...) b) Proponer la eliminación de barreras normativas a la competencia (...);”*

Que mediante Guía SCPM-INAC-DNPC-001 de 26 de octubre de 2020, la Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia, previa aprobación del Intendente General Técnico y el Superintendente de Control del Poder de Mercado, publicó la Versión 1.0., de la Metodología para la identificación, revisión y eliminación de barreras normativas;

Que el Intendente Nacional de Abogacía de la Competencia, remitió a la Intendencia Nacional Jurídica, el formulario para la solicitud de elaboración de normativa, junto con el proyecto de instructivo para la identificación y revisión de barreras normativas; solicitando se continúe con el trámite pertinente para su expedición; y,

Que es necesario contar con una normativa interna que establezca el procedimiento y los parámetros requeridos para la identificación y revisión de barreras normativas, con la finalidad de contar con una gestión correcta y eficiente dentro de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

Por las consideraciones expuestas, en ejercicio de las atribuciones que le confiere la Ley,

RESUELVE:

EXPEDIR EL INSTRUCTIVO PARA LA IDENTIFICACIÓN Y REVISIÓN DE BARRERAS NORMATIVAS

Capítulo I Disposiciones comunes

Artículo 1.- Objeto.- El presente Instructivo establece el procedimiento y los parámetros que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, en adelante: “SCPM”, aplicará para la

identificación y revisión de barreras normativas en los mercados nacionales, que excluyan o limiten de manera injustificada la participación de los operadores económicos, y que tengan como origen el ejercicio de la potestad normativa de los organismos y entidades que conforman el sector público, de conformidad con las atribuciones contempladas en los numerales 21 y 24 del artículo 38 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante, “LORCPM”).

Artículo 2.- Órgano de Aplicación.- El proceso para la identificación y revisión de barreras normativas en los mercados nacionales que excluyan o limiten injustificadamente la participación de los operadores económicos, será aplicado por la Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia a través de la Dirección Nacional de Promoción de la Competencia.

Artículo 3.- Definición de Barrera normativa.- Para el desarrollo del presente proceso, se entenderá como barrera normativa a toda exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro que imponga cualquier entidad u organismo del sector público, en ejercicio de su potestad normativa, que produce el efecto de condicionar, restringir u obstaculizar el acceso, permanencia y/o salida de los operadores económicos en un mercado.

La SCPM no considerará como barreras normativas y, por ende, no aplicará la metodología en los siguientes casos:

- a. Las omisiones o inactividad de los organismos y entidades del sector público, por constituir actuaciones materiales de la administración que no están expresadas en una norma jurídica. La SCPM considerará el análisis de este tipo de barreras en una versión posterior de este proceso o en un proceso separado.
- b. Proyectos de normativa que estén por expedirse, en razón de no tener fuerza vinculante para los operadores económicos y no producir efectos en el mercado, por lo cual no podrían considerarse una barrera normativa.

Por cuestiones de eficiencia del análisis y debido a la naturaleza de las normas, la SCPM, excluye también de la aplicación del presente proceso a los tópicos mencionados en la versión 1.0., de la “Metodología para la identificación, revisión y eliminación de barreras normativas”, publicada mediante Guía No. SCPM–INAC–DNPC–001 de 26 de octubre de 2020 o en su versión más reciente (en adelante “la Metodología”), la cual se adjunta como anexo y forma parte integrante del presente instructivo.

La presente definición de barrera normativa es aplicable para este procedimiento por lo que no es necesariamente extrapolable ni tampoco vinculante a otros procedimientos que pueda llevar adelante la SCPM.

Capítulo II **Del procedimiento de revisión de barreras normativas**

Sección 1ª **Del inicio del procedimiento**

Artículo 4.- Inicio del procedimiento.- El procedimiento para la revisión y análisis de las barreras normativas iniciará siempre de oficio, por disposición del Superintendente de Control del Poder de Mercado o el Intendente General Técnico. La disposición de las máximas autoridades derivará de su propia iniciativa, de la petición de una entidad de la administración pública o en aplicación de una recomendación derivada de un estudio de mercado de un órgano de la SCPM.

En ningún caso una petición externa obligará a la SCPM a realizar el procedimiento, pudiendo evaluarse la conveniencia de hacerlo, caso por caso, y en función de los recursos humanos y materiales disponibles. La SCPM podrá coordinar con otras entidades para garantizar que dicho proceso se realice de forma eficiente y eficaz.

Artículo 5.- Aplicación de la encuesta.- Cuando la Dirección Nacional de Estudios de Mercado o la Intendencia Regional inicien un estudio de mercado, comunicarán tal circunstancia a la Dirección Nacional de Promoción de la Competencia, a fin de que se incluya en dichos procedimientos la encuesta de barreras normativas contemplada en la Metodología, que debe ser respondida por el o los operadores económicos inmersos en el estudio de mercado.

Los resultados de esta encuesta serán recopilados por la Dirección Nacional de Estudios de Mercado o la Intendencia Regional y remitidos a la Dirección Nacional de Promoción de la Competencia para el análisis respectivo.

De acuerdo a la conveniencia técnica, y en casos específicos en los que las circunstancias lo justifiquen, se podrá excluir la aplicación de la encuesta en un estudio de mercado. De igual manera, de mediar la justificación técnica correspondiente, la encuesta se podrá aplicar en otros casos que no sean derivados de estudios de mercado.

Artículo 6.- Cómputo de Términos.- En el procedimiento, el cómputo de términos iniciará el día siguiente de la disposición de la apertura del expediente dada por el Intendente General Técnico.

Sección 2ª

Del análisis y del informe técnico de evaluación

Artículo 7.- Metodología de análisis.- La Dirección Nacional de Promoción de la Competencia evaluará la legalidad y proporcionalidad de la barrera normativa, de conformidad con los parámetros de la Metodología.

Durante el análisis, la Dirección Nacional de Promoción de la Competencia, oficiará a la entidad que haya emitido la normativa que contenga la barrera normativa, a fin de que presente la información y/o documentación que sirvió de sustento para la emisión de la norma bajo estudio y, en caso de haberla, de aquella que permita medir su impacto.

Artículo 8.- Análisis de legalidad.- El análisis de legalidad de la barrera normativa comprende la evaluación de los siguientes aspectos o subniveles:

- a) La existencia o no de atribuciones o competencias conferidas por ley que autoricen a la entidad u organismo a expedir o aplicar la normativa que contiene la barrera normativa bajo análisis; y,

- b) Determinar si la aplicación de la barrera normativa contraviene una norma del ordenamiento jurídico.

El análisis de los dos (2) subniveles detallados, se desarrollará siguiendo la lógica de preclusión, es decir, que si se llega a determinar la ilegalidad de una barrera normativa conforme al estudio del primer subnivel, no sería necesario continuar con la valoración de los siguientes subniveles, por lo que, la Dirección Nacional de Promoción de la Competencia deberá concluir en su informe que la barrera normativa analizada carece de legalidad, y propondrá al Superintendente de Control del Poder de Mercado el recomendar a la entidad competente su remoción. Sin embargo, dependiendo del impacto de la barrera normativa, tanto en el ordenamiento jurídico como en el mercado analizado, la Dirección Nacional de Promoción de la Competencia podrá solicitar autorización para continuar con el análisis de los siguientes subniveles de legalidad o proporcionalidad a la Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia, debiendo contar con su aprobación para proceder.

Por el contrario, si la barrera normativa supera el análisis de legalidad, la Dirección Nacional de Promoción de la Competencia deberá continuar con el análisis de proporcionalidad.

Artículo 9.- Análisis de proporcionalidad.- Para el análisis de proporcionalidad de la barrera normativa se evaluarán los siguientes aspectos o subniveles:

1. La idoneidad de la medida, cuya evaluación implica:
 - a) La identificación del objetivo o finalidad que persigue la entidad u organismo que expidió o aplica la normativa que contiene la barrera normativa; y,
 - b) La adecuación del objetivo a la medida impuesta por la barrera normativa.
2. La necesidad de la medida, cuya evaluación implica la consideración de la existencia de alternativas menos restrictivas a la aplicada por la barrera normativa bajo análisis.
3. La proporcionalidad de la barrera en sentido estricto, cuya evaluación comprende los beneficios y/o el impacto positivo que genera la medida, frente a los costos y/o el impacto negativo de la misma para los operadores económicos obligados a cumplirla, así como el impacto para el mercado. La medida será proporcional en sentido estricto siempre que de la evaluación se concluya que la barrera genere mayores beneficios que costos.

La Dirección Nacional de Promoción de la Competencia verificará en el orden señalado, el cumplimiento de estos criterios. Al igual que en el análisis de legalidad, el análisis de proporcionalidad se desarrollará siguiendo la lógica de preclusión, es decir, que si se llega a determinar la desproporcionalidad conforme al estudio del primer subnivel, no sería necesario continuar con la valoración de los siguientes subniveles; sin embargo, dependiendo del impacto de la barrera normativa tanto en el ordenamiento jurídico como en el mercado analizado, la Dirección Nacional de Promoción de la Competencia previa autorización de la Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia, podrá continuar con el análisis de los siguientes subniveles.

Si luego del análisis de los parámetros de legalidad y proporcionalidad, se determina que la barrera normativa cumple con los mismos, el informe respectivo propondrá al Superintendente Control del Poder de Mercado recomendar su conservación.

Artículo 10.- Informe de evaluación.- El análisis de legalidad y de proporcionalidad de la barrera normativa deberá constar en un informe de evaluación que contendrá conclusiones y recomendaciones. En el caso de identificarse que la barrera no cumple los parámetros de legalidad y/o proporcionalidad se remitirá el informe al Superintendente proponiendo recomendar a la entidad emisora la eliminación de la barrera. Si por el contrario, se determina que la barrera normativa cumple con los parámetros respectivos el informe propondrá a la Máxima Autoridad recomendar su conservación.

El informe de evaluación deberá estar suscrito por el Intendente Nacional de Abogacía de la Competencia, el Director Nacional de Promoción de la Competencia, y el equipo técnico designado para el análisis. El Intendente Nacional de Abogacía de la Competencia trasladará el informe suscrito para revisión y aprobación del Intendente General Técnico quien lo pondrá en conocimiento de la Máxima Autoridad.

Sección 3ª

Del expediente y de la duración del procedimiento

Artículo 11.- Expediente.- El procedimiento por el cual la Dirección Nacional de Promoción de la Competencia identifique y revise las barreras normativas dentro de un mercado, se llevará a cabo a través de un expediente numerado y foliado a su cargo, de conformidad con lo que establezca la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y la normativa interna de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

La Intendencia General Técnica dispondrá a la Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia la apertura del expediente, luego de lo cual el Director Nacional de la Promoción de la Competencia, deberá designar al funcionario o servidor que haga las veces de secretario de sustanciación, quien será el custodio y fedatario del expediente.

Artículo 12.- Duración del procedimiento.- El procedimiento iniciará formalmente con la autorización del Intendente General Técnico, y la emisión del informe se dará dentro del término máximo de 90 días a partir del inicio formal. Dicho término será prorrogable hasta por el término de 45 días más, previa autorización del Intendente Nacional de Abogacía de la competencia. Las prórrogas adicionales, en caso de requerirse, serán aprobadas por el Intendente General Técnico.

Sección 4ª

De la emisión de las recomendaciones

Artículo 13.- Propuesta de recomendaciones.- A más del informe de evaluación, la Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia, remitirá a la Intendencia General Técnica una propuesta de recomendaciones para emisión de parte de la Máxima Autoridad a la entidad emisora de la normativa que contiene la barrera analizada. El procedimiento para la emisión y seguimiento de las recomendaciones se sujetará a lo previsto en la normativa procedimental pertinente de la SCPM.

DISPOSICIONES GENERALES

PRIMERA.- Con exclusión de las cuestiones procedimentales, en caso de contradicción entre las definiciones técnicas de este instructivo y las de la Metodología, prevalecerán las de esta última o las de su versión actualizada.

SEGUNDA.- Publíquese la presente resolución en la intranet y en la página Web de la Institución.

TERCERA.- Encárguese a la Secretaría General, la difusión de esta Resolución y la realización de las gestiones correspondientes para su publicación en el Registro Oficial.

CUARTA.- La presente Resolución entrará en vigencia a partir de su suscripción, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial.

Dada en el Distrito Metropolitano de Quito el 05 de enero de 2021.

Danilo Sylva Pazmiño
SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO