

EXÁMENES INTER-PARES SOBRE EL DERECHO Y LA POLÍTICA DE COMPETENCIA: ECUADOR 2021

WWW.OECD.ORG/DAF/COMPETITION

Aspectos clave del exámenes inter-pares de la OCDE y el BID sobre el Derecho y la Política de Competencia de Ecuador

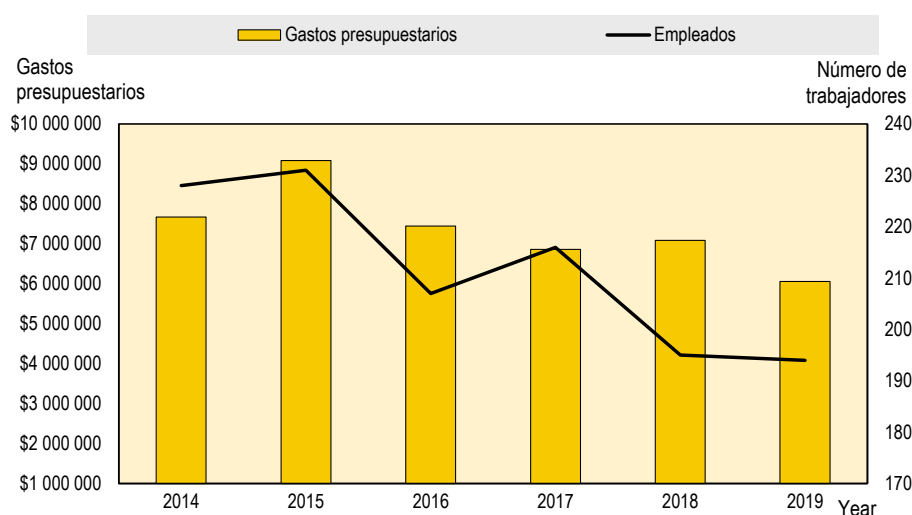
Ecuador promulgó su ley en materia de competencia, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), en 2011. Su autoridad, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM), lleva trabajando desde 2012 y ha sido la fuerza motriz de muchas de las iniciativas de Ecuador para adoptar buenas prácticas internacionales durante los dos últimos años. Entre otros progresos, se ha introducido un procedimiento abreviado para la autorización de fusiones respecto de las que no se aprecia potencial para dañar la competencia, se ha actualizado el programa de clemencia y se han mejorado la calidad y el enfoque de los estudios de mercado. Todo esto se logró a pesar de graves limitaciones presupuestarias.

Diseño institucional y recursos

La SCPM afronta varios desafíos en materia de recursos humanos. Menos de la mitad de sus trabajadores están asignados a las actividades básicas de competencia del organismo; el resto desempeña tareas administrativas. La asignación de personal debe reequilibrarse, asignando más trabajadores a la aplicación de las normas y, en particular, a la investigación de cárteles. Además, debería incrementarse el número de economistas, actualmente subrepresentados, y nombrarse un economista jefe que coordine el enfoque económico de la SCPM. La rotación de la plantilla de la SCPM es elevada, lo que puede causar una pérdida de conocimientos institucionales. La remuneración de las categorías laborales más altas debe reconsiderarse para mejorar el atractivo de la SCPM como empleador; además, la SCPM debe introducir planes de carrera creíbles.

El presupuesto de la SCPM es bajo para los estándares internacionales y se ha ido reduciendo desde 2014. La escasez de recursos reduce las investigaciones y las actividades de abogacía que el organismo puede acometer y, en última instancia, afecta a su desempeño. Ecuador debe incrementar el presupuesto de la SCPM para alinearlos con los estándares internacionales y asegurarse de que los eventuales recortes a mediados de año solo ocurran cuando sean estrictamente necesarios, y de que esos recortes sean proporcionales y no discriminatorios.

Figura 1. Evolución de los empleados y el presupuesto de la SCPM



Tipos de conducta anticompetitiva

La LORCPM prohíbe los acuerdos restrictivos y el abuso de posición de dominio en el mercado y contiene disposiciones sobre competencia desleal. La SCPM puede iniciar procedimientos de investigación de oficio, a petición de otro órgano de la administración pública o por denuncia formulada por el agraviado o cualquier persona que demuestre un interés legítimo.

En el período de seis años entre 2014 y 2019, la SCPM inició de oficio 30 investigaciones sobre acuerdos restrictivos. En el mismo período, inició el triple de investigaciones relativas a prácticas de abuso de poder de mercado. La SCPM debe centrar sus esfuerzos en la investigación de restricciones horizontales graves, como la fijación de precios o el reparto del mercado. Las restricciones horizontales no solo causan un gran perjuicio a los consumidores; también son infracciones evidentes en las que, si los hechos están probados, no es necesario un sofisticado análisis económico. Además, es preciso simplificar la disposición de la LORCPM que prohíbe los acuerdos restrictivos y debe suprimirse la prohibición de la colusión tácita, ya que esta conducta normalmente está fuera del ámbito de aplicación de la legislación de protección de la competencia.

La disposición de la LORCPM relativa al abuso del poder de mercado establece una larga lista no exhaustiva de conductas concretas, que contiene duplicaciones y redundancias. La lista debe simplificarse. La disposición que regula los abusos en situación de dependencia económica no prevé sanciones para esos abusos y debería suprimirse.

La LORCPM prohíbe prácticas de competencia desleal que impidan, restrinjan o distorsionen la competencia, afecten negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios, si el infractor tiene poder de mercado. Los recursos dedicados al cumplimiento efectivo de las normas en materia de competencia desleal son significativamente mayores que los recursos empleados para la investigación de prácticas anticompetitivas y fusiones. Los recursos deberían concentrarse en la investigación de este último tipo de conductas. Otra posibilidad sería que Ecuador se planteara quitar la competencia desleal de la LORCPM.

Reparaciones y sanciones

La LORCPM clasifica las infracciones como leves, graves y muy graves. La sanción máxima depende de la gravedad de la infracción, y la SCPM tiene capacidad discrecional para fijar las sanciones dentro de los límites establecidos por la ley. Aunque los poderes de sanción de la SCPM son sustanciales, no parece que las multas impuestas hayan tenido suficiente capacidad disuasoria. La SCPM debe asegurarse de que las sanciones tengan un efecto disuasorio suficiente y, si fuera necesario, imponer sanciones más elevadas.

Programa de clemencia y compromisos

El programa de clemencia modificado que se introdujo en 2019 establece un procedimiento claro que mejora la comprensión y el acceso al programa. Cabe destacar que la nueva norma estipula que la SCPM debe tener autorización expresa del solicitante para divulgar información sobre el expediente de clemencia o documentación de dicho expediente a un organismo internacional. Según las partes interesadas, con esta modificación se reconocieron los errores cometidos en el caso Kimberly-Clark, al desclasificar información confidencial procedente de una solicitud de clemencia. Aunque hasta la fecha solo se han presentado dos solicitudes de clemencia, parece que el nuevo régimen de clemencia de Ecuador avanza en la dirección correcta.

Las empresas pueden proponer compromisos para detener investigaciones contra ellas; dichos compromisos comprenden una obligación de cese y el pago de una cantidad de dinero para compensar los daños causados. Entre 2014 y 2019, se presentaron 56 compromisos, 35 de los cuales fueron aceptados. La legislación ecuatoriana no circunscribe el uso de compromisos a tipos específicos de infracción. La SCPM ha aplicado compromisos a varios casos de cárteles.

Aunque el mecanismo de compromiso tiene varias ventajas obvias, como el ahorro de tiempo y recursos para la SCPM, también tiene inconvenientes. Un inconveniente importante es que el uso de compromisos por parte de la SCPM parece reducir los incentivos para cumplir la ley o, en los casos de cárteles, el uso de la clemencia. Esto se debe a la baja tasa de persecución de infracciones de la SCPM, combinada con la reducida cuantía de los pagos de compromisos que se realizan a cambio de que la SCPM detenga una investigación. Además, el uso de compromisos reduce el número de oportunidades para que los tribunales revisen decisiones de competencia e impide o retrasa el desarrollo de precedentes judiciales, que son cruciales en un país con una trayectoria relativamente breve en la aplicación de legislación en materia de competencia. La SCPM debe utilizar los compromisos con precaución, por ejemplo reservando su uso para infracciones con un efecto más reducido sobre la competencia.

Recursos judiciales

Las decisiones de la SCPM pueden recurrirse ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo (TDCA) de cada región. Las decisiones de los TDCA pueden recurrirse ante la Corte Nacional de Justicia, la máxima instancia judicial en Ecuador. Los tribunales parecen tener dos problemas principales: los retrasos de los fallos y la falta de experiencia en materia de competencia de los magistrados.

La legislación establece que los procesos judiciales ante los tribunales administrativos deben resolverse en un plazo máximo de 100 días. Sin embargo, esto rara vez se cumple debido a la acumulación de casos y a su complejidad. Se han observado varias suspensiones de vistas preliminares y juicios, que han demorado las decisiones.

La capacitación de los magistrados en derecho de la competencia es crucial para Ecuador, un país en el que tanto la legislación en materia de competencia como su aplicación son recientes y los órganos jurisdiccionales competentes son tribunales de jurisdicción general.

Control de las concentraciones

La SCPM está acumulando experiencia mediante un flujo constante de notificaciones de concentración. La LORCPM prevé notificaciones obligatorias de fusión para las transacciones que superen determinados umbrales.

En primer lugar, la LORCPM obliga a notificar una concentración si el volumen de negocios del conjunto de los partícipes supera un determinado monto. La transacción debe notificarse incluso si solo hay un partícipe con un volumen de negocios significativo en Ecuador (por ejemplo, una gran empresa que adquiriera otra más pequeña). Si el volumen de negocios de uno solo de los partícipes es suficiente para que sea obligatorio notificar una concentración, hay que notificar un gran número de operaciones de fusión que tienen un impacto muy limitado o nulo sobre la competencia en el país. Por este motivo sería conveniente fijar un umbral que requiera que al menos dos de los partícipes en la transacción y/o la empresa adquirida alcancen un cierto volumen de negocios en Ecuador.

En segundo lugar, la LORCPM exige que las concentraciones se notifiquen si la transacción otorga a los operadores económicos fusionados una cuota del 30% o superior del mercado de un producto. La Recomendación sobre el control de las fusiones de la OCDE recomienda a los países que utilicen criterios claros y objetivos para determinar si una fusión debe notificarse, y cuándo, y existen dudas sobre si los umbrales de cuota de mercado son claros o suficientemente objetivos. Ecuador debería ponderar si las ventajas de este tipo de umbrales compensan su falta de certidumbre. La LORCPM prevé actualmente un plazo de tan solo ocho días naturales a partir de la fecha de conclusión del acuerdo de concentración para notificar la transacción. El plazo debería ser más amplio.

En abril de 2020, la SCPM introdujo un procedimiento abreviado (o fast-track) que permite el control abreviado y simplificado de las fusiones en las que no se aprecia potencial de dañar la competencia. La introducción del procedimiento abreviado avanza en la dirección correcta y se ajusta a la Recomendación sobre el control de las fusiones de la OCDE. Además, sería recomendable que Ecuador complementara el procedimiento con la adopción de un sistema en dos fases. Las fusiones no problemáticas podrían autorizarse en la fase I (con o sin condiciones). Si una fusión se considerara potencialmente problemática, se sometería a un examen exhaustivo en una segunda fase (o fase II). Tras la fase II, las fusiones podrían autorizarse (con o sin condiciones) o prohibirse.

Abogacía

La SCPM dispone de múltiples herramientas para promover la competencia, incluyendo los estudios de mercado. Los estudios de mercado recientes muestran una mejora considerable en la calidad. Se recomienda a la SCPM que siga en esa dirección y determine los criterios que se utilizarán como guía en la selección de mercados.

La SCPM debe continuar haciendo uso de su facultad de emitir opiniones no vinculantes sobre leyes, reglamentos, circulares y actos administrativos, con el fin de promover consideraciones relativas a la competencia. Asimismo, la SCPM puede pedir a autoridades públicas que ejecuten acciones que garanticen la aplicación efectiva de la LORCPM. Hasta abril de 2020, la SCPM ha emitido una opinión y realizado seis peticiones.

Hasta 2018, la SCPM organizaba, sin una estrategia definida, un gran número de eventos de abogacía. En 2019, el nuevo superintendente de la SCPM decidió limitar el número de eventos. En la actualidad, la SCPM realiza un número reducido de eventos, campañas y cursos de capacitación que parecen mejor orientados. Es importante que la SCPM elabore una estrategia para sus actividades de promoción y continúe sopesando con cuidado qué actividades aportan verdadero valor añadido.

Cooperación internacional

Ecuador es miembro de la Comunidad Andina (CAN) y, por lo tanto, las normas de la CAN en materia de competencia son aplicables en el país. La Secretaría General de la CAN (SGCAN) está facultada para adoptar

decisiones y para sancionar a empresas por prácticas anticompetitivas en el ámbito regional. En la práctica, la relación entre Ecuador y la CAN en lo que respecta a la aplicación efectiva de las normas de competencia no ha estado bien definida. La CAN no tiene normas claras que definan las competencias de las autoridades nacionales y de la SGCAN en materia de competencia. La SCPM no ha firmado un acuerdo de cooperación con la SGCAN. Como consecuencia, no está claro qué organismo es responsable en cada caso. Un acuerdo de cooperación sería útil para reducir la duplicación de investigaciones.

Principales recomendaciones

1. **Incrementar el presupuesto de la SCPM.**
2. **Revisar la estructura de los recursos humanos** priorizando la persecución de cárteles y el control de las fusiones, designando un economista jefe y contratando más economistas. Adoptar medidas dirigidas a garantizar que los empleados, en especial las categorías laborales más altas, permanezcan más tiempo en la agencia.
3. **Simplificar y asegurar la coherencia de las conductas enumeradas en el artículo 9 de la LORCP**, sobre abuso de poder de mercado, **y el artículo 11 de la LORCPM**, sobre acuerdos restrictivos. **Eliminar el artículo 10**, sobre el abuso de dependencia económica.
4. **Priorizar mejor las actividades de aplicación de las normas y de abogacía de la SCPM.** La SCPM debe asignar cierta prioridad a investigar conductas que sean claramente perjudiciales, como los cárteles.
5. **Asegurar que las multas tienen suficiente efecto disuasorio** y, si es necesario, imponer multas más altas.
6. **Los tribunales deben capacitarse en materia de competencia.**
7. **Requerir que al menos dos participantes en la transacción y/o la empresa adquirida superen un cierto volumen de negocios para que sea obligatorio notificar la fusión.**
8. **Ampliar el plazo para la notificación de las fusiones** con el objetivo de que las partes tengan un grado razonable de flexibilidad a la hora de determinar cuándo notificar una fusión.
9. **Desarrollar una estrategia para las actividades de abogacía de la SCPM** y continuar mejorando la calidad de los estudios de mercado.
10. **Mejorar la cooperación con la Secretaría General de la Comunidad Andina.** Un acuerdo de cooperación sería útil para reducir la duplicación de investigaciones.

Exámenes inter-pares del derecho y política de competencia

Los exámenes inter-pares de la OCDE han demostrado ser una valiosa herramienta para que los países reformen y fortalezcan sus marcos de competencia.

Los mecanismos de los exámenes inter-pares varían, pero se basan en la voluntad de un país de someter sus leyes y políticas a un cuestionamiento sustantivo por parte de otros pares.

El proceso proporciona información valiosa sobre el país que se estudia y se centra en cómo cada país aborda las cuestiones de competencia y regulación, desde la solidez de sus leyes de competencia hasta la estructura y eficacia de sus instituciones de competencia.

Además, estos exámenes incorporan recomendaciones de modificación de la política de gobierno.

Argentina (2006)	Kazajstán (2016)
Brasil (2010, 2005, 2019)	América Latina (2006, 2007, 2012)
Chile (2004)	México (2004, 2020)
Colombia (2009)	Panamá (2010)
Costa Rica (2014)	Perú (2004, 2018)
República Checa (2008)	Rumania (2014)
Dinamarca (2015)	Rusia (2004)
Ecuador (2021)	Sudáfrica (2003)
El Salvador (2008, 2020)	Taipei Chino (2006)
Unión Europea (2005)	Turquía (2005)
Grecia (2018)	Ucrania (2008, 2016)
Honduras (2011)	Vietnam (2018)

Acceda a todos exámenes en
www.oecd.org/competition/countryreviews