

RECOMENDACIÓN No. SCPM-DS-2021-03

Danilo Sylva Pazmiño
SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO

CONSIDERANDO:

Que la Constitución de la República del Ecuador garantiza un conjunto de derechos que están comprendidos dentro de la categoría de “Derechos del Buen Vivir”, entre los cuales consta el derecho a la alimentación que implica el acceso de las personas y colectividades a alimentos sanos y nutritivos, con preferencia a la producción local. Además, contempla como un deber del Estado, el generar sistemas justos y solidarios de producción, distribución y comercialización de alimentos, impedir prácticas monopólicas y especulación con productos alimenticios, aplicando los principios constitucionales de equidad, eficiencia, transparencia y fomento a la competencia de los mercados, principios que son a la vez los pilares del Derecho de Competencia ecuatoriano;

Que la Constitución de la República del Ecuador en el número 15 de su artículo 66 reconoce y garantiza a las personas: “(...) *El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental. (...)*”, que implica la facultad de las personas, sean naturales o jurídicas, a elegir la actividad comercial lícita que a bien tuvieren;

Que el artículo 213 de la Constitución de la República del Ecuador, prevé: “*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. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano. Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley. (...)*”;

Que el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador, 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 artículo 227 de la Constitución de la República del Ecuador, prescribe: “*La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación*”;

Que la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 284 establece como objetivos de la política económica del Estado: “*1. Asegurar una adecuada distribución del ingreso y de la riqueza nacional. 2. Incentivar la producción nacional, la productividad y competitividad sistémicas, la acumulación del conocimiento científico y tecnológico, la inserción estratégica en la economía mundial y las actividades productivas complementarias en la integración regional. 3. Asegurar la soberanía alimentaria y energética. 4. Promocionar la incorporación del valor agregado con máxima eficiencia, dentro de los límites biofísicos de la naturaleza y el respeto a la vida y a las*

culturas. 5. Lograr un desarrollo equilibrado del territorio nacional, la integración entre regiones, en el campo, entre el campo y la ciudad, en lo económico, social y cultural. 6. Impulsar el pleno empleo y valorar todas las formas de trabajo, con respeto a los derechos laborales. 7. Mantener la estabilidad económica, entendida como el máximo nivel de producción y empleo sostenibles en el tiempo. 8. Propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes. 9. Impulsar un consumo social y ambientalmente responsable.”;

Que la Constitución de la República del Ecuador en los números 1 y 4 de su artículo 334 determina que le corresponde al Estado: “(...) 1. Evitar la concentración o acaparamiento de factores y recursos productivos, promover su redistribución y eliminar privilegios o desigualdades en el acceso a ellos; (...) 4. Desarrollar políticas de fomento a la producción nacional en todos los sectores, en especial para garantizar la soberanía alimentaria (...);

Que el artículo 335 de la Constitución de la República del Ecuador, establece: “El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos. El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal.”;

Que el artículo 336 de la Constitución de la República del Ecuador, señala: “(...) El Estado asegurará la transparencia y eficacia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley.”;

Que el artículo 361 de la Constitución de la República del Ecuador, reconoce a la salud como un derecho, estableciendo además que la rectoría del sistema nacional de salud la ejerce el Estado a través del Ministerio de Salud Pública, confiriéndole potestad de formular la política nacional de salud, normar, regular y controlar las actividades relativas a la salud, así como el funcionamiento de las entidades del sector;

Que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado fue creada mediante la 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 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 05 de noviembre de 2018, posesionó al doctor Danilo Sylva Pazmiño como Superintendente de Control del Poder de Mercado;

Que la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, tiene entre sus objetivos el evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención de otras prácticas restrictivas, y otros aspectos de control;

Que la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en cuanto a las políticas de precios, en su artículo 32 dispone: *“Corresponde a la Función Ejecutiva, de modo excepcional y temporal, mediante Decreto Ejecutivo, la definición de políticas de precios necesarias para beneficio del consumo popular, así como para la protección de la producción nacional y la sostenibilidad de la misma. En el sector agroalimentario se podrá establecer mecanismos para la determinación de precios referenciales. La Superintendencia de Control del Poder de Mercado examinará los efectos de las políticas de precios autorizada bajo este artículo. De determinar que se ha aplicado de manera abusiva o que el efecto es pernicioso en términos agregados, procederá de conformidad con el inciso segundo del artículo 31 de esta Ley”;*

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 los números 1 y 11 del artículo 38 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, determinan como atribuciones de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, que se ejerce a través de sus órganos el: *“1. Realizar los estudios e investigaciones de mercado que considere pertinentes. Para ello podrá requerir a los particulares y autoridades públicas la documentación y colaboración que considere necesarias (...) 11 Emitir recomendaciones de carácter general o sectorial respecto a las modalidades de la competencia en los mercados.”;*

Que de acuerdo con lo previsto en la Disposición General Cuarta de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, tanto en el diseño, como en la implementación y control de la política de precios que se llegare a establecer, las entidades reguladoras deberán observar y aplicar los preceptos y principios establecidos en la referida norma, y coadyuvar en el fomento, promoción y preservación de las condiciones de competencia en el mercado regulado;

Que el artículo 49 del Reglamento para la Aplicación a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, determina que la regulación económica de los sectores regulados, corresponderá al órgano regulador competente de conformidad con la Ley.

Que el Reglamento para la Aplicación a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado en sus artículos 50 y 51, ubica a las medidas para establecer tarifas o precios regulados dentro del ámbito de la regulación económica, y señala que los órganos competentes para emitir regulación sectorial trabajarán en colaboración con la Junta de Regulación a la LORCPM, velando por la compatibilidad de sus políticas;

Que la Ley Orgánica del Régimen de Soberanía Alimentaria (LORSA) contempla el establecimiento de mecanismos de apoyo y negociación directa entre productores y consumidores, micro, pequeños y medianos empresarios y productores de alimentos, para protegerlos de la imposición de condiciones desfavorables en la comercialización de sus productos. En cuanto al mecanismo de regulación de precios para la producción agrícola, remite a la ley correspondiente;

Que el Ministerio de Agricultura y Ganadería (MAG), ejerce la rectoría para formular políticas y regulaciones en materia del sector agropecuario, conforme lo establece el Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por procesos del MAG;

Que el MAG, en aplicación del artículo 335 de la Constitución de la República del Ecuador, que faculta la intervención económica del Estado en los intercambios y transacciones cuando sea necesario, permitiendo el establecimiento de políticas de precios orientadas a proteger la producción nacional, mediante Acuerdo Ministerial Nro. 394, de 04 de septiembre 2013, resolvió regular y controlar la comercialización de la leche cruda, cuando es pagada al productor en finca o en centros de acopio, estableciendo además, que el precio de sustentación al productor de leche cruda se indexe en un 52,4% al PVP del litro del producto líder en el mercado lácteo nacional que es la leche UHT en funda, más lo fijado en la tabla oficial de pago por componentes, calidad higiénica y calidad sanitaria;

Que los entes públicos adscritos al MAG encargados de verificar y controlar el pago del precio de sustentación más componentes, calidad higiénica y sanitaria por litro de leche cruda pagado en finca o centro de acopio son la Subsecretaría de Producción Pecuaria y la Agencia de Regulación y Control Fito y Zoosanitario – AGROCALIDAD, mediante la aplicación de la Tabla Oficial de pago por componentes, calidad higiénica, y los métodos a utilizarse para determinar la calidad sanitaria de la leche, que se hallan establecidos en los artículos 4 y 5 del Acuerdo Ministerial MAGAP 394;

Que el Decreto Ejecutivo Nro. 372, reformado mediante Decreto Ejecutivo Nro. 743, en su artículo 14, indica que, previo a la remisión de una propuesta de un anteproyecto normativo, la entidad proponente deberá remitir un análisis de impacto regulatorio de conformidad a la normativa que emita la Secretaria General de la Presidencia de la República y la Secretaria Técnica Planifica Ecuador;

Que el Acuerdo Ministerial MAGAP 108, emitido con el objeto de “Asegurar la Sostenibilidad del Sector Lechero a través del Fortalecimiento de los Sistemas de Control, Acceso a Mercado y Fomento e Incentivo del Consumo de Leche y sus Derivados en el Mercado Local e Internacional”, cuyo fin es el desarrollo sustentable del sector lácteo en el país; dispone que el MAGAP (hoy MAG) coordine con AGROCALIDAD y con ARCSA para verificar, monitorear y controlar los procesos de recepción, las materias primas y subproductos que ingresan a las industrias lácteas para su transformación y/o elaboración. Además, reitera en el precio indexado fijado en el Acuerdo Nro. 394;

Que vía Acuerdo Interministerial Nro. 177-2019, de 20 septiembre de 2019, el MPCEIP, MAG y MSP, acordaron que el suero de leche líquido que se genere en plantas que no cuenten con certificado vigente de BPM registrado en ARCSA, no se puede destinar para la elaboración y/o comercialización de productos, ingredientes o insumos de consumo humano, permitiendo su uso para elaborar pulverizados como: suero de leche en polvo, suero de leche concentrado, suero de leche aislado, fraccionados de suero de leche, proteína concentrada de suero de leche, como también, para elaborar quesos de suero por parte de plantas lácteas, y bebidas de suero en las cuales no se podrá incluir en su composición leche. Según el citado Acuerdo, las bebidas con suero de leche podrán elaborarse únicamente con suero en estado polvo; y,

Que en atención a la disposición dada por la Intendencia General Técnica, la Intendencia Nacional de Abogacía der la Competencia a través de su Dirección Nacional de Estudios de Mercado

(DNEM), procedió con la apertura del expediente Nro. SCPM-IGT-INAC-002-2019, para desarrollar un estudio de mercado al Sector de Lácteos, y que, al amparo de los artículos 38, 48, 49 y 50 de la LORCPM que confieren las facultades de investigación a la SCPM, contiene la información requerida por la DNEM a los distintos operadores y reguladores del sector, así como el respaldo de las reuniones de trabajo efectuadas con distintas asociaciones gremiales y demás actores relacionados, para conocer la dinámica económica y productiva del sector, a fin de evidenciar, de ser el caso, la existencia de posibles distorsiones que tiendan a generar ineficiencias en el mercado.

Que la Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia a través de la Dirección Nacional de Estudios de Mercado, presentó los resultados y conclusiones del estudio de mercado al Sector de Lácteos a la Intendencia General Técnica; mismas que luego fueron puestas en consideración de la máxima autoridad institucional.

Sobre la base de las consideraciones expuestas y en ejercicio de las atribuciones conferidas en el número 11 del artículo 38 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado,

RECOMIENDA AL MINISTERIO DE AGRICULTURA Y GANADERÍA (MAG), COMO AUTORIDAD AGRARIA NACIONAL Y REGULADOR COMPETENTE DEL SECTOR AGROPECUARIO:

Primero.- Revisar la política de precios establecida en el Acuerdo Ministerial Nro. 394 de 04 septiembre de 2013 del Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuicultura y Pesca, relacionada al establecimiento del precio indexado de leche cruda, con el objeto de que la misma, en caso de mantenerse, se ajuste al ordenamiento jurídico ecuatoriano, responda a criterios de necesidad, debida motivación, legalidad, proporcionalidad, sea eficaz para conseguir los objetivos propuestos, beneficie a los actores correspondientes, y no imponga una carga innecesaria a los consumidores sin la contraprestación de un beneficio social real. Para aquello se deberá considerar:

- Lo dispuesto en el artículo 335 de la Constitución de la República del Ecuador, que permite al Estado regular, controlar e intervenir en los intercambios y transacciones económicas cuando sea necesario. Es decir, establece un criterio de necesidad que debe ser satisfecho a través de un diagnóstico del sector con el objeto de verificar la existencia de fallos de mercado, problemas de eficiencia, riesgo de afectación a los derechos ciudadanos o intereses generales legítimos, razones de interés público o problemas redistributivos.
- Dicho diagnóstico además de ser minucioso, debe incluir a los actores más representativos, y los hallazgos estar sustentados con datos. A propósito, en el Acuerdo Ministerial Nro. 394 se menciona la existencia de distorsiones en el sector lechero ecuatoriano, pero no se evidencia una medición de tales distorsiones ni de su magnitud.
- En caso de que del diagnóstico previamente requerido determine la necesidad de la intervención del Estado a través de regulación económica, esta deberá ser formulada por la Autoridad Agraria Nacional, de acuerdo con lo previsto en el artículo 49 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.
- También se debe tomar en cuenta que, el Decreto Ejecutivo Nro. 372 publicado en el Registro Oficial Suplemento Nro. 234 de 4 de mayo de 2018, reformado mediante Decreto Ejecutivo Nro. 743 publicado en el Registro Oficial Suplemento Nro. 505 de 10 de junio de



2019, en su artículo 14, indica que, previo a la remisión de una propuesta de un anteproyecto normativo, la entidad proponente deberá remitir un análisis de impacto regulatorio de conformidad con la normativa que emita la Secretaria General de la Presidencia de la República y la Secretaria Técnica Planifica Ecuador.

- Si es el caso que la regulación económica a formularse por parte de la Autoridad Agraria Nacional (MAG) implica la definición de una política de precios, esta deberá expedirse a través de un Decreto Ejecutivo, por mandato del artículo 32 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Además, esta política de precios podrá hacerse de modo excepcional y temporal y, únicamente para beneficio del consumo popular y/o para la protección de la producción nacional y su sostenibilidad.
- Tanto en el diseño, como en la implementación y control de la política de precios, la Autoridad Agraria Nacional (MAG) deberá observar y aplicar los preceptos y principios establecidos en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y coadyuvar en el fomento, promoción y preservación de las condiciones de competencia en el mercado regulado, de acuerdo con lo previsto en la Disposición General Cuarta de la referida ley.
- Deberá tomarse en cuenta que la determinación de una política de precios es una medida con una gran capacidad distorsionadora en el mercado, razón por la cual está contemplada de manera excepcional y solo como una potestad pública. Es así que, en caso de establecer la necesidad de una política de precios, deben observarse las disposiciones legales contenidas en el ordenamiento jurídico nacional y también contar con los estudios técnicos y económicos que soporten la misma.
- Es pertinente tener presente que, la metodología para la determinación del precio mínimo de sustentación del litro de leche pagado al productor en finca o centro de acopio, establecido mediante Acuerdo Ministerial MAGAP Nro. 394 de 04 de septiembre de 2013, potencialmente podría presionar al alza el precio de la leche cruda y por ende afectar al bienestar general del mercado, debido a que puede encarecer el costo de la principal materia prima de la industria láctea, así como los precios finales de los derivados lácteos.

Segundo.- Revisar el Acuerdo Interministerial, MPCEIP, MAG y el MSP Nro. 177-2019 de 19 de septiembre de 2019, para garantizar la sostenibilidad de la cadena láctea, mismo que contiene la regulación sobre el uso de suero de leche; y evaluar si esta regulación económica es proporcional a los fines que se pretenden alcanzar, tomando en cuenta sus posibles efectos tanto beneficiosos como negativos.

- El contenido del artículo 28 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado establece que:

“Será admisible el establecimiento de restricciones a la competencia mediante resolución motivada de la Junta de Regulación, por razones de interés público, en cualquier sector de la economía nacional, en los siguientes casos:

1. Para el desarrollo de un monopolio estatal en favor del interés público;
2. Para el desarrollo de sectores estratégicos de conformidad con la Constitución de la República;



3. Para la presentación de servicios públicos de conformidad con la Constitución de la República;
4. Para el desarrollo tecnológico e industrial de la economía nacional; y,
5. Para la implementación de iniciativas de acción afirmativa a favor de la economía popular y solidaria.

Procederá el establecimiento de restricciones a la competencia cuando se generen beneficios específicos, concretos y significativos para la satisfacción del interés general, en el ámbito o industria en la que se establezcan, se incremente la eficiencia y se generen beneficios a favor de los consumidores o usuarios, que justifiquen la aplicación de las mismas.”.

DISPOSICIONES GENERALES:

PRIMERA.- Se dispone a la Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia realizar el seguimiento de las recomendaciones planteadas en el presente instrumento.

SEGUNDA.- Encárguese la Secretaría General en coordinación con la Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia de la notificación de la presente recomendación al Ministerio de Agricultura y Ganadería (MAG).

TERCERA.- Encárguese la Secretaría General la publicación de la presente Recomendación en la página web institucional así como a través de los medios de difusión institucional.

CÚMPLASE Y PUBLÍQUESE.-

Dada en Quito, Distrito Metropolitano, el 12 de abril de 2021.

Danilo Sylva Pazmiño
SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO