

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**El conflicto del derecho de competencia como regulación
económica en el Ecuador**

Manuela Cárdenas Cifuentes

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito
para la obtención del título de
Abogada

Quito, 20 de noviembre de 2020

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Manuela Cárdenas Cifuentes

Código: 00136763

Cédula de identidad: 1718242231

Lugar y fecha: Quito, 18 de diciembre de 2020

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETHeses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETHeses>.

EL CONFLICTO DEL DERECHO DE COMPETENCIA COMO REGULACIÓN ECONÓMICA EN EL ECUADOR¹

THE CONFLICT OF COMPETITION LAW AS ECONOMIC REGULATION IN ECUADOR

Manuela Cárdenas Cifuentes²
manucardenas818@gmail.com

RESUMEN

El fenómeno o noción de la competencia, como premisa fundamental sobre la cual todo mercado debería fundarse para buscar los resultados más eficientes, se ve frustrado cuando autoridades gubernamentales de diversos sectores emiten regulaciones que inhiben la competencia por llevar un procedimiento regulatorio inadecuado. El presente trabajo abordará cómo en el Ecuador se manifiesta este problema a través de lo siguiente: primero, una contextualización y definición del derecho de competencia y regulación económica; segundo, el análisis de ejemplos de normas regulatorias que reflejan la problemática; y, por último, con el recuento de qué hizo México para solventar una situación similar. Con la investigación realizada, se comprobó que, en efecto, el Ecuador aplica de manera errónea el derecho de competencia, como si fuera regulación económica, por omitir el fenómeno de la competencia como la manera más eficiente de asignar recursos, generando situaciones socialmente no deseables en diversos ámbitos.

ABSTRACT

The phenomenon or notion of competition, as the main premise under which every market should be based in order to seek the most efficient results, is frustrated when government authorities in various sectors issue regulations that inhibit competition by carrying out an inadequate regulatory procedure. This paper will address how this problem manifests itself in Ecuador by analyzing the following. First, the contextualization and definition of competition law and economic regulation. Second, an analysis of examples of regulations that reflect the problem. And, finally, with an account of what Mexico did to solve a similar situation. The research showed that Ecuador is in fact applying competition law in the wrong way, as if it were economic regulation, because it omits the phenomenon of competition as the most efficient way to allocate resources, thus generating socially undesirable situations in various areas.

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por: Mario Navarrete Serrano. Profesor titular del Colegio de Jurisprudencia, Universidad San Francisco de Quito. Correo: mnavarrete@usfq.edu.ec.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

PALABRAS CLAVE

Derecho de competencia, regulación económica, fenómeno de la competencia, fallas de mercado.

KEYWORDS

Competition law, economic regulation, phenomenon of competition, market failures.

Fecha de lectura: 18 de diciembre de 2020

Fecha de publicación: 18 de diciembre de 2020

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.- 2. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN- 3. DERECHO DE COMPETENCIA VERSUS REGULACIÓN ECONÓMICA - 4. EJEMPLOS DE NORMAS REGULATORIAS ANTICOMPETITIVAS EN EL MERCADO ECUATORIANO – 5. RECOMENDACIONES.- 6. CONCLUSIONES

1. Introducción

Visto de manera ortodoxa, el derecho de competencia se presenta como un mecanismo de intervención estatal principalmente *ex post* en el mercado, el cual, a través de la persecución de la eficiencia como objetivo, busca sancionar y remediar conductas anticompetitivas que lesionan al mercado y por ende a los consumidores.³ Contextualizado de esta manera, el derecho de competencia se plantea como un mecanismo de fortalecimiento de la economía que busca proteger los mecanismos del libre mercado para que sean estos los que asignen eficientemente los recursos que, por su naturaleza, son escasos. La regulación⁴ en sentido amplio se conceptualiza como una pauta proveniente de una autoridad gubernamental acompañada de la prevención de una sanción que busca corregir un defecto que, en el ámbito privado, tiene como consecuencia una disminución en el bienestar social.⁵ De esta manera, ante el cometimiento de una conducta no permitida en un determinado ámbito, la autoridad competente se encargará de aplicar la sanción correspondiente prevista en la ley.

Así, las regulaciones pueden perseguir varios objetivos, como, por ejemplo: combatir conductas no deseables, redistribuir la riqueza, alcanzar niveles óptimos de justicia y equidad, mantener niveles adecuados de bienestar social, entre otros.⁶ No obstante, de manera paralela a esta conceptualización macro con sus varios fines, existe una manera de contextualizar este término en un sentido más restringido. La investigación de este ensayo se centrará en una acepción más delimitada de regulación: la regulación económica que busca intervenir de manera *ex ante* para solucionar fallas de mercado en sectores específicos.⁷ Una falla de mercado es la enfermedad

³ Ver, Niamh Dunne, *Competition Law and Economic Regulation* (Cambridge: Cambridge University Press, 2015), 14 (traducción no oficial).

⁴ Cuando los mercados no funcionan bien existen algunos tipos de regulación para corregir estos problemas; a continuación, se mencionan unos pocos. El comando y control sirve para focalizar el control de operaciones de un regulador a una autoridad específica para asegurar el cumplimiento de objetivos. Los impuestos, por otro lado, se presentan como una regulación menos detallada y prescriptiva porque no se enfocan en un sector concreto del mercado; se aplica de manera general a determinados actores. La intervención en torno a los bienes comunes busca que no se ejerzan derechos de propiedad sobre bienes cuyo acceso no puede ser limitado al público. El control de precios se presenta como la forma de regulación directa más utilizada para aliviar problemas que surgen de monopolios naturales. La revelación obligatoria se utiliza cuando hay selección adversa (asimetrías de información) en el mercado y se busca que el actor con mayor cantidad de información comparta datos específicos con su contraparte.

Ver, Thomas Lambert, *How to regulate: A Guide for Policymakers* (Cambridge: Cambridge University Press, 2017), 30, 35-36, 76, 159, 196 (traducción no oficial).

⁵ Id., 3 (traducción no oficial).

⁶ Id., (traducción no oficial).

⁷ Ver, Dunne, *Competition Law and Economic Regulation*, 34 (traducción no oficial).

que genera los síntomas que justifican regular;⁸ es una circunstancia en la cual el mercado no puede distribuir recursos de la manera más eficiente posible.⁹ Por tanto, y en contraposición a la concepción del derecho de competencia, la regulación económica se posiciona como un mecanismo que altera el libre mercado puesto que interviene directamente en su funcionamiento.¹⁰ Para regular eficientemente, se necesitan dos rasgos: 1) experticia en sectores específicos del mercado para buscar remedios adecuados; y, 2) celeridad al momento de buscar una solución factible - lo cual se complica si hay que atravesar una serie de trámites en sede administrativa antes de llegar a una solución-.¹¹

Una vez que se contextualizaron de manera breve los mecanismos que la investigación aborda, resulta pertinente plantear el problema que el presente trabajo abordará: la tensión que se genera cuando el derecho de competencia en Ecuador se adopta como regulación económica, sin tomar en cuenta el fenómeno de la competencia como el mecanismo adecuado para asignar recursos de manera eficiente. Principalmente, este problema se visibiliza en dos vertientes: a) mediante la desnaturalización del carácter *ex post* del derecho de competencia al convertirlo en regulación; y, b) a través de regulación *ex ante* emitida por autoridades sectoriales quienes no evalúan adecuadamente la competencia como instrumento fundamental al momento de regular. En consecuencia, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM) se ha utilizado como una forma de regulación¹² con la cual las autoridades sectoriales al momento de emitir regulaciones no consideran el valor de la competencia en la asignación eficiente de recursos, propiciando que se manifieste la tensión planteada.

Para resolver el problema expuesto, la hoja de ruta de esta investigación es la siguiente. Primero, se incluye un estado de la cuestión a través de una breve contextualización que los autores más relevantes en el tema realizan. Posteriormente, y una vez presentada la contextualización doctrinaria del derecho de competencia y regulación económica, se exponen los aspectos bajo los

⁸ Ver, Lambert, *How to regulate*, 16 (traducción no oficial).

⁹ Ver, Dunne, *Competition Law and Economic Regulation*, 8-9 (traducción no oficial).

¹⁰ Id., 33-34 (traducción no oficial).

¹¹ Ver, Adi Ayal, "Anti-anti regulation: the supplanting of industry regulators with competition agencies and how antitrust suffers as a result", en *ASCOLA: Competition Law as Regulation*, ed. de Josef Drexler y Fabiana di Porto (2015), 38-39 (traducción no oficial).

¹² La LORCPM incluye la obligación del Estado de regular, intervenir y controlar transacciones económicas, así como definir política de precios. Ver, Considerandos, Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado [LORCPM], R.O. Suplemento 555, 13 de octubre de 2011.

El objeto de la LORCPM no incluye precautelar, promover o velar por la competencia. La ley sí incluye establecer un sistema económico social, solidario y sostenible. Ver, Artículo 1, LORCPM.

cuales ambos mecanismos presentan tensión si estos se confunden. A continuación, para demostrar lo que sucede en la práctica cuando se desnaturalizan ambos mecanismos y no se toma en cuenta el fenómeno de la competencia para regular, se presentan tres ejemplos de normas regulatorias que se ajustan a las dos vertientes que se desprenden del problema planteado. Además, en una sección de recomendaciones, se expone qué hizo México en su legislación y en propuestas de políticas públicas para solucionar el mismo problema que Ecuador manifiesta. Por último, se concluye a través de la investigación e información recabada, que el problema expuesto se resuelve.

Para cumplir con una metodología de investigación adecuada, el presente trabajo utilizó el método inductivo. Este método se enfoca en tomar hechos, enunciados o descripciones singulares para plantear una hipótesis o regla general.¹³ Es así como esta investigación busca resolver, a partir de la doctrina y de los ejemplos de normas regulatorias contextualizadas y analizadas (los hechos o descripciones propios del método), que el problema jurídico expuesto en la introducción se resuelve de manera efectiva.

2. Estado de la cuestión

El derecho de competencia adoptado como regulación económica es un tema que no ha sido abordado hasta el momento en el país, al menos no desde la perspectiva de resultante carencia de competencia frente a la regulación económica. Sin embargo, este tema sí ha sido objeto de discusión en el mundo. Para efectos de estudiar brevemente la doctrina con respecto al derecho de competencia y a la regulación económica como mecanismos de intervención en el mercado, se analiza la perspectiva de cuatro autores referentes en el tema.

La Dra. Niamh Dunne escribió en 2017 un libro especializado en el tema del derecho de competencia y la regulación económica. En este, examinó la relación entre ambos mecanismos y llegó a la conclusión de que, pese a que los dos son complementarios, sus obligaciones legales no resultan equivalentes, razón por la cual no pueden ser considerados sustitutos. Por un lado, si bien el derecho de competencia ofrece soluciones dinámicas a problemas generales del mercado, no resulta del todo eficiente para solventar fallas específicas.¹⁴ Entre las múltiples fallas de mercado existentes, algunas pueden incluir: asimetrías de información que impiden una toma racional de

¹³ Ver, José Cegarra, *Los Métodos de Investigación* (Madrid: Ediciones Díaz de Santos, 2012), 83.

¹⁴ Ver, Dunne, *Competition Law and Economic Regulation*, 332 (traducción no oficial).

decisiones por contar con información inadecuada; tener poder de mercado excesivo, que se manifiesta en dominancia; externalidades que contienen aspectos de índole económica y distributiva; el poder desigual de negociación; costos de transacción elevados; entre otros.¹⁵ Por otro lado, la regulación actúa como un supervisor que ofrece soluciones particulares a un determinado problema en el mercado. Por tanto, para que cualquiera de los dos mecanismos resulte eficiente, deben utilizarse de manera precisa y acorde a sus características para que su contribución al mercado sea importante.¹⁶

En su libro *How to Regulate*, Thomas A. Lambert expone la necesidad de contar con regulación en determinados sectores del mercado, siempre y cuando se haga un análisis apropiado del problema que se quiere atacar y la manera adecuada de solucionarlo. Ese estudio previo a la emisión de una política regulatoria debe –considera Lambert– identificar algunos elementos: el problema, las alternativas regulatorias, determinar si el enfoque correcto es a través de regulación y escoger la solución que ofrezca la mayor cantidad de beneficios posibles.¹⁷ Su objetivo es exponer cómo una adecuada regulación es necesaria frente a problemas concretos, pudiendo resultar inclusive más efectiva para solucionar determinadas fallas de mercado.

La abogada y economista Mariateresa Maggolino explica cómo el derecho de competencia y sus autoridades buscan maximizar el bienestar a través de un mejor equilibrio de mercado mediante actuaciones *ex post*. Ese derecho de competencia se convierte en uno regulatorio, como explica la autora, cuando sus objetivos e instrumentos de trabajo se distorsionan; es decir, cuando se utiliza este mecanismo como una herramienta *ex ante*, enfocada en regular con anterioridad, y no como una herramienta *ex post*, diseñada para fomentar un óptimo desarrollo del mercado al erradicar conductas anticompetitivas que lesionan el mercado.¹⁸

Finalmente, el Dr. Adi Ayal sostiene que, si bien el derecho de competencia y la regulación económica suelen ser comparados y posicionados de manera equivalente, en la realidad no funcionan así. Ambos tienen sus matices propios¹⁹ –que serán analizados en el próximo apartado–

¹⁵ Id., 37-38 (traducción no oficial).

¹⁶ Id., 316-318 (traducción no oficial).

¹⁷ Ver, Lambert, *How to regulate*, 250-256 (traducción no oficial).

¹⁸ Ver, Mariateresa Maggolino., “The regulatory breakthrough of competition law: definitions and worries”, en *ASCOLA: Competition Law as Regulation*, ed. de Josef Drexl y Fabiana di Porto (2015), 15-16 (traducción no oficial).

¹⁹ En torno a: ámbitos de aplicación, es decir en dónde en el mercado se aplica competencia o regulación; las agencias involucradas o normativa impuesta; la forma de intervención en el mercado (*ex ante* o *ex post*); nivel de permisividad de ambos mecanismos; tipo de obligaciones que cada uno contiene; entre otros.

Ver, Adi Ayal, “Anti-anti regulation...”, 32-34 (traducción no oficial).

y al aplicar el derecho de competencia como regulación se pueden cometer algunos errores. Primero, el derecho de competencia no tiene la especialización y conocimiento suficiente en un sector específico del mercado como para poder regularlo y solucionar sus problemas particulares. Segundo, las normas de carácter amplio que tiene el derecho de competencia se aplican mucho más allá de la esfera de efectividad bajo las cuales fueron creadas. Es decir, frente a un problema concreto dentro de un sector específico de mercado, no se pueden aplicar las soluciones amplias que el derecho de competencia proporciona.²⁰

Este apartado buscó presentar la posición de la doctrina a través de cuatro voces autorizadas en el tema. Con la perspectiva de cada uno de ellos, se puede determinar que el objetivo no es condenar la regulación como una práctica no sugerida en los mercados. Al contrario, se promueve la regulación siempre y cuando se tome en cuenta que: a) regulación económica y derecho de competencia son mecanismos complementarios y no sustitutos; b) ambos tienen matices propios que modifican la forma en la cual intervienen en el mercado; y, c) para regular hay que seguir un procedimiento minucioso de análisis del mercado y el fallo que se desea abordar para lograr implementar soluciones eficientes. A continuación, y una vez que se ha presentado la postura de los autores sobre la importancia de distinguir entre el derecho de competencia y la regulación económica, el próximo apartado hará una contextualización más clara y definitiva de cada mecanismo.

3. Derecho de competencia *versus* regulación económica

Este apartado se enfoca en caracterizar con más detalle ambos mecanismos para, posteriormente, exponer los puntos concretos en los cuales el derecho de competencia y la regulación económica se contraponen.

El derecho de competencia, a través de un control e intervención posteriores, pretende asegurar que los operadores económicos que se desenvuelven en el libre mercado no distorsionen o menoscaben equilibrios de mercado a través del cometimiento de conductas anticompetitivas.²¹ La competencia, por tanto, busca que no existan interferencias exógenas en los mecanismos de

²⁰ Id., 38-39 (traducción no oficial).

²¹ Ver, Alison Jones and Brenda Sufrin. *EU Competition Law* (Oxford: Oxford University Press, 2014), 1 (traducción no oficial).

mercado, específicamente aquellas provocadas por ciertas manifestaciones de la dominancia.²² De esta manera, se permite que la competencia logre equilibrios eficientes y que maximicen el bienestar del consumidor, dejando de lado –al menos en su aplicación más ortodoxa– objetivos sociales, políticos, o de redistribución de riqueza.²³ El derecho de competencia no es una forma de regulación; se presenta como una alternativa a la misma y en muchos casos resulta ser más conveniente porque implica una intervención más sutil en el mercado.²⁴

La regulación económica²⁵, mediante intervención *ex ante*, se presenta, en lo relevante para este trabajo, como un mecanismo adecuado para corregir fallas de mercado en sectores específicos, crear remedios efectivos y devolver la eficiencia a un sector del mercado en problemas.²⁶ Esta regulación se debe aplicar cuando el derecho de competencia no es factible, o cuando aplicarlo genera efectos negativos²⁷ por las siguientes consideraciones: a) el derecho de competencia no se especializa en sectores concretos del mercado y expandir su ámbito de aplicación sin tener la experticia es problemático (en otras palabras, el problema de la información hace que sea mejor dejar el análisis en manos de una agencia regulatoria especializada);²⁸ b) permitir una competencia sin restricciones no es óptimo porque existen fallos de mercado, por lo que contar con algo de regulación es más beneficioso para evitar que operadores en el mercado cometan conductas anticompetitivas;²⁹ o, c) porque en el mercado en cuestión no existe competencia efectiva lo que generaría inconvenientes.³⁰ Para que el acto de regular funcione adecuadamente, además de tener los rasgos de un regulador eficiente –mencionados en la introducción³¹– se debe seguir un proceso de búsqueda de información del sector del mercado en problemas para abordar la situación. Ese análisis involucra un diagnóstico de la situación que incluye: a) estudiar el problema al que se

²² La dominancia implica “incrementar los precios de forma rentable por encima del nivel competitivo durante un período de tiempo significativo”. Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes, Comunicación, Comisión Europea, C/45/02, 24 de febrero de 2009, párr. 11.

²³ Ver, Mariateresa Maggolino., “The regulatory breakthrough of competition law...”, 15-16 (traducción no oficial).

²⁴ Ver, Adi Ayal, “Anti-anti regulation...”, 31 (traducción no oficial).

²⁵ Como se explicó en un inicio, la investigación se enfoca en la regulación económica como una de las varias acepciones de regulación existentes.

²⁶ Ver, Dunne, *Competition Law and Economic Regulation*, 139-141 (traducción no oficial).

²⁷ Ver, Adi Ayal, “Anti-anti regulation...”, 31 (traducción no oficial).

²⁸ Id., 27-28 (traducción no oficial).

²⁹ Ver, Paul Crampton, “Striking the right balance between competition and regulation: the key is learning from our mistakes”, en *Co-operative Initiative on Regulatory Reform* (2002), 4 (traducción no oficial).

³⁰ Ver, Ryan Bourne, “How market failure arguments lead to misguided policy”, *CATO Institute Policy Analysis No. 863* (2019), 2 (traducción no oficial).

³¹ Experticia en sectores de mercado y la capacidad de brindar una solución expedita a un problema concreto.

dirigirá la regulación; b) evaluar las formas alternativas de regulación; c) decidir si se debe regular y cómo hacerlo evaluando costos y beneficios; d) ante varias alternativas regulatorias, escoger el enfoque o los enfoques que maximicen los beneficios; y, e) diseñar la regulación en la manera más costo-efectiva posible.³²

Una vez planteadas las divergencias entre ambos mecanismos, a continuación se presentan, a modo de resumen, los puntos o aspectos en los que el derecho de competencia y la regulación económica se enfrentan, generando tensión entre ellos si se desnaturaliza a cualquiera de estos:

	Derecho de Competencia	Regulación Económica
Según el ámbito de aplicación	Se aplica en todos los mercados a menos que alguno este explícitamente exento.	Está enfocada en sectores específicos para dirigirse contra fallas de mercado concretas.
Según el tipo de obligaciones	Solo prescribe categorías de conductas anticompetitivas en uso del poder de mercado. Las obligaciones son negativas (prohíben ciertas conductas)	Expresa el resultado deseado del mercado y traspasa los mecanismos de mercado. Las obligaciones de la regulación son positivas (el operador debe ejercer ciertas funciones).
Según el carácter	Tiene carácter dinámico al apoyarse en los mecanismos del mercado para solucionar fallas o defectos. Actúa, por tanto, como un mecanismo indirecto	Tiene un carácter estático al proveer soluciones concretas a problemas de mercado definidos, vista como un mecanismo directo de solución de fallas o defectos del mercado.

Fuente: Creación del autor con información tomada de:
Ver, Dunne, *Competition Law and Economic Regulation*, 41-48 (traducción no oficial).

En virtud de que se han expuesto contextualizaciones de lo que implica de forma ortodoxa el derecho de competencia y la regulación económica como mecanismos de intervención en el mercado, el siguiente apartado brindará ejemplos de cómo la regulación en Ecuador no considera la competencia como la manera más eficiente de asignar recursos.

4. Ejemplos de normas regulatorias anticompetitivas en el mercado ecuatoriano

A partir de la información presentada en las dos secciones precedentes de este trabajo, se concluye que se debe regular cuando los mecanismos del mercado en sí mismos son insuficientes

³² Ver, Lambert, *How to regulate*, 250-251 (traducción no oficial).

para lograr resultados eficientes, es decir cuando la competencia no alcanza porque propicia el surgimiento de fallas de mercado. Pero, si el mercado funciona, es decir no tiene fallas evidentes que generan ineficiencias, la regulación puede causar perjuicios. Los tres ejemplos regulatorios que se presentarán a continuación ilustran sectores de mercado que, si bien pueden presentar fallas, en la realidad, y con base en la evidencia presentada, terminan generando situaciones socialmente no deseables.

4.1. Normas regulatorias de las agencias de competencia para el sector supermercados y proveedores

Para efectos de brindar un breve contexto de la regulación en la materia, en agosto del 2014, la Superintendencia de Control de Poder de Mercado (SCPM) emitió el Manual de Buenas Prácticas Comerciales para el Sector de los Supermercados y/o similares y sus Proveedores (Resolución 075), documento que fue reformado en noviembre del 2014. El texto definitivo, a lo largo de sus 33 artículos y varias disposiciones, regulaba, entre otros aspectos, lo siguiente: la relación contractual entre supermercados y proveedores para evitar prácticas abusivas; las obligaciones de los actores, en particular de los supermercados en cuanto a precios, promoción de productos, forma y plazo de pago; porcentajes mínimos de compras a determinados proveedores pertenecientes a MIPYMES; manera de exhibición de productos en estanterías; disposiciones para alcanzar eficiencia y eficacia; entre otros.³³

Por otro lado, y buscando regular el mismo segmento de mercado, en septiembre de 2015, la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado emitió las Normas Regulatorias para Cadenas de Supermercados y sus Proveedores (Resolución 008). Esta Resolución, si bien fue reemplazada en enero de 2017 por la Resolución 014 de la Junta, incluye casi las mismas disposiciones que el Manual de Supermercados de la SCPM: formas en las que se pueden generar relaciones contractuales entre supermercados y proveedores; precios de

³³Ver, Manual de Buenas Prácticas Comerciales para el Sector de los Supermercados y/o similares y sus Proveedores, Resolución No. SCPM-DS-075-2014, Superintendencia de Control del Poder de Mercado, Registro Oficial 406 de 30 de diciembre de 2014, derogado mediante Resolución No. SCPM-DS-2020-11, Registro Oficial 175 de 02 de abril de 2020.

los productos, su forma y plazo de pago; manera de codificar productos; disposiciones relativas a la promoción y exhibición de productos en góndolas; entre otros.³⁴

En febrero de 2020, la SCPM derogó, después de casi seis años de expedida, la Resolución 075 que contenía el Manual de Supermercados, una norma que no formaba parte de las competencias/facultades de la SCPM.³⁵ Por más de cinco años el sector de supermercados tuvo que someterse no a una, sino a dos normas regulatorias y sus respectivos instructivos, provenientes de dos autoridades diferentes sobre el mismo tema, con la diferencia de que solo la Junta tenía la potestad normativa³⁶ para regular el comportamiento de los actores en cuestión.

De los objetivos que la norma establece, se desprende que las fallas de mercado que esta busca prevenir son: las barreras de entrada y expansión -en particular en cuanto al difícil acceso a perchas para productores pequeños-, y posiciones de negociación disímiles que limitan la libertad contractual.³⁷ No obstante, pese a que busca corregir fallas de mercado existentes, o prevenir que las fallas mencionadas surjan en este sector de mercado en particular, a partir de la contextualización normativa, la evidencia presentada en este apartado revela que la aplicación de la norma genera situaciones socialmente no deseables.

Para sustentar esta consideración en cuanto a los efectos no deseables de la norma, Rubén Salazar, Gerente Corporativo de Corporación Favorita, comenta sobre las normas regulatorias para el sector supermercados y proveedores. En cuanto al conflicto continuado que se generó producto de la presencia de dos normas casi iguales sobre el mismo tema (Manual de la SCPM y Normas de la Junta) hasta los primeros meses de 2020, Corporación Favorita adoptó la decisión de, en caso de conflicto entre las dos normas vigentes, se apliquen las Normas de la Junta porque se emitieron posteriormente al Manual de la SCPM. En cuanto al efecto de la norma en sí, Salazar expone lo

³⁴ Ver, Normas Regulatorias para Cadenas de Supermercados y sus Proveedores, Resolución No. 014, Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Registro Oficial 950 de 22 de febrero de 2017, reformado por última vez Registro Oficial 263 de 15 de junio de 2018.

³⁵ La Constitución prescribe que las Superintendencias son organismos técnicos para: vigilar, intervenir, controlar y realizar auditorías de actividades y servicios. Ver, Artículo 213, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O. Suplemento 40, 12 de marzo de 2020.

³⁶ “La regulación estará a cargo de la Junta de Regulación, cuyas atribuciones estarán establecidas en el Reglamento General de esta Ley, exclusivamente en el marco de los deberes, facultades y atribuciones establecidos para la Función Ejecutiva en la Constitución.” Artículo 35, LORCPM.

³⁷ Ver, Artículo 4, Normas Regulatorias para Cadenas de Supermercados y sus Proveedores.

siguiente: “encarece la operación, genera ineficiencias y no promueve de ninguna forma la competencia entre proveedores o entre supermercados”.³⁸

4.2. Regulación sectorial del Precio Mínimo de Sustentación de proteína animal y sus balanceados

El pollo y el cerdo son los productos animales proteicos de consumo humano más caros en el Ecuador, en comparación a los precios de mercado de la región. El año pasado, en el país, el kilogramo de pollo costaba 1,74 Dólares de los Estados Unidos de América (USD \$); en Perú, la misma cantidad se encontraba en USD \$1,54; 13% más barato que en Ecuador. El kilogramo de cerdo en Ecuador se comercializaba al 2018 en USD \$2,49; mientras que en Bolivia y en Estados Unidos se lo hacía a USD \$1,80 y USD \$0,99, respectivamente.³⁹ El elevado costo del alimento balanceado, que consumen estos animales durante su crianza, representa un porcentaje importante dentro de los costos de producción de cada una de estas proteínas animales. Los granos utilizados en la producción del balanceado de pollo y cerdo son el maíz, la soya y el trigo.

Con respecto al maíz, la situación es compleja por dos razones. Primero, la cantidad de producción nacional no es suficiente para la demanda de producto que existe. Segundo, hay restricciones de importación de maíz que solo permiten que se las haga de enero a marzo, cuando no hay cosecha en Ecuador. En costos de producción de maíz, Ecuador cuenta con los más elevados de la región, USD \$12,35 la tonelada métrica, seguido de Uruguay con un costo de USD \$9,98. Ese costo de sustentación del maíz, en comparación al producto importado, representa un incremento de un 54% que debe asumir la empresa compradora, sin contar todavía los aranceles que el gobierno ha fijado para la importación de este producto. En comparación, Colombia y Perú importan maíz con 0% de arancel, mientras que Ecuador lo importa hasta un 37% más caro por los aranceles fijados.⁴⁰

Con la soya, la situación es similar. El 14 de septiembre de 2020, el gremio de actores de proteína animal envió un oficio al Ministro de Agricultura y Ganadería en el que manifiesta su

³⁸ Rubén Salazar, conversación a través de correo electrónico, “Normas regulatorias para cadenas de supermercados y proveedores, 20 de octubre de 2020, link de acceso a la transcripción de la conversación vía correo electrónico: https://docs.google.com/document/d/1IJY_Erlsiod8aV3A7ik4uUZDKRxf6Ckhl-TW6kyISw.

³⁹ Ver, Grupo Spurrier, *Situación de la Cadena Productiva de la Proteína Animal en el Ecuador y su Incidencia en el Consumo Humano de Proteína*. Samborondón: 2020. Edición en PDF, 4.

⁴⁰ Id.

preocupación por el precio anticompetitivo de sustentación de la soya fijado en el Acuerdo Ministerial No. 096 de 11 de septiembre de 2020. En el mismo se establece que la tonelada métrica de soya en grano cuesta USD \$639, y la harina de soya casi USD \$800.⁴¹ En el mercado, la harina de soya a julio 2020 costaba USD \$355,16,⁴² el grano de soya sin aranceles, USD \$404⁴³; como se aprecia, la diferencia entre el precio de mercado ecuatoriano y el precio internacional es significativa.

Ante esta diferencia, el gremio plantea las siguientes cuestiones respecto a la fijación de un Precio Mínimo de Sustentación (PMS)⁴⁴ tan alto en la época actual. Primero, los efectos del COVID-19 han sido severos para los sectores del gremio en cuestión: han tenido que bajar precios para poder mantener el nivel de clientela, por las afectaciones a la economía del país se ha reducido el nivel de consumo de proteína animal, la producción disminuyó, entre otros. Todo esto, supone perjuicios económicos sustanciales para el sector, por lo que tener un PMS de la soya tan alto solo empeora las cosas. Y, segundo, la fijación de precios tan diferenciados, en comparación al mercado internacional, pone al Ecuador en una posición precaria en cuanto a competitividad.⁴⁵ Esta situación se agravaría en el futuro si se toma en cuenta que Ecuador, desde el 2018, busca formar parte de la Alianza del Pacífico, en la cual el sector pecuario enfrentaría una competencia avasallante, primordialmente por los precios elevados de los balanceados para pollo y cerdo que encarecen el producto final, convirtiendo así a los productos de otros países en más apetecibles por sus bajos costos.⁴⁶

Xavier Tobar Maruri, ejecutivo de Procesadora Nacional de Alimentos (PRONACA), explica que las desventajas de tener precios tan altos en comparación a otros países de la región,

⁴¹ Ver, Gremio de Proteína Animal, *Oficio Ministerio de Agricultura Precio Mínimo de Sustentación de Soya*. Quito: 2020. Edición en PDF.

⁴² “Precios de mercado – Harina de Soja”, IndexMundi, <https://www.indexmundi.com/es/precios-de-mercado/?mercancia=harina-de-soja>, julio de 2020.

⁴³ Xavier Tobar Maruri, entrevista, “Competitividad”, 31:59, 15 de septiembre de 2020, link de acceso a transcripción de la entrevista:

https://docs.google.com/document/d/1dwjHloat9PPeZ7vWSht5z43Vr_3EekAqLLbTBEwqPXg/edit?usp=sharing.

⁴⁴ Un Precio Mínimo de Sustentación es un precio determinado por el gobierno “para productos específicos, tomando en cuenta la inestabilidad de los precios en los mercados internacionales, la falta de capacidad de almacenamiento de los productores a nivel nacional, y el poder de mercado de intermediarios y comercializadores”. Estos precios son definidos por Consejos Consultivos integrados por el Ministerio de Agricultura, productores e industrias.

Ver, Juan José Egas et al “Análisis de Políticas Agropecuarias en Ecuador”, en *Banco Interamericano de Desarrollo* (2018), 18, <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/analisis-de-politicas-agropecuarias-en-ecuador.pdf>.

⁴⁵ Ver, Gremio de Proteína Animal, *Oficio*, septiembre de 2020.

⁴⁶ Ver, Grupo Spurrier, *Situación de la Cadena Productiva*, 8.

no solo afecta al Ecuador en términos de competitividad, sino le afecta también en cuanto a bienestar social. Subir los precios del maíz, la soya y el trigo, genera, como ya se analizó, un encarecimiento de pollos y cerdos que consumen esos productos para engorde y posterior faena. Esa cadena de encarecimiento de productos termina afectando en gran medida al consumidor final quien debe hacer sacrificios para consumir proteína animal, o inclusive dejar de consumirla porque sus ingresos no se lo permiten.⁴⁷ En el caso ecuatoriano, lamentablemente el último escenario es el más frecuente. Según datos de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) recogidos en el 2013, Ecuador se posicionaba como uno de los países en Latinoamérica cuya población consumía la menor cantidad de gramos de proteína al día; Argentina consumía 102.64gr, Perú 74.92gr, Ecuador 61.36.⁴⁸ Al 2018, Ecuador se posicionaba con un 24% como el segundo país en Latinoamérica con mayores índices de desnutrición infantil, solamente por debajo de Guatemala que tiene más del 45%.⁴⁹

A partir de la evidencia presentada con esta norma regulatoria, se infiere que su objeto es evitar que los actores de mercado con mayor poder puedan ejercer dominancia y manipular los precios de tal manera que perjudiquen al consumidor o a otros operadores en posición de inferioridad. Sin embargo, como se pudo evidenciar con la información brindada, se presenta una transferencia de recursos inadecuada desde los compradores hacia los productores generando situaciones socialmente no deseables tales como: precios más altos en comparación a otros países de la región, menor competitividad del productor ecuatoriano frente a otros productores extranjeros, menor consumo de proteína por gramo en la población del Ecuador, índices altos de desnutrición infantil, entre otros.

4.3. Regulación sectorial de las tasas máximas de interés

Una de las diversas regulaciones de precios que se encuentran en el país, es la relacionada con la fijación de tasas máximas de interés. En el Ecuador se adoptó esta práctica regulatoria desde el año 2007, cuando mediante Regulación No. 146-2007, el Directorio del Banco Central del

⁴⁷ Ver, Tobar Maruri, entrevista, “Competitividad”.

⁴⁸ Ver, Grupo Spurrier, *Situación de la Cadena Productiva*, .4.

⁴⁹ Ver, “Hambre y pobreza en Ecuador, dos caras de la misma medalla”, Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, <http://www.fao.org/in-action/territorios-inteligentes/articulos/opiniones-territoriales/detalle/es/c/1149342/>, 15 de agosto de 2018.

Ecuador fijó techos a las tasas de interés de los segmentos de crédito existentes.⁵⁰ En el país, de entre los varios componentes de la tasa de interés que hay –ganancia, prima de riesgo, costos generales, costo de fondeo, impuestos⁵¹– el componente riesgo es el que presenta el mayor problema y el que justifica la fijación de tasas tan altas. Esto porque el Ecuador no tiene un sistema financiero sofisticado con herramientas adecuadas para fijar precios, manejar el riesgo, y recuperar los préstamos otorgados de manera expedita.⁵² El Ecuador no tiene un sistema judicial eficiente en el cobro de la cartera vencida, cuya tasa de morosidad fluctúa entre 3-4%⁵³, por lo cual podrían pasar años hasta lograr cobrar, con altos costos a través de un proceso judicial, el dinero prestado a la persona que se encuentre en mora.

La novedad más reciente en materia de tasas de interés se dio en septiembre de 2020, cuando la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera emitió un Oficio en el cual establece una nueva metodología para el cálculo y fijación mensual de las tasas de interés máximas, cambiando así la realidad de tasas con techos máximos y referenciales fijos en el tiempo. De esta manera, el Oficio introduce algunos cambios: reduce de 23 a 13 los segmentos de crédito; mantiene las tasas de interés máximas que había antes sin establecer tasas referenciales, solo menciona tasas máximas; y, revisión mensual de las tasas de interés máximas por parte del Banco Central para contar con cálculos acordes a la realidad del mercado. Con estas modificaciones, si bien no se pretende liberalizar el control sobre las tasas de interés en el país, busca permitir que más gente pueda acceder a la banca formal, sin acceder a negocios irregulares e ilegales, a través de un mejor manejo del crédito en los segmentos disponibles.⁵⁴

La teoría detrás de la fijación de tasas de interés máximas tiene como objeto evitar una falla de mercado en general que puede generarse y que perjudica directamente a los consumidores: la dominancia manifestada a través de la fijación de precios muy altos.⁵⁵ De esta manera, la regulación en esta materia tendría el objeto de prevenir esa falla al fijar techos y estandarizar el ámbito sobre los cuales las instituciones financieras pueden actuar. No obstante, además de la dominancia, se pueden presentar otras fallas de mercado tales como barreras de entrada y

⁵⁰ Ver, ASOBANCA, *Informe Técnico: Tasas de Interés Volumen No. 1*, julio de 2019, 8.

⁵¹ Id., 12.

⁵² Id., 13.

⁵³ Ver, *Boletín Macroeconómico Septiembre 2020*, ASOBANCA, <https://www.asobanca.org.ec/file/2835/download?token=NxJaKweU>, 16 de septiembre de 2020.

⁵⁴ Ver, Oficio No. JPRMF-2020-0351-O, Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, de 22 de septiembre de 2020.

⁵⁵ Ver, ASOBANCA, *Informe Técnico*, 10.

expansión contra consumidores y/o operadores quienes, o no pueden acceder al mercado en cuestión, o no tienen la facilidad de innovarse y crecer dentro del mismo.

Pese a que existe la intención de proteger al consumidor a través de la regulación, tal cual se presenta la situación en Ecuador, la evidencia muestra que las tasas máximas fijadas generan algunas situaciones socialmente no deseables. Primero, la limitación al acceso a créditos pequeños dirigidos a personas de escasos ingresos quienes tienen que recurrir a prácticas informales o ilegales para acceder a préstamos. Segundo, la disminución de competencia entre entidades bancarias, porque al estar todas sometidas a las mismas reglas en cuanto a tasas máximas de interés para créditos, no existe una verdadera competencia. Esto promueve que haya una presencia mayoritaria de entidades financieras nacionales y una escasa participación de actores del exterior. Y, tercero, un impedimento para innovar puesto que las entidades financieras no pueden reinventarse y ofrecer distintas posibilidades de crédito a más gente, especialmente a la población no bancarizada, en virtud de las políticas regulatorias existentes.

A través de los tres ejemplos regulatorios explicados a lo largo de esta sección, se visualizan regulaciones que, si bien quieren proteger los mecanismos del mercado al prevenir o corregir fallas de mercado en los sectores que regulan, terminan generando situaciones socialmente no deseables en diversos ámbitos. Un punto en común de todos los ejemplos es que su enfoque radica en prevenir o corregir la dominancia, uno de los grandes objetivos que el derecho de competencia persigue.

Para lo que se explica en el presente trabajo no se realizan estudios previos de mercado como para poder afirmar si los sectores bajo análisis en este estudio necesitan o no regulación, o si se puede establecer una relación causal entre la norma regulatoria y sus efectos no deseables. Pero, a partir de la evidencia presentada con sus datos y estadísticas, se pueden inferir dos cosas. Por un lado, los ejemplos no toman en cuenta el fenómeno de la competencia al momento de regular porque si así fuera, las situaciones socialmente no deseables expuestas en los ejemplos analizados probablemente no fueran las mismas. Y, por otro lado, una regulación será eficiente cuando se siga el procedimiento abordado en las primeras secciones del presente trabajo: identificar un problema, tener varias alternativas regulatorias, escoger la que maximice los beneficios y sea lo más costo efectiva posible.⁵⁶ Con estudios de mercado previos que justifiquen

⁵⁶ Ver, Lambert, *How to regulate*, 250-251 (traducción no oficial).

la regulación y planteen la mejor solución, las tres normas regulatorias estudiadas, probablemente hubieran tenido otros efectos.

La siguiente sección expone como México, un país semejante a Ecuador en cuanto a sistema legal en materia de competencia lidió con el mismo problema: la existencia de una relación de tensión entre derecho de competencia y regulación económica al momento de crear políticas que intervengan en el mercado. De manera adicional, se expondrá cómo debe ser un enfoque de políticas públicas que promuevan la competencia en la teoría y en la práctica a través de la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE) como ejemplo. Una vez que se expongan estas cuestiones, se presentará la situación en Ecuador y lo que el presente trabajo recomienda sobre la problemática planteada.

5. Recomendaciones

5.1. La solución incorporada en la legislación mexicana

Antes del 2014, México enfrentó una historia de conflicto entre competencia y regulación por una incorrecta coordinación entre las dos autoridades competentes, pese a que ambas aspiraban alcanzar grados de competencia. Esta trayectoria de colisión entre ambos mecanismos propició que, desde el año 2013, se plantearan reformas y nuevas iniciativas, inclusive a nivel constitucional, para alcanzar una mayor coordinación y efectividad entre ambas autoridades.⁵⁷ Para tener un panorama completo de la cuestión, la colisión que existía entre ambos mecanismos se fundaba en los intentos fallidos que durante muchos años se habían prolongado para combatir monopolios en México que imponían precios excesivos en productos, servicios e insumos esenciales.⁵⁸ Gracias a contradicciones y deficiencias normativas entre ambos, además de insuficiente legislación y sanciones mínimas por el cometimiento de estas prácticas anticompetitivas, los monopolios en México actuaban libremente, generando, además de una

⁵⁷ “La tensión entre las dos herramientas, particularmente en los sectores de telecomunicaciones y energía” (conferencia Competencia y Regulación, Academic Society for Competition Law Capítulo América Latina), Alexander Elbittar, <https://www.youtube.com/watch?v=1imDRX4qTz4>, 23 de julio de 2020.

⁵⁸ Ver, “Reforma en materia de Competencia Económica”, Coordinación de Comunicación Social y Vocería del Gobierno de la República de México, http://fommur.gob.mx/uploads/files/EN_LINEA_REFORMA_COMPETENCIA_ECONOMICA_3_fdf050efbd.pdf, 19 de noviembre de 2015.

vulneración a la libre competencia y competencia económica, una afectación directa a los consumidores y demás empresas que no formaban parte de ningún monopolio.⁵⁹

En junio de 2013, posterior a una iniciativa de reforma incoada por el Ejecutivo y miembros del Congreso, se reformaron algunos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, directamente relacionados con competencia económica y regulación en materia de telecomunicaciones. El contenido de la reforma constitucional incluyó, entre otros, lo siguiente: a) creación de la COFECE y el Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT), dos agencias de competencia con carácter autónomo e independiente del gobierno; b) otorgar facultades a las agencias mencionadas para que puedan: suprimir barreras a la libre competencia y competencia, regular acceso a insumos esenciales, entre otros; c) la forma de manejo de las dos agencias creadas para que actúen de manera independiente, con profesionalismo e imparcialidad; d) establecer un sistema de pesos y contrapesos para que la autoridad que investiga un caso no resuelva sobre aquello, y viceversa; e) creación de Tribunales Especializados en materia de competencia económica; entre otras reformas.⁶⁰

Ante los ojos del mundo, los ámbitos mencionados sujetos a la reforma constitucional han tenido efectos positivos. En cuanto a fortaleza institucional, tan solo dos años después de la implementación de la reforma, *The World Economic Forum* destacó el trabajo que México realizó en el periodo 2015-2016 para mejorar sus políticas de competencia, gracias a los cambios estructurales implementados en su ordenamiento jurídico. Esto generó que el país escale y mejore su posición en políticas antimonopolios, competitividad local, dominio de mercado, entre otros, demostrando un fortalecimiento importante del sistema de competencia mexicano.⁶¹ Por otro lado, en el mercado mexicano, los resultados también fueron positivos poco después de emitida la reforma. A noviembre de 2015, algunos cambios positivos visibles que se materializaron fueron: combate efectivo a los monopolios que lesionaban la noción de libre competencia y competencia, favorecimiento a la participación de empresas que aumenten la oferta de bienes y servicios para

⁵⁹Ver, “¿Qué es la competencia económica?”, Bryan Zamora, AS Consulting Group, <https://www.asnews.mx/noticias/que-es-la-competencia-economica>, 11 de junio de 2019.

⁶⁰Ver, “Reforma de Competencia Económica”, Portal Único del Gobierno de México, https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/66454/3_Competencia_Economica.pdf, acceso el 20 de septiembre de 2020.

⁶¹ “Reporte WEF: destacan avances en materia de política de competencia”, Comisión Federal de Competencia Económica, https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2017/11/reportemensualcofece_no11_051015.pdf, septiembre de 2015.

reducir precios, generar mayor confianza en inversionistas para mejorar la innovación en México, contar con mercados más equitativos para beneficio del consumidor, entre otros.⁶²

La reforma constitucional de 2013 no solo planteó cambios estructurales dentro de la propia norma suprema, se desprende además la creación de la nueva Ley Federal de Competencia Económica (LFCE) que introduce un nuevo marco legal en la materia. La LFCE incluye las disposiciones constitucionales de la reforma, fortalece la presencia de la COFECE, garantiza un sistema de pesos y contrapesos al dividir la entidad encargada de la investigación de la entidad encargada de la resolución del caso, fortalece sanciones, entre otros.⁶³ Más aún, la LFCE como norma especializada en la materia, enfatiza en la “[...] convicción de que la competencia económica es fundamental para que los consumidores tengan acceso a una gran variedad de bienes y servicios de calidad y a los mejores precios, y para que las empresas tengan acceso a insumos competitivos e innovadores. Todo ello redundando en un mayor crecimiento económico y en la generación de empleos bien remunerados”.⁶⁴

La COFECE como agencia de competencia por excelencia en México tiene dos ámbitos de acción principales: una como autoridad correctiva y el otro como promotora de la competencia. Dentro del primer ámbito, la labor consiste en hacer cumplir la ley a través de procedimientos de investigación y sanción posteriores al cometimiento de conductas anticompetitivas; análisis de concentraciones y realizar investigaciones para determinar si hay presencia de barreras a la competencia o a la adquisición de productos o servicios esenciales. Con relación al segundo, la promoción se enfoca en establecer una cultura de competencia en toda la sociedad.⁶⁵ La COFECE, si bien tiene nuevas y más amplias facultades, “no puede fijar o regular precios, clausurar establecimientos, no puede sancionar el alza de precios o que las empresas tengan altos márgenes de ganancias, no puede sancionar a una empresa por tener altos niveles de participación en el mercado”.⁶⁶ Esto en virtud de que “(...) la COFECE tiene como fin contar con mercados en libre competencia y concurrencia. De esta forma, además de contribuir a que las empresas actúen de

⁶² Ver, “Reforma en materia de Competencia Económica”, noviembre de 2015.

⁶³ Ver, “El nuevo marco legal de competencia”, Comisión Federal de Competencia Económica, <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2014/05/infografia.pdf>, acceso el 23 de septiembre de 2020.

⁶⁴ Ver, “Reforma de Competencia Económica”.

⁶⁵ Ver, “Política de Competencia en México”, Diapositiva 12, Comisión Federal de Competencia Económica, https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/07/GuiaExpositor_Politica_de_Competencia.pdf, acceso el 20 de septiembre de 2020.

⁶⁶ Id., Diapositiva 13.

forma competitiva, se generan condiciones para que no existan precios elevados, para que haya más empresas en los mercados y para evitar prácticas en contra de los consumidores”.⁶⁷

El ejemplo mexicano deja lecciones importantes. En primer lugar, deja constancia de cómo a través de una reforma constitucional se pueden mejorar y esclarecer los objetivos de una economía de mercado que quiere basar sus políticas en la libre competencia, especialmente cuando el país ha tenido una trayectoria regulatoria y normativa conflictiva en la materia. A partir de ese cambio importante, se pueden tomar medidas adicionales para asegurar que toda actuación realizada por una autoridad en materia de competencia económica se enmarque bajo dos máximas fundamentales: la libre competencia debe ser el punto de partida de toda regulación económica, y, las agencias de competencia y reguladores sectoriales tienen objetivos y potestades distintos previamente delimitados que les permiten conducir al mercado de la manera más efectiva. De esa manera, si bien no se podrá asegurar el funcionamiento perfecto del mercado, se podrá garantizar que cualquier política regulatoria, sanción a un operador que cometa una conducta anticompetitiva, o remedio que se quiera aplicar a un sector del mercado, se realice acatando la visión de la competencia como valor supremo de la economía.

5.2. Diseño de políticas públicas que promuevan la competencia

Una política pública como concepto amplio involucra un sistema de leyes, regulaciones, cursos de acción, planificaciones, prioridades y demás, sobre un tema en concreto, promulgado por una entidad gubernamental, sus representantes u otra clase de autoridades.⁶⁸ Un creador o propulsor de una política pública, sea del rango o posición que fuere, tiene una responsabilidad moral e intelectual por su trabajo ya que, dependiendo del análisis y dedicación que haya dado a la creación de la política, afectará o beneficiará la vida y bienestar de un grupo de personas.⁶⁹

Por lo tanto, una política pública con un análisis coherente contendrá: la descripción de un problema que necesita ser resuelto; las alternativas viables para solventar el problema en base a causas y comportamientos; los posibles resultados o efectos de aplicar dichas alternativas; y, si el caso lo permite, incluir una recomendación sobre el mejor curso de acción.⁷⁰ Proponer una política

⁶⁷ Id.

⁶⁸ Ver, “Definitions of Public Policy and the Law”, Dean Kilpatrick, <https://mainweb-v.musc.edu/vawprevention/policy/definition.shtml>, acceso el 23 de septiembre de 2020 (traducción no oficial).

⁶⁹ Ver, Eugene Bardach, *A Practical Guide for Policy Analysis* (California, CQ Press, 2012), xv (traducción no oficial).

⁷⁰ Id., xviii-xix (traducción no oficial).

pública con un análisis como el detallado, permitirá no solo entender el problema visible y en base al mismo formular una solución, sino que también se enfocará en determinar la causa del problema para atacarlo de raíz y evitar una reaparición o agravamiento de la cuestión.⁷¹

Siguiendo esta línea de argumentación, y tomando nuevamente el ejemplo de México, la COFECE emitió en octubre de 2020 una serie de propuestas en materia de políticas públicas para reactivar la economía mexicana post COVID-19. El enfoque de las propuestas busca promover la participación de la mayor cantidad de empresas posibles para dos fines: garantizar la concurrencia, y para asegurar igualdad de oportunidades al momento de competir.⁷² Este enfoque sugerido por la COFECE es relevante para lograr una reactivación económica puesto que, mientras más actores en condición de competencia se tengan en el mercado, mayor posibilidad de recuperación habrá. Haciendo prevalecer la noción de competencia, habrá mayor acceso a insumos de producción, capital, innovación, generación de empleo, los precios tenderán a la baja, se satisfará la demanda del consumidor, y se generará un impacto positivo en la economía, especialmente la de los más desfavorecidos en cuanto a ingresos.⁷³ Las doce propuestas de la COFECE se orientan en regular diversos sectores del mercado: facilitar información sobre comportamiento crediticio en el mercado financiero (propuesta 1); evitar imposición de medidas que restrinjan el comercio exterior (propuesta 8); otorgar a la COFECE la facultad de accionar la inconstitucionalidad de normas que transgredan la competencia (propuesta 12); entre otros.⁷⁴

El aporte de la COFECE es rescatable puesto que, en otras palabras, pero siguiendo la misma lógica, reconoce que la única manera de sobrellevar los efectos desastrosos sobre la economía que ha tenido el COVID-19, es a través de una plena adopción, protección y promoción de la competencia en las políticas públicas regulatorias emitidas por diversas autoridades. De esta manera, se está reconociendo la supremacía que debe tener el fenómeno de la competencia como premisa fundamental para asignar recursos de manera eficiente y guiar de manera adecuada la economía de un país.

⁷¹ Ver, Gilberto Cappano, Michael Howlett y M Ramesh, “Disentangling the mechanistic chain for better policy design”, en *Making Policies Work*, ed. de Gilberto Cappano, Michael Howlett, M Ramesh y Altaf Virani (2019), 4 (traducción no oficial).

⁷² Ver, “Propuestas en materia de competencia económica para contribuir a la reactivación de la economía mexicana”, Comisión Federal de Competencia Económica, <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2020/10/reactivacion.pdf>, 3.

⁷³ Id., 4.

⁷⁴ Id., 5.

5.3. Situación en Ecuador

Hasta este punto, la presente investigación ha expuesto algunos problemas que el Ecuador enfrenta en cuanto a las políticas que adopta al momento de regular. Para efectos de la investigación, se presentaron tres ejemplos en los cuales no se valora adecuadamente el fenómeno de la competencia para regular, tal y como se refleja en los efectos socialmente no deseables que estas generan. Las tres normas evidencian de manera clara como el Ecuador desnaturaliza al derecho de competencia y regulación económica en sus matices, divergencias y características propias. Si bien estas regulaciones buscan prevenir o corregir fallas de mercado, como no tienen arraigada la noción fundamental de la competencia, la regulación termina siendo ineficiente, y se evidencian varios efectos o situaciones socialmente no deseables.

En los términos que utiliza Lambert, estos problemas que se evidencian a través de las regulaciones presentadas son los síntomas de una enfermedad que, en el Ecuador, viene arraigada desde una deficiente conceptualización de visión económica que está plasmada en la Constitución.⁷⁵ Esta situación se da porque la propia Constitución no incorpora a la libre competencia, o en términos alternativos, el fenómeno o noción de la competencia, como premisas fundamentales para guiar el actuar de los reguladores y demás autoridades que intervengan en el mercado. En consecuencia, dado que la Constitución no incorpora este valor de fundamental importancia de manera expresa, las leyes en materia de competencia tampoco lo hacen y reflejan la deficiencia normativa que nace de la norma suprema ecuatoriana.

La investigación que se realizó a lo largo del presente trabajo tenía como objetivo presentar el problema macro que enfrenta el Ecuador al adoptar el derecho de competencia como si fuera regulación económica. Una vez que se ha podido establecer esta cuestión a través de los tres ejemplos regulatorios, se pueden analizar, en futuros trabajos de investigación, las formas en las cuales el Ecuador puede remediar esta cuestión. De manera somera y preliminar, el presente trabajo se adelanta y manifiesta que el primer paso sería promover una reforma constitucional en base a dos argumentos principales: el primero es por la presencia de una norma supranacional de la Comunidad Andina que insta a los países miembros la protección y promoción de la libre competencia en sus legislaciones; y el segundo argumento en miras de proteger y desarrollar la

⁷⁵ La Constitución prescribe que el sistema económico es social y solidario cuyo objetivo es “garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir”. Artículo 283, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

economía del país tomando como punto de partida las situaciones socialmente no deseables generadas por las regulaciones analizadas que deben ser erradicadas.

Ahora bien, se considera importante mencionar que la Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia, parte integrante de la SCPM, emitió en octubre de 2020 una metodología para identificar, revisar y eliminar barreras normativas en un intento por garantizar un entorno más competitivo en Ecuador. Uno de sus objetivos es “encontrar un adecuado equilibrio entre la protección del interés público y la libertad de ejercicio de actividades económicas, de manera tal que la regulación sea justificada, razonable y proporcionada”.⁷⁶ En consecuencia, la metodología pretende evitar que las normas regulatorias en el país restrinjan o debiliten la competencia propiciando el surgimiento de fallas de mercado. Esta metodología implementada por la Intendencia se traduce en analizar barreras normativas que promuevan la elaboración de un balance o equilibrio entre ejercer derechos reconocidos y ejercer el interés público para determinar qué debería incorporar la regulación para que sea proporcional, razonable y justificada.⁷⁷ Para que el análisis resulte efectivo, incluirá parámetros de evaluación subyacentes al principio de proporcionalidad. Primero, idoneidad de la norma regulatoria (existencia de relación entre un objetivo y un fin); segundo, necesidad de la medida (el fin amerita y necesita la restricción de derechos a través de la regulación); y, proporcionalidad en sentido estricto (mientras mayor sea el grado de restricción, mayor deberá ser la satisfacción al interés público).⁷⁸

De esta manera, a través de la metodología expedida recientemente, tanto la Intendencia como la SCPM reconocen que favorecer la competencia en el mercado ecuatoriano es el escenario más favorable porque promueve la realización de actividades mercantiles, y además, porque es el camino más eficiente para lograr una recuperación económica *post* pandemia.⁷⁹ De forma adicional, es importante que la SCPM reconozca que hay regulación que puede ser revisada y/o analizada porque no favorece a la competencia. Así, la metodología sigue la misma línea del presente trabajo al exponer la necesidad de “emitir normas sin exceder el ámbito de sus competencias, con objetivos concretos, sustentados y sin cargas desproporcionadas de

⁷⁶ “Guía metodológica para la identificación, revisión y eliminación de barreras normativas”, Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia, <https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2020/10/Gu%C3%ADa-metodolog%C3%ADa-para-la-identificaci%C3%B3n-revisi%C3%B3n-y-eliminaci%C3%B3n-de-barreras-normativas.pdf>, 26 de octubre de 2020, 6.

⁷⁷ Id., 18.

⁷⁸ Id., 33-39.

⁷⁹ Id., 3.

cumplimiento a los administrados”.⁸⁰Con esto, la SCPM está dando un paso importante al reconocer la importancia de favorecer la competencia en el mercado ecuatoriano. No obstante, el presente trabajo sigue sosteniendo lo manifestado anteriormente en cuanto a la recomendación de promover una reforma constitucional que incluya de manera expresa el sometimiento de la ley ecuatoriana al valor fundamental de la competencia.

6. Conclusiones

En un inicio, esta investigación se planteó un problema: la tensión que genera que el derecho de competencia en Ecuador se adopte como regulación económica, sin tomar en cuenta el fenómeno de la competencia como el mecanismo adecuado para asignar recursos de manera eficiente. Este problema se manifiesta, como se demostró a través de los tres ejemplos regulatorios, en dos vertientes: a) mediante la desnaturalización del carácter *ex post* del derecho de competencia al convertirlo en regulación; y, b) a través de regulación *ex ante* emitida por autoridades sectoriales quienes no evalúan adecuadamente la competencia como valor fundamental al momento de regular.

A lo largo del presente trabajo se buscó resolver, a través de ejemplos regulatorios prácticos, el problema jurídico planteado junto con sus respectivas vertientes. Con las tres regulaciones presentadas, resaltan los siguientes hallazgos: a) al momento de regular, las autoridades ecuatorianas no toman en cuenta ni valoran el fenómeno supremo de la competencia como el mecanismo adecuado para asignar recursos eficientemente porque se evidencian situaciones socialmente no deseables; b) los reguladores ecuatorianos no tienen los rasgos de un regulador eficiente porque no reflejan la experticia suficiente en sectores determinados del mercado como para buscar soluciones adecuadas y solventar problemas de manera expedita; c) los agentes reguladores en Ecuador no utilizan el procedimiento adecuado para regular de la mejor manera haciendo un análisis previo que les permita identificar el problema concreto a solucionar; y, d) en virtud de la carente evaluación pre regulatoria, las regulaciones emitidas por diversos órganos reguladores generan mayores ineficiencias e inhiben la competencia.

Toda vez que se realizó el análisis correspondiente, se comprueba la existencia del problema planteado. En Ecuador, por lo que se pudo evidenciar con los ejemplos mencionados de diversos entes reguladores, no hay una noción clara de competencia económica por dos razones:

⁸⁰ Id.,

no se mira a la competencia como el mecanismo adecuado para asignar recursos de manera eficiente, y porque no se buscan los mecanismos y/o procedimientos adecuados para regular de la mejor manera y solucionar problemas concretos. Como se mencionó en reiteradas ocasiones, para que la regulación sea eficiente, primero, debe contener dos rasgos fundamentales, y segundo, utilizar un proceso que involucre un importante análisis pre regulatorio para solucionar problemas y no generar otros. Las regulaciones analizadas han generado problemas a la economía del país porque no toman en cuenta a la competencia como noción básica para orientar sus políticas.

El derecho de competencia y la regulación económica, si bien son dos mecanismos de organización del mercado con características similares, tienen rasgos distintivos que los convierte en complementarios. Como se ha podido observar, cuando se hace un traslape de objetivos entre ambos mecanismos, se pueden generar problemas en una economía, tal como ha pasado en el Ecuador. Lo que se ha expuesto a lo largo del presente trabajo no ha sido con el fin de fomentar la no regulación en el país. Por el contrario, cuando se regula de manera adecuada y con los estudios previos necesarios, se pueden solventar fallas importantes en sectores específicos del mercado que además de afectar la economía del país, afectan directamente al consumidor. Para cambiar esta realidad negativa en cuanto a una carente visión de la importancia del fenómeno de la competencia en Ecuador, México podría servir de ejemplo para que el país mejore sus políticas públicas en materia de regulación. Como se manifestó en la sección de recomendaciones, si bien el presente trabajo no plantea una solución concreta, da paso a que, en futuras investigaciones, se desarrollen las recomendaciones planteadas y la economía del país y del consumidor ecuatoriano puedan prosperar.