

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

Eliminación de barreras de entrada como medio para la formalización de actividades económicas y propensión de la competencia

Karla Anabel Barona Villalva

Jurisprudencia

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

Quito, 15 de abril de 2022

© 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: Karla Anabel Barona Villalva

Código: 00200573

Cédula de identidad: 1722532122

Lugar y fecha: Quito, 15 de abril de 2022

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UNPUBLISHED DOCUMENT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>.

**ELIMINACIÓN DE BARRERAS DE ENTRADA COMO MEDIO PARA LA FORMALIZACIÓN DE
ACTIVIDADES ECONÓMICAS Y PROPENSIÓN DE LA COMPETENCIA¹**

**ELIMINATION OF BARRIERS TO ENTRY AS A MEANS OF FORMALIZING ECONOMIC
ACTIVITIES AND PROMOTING COMPETITION IN THE MARKET**

Karla Anabel Barona Villalva²
karlabaronav@gmail.com

RESUMEN

El trasplante institucional del derecho de competencia ecuatoriano pone a prueba los objetivos que su aplicabilidad debe seguir. Los fenómenos económicos propios de los mercados ecuatorianos generan la necesidad de replantear la política de competencia. En este trabajo se analizó las barreras de entrada al mercado y su incidencia en las economías informales. Para determinar la interfaz entre la informalidad y el derecho de competencia ecuatoriano, este trabajo propuso el estudio de los objetivos de la regulación. De esta forma, se llega a la conclusión que propender la competencia, a través de la formalidad de los mercados, permite una mayor eficiencia económica, pero también alcance de los objetivos de carácter social que rodean al marco jurídico del derecho de competencia.

ABSTRACT

The institutional transplant of competition Ecuadorian law test the objectives that its applicability must follow. The economic phenomena of the Ecuadorian markets generate the need to rethink competition policy. This paper analyzes barriers to try and their impact on informal economies. To determine the interface between informality and Ecuadorian competition law, this essay proposed the study of the objectives of the legal framework. Thus, it is concluded that generating competition, through the formality of markets, allows greater economic efficiency, but also the achievement of the social objectives that surround the legal framework of competition law.

PALABRAS CLAVE

Política de Competencia, barreras de entrada, operadores informales, mercado relevante

KEYWORDS

Competition Policy, barriers to entry, informal operator, relevant market

Fecha de lectura: 14 de abril de 2022

Fecha de publicación: 14 de abril de 2022

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogada. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Mario Navarrete Serrano.

² © DERECHOS DEL AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. – 2. OBJETIVOS ORTODOXOS Y ONTOLÓGICOS . – 3. ESTADO DEL ARTE. – 4. MARCO NORMATIVO. – 5. BARRERAS REGULATORIAS. – 6. BARRERAS ESTRATÉGICAS. – 7. INFRAESTRUCTURA DEL ESTADO. – 8. RECOMENDACIONES. – 9. CONCLUSIONES.

1. Introducción

Es común que las economías emergentes y en desarrollo, EED, incorporen normas de competencia inspiradas en regímenes maduros que operan en el marco de economías desarrolladas, principalmente europeas³. Este es el caso de Ecuador, que trasplantó la mayoría de las instituciones del régimen de libre competencia de la Ley de Defensa de la Competencia de España. Los trasplantes institucionales permiten al receptor beneficiarse de años de aprendizaje y mejoramiento. Sin embargo, suponen un riesgo porque obligan a que normas ideadas con un contexto jurídico, cultural y económico singular deban ser aplicadas en otro muy distinto.

Los regímenes trasplantados no pueden ni deben ignorar las particularidades de los países receptores -especialmente su contexto económico- cuando lo que se trasplanta son instituciones que ordenan la libre competencia. Ignorar estas circunstancias supone un riesgo para su efectividad y legitimidad. En este artículo se abordará la necesidad de que las normas de libre competencia latinoamericanas y, de manera específica, la ecuatoriana, consideren no sólo su legado europeo sino el contexto particular de su economía, y una de sus aristas más importantes: la informalidad.

Para el desarrollo de este trabajo se entenderán como economías informales todas aquellas actividades económicas que operan sin constituirse como empresas. La falta de registro, licencias, y pagos de impuestos, genera que los operadores informales no puedan acceder a créditos bancarios⁴. Por ello, su operación estará condicionada a producir en pequeña escala⁵. Las firmas informales son 300 veces menos productivas que una firma

³ Gal, Michal S., Mor Bakhom, Josef Drexl, Eleanor M. Fox, and David J. Gerber, eds. “ Competition law and the economic characteristics of developing countries” en *The Economic Characteristics of Developing Jurisdictions*, (Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2015), 275.

⁴ Ana Maria Oviedo, Mark R. Thomas and Kamer Karakurum, “Economic Informality: Causes, Costs, and Policies—A Literature Survey” *World Bank Working Paper No. 167* (2009), 26.

⁵ Ibid.

formal⁶; un dólar de trabajo y capital asignado a una empresa formal vale aproximadamente el doble que el mismo dólar asignado a una empresa informal⁷.

Si bien la informalidad tiene lugar en todas las economías, su participación es mayor en las EED por las altas barreras de entrada y concentración de los mercados. En estas economías su participación representa cerca de un tercio del PIB⁸, y el 70% de la fuerza laboral⁹. En Ecuador cerca del 66% del mercado laboral pertenece al sector informal¹⁰. El 67% de las empresas formales afirman competir contra un operador informal¹¹. Su análisis es imperativo para evitar un estudio de mercado distorsionado, y para la estructuración de políticas públicas que permitan una formalización paulatina y un proceso competitivo más intenso que asegure sus beneficios sociales.

El derecho de competencia contemporáneo¹², parte del principio de la protección del proceso competitivo¹³, que resulta en mayor eficiencia y bienestar para el consumidor. El escenario de las EED es distinto, ya que sus economías no suelen alcanzar su potencial porque enfrentan defectos estructurales como altas barreras de entrada y concentración, que impiden el ingreso de nuevos competidores que disciplinen a los incumbentes y generen eficiencias. Por ello, el enfoque de la política de competencia¹⁴ para las EED no puede ser solo de protección del proceso competitivo, sino de generación de las condiciones ideales para propender la competencia en el mercado.

Para incentivar el proceso competitivo este trabajo propone que las herramientas y la política pública del derecho de competencia se utilicen, también, para abordar la informalidad. Por su ubicuidad e inherente ineficiencia, la informalidad genera cuantiosas pérdidas en las EED. Las normas de competencia pueden servir como un mecanismo para reforzar políticas públicas que propendan al ingreso y formalización de estos operadores,

⁶ Según la OECD la mano laboral que forma parte de la informalidad es 30% menos productiva. Ver en OECD, ‘Latin America and Caribbean Competition Forum’, 20.

⁷ Rafaela Bastidas and Nicolas Acosta, ‘Misallocation and manufacturing TFP in Ecuador: formal, semi-formal and informal firms’ *Journal of Economic Structures* (2019)

⁸ Franziska Ohnsorge and Shu Yu, ‘The Long Shadow the Long Shadow of Informality’, *International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank* (2021).

⁹ Ibid.

¹⁰ Meléndez, Angela, ‘La informalidad acecha: 66% de ecuatorianos trabaja en precariedad’, Bloomberg Línea, (2021). Ver en: <https://www.bloomberglinea.com/2022/01/25/la-informalidad-acecha-66-de-ecuatorianos-trabaja-en-precariedad/>

¹¹ Castilleja, Liliana, ‘Competencia informal y productividad en América Latina y el Caribe’, *Banco Interamericano de Desarrollo* (2019), 12.

¹² Son economías con grandes estructuras y avances tecnológicos. Sus mercados cuentan con numerosos operadores económicos, que permiten mayor eficiencia.

¹³ Robert Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself* (Chicago: Free Press, 1993)

¹⁴ Es el grupo de medidas gubernamentales que impactan de manera directa en el comportamiento de un operador económico. Busca brindar los parámetros para la intervenir en el mercado, limitando la distorsión de las operaciones económicas.

incentivar su crecimiento y mayor eficiencia económica. En este ensayo se propondrán distintas medidas y políticas públicas que la agencia de competencia ecuatoriana puede acoger para generar mayor competencia a través de la formalización del sector informal.

Para analizar a detalle la propuesta de este trabajo, se analizarán las distintas voces que existen respecto de los fines que deben perseguir las agencias de competencia en sus tareas: de un lado están quienes abogan por una aplicación ortodoxa que tiene como principio la protección del proceso competitivo, la eficiencia y el bienestar. De otro, están quienes desean ampliar sus objetivos y reclaman una aplicación democrática de las leyes de competencia, incluyendo la generación de competencia y no solamente la protección del resultado competitivo.

Luego, se abordarán las políticas públicas¹⁵ que el régimen de competencia puede incentivar con el fin de alcanzar los objetivos de carácter ontológico que rigen su funcionamiento, en concordancia con el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Se argumentará alrededor de la siguiente pregunta: ¿Cómo pueden las normas que rigen el derecho de competencia servir para la generación de competencia en los mercados ecuatorianos, por medio de la formalización del sector informal?

Para responder la pregunta de investigación, se empleará una metodología deductiva, analizando las barreras de entrada y concentración del mercado como las causas de la informalidad. La discusión de este trabajo abordará tres esferas de la política de competencia¹⁶, y su impacto en la propensión de la competencia, por medio de la formalidad. La primera, abordará a la política de competencia como marco normativo para la intervención estatal en la economía. La segunda, analizará su naturaleza transversal como herramienta para evaluar toda prescripción direccionada a crear efectos en el mercado, sin distinción de su órgano emisor. Finalmente, la tercera estudiará la importancia de la abogacía de la competencia y su institucionalidad a fin de lograr la efectividad de las normas de competencia y consecuentemente sus objetivos.

2. Marco Teórico

Frente a la revigorización del derecho de competencia en los últimos años, se ha generado una discusión sobre los fines que deben perseguirse y los bienes jurídicos a

¹⁵ Abordaremos la capacidad de la agencia de competencia para generar políticas públicas tomando en cuenta las limitaciones correspondientes.

¹⁶ Claudia Curiel. 'Developing a competition advocacy model in the context of the introduction of competition policies in Latin America' *UNCTAD Series on Issues in Competition Law and Policy*, (Caracas, 1996), 9.

tutelarse¹⁷. La discusión busca responder si es mejor una aplicación acotada, pero probada y predecible del derecho de competencia, en la que se miden los impactos de los efectos anticompetitivos a partir de la diversidad y precios de bienes en el mercado; o si es que se debe considerar la complejidad de las economías modernas, y aventurarse a reflexionar, bajo teorías todavía en construcción, por ejemplo, los efectos de la concentración en la democracia y el impacto de los precios bajos en proveedores e industrias frágiles. Esta discusión no es menor. Cada postura resulta en formas muy distintas de aplicación de las normas y de intervención de las agencias de competencia en las economías.

Por un lado, está el derecho de competencia ortodoxo que tiene como propósito la mayor eficiencia económica. Su configuración actual refleja las necesidades de las grandes economías. Como se ha dicho, principalmente, para proteger procesos competitivos y asegurar que los mercados mantengan su dinamismo. Esta postura enfoca su disciplina en la eficiencia y articula su objetivo en el bienestar del consumidor¹⁸. En definitiva, se trata de una política de competencia dirigida a la protección de una ya existente y funcional competencia¹⁹, que defina y refuerce las reglas del juego.

Por otro, en la implementación de regulaciones de competencia en las EED, el legislador debería alejarse de la teoría ortodoxa e incluir en su normativa objetivos de carácter ontológico. Por tratarse de condiciones sociales, políticas y económicas distintas, la regulación de competencia en las EED debería tender a un propósito más democrático. Esto parte de la idea de la regulación de competencia como una herramienta para generar mercados que respondan a su propia naturaleza y se adapte su realidad. Es así como nace la teoría de la política de competencia como instrumento para generar mercados competitivos.

En definitiva, el modelo de la política de competencia no debería ser uno solo, porque las características de los mercados varían dependiendo su realidad. Implementar la protección de la competencia y el alcance de la mayor eficiencia puede no ser el camino para las EED. Mientras que para las economías ya desarrolladas el derecho de competencia se enfoca en la protección y optimización la competencia existente, las

¹⁷ Daniel Sokol and Roger Blair. ‘International Antitrust Institutions’ *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics* (Oxford, Oxford University Press, 2015), 119–46.

¹⁸ Robert Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself* (Chicago: Free Press, 1993)

¹⁹ Gal, Michal S., Mor Bakhoun, Josef Drexler, Eleanor M. Fox, and David J. Gerber, eds. ‘Generating instead of Protecting Competition’ en *The Economic Characteristics of Developing Jurisdictions*, (Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2015), 188.

economías en desarrollo necesitan trabajar en establecer mercados competitivos. Es decir, enfocar su política -a través del derecho de competencia- hacia incentivar el ingreso de competidores emergentes, bajar la concentración y barreras de entrada para generar competencia.

3. Estado del arte

La discusión alrededor de las prioridades del derecho de competencia y los fines a priorizar ha sido constantemente analizada por la academia en los últimos años. El impacto del desarrollo de esta discusión se ha podido reflejar en las políticas públicas adoptadas en las economías desarrolladas y en la implementación de distintos modelos de regímenes de competencia en las EED. En esta sección se repasará brevemente algunas de las posiciones que la academia ha propuesto en los últimos años.

A partir de la publicación *The Antitrust Paradox*, Bork inicia la discusión contemporánea sobre los objetivos que persigue el derecho de competencia y la delimitación de su aplicación²⁰. Parte de la hipótesis del bienestar del consumidor como resultado de la mayor eficiencia económica y del proceso competitivo. De esta forma, argumenta que el derecho de competencia no protege a los competidores, si no al proceso competitivo como tal, para asegurar el bienestar del consumidor. Consecuentemente quedan fuera las conductas anticompetitivas que no afecten el bienestar del consumidor. Esta visión aboga por la intervención mínima en las operaciones económicas, a fin de permitir que el propio mercado corrija sus fallos.

La teoría de Bork es sin duda, de las obras más influyentes en el derecho de competencia. Por más de 30 años la Corte Suprema adoptó los argumentos de Bork en la resolución de numerosos casos²¹. Su influencia puede distinguirse también en el Consenso de Washington presentado por John Williamson en 1989²². El Consenso propone el uso de políticas enfocadas a una mayor eficiencia por medio de la mínima intervención en los mercados de América Latina²³. Parte del supuesto de que el excesivo intervencionismo del Estado socava la eficiencia económica. Por ello, propone la

²⁰ Robert Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself* (Chicago: Free Press, 1993)

²¹ Kenneth G. Elzinga y David E. Mills, *Antitrust Predation and The Antitrust Paradox*, *The Journal of Law and Economics* (2014), 57.

²² Paquete de reformas para países en desarrollo propuesto por el FMI y el Departamento de Tesoro de US

²³ David Brady y Michael Spence, *Leadership and Growth: Commission on Growth and Development*, *Commission on Growth and Development and World Bank* (2010).

reconsideración de toda política pública dirigida a generar mayor distribución por medio de la distinción de grupos vulnerables, ya que podrían limitar las eficiencias económicas.

A finales de los 90 vis-à-vis la propuesta del Consenso de Washington, se retoma el debate sobre la delimitación de los objetivos del derecho de competencia para un mayor crecimiento económico. En el 2008 Michael Spence presentó la Growth Commission²⁴, como una recopilación de las políticas públicas frente a las características de las EED. El reporte, en busca de una fórmula para el desarrollo económico de las EED, analiza las características económicas, sociales y políticas de diferentes EED. Se llega a la conclusión de que, por las condiciones de mercado diferentes a una economía en desarrollo, las políticas públicas en las EED necesitan de un enfoque inclusivo y distributivo para generar un mayor crecimiento económico.

La aplicación de una teoría u otra en los mercados de las EED ha sido discutida en numerosas ocasiones. Una de las posturas más reconocidas sobre la regulación de competencia en las EED es la de Eleanor Fox que propone la concatenación de estas dos propuestas²⁵. Sostiene que, si bien el trasplante de la regulación brinda las herramientas fundamentales para la protección del mercado, es necesario el reconocimiento de las características intrínsecas de las economías que se regula, a fin de asegurar que la normativa efectivamente proteja el desarrollo de la actividad económica, y sirva de herramienta para el desarrollo económico.

Por ello, sugiere, los objetivos del derecho de competencia en las EED no pueden ser los mismos que los de economías desarrolladas. Las agencias deben asumir el reto de una aplicación armónica con esos objetivos. Sostiene que, por la necesidad de las EED de desarrollar una política de competencia propia, se debería adoptar una ley de competencia regional, que al igual que Sudáfrica, incorpore las ideas del Consenso de Washington y de la Growth Commission. De esta forma, la política de competencia podría enfocarse en el *enforcement* de la ley, reconociendo las características intrínsecas de las EED, pero controlando que el intervencionismo estatal no limite el ejercicio económico.

En el 2009, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, OCDE, por primera vez aborda la importancia de analizar a los operadores informales

²⁴ Reporte en el que expertos de diferentes países en vías de desarrollo analizan las características de sus mercados para lograr un mayor crecimiento y desarrollo económico.

²⁵ Eleanor Fox, 'Competition, Development and Regional Integration: In Search of a Competition Law Fit for Developing Countries' in J. Drexel et al. (eds), *Competition Policy and Regional Integration in Developing Countries* (Cheltenham, Edward Elgar, 2012), 273, 276–7.

para lograr el *enforcement* de la competencia en las EED²⁶. Mediante el análisis del impacto de la informalidad en estas economías, sus causas y efectos en los mercados, la OCDE propone dirigir los esfuerzos de las agencias de competencia a incentivar la formalidad. Sostiene que la institucionalidad de la competencia en las EED puede ser alcanzada por medio de la generación de competencia en el mercado, la protección de la leal competencia y de la eliminación de las barreras de entrada²⁷.

La búsqueda de un modelo ideal para la implementación de políticas de competencia en las EED ha atravesado un proceso de prueba y error a través del cuál se ha reconocido la necesidad de un modelo particular correspondiente a la realidad de sus mercados. La adopción de un modelo u otro no es excluyente, pues las necesidades de cada mercado varían en el tiempo. El reconocimiento de fenómenos económicos propios de las EED, como la informalidad, permite el mejor direccionamiento de la regulación y política de competencia.

4. Marco Normativo

4.1. Los objetivos y política del derecho de competencia ecuatoriano

En Ecuador la regulación de competencia está guiada por objetivos de carácter ontológico. La Constitución de la República se caracteriza por su amplio espectro de derechos y principios sociales. La regulación económica, del cual forma parte el derecho de competencia, no es la excepción²⁸. Los artículos 303 y 304 recogen una serie de objetivos sociales que proponen a la regulación económica como una herramienta para impulsar el crecimiento inclusivo de la economía.

En el artículo 336 de la Constitución el legislador prescribe la protección del comercio justo a fin de impulsar la eficiencia de los mercados y la igualdad de condiciones y oportunidades²⁹. Estos objetivos se encuentran también en la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado, LORCPM³⁰. En adición, en su primer artículo la Ley prescribe la protección de la competencia para alcanzar una mayor

²⁶ OECD, ‘‘Competition Policy and the Informal Economy’’ *Policy Roundtables* (2009).

²⁷ *Ibid*

²⁸ Entre algunos de ellos están: (i) incentivar la producción nacional, productividad y competitividad, (ii) lograr un desarrollo equilibrado del territorio nacional, (iii) mantener la estabilidad económica, entendida como el máximo nivel de producción y empleos sostenibles en el tiempo, (iv) propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes, (v) impulsar el desarrollo de las economías de escala y del comercio justo. Ver en Artículos 303 y 304, Constitución de la República. R.O. 449 de 20 de octubre de 2008.

²⁹ Artículo 336, Constitución de la República.

³⁰ Artículo 4, Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. R.O. Suplemento No. 555 de 13 de octubre de 2011.

eficiencia en los mercados, como el objetivo que guía al derecho de competencia ecuatoriano.

Evidentemente, el derecho de competencia ecuatoriano se rige por la teoría de objetivos ontológicos³¹, sin embargo, el resto del cuerpo normativo no establece las directrices necesarias para dirigir la aplicación del derecho de competencia hacia el alcance de dichos objetivos. Esto se puede evidenciar en los estándares relevantes que la agencia ecuatoriana incluye en sus decisiones. Por ello, la propuesta de este trabajo radica en direccionar la aplicación del derecho de competencia hacia un fenómeno económico propio de los mercados ecuatorianos, a fin de alcanzar los objetivos contenidos en la Ley.

4.2. El ámbito de aplicación de los operadores informales en la LORCPM

Como se ha dicho, los trasplantes institucionales suelen dejar de lado los fenómenos propios de las economías receptoras. En el caso de los mercados informales si bien la LORCPM no prescribe una regulación directa, es erróneo afirmar que el legislador ignora la existencia de estos operadores. Al igual que la regulación de competencia europea³², el ámbito de aplicación de la LORCPM es uno funcional: operador económico entendido como la unidad económica que realiza actividades económicas en el mercado, sin importar su estatus legal o forma de financiamiento.

La LORCPM regula su ámbito de aplicación en su segundo artículo. Identifica como sujeto de derecho a [todos los operadores jurídicos que actual o potencialmente realicen actividades económicas]³³, sin importar la forma de los actos jurídicos utilizados para su operación³⁴. Su aplicación se rige por el principio de la primacía de la realidad. La agencia [determinará la naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a su realidad y efecto económico³⁵]. En definitiva, el derecho de competencia sí comprende a la operación informal, por lo que no incorporarlos en su análisis podría generar la distorsión del estudio de mercados y de la aplicación del derecho de competencia³⁶.

4.3. Política de competencia ecuatoriana

³¹ Artículo 4, LORCPM.

³² C-41/90, *Klaus Höfner and Fritz Elser v Macrotron GmbH*, Tribunal de Justicia, Sentencia, 23 Abril 1991 y C-222/04 y *Ministero dell'Economia e delle Finanze v. Cassa di Risparmio di Firenze SpA et al.*, Segunda Camara de la Corte de Justicia, Sentencia, 10 Enero de 2006.

³³ Artículo 2, LORCPM.

³⁴ La forma de los actos jurídicos utilizados por los operadores económicos no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos. Artículo 3, LORCPM.

³⁵ Artículo 3, LORCPM.

³⁶ La definición del mercado relevante es la base sobre la cual la SCPM tenermina las conductas contrarias a la Ley. Si el mercado relevante muestra algún error acarreará la nulidad de las resoluciones emitidas.

Ahora bien, la regulación de mercados y la política de competencia corresponden a la Función Ejecutiva³⁷, por medio de distintos organismos como la Junta de Regulación del Poder de Mercado³⁸ y los reguladores sectoriales (Ministerio de Agricultura en el ámbito agrícola, Ministerio de Salud en el ámbito sanitario, Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, Gobiernos Autónomos Descentralizados, etc.). Es obligación de los miembros e invitados de la junta presentar políticas públicas para cumplir con los objetivos contenidos en la LORCPM³⁹.

El órgano de control para el derecho de competencia ecuatoriano es la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, SCPM. La LORCPM prescribe entre sus obligaciones la prevención, control y promoción de la competencia⁴⁰. Para efectos de su cumplimiento, algunas de las atribuciones de la SCPM son: promover la eliminación de barreras de entrada que limiten la participación de operadores económicos, mantener un registro actualizado de los operadores económicos y su participación en el mercado y cooperar con entidades públicas o privadas a fin de promover la libre competencia⁴¹.

Mientras el derecho de competencia, en gran parte, tiene una funcionalidad ex - post dirigida a la corrección y sanción de las conductas que distorsionan el proceso competitivo⁴², la política de competencia es de carácter ex-ante, ya que está dirigida a la promoción y abogacía de la competencia. En los siguientes apartados revisaremos cómo la política de competencia puede promover procesos competitivos, específicamente analizando el la informalidad y su potencial de generación de competencia.

5. Barreras Regulatorias

Existe una correlación positiva entre los mercados con altos niveles de concentración o monopolización y el porcentaje de informalidad⁴³. Este fenómeno es común en las EED, por sus altas barreras de entrada, especialmente regulatorias, que impiden el ingreso, expansión o permanencia de los operadores económicos al mercado⁴⁴. Las barreras de entrada, por el efecto que genera en los mercados, pueden estar

³⁷ Artículo 154 numeral 1, Constitución de la República

³⁸ Artículo 42, Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, y Artículo 35, LORCPM.

³⁹ Artículo 6, RLORCPM.

⁴⁰ Artículo 37, LORCPM.

⁴¹ Artículo 38, Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

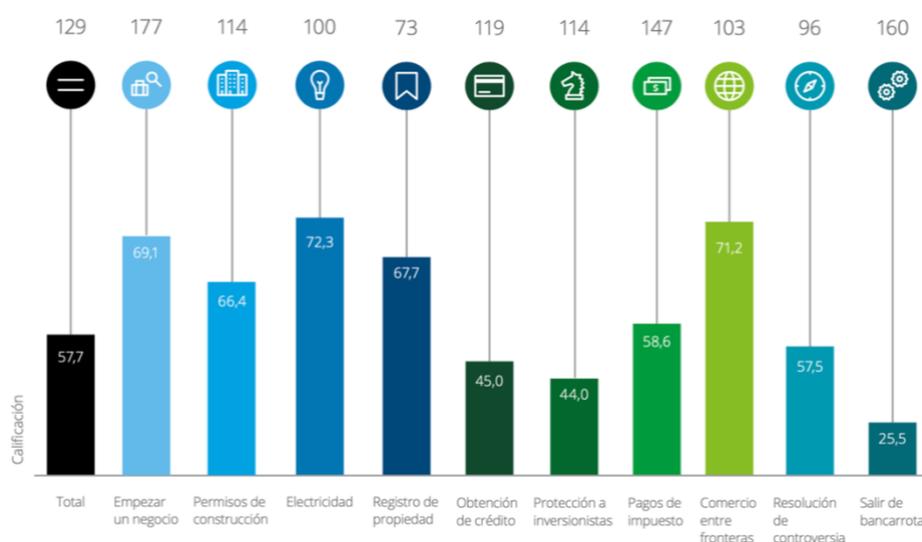
⁴² Puede también tener un carácter ex-ante, por ejemplo en el control de las operaciones de concentración.

⁴³ Gal, Michal S., Mor Bakhoun, Josef Drexl, Eleanor M. Fox, and David J. Gerber, eds. "The informal economy and its interface with competition law and policy", 183.

⁴⁴ OECD, "Competition Policy and the Informal Economy", *Policy Roundtables* (2009).

justificadas cuando las restricciones que impongan sean proporcionales al fin legítimo que persiguen⁴⁵. La existencia de barreras regulatorias genera el desplazamiento de los operadores hacia la informalidad⁴⁶. En Ecuador, la facilidad de participar en el mercado está limitada por el alto nivel de burocracia⁴⁷.

Una de las formas de visualizar la cantidad de barreras regulatorias para ingresar al mercado ecuatoriano es a través del índice *Doing Business* elaborado por el Grupo del Banco Mundial. El estudio analiza los costos generales de ingreso al mercado ecuatoriano, tales como costos monetarios, tiempo del procedimiento y normativas a cumplir. Dependiendo del sector económico, las barreras regulatorias pueden aumentar por prescripción de las autoridades correspondientes.



**El ranking clasifica la posición de Ecuador, en comparación con 190 países (entre más cercano a 1 mejor y viceversa). La puntuación de cada división es una calificación entre 1 y 100 puntos en donde se mide la facilidad de cada una de las variables (entre más cerca de 100 mejor y viceversa).*

Cita: Deloitte basado en Banco Mundial Doing Business 2020.

La posición de Ecuador es 129 sobre el total de 190 países analizados⁴⁸. La incidencia de las altas las barreras regulatorias pueden reconocerse en la concentración e informalidad de distintos mercados. Por ejemplo, en el mercado del tabaco, el producto

⁴⁵ OCDE, Barriers to Entry, *Policy Round Tables* (2005).

⁴⁶ Ana María Oviedo, Mark R. Thomas y Kamer Karakurum, "Economic Informality: Causes, Costs, and Policies—A Literature Survey" *World Bank Working Paper No. 167* (2009), 26.

⁴⁷ Deloitte Ecuador. *Doing Business Ecuador* (2021).

⁴⁸ World Bank Group. *Doing Business. Comparing Business Regulation in 190 Economies.* (2020).

está gravado por un impuesto especial que tiene la finalidad de reducir el consumo y proteger la salud del consumidor: cada cigarrillo paga un impuesto de 0,16 USD. Actualmente, solo existe un operador formal en el mercado que compite contra un gran número de operadores informales en una diferencia de 5 – 1 en el precio⁴⁹. En el país 8 de cada 10 tabacos que se consumen corresponden a la economía informal⁵⁰.

De igual manera, en el sector agrícola, la informalidad representa gran parte de los operadores económicos. Los costos de operación y funcionamiento generan que las pocas firmas registradas, a pesar de su tamaño, no logren bajar sus precios para poder competir contra el operador informal⁵¹. En la industria láctea, el precio mínimo fijado para la leche cruda es una de las razones del gran porcentaje de informalidad en este sector. Aproximadamente, 69% de la producción total, está destinada a comercializarse en el sector informal⁵².

La dominancia de un operador económico le permite incidir en el poder político para crear o mantener de barreras de regulatorias que le permitan mantener su poder de mercado⁵³. Las barreras regulatorias limitan la capacidad de crecimiento de los pequeños y medianos operadores que optarán por operar en la informalidad a razón de reducir costos y ser atractivos para el consumidor⁵⁴. Como consecuencia, se genera en el mercado una mayor concentración, pérdida de eficiencia y del bienestar del consumidor. Las barreras de entrada regulatorias repercuten al derecho de la libre empresa contenido en la Constitución⁵⁵.

5.1. Problema de agencia en el regulador

Las EED por el trasplante institucional del derecho de la competencia, suelen tardar en generar la política necesaria para hacer efectivos los principios que rigen esta rama del derecho. En sentido abstracto, la función de la política de competencia es procurar la armonía del marco jurídico en materia de competencia⁵⁶. Es decir, alinear el ordenamiento jurídico a los objetivos de la competencia. La falta de concordancia en

⁴⁹ El precio de la cajetilla formal es de 5,77 USD frente al precio de la cajetilla informal que oscila entre 1,80 y 2,80 USD

⁵⁰ INVAMER, “Incidencia de Cigarros Ilegales en Ecuador” (2020)

⁵¹ Este es el caso del mercado avícola, porcino, palmito enlatado y maíz dulce enlatado.

⁵² Estudio de mercado del sector lácteo. Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia. Informe SCPM-IGT-INAC-002-2019.

⁵³ OCDE, Competition and Barriers, Policy Brief (2007), 2.

⁵⁴ Michal Gal S., Bakhoun Mor, Josef Drexl, Eleanor M. Fox, and David J. Gerber, eds. “The informal economy and its interface with competition law and policy” en *The Economic Characteristics of Developing Jurisdictions*, (Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2015).

⁵⁵ Artículo 66 numeral 15, Constitución de la República.

⁵⁶ OCDE, Recomendación del Consejo de la OCDE sobre la evaluación de la competencia, 2019.

marco jurídico genera la producción de barreras regulatorias que generan un incremento en la operación informal y, por lo tanto, mercados ineficientes.

La falta de cultura de competencia genera que la administración central no identifique la distorsión de mercado que generará la norma que está emitiendo. Es decir, no hay una ponderación entre los fines que busca alcanzar la norma y el impacto en el proceso competitivo que puede generar. El marco normativo puede enfrentarse a un problema de agencia en el que las normas prescritas no tienen como finalidad el bienestar público⁵⁷. Con frecuencia son los intereses políticos o personales del regulador los que motivan la construcción de la norma⁵⁸.

La falta de regulación técnica en materia económica genera barreras burocráticas que incrementan los costos de operación en el mercado. El efecto inmediato será que el operador económico que decide no ingresar al mercado, debido a los altos costos que le limitan poder competir contra los incumbentes. Además, por la escasa regulación y control del sector informal habrá operadores que decidan participar desde la sombra⁵⁹. El efecto mediato será la disminución en la eficiencia dinámica y asignativa, así como pérdida de peso muerto por la concentración y dominancia del mercado.

5.1.1. Evaluación previa del marco competitivo

Por las repercusiones en el proceso competitivo, la regulación de los fallos de mercado debe ser implementada a prima facie -y no de manera definitiva- a razón de limitar una potencial barrera regulatoria. De manera constante, la administración central emite normas y reglamentos que impactan en el mercado y su participación. Por la falta de análisis de los potenciales efectos, las regulaciones se convierten en barreras burocráticas que impiden la entrada y permanencia en el mercado⁶⁰. Es decir, el remedio propuesto por la autoridad genera más perjuicios que el contrafactual.

Es pertinente entonces un análisis costo-beneficio sobre la intervención correctiva, que evalúe los beneficios o efectos adversos que puede generar en el mercado⁶¹. Esta evaluación, determinará si los costos del fallo de mercado, al que se dirige la norma, justifican su publicación. Se trata de una ponderación entre el fin que busca la

⁵⁷ Bob Hudson, David Hunter y Stephen Peckham, Policy failure and the policy-implementation gap: can policy support programs help?, *Policy Design and Practice* (2019)

⁵⁸ UNCTAD, "The role of competition policy in promoting economic development: The appropriate design and effectiveness of competition law and policy", (Ginevra, 2010), 5.

⁵⁹ El término 'a la sombra' es también utilizado para referirse a las actividades informales.

⁶⁰ John Armour et al, *Principles of Financial Regulation* (Oxford: Oxford University Press, 2016), 277.

⁶¹ En el derecho de competencia, de manera general, los beneficios se miden por la eficiencia económica y el bienestar agregado

norma, y el impacto mediato e inmediato que puede generar en el mercado. Por los objetivos de carácter social que recoge el ordenamiento jurídico ecuatoriano, no todas las normas que generen ineficiencia económica podrán ser impugnadas.

La agencia de competencia, por sus atribuciones contenidas en la ley⁶² y su conocimiento técnico, es el órgano competente para realizar que este ejercicio preventivo; garantizando el procedimiento competitivo y el cumplimiento de los objetivos que rodean su funcionamiento⁶³. La evaluación de la agencia evitaría que una norma impertinente llegue a desplegar sus efectos en el mercado. Así también, podría brindar los lineamientos necesarios para adecuar la norma en evaluación, a fin lograr su propósito y distorsionar en la menor medida posible el mercado⁶⁴. La política de la competencia vista como marco normativo no solo cuida la contestabilidad del mercado, si no que genera, a través de las normas, las condiciones ideales para la participación eficiente de un mayor número de operadores económicos.

5.1.2. Control posterior

Por las numerosas barreras burocráticas existentes en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, es necesario también un análisis ex-post que permita su reconocimiento y eliminación, para reanudar el proceso competitivo⁶⁵. La SCPM propone un análisis legal-económico⁶⁶, dividido en dos etapas: legalidad y proporcionalidad de la barrera normativa⁶⁷. La primera analizará la competencia de la entidad emisora y la concordancia de la norma con el ordenamiento jurídico. La segunda estudiará la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la barrera normativa⁶⁸.

La agencia puede identificar las barreras regulatorias de los estudios de mercado en los que determina el poder de mercado⁶⁹, o en los estudios de mercado que ocasionalmente realiza⁷⁰. Una vez se reconozca a la norma como barrera burocrática, la

⁶² Artículo 38 numerales 12, 13, 15, 26, 77, LORCPM

⁶³ El derecho de competencia ecuatoriano comprende también objetivos de carácter social definidos en la Constitución.

⁶⁴ UNCTAD, *The role of competition policy in promoting economic development: The appropriate design and effectiveness of competition law and policy*, (Ginevra, 2010), 5.

⁶⁵ Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, *Acuerdos y Prácticas Restrictivas*, “Guía para la investigación de acuerdos y prácticas restrictivas”, Superintendencia de Control del Poder de Mercado (2021), 15

⁶⁶ Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia. “Metodología para la identificación, revisión y eliminación de barreras normativas”. Superintendencia de Control de Poder del Mercado, (Quito, 2020)

⁶⁷ *ibid*

⁶⁸ Farith Simon, ‘Introducción al estudio del derecho’ *Colegio de Jurisprudencia Universidad San Francisco de Quito*, (Quito, 2019) 175.

⁶⁹ Artículo 8, LORCPM

⁷⁰ Artículo 38, LORCPM

agencia recomendará su eliminación a fin de coadyuvar a reducir los costos de la operación económica y generar condiciones favorables que permitan el proceso competitivo⁷¹. La eliminación de las barreras burocráticas permite el ingreso de nuevos operadores que generarán presiones competitivas sobre los incumbentes.

El análisis de las barreras burocráticas existentes en el mercado es sin duda una de las herramientas más importantes para propender la competencia. En mercados altamente concentrados el poder de una firma dominante puede contribuir a la creación de estas barreras⁷². Por medio de su eliminación, se promueve el ingreso de nuevos competidores, entre ellos los informales, que podrían generar las presiones competitivas relevantes al poder de mercado del incumbente. La eliminación de las barreras burocráticas al permitir mayores presiones competitivas contribuye también a un mercado más democrático, que limita el poder de una firma para incidir en el desarrollo de políticas públicas.

5.2.Papel de la Superintendencia

En los últimos años, la SCPM ha emitido diferentes guías, entre ellas la Metodología para la identificación, revisión y eliminación de las barreras de entrada. Sin embargo, los mercados que ha decidido analizar no permiten vislumbrar con claridad los propósitos que persigue la agencia. El año pasado, la SCPM anunció el inicio de la primera evaluación de barreras normativas⁷³. En relación a la reciente legalización de la siembra y cosecha de cannabis, se estudiará el requisito del mínimo de hectáreas para cultivar cáñamo⁷⁴. En adición, se evaluará el mercado de los derivados del petróleo y el número mínimo de centros de distribución para comercializar combustibles, como requisito de ingreso al mercado⁷⁵.

Por los limitados recursos de la agencia es necesario la ponderación de las distorsiones del mercado con mayor impacto. Empíricamente se ha demostrado la pérdida

⁷¹ La implementación de esta metodología se basó en la Comisión de Barreras Burocráticas del Instituto Nacional de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, INDECOPI.

⁷² Una firma dominante puede incidir en el proceso democrático de desarrollo de políticas públicas y normas, a fin de adecuarlas a su conveniencia, creando una barrera normativa, e impedir el ingreso de nuevos operadores que atenten contra su cuota de mercado.

⁷³ Comunicado No. 008 SCPM inicia el análisis para identificación de posibles barreras normativas.

⁷⁴ Reglamento para la importación, siembra, cultivo, cosecha, post cosecha, almacenamiento, transporte, procesamiento, comercialización y exportación de cannabis no psicoactivo o cáñamo y cáñamo para uso industrial, publicado en el Registro Oficial, Suplemento 2, de 30 de marzo de 2021. Ministerio de Agricultura y Ganadería. Hasta la entrega de este trabajo, a pesar de la prescripción contenida en el Instructivo de la Metodología. Resolución N° SCPM-DS-2021-03.

⁷⁵ Registro Oficial Suplemento No 339, de 27 de noviembre de 2020.

de eficiencia económica que genera la operación informal⁷⁶. Este fenómeno económico tiene lugar en los mercados con el mayor número de barreras de entrada; aquellos a los que debería ir dirigido el análisis de la agencia. La eliminación de las barreras burocráticas en estos mercados, al permitir la formalización e ingreso de los operadores informales, previene el desarrollo de conductas anticompetitivas, y limita el poder que una firma puede tener para distorsionar el mercado o el proceso democrático.

5.3. Eliminación de las barreras burocráticas

La eliminación de las barreras de entrada burocráticas aún es un reto para la Superintendencia⁷⁷. El ámbito de aplicación y atribuciones de la agencia con respecto a la eliminación de barreras de entrada no es preciso. La LORCPM indica que la agencia, en ejercicio de sus atribuciones, podrá promover medidas de control tendientes a la eliminación de las barreras de entrada⁷⁸. Posteriormente, indica que la agencia podrá proponer la remoción de las barreras regulatorias o de hecho⁷⁹.

La naturaleza transversal de la política de competencia solo puede ser efectiva cuando se pone en práctica por parte de la agencia⁸⁰. La guía de detección de barreras regulatorias indica que la agencia recomendará la eliminación de la barrera⁸¹. La falta de fuerza vinculante de dicha recomendación limita la capacidad de la agencia y el alcance de los objetivos que persigue la política de competencia. Por tanto, es imprescindible brindar a la agencia las herramientas necesarias para el control y eliminación de barreras burocráticas, a fin de cumplir con los objetivos del derecho de competencia, y a la luz de este trabajo, permitir el traslado del sector informal para propender el proceso competitivo.

La política de competencia pertenece a la función ejecutiva, y actúa por medio de la Junta de Regulación del Poder de Mercado, JRPM⁸². En correspondencia con sus

⁷⁶ Leandro Medina and Friedrich Schneider, “Shedding Light on the Shadow Economy: A Global Database and the Interaction with the Official One” *CESifo Working Papers* (2019), 16.

⁷⁷ OCDE, Exámenes inter-pares de la OCDE y el BID sobre el derecho y política de competencia: Ecuador, (2021) 18.

⁷⁸ Artículo 38 numeral 21, LOCPM

⁷⁹ Artículo 38 numeral 24, LORCPM

⁸⁰ UNCTAD, “The role of competition policy in promoting economic development: The appropriate design and effectiveness of competition law and policy”, (Ginevra, 2010), 10.

⁸¹ Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia. “Metodología para la identificación, revisión y eliminación de barreras normativas”. Superintendencia de Control de Poder del Mercado, (Quito, 2020)

⁸² En principio, la Junta de Regulación es el órgano encargado de la emisión de disposiciones reglamentarias y control del marco normativo de la política de competencia. Sin embargo, su inactividad deja a la SCPM como la única opción para realizar este ejercicio.

atribuciones de control técnico, evaluación y rectoría⁸³, la JRPM tiene en principio, la competencia para prescribir la modificación o derogación de las normas que distorsionen el mercado⁸⁴. No obstante, la ley no determina de manera específica y clara los parámetros de la capacidad de la agencia para la promoción y protección de competencia por medio de la eliminación de las barreras de entrada. Las propuestas evaluadas a continuación parten de la hipótesis de una modificación a la LOCPM a fin de otorgar a la autoridad de competencia la capacidad suficiente para la eliminación de las barreras regulatorias, y posterior ingreso de los operadores informales.

5.3.1. Declaración de nulidad de oficio

La eliminación directa de la barrera normativa por parte de la agencia surge del principio de la autotutela de la administración pública⁸⁵, entendido como la capacidad que tiene la administración para poder proteger sus propios intereses sin recurrir al poder judicial⁸⁶. Por tratarse de actos administrativos que tienen por efecto impedir u obstaculizar el acceso de los operadores económicos al mercado, las barreras normativas contravienen el ordenamiento jurídico ecuatoriano en materia de competencia. Por ello, declarar de oficio de nulidad del acto administrativo permite conservar la armonía del marco normativo y la protección del proceso competitivo.

En las barreras burocráticas la capacidad de eliminación directa es fundamental por el conocimiento técnico de la agencia y por la distorsión en el mercado que genera la permanencia de la barrera de entrada. Por los perjuicios en el proceso competitivo, la eliminación de la barrera no puede depender de la voluntad de la entidad emisora por ceñirse a la recomendación de la agencia de competencia. Es intuitivo pensar que la entidad emisora no tendrá los incentivos suficientes para ir en contra de sus propios actos administrativos. Por lo que optará por conservar la barrera burocrática; distorsionando la competencia del mercado.

A propósito de la generación de condiciones suficientes para propender la competencia en el mercado, la eliminación de las barreras normativas es la herramienta principal para reducir los costos de la formalización y permitir el ingreso y eficiencia de nuevos operadores económicos. A contrario sensu, la conservación de las barreras

⁸³ Artículo 10 numeral 2, Estatuto Régimen Jurídico Administrativo Función Ejecutiva. R.O. Suplemento No. 411 de 31 de marzo de 1994.

⁸⁴ Art. 50 del Reglamento a la LOCPM.

⁸⁵ Artículo 132, Código Orgánico Administrativo. R.O. Suplemento 31, de 07 de julio de 2017.

⁸⁶ Hugo Olgún, Extinción de los actos administrativos. Revocación, invalidación y decaimiento (Santiago: Editora Jurídica de Chile, 1961), 293.

burocráticas contribuye al crecimiento del sector informal, a la concentración del mercado. Así también, propende a la generación de conductas anticompetitivas a raíz de la dominancia de los incumbentes.

5.3.2. Impulso de la eliminación

Por otro lado, y frente al reto de brindar a la SCPM la capacidad suficiente para ir en contra de los actos de la administración central⁸⁷, queda el impulso del procedimiento de declaración de nulidad. A fin de lograr eliminar la norma, y no depender de órgano que la emitió, la SCPM podría iniciar el procedimiento de declaración de nulidad del acto administrativo en el área judicial. De esta forma, se permitiría que la entidad emisora defienda los intereses que la norma buscó proteger.

No obstante, el riesgo de esta propuesta recae en la poca cultura de competencia que existe en Ecuador y que podría reflejarse en la decisión del juzgador. Por ello, el impulso procesal para la declarativa de nulidad de un acto administrativo que contiene una norma burocrática solo podrá ser efectivo si el juzgador cuenta con el conocimiento suficiente para analizar los efectos de la distorsión del mercado.

Las propuestas abordadas tienen la finalidad de exponer las alternativas que podría tener la agencia para examinar y eliminar las barreras normativas. Sin duda, una distinción entre el rango de la norma para su eliminación directo o recomendación ante el juzgador permitiría un mejor ejercicio de control. Sin embargo, independientemente de la fuerza vinculante, la metodología de eliminación de las barreras solo será idónea si la autoridad de competencia centra su análisis en barreras que exacerban la informalidad. La eliminación de las barreras burocráticas permite la operación formal de la firma, y el acceso a mejores formas de financiamiento y beneficios estatales que contribuyan su crecimiento y competitividad en el mercado. Consecutivamente, la formalidad permite una mayor eficiencia de la firma y del proceso competitivo.

5.4. Experiencia de otras agencias de competencia

En experiencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, INDECOPI, proveer a la agencia con las herramientas jurídicas necesarias facilita la promoción de la competencia y contribuye a la disminución del sector informal⁸⁸. La Comisión de Eliminación de Barreras

⁸⁷ La institucionalidad de la eliminación de oficio de las barreras bucráticas le tomó a la agencia peruana 10 años.

⁸⁸ OCDE, The Role of Competition Policy in Promoting Economic Recovery, Background Note by the Secretariat (2020).

Burocráticas evalúa activamente el marco normativo a fin de detectar barreras burocráticas⁸⁹; propone dos mecanismos para su derogación. Si se trata de una norma de menor jerarquía, la agencia interpone una demanda de acción popular para la derogación o declaración de nulidad. En cambio, si se tratare de normas con rango de ley⁹⁰ la agencia interpone una demanda de inconstitucionalidad ante la defensoría del Pueblo⁹¹.

La investigación de las barreras burocráticas iniciará de oficio, a petición de una entidad pública o por denuncia de los operadores informales. La resolución que identifica como barrera burocrática a una normativa, incluye también la sanción del funcionario emisor. En suma, la agencia puede dictar medias cautelares que suspendan los efectos del acto administrativo, a fin de evitar la distorsión del mercado. En el 2019, la agencia eliminó 3130 barreras burocráticas⁹².

Así también, la Comisión Federal de Competencia Económica, COFECE, promueve los marcos jurídicos pro competitivos a través de una revisión sistémica de leyes y reglamentos de los principales sectores económicos, por cada estado de México: agropecuario, contratación pública, transporte público, desarrollo urbano y ejercicio profesional⁹³. La agencia inventaria las leyes y reglamentos vigentes a determinada fecha, revisa su marco jurídico y los contrapone con los principios fundamentales de la competencia. La COFECE de manera sucinta detalla porqué la barrera limita la concurrencia del mercado y propone el cambio de la norma o su eliminación. De esta forma, la agencia busca brindar los cimientos que permitan la reforma regulatoria. Así mismo, la COFECE brinda asesoría técnica en materia de competencia en los proyectos de normativa.

Permitir la eliminación directa de las barreras burocráticas, o el impulso del proceso para la declaratoria de nulidad permite control al problema de agencia que se distingue en regulación económica. La eliminación de las barreras burocráticas responde a los objetivos del derecho de competencia ecuatoriano, Por un lado, permitir la formalidad de los sectores informales contribuye a tener mercados más democráticos, en

⁸⁹ Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas. Decreto Legislativo N.1256 del 8 de diciembre de 2016.

⁹⁰ Son normas emitidas por municipios o entidades del mismo rango que la agencia.

⁹¹ Artículo 11 Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas.

⁹² INDECOPI, La Secretaría Técnica Regional de Eliminación de Barreras Burocráticas logró la eliminación voluntaria de 3720 barreras burocráticas ilegales por parte de veintitrés entidades de Arequipa (2020). Ver en: <https://www.indecopi.gob.pe/-/la-secretaria-tecnica-regional-de-eliminacion-de-barreras-burocraticas-del-indecopi-logro-la-eliminacion-voluntaria-de-3720-barreras-burocraticas-ileg>

⁹³ COFECE, Miscelania de Obstaculos Regulatorios a la Competencia, Anaisis a la Normativa Estatal (Mexico DF, 2014).

los que el poder de mercado no está relacionado con la capacidad de influir en el desarrollo de normativas. Por otro, el ingreso de un mayor número de operadores presiona la participación de los incumbentes, generando mayor eficiencia económica.

6. Barreras Estratégicas

Una vez que se ha analizado la repercusión de las barreras burocráticas en los costos de la operación formal, y eficiencia del mercado, cabe estudiar las barreras artificiales como el segundo impedimento para la formalidad. Como se ha mencionado, la operación informal también tiene lugar por la alta concentración de los mercados económicos, que permiten la creación de barreras estratégicas. A fin de mantener su cuota de participación y poder de mercado, los incumbentes, generan barreras de entrada para impedir el ingreso de nuevos participantes⁹⁴. Como consecuencia, y ante los altos costos de participación, el potencial competidor optará por participar de manera informal, a fin de reducir sus costos y ser atractivo para el consumidor, o por no participar en absoluto.

De esta forma, se perpetúa la posición de mercado de los incumbentes, la falta de eficiencias, entre ellas la pérdida de peso muerto, y la reducción del excedente del consumidor. En adición, la participación en la sombra también generará ineficiencias económicas por la incapacidad de producción a escala y el incumplimiento de sus obligaciones⁹⁵. Frente a ello, la política de competencia debe dar los pasos necesarios para generar en el mercado las condiciones que permitan retomar el proceso competitivo. En el caso de las barreras estratégicas, el papel de la agencia comienza por prever las conductas anticompetitivas que puede orquestar un operador dominante.

La capacidad de generar barreras estratégicas que distorsionen la competencia depende del poder de mercado del operador⁹⁶. El derecho de competencia prescribe un análisis previo a permitir la acumulación artificial de poder del mercado, por ejemplo, por medio de la evaluación de concentraciones horizontales y verticales⁹⁷; y también ex post, a partir de estudios esporádicos de los mercados⁹⁸. Sin embargo, la falta de profundidad en la delimitación de la estructura del mercado no permite reconocer los potenciales efectos generados a partir del poder de mercado un operador: imposición de barreras estratégicas que desplazan a los operadores a la informalidad.

⁹⁴ Por ejemplo: planes de fidelización y costos de cambio de proveedor, precios predatorios, etc.

⁹⁵ Pago de impuestos, sueldos mínimos, tarifas y licencias que aseguren la calidad del bien o servicio.

⁹⁶ OCDE, Competition and Barriers, Policy Brief (2007), 2

⁹⁷ Artículo 16, LORCPM

⁹⁸ Artículo 8 y 38, LOCPM

6.1. Definición del Mercado Relevante

La importancia de la correcta delimitación del mercado relevante, a la luz de este trabajo, radica en dos esferas: la validez de las resoluciones emitidas por la SCPM, y la institucionalidad de la agencia. Sobre la primera, con respecto a la definición del mercado relevante, es la base del análisis técnico que realiza de la autoridad de competencia. Sobre ella se fundamentará la negativa, permiso o remedio que prescriba. La imprecisión en la delimitación del mercado relevante puede ocasionar la declaración de nulidad de las resoluciones⁹⁹, y permitir el despliegue de los efectos de la concentración económica, que la autoridad buscó evitar.

En los mercados altamente concentrados -a fin de evitar los abusos de poder de mercado- es fundamental el control de la agencia para limitar una mayor dominancia de los incumbentes, y de manera consecutiva, el incremento del sector informal¹⁰⁰. De esta forma, el análisis del mercado relevante debe comprender un estudio técnico suficientemente profundo para asegurar la efectividad a las resoluciones que emite la agencia. De esta forma, la autoridad de competencia podría limitar una acumulación artificial de poder de mercado y un aumento en las barreras de entrada.

Sobre la segunda, actualmente la agencia no considera la cuota de participación de los operadores informales, debido a la falta de información que genera su participación sin registro. La falta de consideración de la participación informal genera un falso positivo sobre la cuota de mercado de los operadores, pudiendo -de manera errónea- atribuirles responsabilidad por conductas anticompetitivas¹⁰¹.

A largo plazo, las sanciones poco fundamentadas generan la pérdida de la institucionalidad de la agencia de competencia. Esto puede repercutir, por ejemplo, en la efectividad de sus resoluciones, en la denuncia de actividades anticompetitivas, y consecuentemente en el alcance de sus objetivos.

6.2. Estudio de mercados

La Superintendencia, en concordancia con las atribuciones contenidas en el artículo 28 de la LORCPM analiza la estructura de diferentes mercados a través de la

⁹⁹ En el caso *El Rosado v Superintendencia de Control del Poder del Mercado*, la Corte Nacional declaró la nulidad de la Resolución emitida por la SCPM al encontrar que la definición del mercado relevante era insuficiente, por lo que la multa que la Comisión prescribió era incoherente también. Ver en Juicio No.-00608-2016. <http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>

¹⁰⁰ Gal, Michal S., Mor Bakhoum, Josef Drexler, Eleanor M. Fox, and David J. Gerber, eds. 'Generating instead of Protecting Competition' en *The Economic Characteristics of Developing Jurisdictions*, (Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2015).

¹⁰¹ Eduardo Perez Motta and Georgina Santiago Gatica, 'El papel de la política de competencia frente a la Economía Informal' *Centro de Competencia* (2021).

delimitación de los sustitutos de demanda y oferta. Este ejercicio le permite conocer las cuotas de participación, la concentración del mercado y las barreras de entrada, permanencia y salida. El ámbito de la LORCPM rige a todas las unidades económicas del mercado¹⁰². Sin embargo, por la falta de registro e información de los operadores informales, la autoridad de competencia no incorpora en su análisis a los operadores informales. Se pueden distinguir dos efectos a partir de lo mencionado.

Primero, no analizar la participación de los operadores informales genera un desconocimiento absoluto sobre la naturaleza de su actividad económica. Los operadores informales pueden llegar a ser el operador monopolístico de un mercado. En Ecuador, por el limitado acceso a las zonas rurales, es común la participación de operadores informales como única opción para los consumidores¹⁰³. Por ello, la falta de análisis de las cuotas de participación de los operadores informales impide distinguir las conductas anticompetitivas que pudieren efectuar, a fin de conservar su dominancia. En adición, la falta de sanción por contravención de la LOCPM incentiva la operación informal.

Segundo, la importancia de incluir a los operadores informales en el estudio de mercado que realiza la autoridad tiene que ver con el espectro de conocimiento de los mercados. A través del entendimiento de la estructura del mercado, se podrá redirigir la operación de la autoridad y de las políticas de competencia, a fin de cumplir con los objetivos comprendidos en la ley. El análisis de los mercados estratégicos para la economía ecuatoriana, en los que generalmente existe una gran participación informal, son necesarios para reconocer y eliminar las barreras estratégicas, y permitir la entrada nuevos operadores y una mayor eficiencia en la operación económica de los operadores, a través de la formalidad.

En los estudios de mercado, con frecuencia se identifica la advertencia de la falta de información necesaria para determinar la estructura del mercado¹⁰⁴. En esta medida, el análisis de los mercados que realiza la agencia, no le permiten tener un conocimiento certero sobre las distorsiones del proceso competitivo. Como se mencionó en previamente, la agencia no contempla la cuota de participación de los operadores informales. Por lo que, no existe un reconocimiento de causa-efecto de la operación

¹⁰² Artículo 4, LORCPM.

¹⁰³ Rafaela Bastidas and Nicolas Acosta, "Misallocation and manufacturing TFP in Ecuador: formal, semi-formal and informal firms" *Journal of Economic Structures* (2019).

¹⁰⁴ Estudio de mercado del sector lácteo. Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia. Informe SCPM-IGT-INAC-002-2019.

informal que permita el direccionamiento de la política de competencia hacia la revigORIZACIÓN del proceso competitivo.

6.3.Potencial Competencia

En la definición del mercado hay tres principales presiones que se estudian: sustituibilidad de la demanda, sustituibilidad de la oferta y la competencia potencial¹⁰⁵. La tercera presión es un análisis posterior a la definición del mercado porque depende de la determinación de la participación de los operadores económicos¹⁰⁶. En los últimos años, a raíz de la propensión a la competencia como objetivo del derecho de competencia, se ha retomado el análisis de la competencia potencial¹⁰⁷. El estudio de este tercer elemento es sobre todo importante en las EED, debido a sus mercados altamente concentrados y al gran número de pequeñas y medianas empresas que constantemente operan en la informalidad; y que de manera potencial -pero económicamente ineficiente- generarían presiones competitivas en la operación de los incumbentes.

La competencia potencial puede ser definida como las presiones competitivas que moderan la operación económica de los incumbentes, a pesar de no encontrarse actualmente en el mercado¹⁰⁸. En los mercados en los que la participación informal es alta, es fundamental poder determinar si el poder de mercado de una operación de concentración económica limitará -en mayor medida- la entrada de nuevos participantes; exacerbando la operación informal. En los estudios de mercado que realiza la agencia, por basarse en una prueba de dominio¹⁰⁹, no se analiza a profundidad los impactos hacia competencia potencial.

Actualmente, la mayoría de las agencias de competencia utilizan la prueba de Disminución Sustancial de la Competencia, DSC, para analizar el mercado en cuanto a concentraciones económicas¹¹⁰. Esta prueba analiza los efectos que la concentración generaría en el mercado -o en la actual competencia- y su incidencia frente a la naturaleza potencial competitiva¹¹¹. La implementación del DSC permitiría evaluar a profundidad las características del mercado y los efectos que una concentración generaría en los

¹⁰⁵ Comunicación de la Comisión, Relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia. (97/C 372/03)

¹⁰⁶ Ibid

¹⁰⁷ Michal Gal S et al., "The informal economy and its interface with competition law and policy" (Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2015).

¹⁰⁸ También puede ser conocida como la competencia actual potencial.

¹⁰⁹ Artículo 15, LORCPM.

¹¹⁰ OCDE, Exámenes inter-pares de la OCDE y el BID sobre el derecho y política de competencia: Ecuador, (2021) 18.

¹¹¹ OCDE, The Concept of Potential Competition, (2021)

potenciales competidores¹¹². El análisis de los efectos en el mercado permite -en mejor medida- distinguir las barreras estratégicas que una concentración económica puede llegar a ocasionar; entre ellos, el desplazamiento de los participantes hacia la operación informal.

7. Infraestructura del Estado

En adición a las barreras de entrada generadas por la concentración de los mercados en las EED, las firmas deciden operar en la informalidad por dos razones adicionales: la falta de infraestructura del estado que obligue el cumplimiento del ordenamiento jurídico, y por el desconocimiento de las ventajas del sector financiero y comercial. Sobre la primera, los costos de operar en la informalidad son más bajos por el incumplimiento de diferentes obligaciones como el pago de impuestos y sueldo mínimo de trabajadores¹¹³. Sin embargo, el incumplimiento solo podrá ser más barato -y atractivo- si el riesgo de captura es bajo¹¹⁴. Consecuentemente, para desincentivar la operación informal es necesario el *enforcement* del estado de derecho.

A fin de propender el proceso competitivo, la abogacía de la competencia puede introducir la ineficiencia causada por la operación formal e incentivar el desarrollo de políticas públicas dirigidas también al fortalecer el cumplimiento del marco normativo¹¹⁵. De esta forma, aumentarían los costos de la operación informal por el riesgo de captura, y habrá un mayor incentivo para el registro de la firma. Junto a bajas barreras burocráticas, habrá mayor número de operadores eficientes pueden ingresar al mercado.

Sobre la segunda, muchas veces por la naturaleza del operador informal, al tratarse de una microempresa no registrada, generalmente no cuenta con una administración técnica que guíe un crecimiento exponencial de la producción¹¹⁶. Ante ello, la abogacía de la competencia puede incentivar políticas públicas dirigidas a informar los beneficios de operar de manera formal, ya sea por la capacidad de comercializar o por el acceso a fuentes de financiamiento.

¹¹² Carolina Trejos, Mercado relevante y criterio de análisis en las operaciones horizontales de integración en Colombia. Revista de Derecho Privado N.48, (2012), 14

¹¹³ OCDE, Promoting Pro-Poor Growth, Policy Guidance for Donors (2007), 65.

¹¹⁴ OECD, "Competition Policy and the Informal Economy" *Policy Roundtables* (2009).

¹¹⁵ Thula Kaira, 'The Role of SMMEs in the Formal and Informal Economy in Zambia: The Challenges Involved in Promoting Them and Including Them in Competition Regulation' in David Lewis (ed.), *Building New Competition Law Regimes* (Edward Elgar/IDRC, 2013).

¹¹⁶ Rita Ramalho, "Should competition agencies care about the informal sector?", *Private Sector Development Blog* (2009).

7.1. Políticas públicas

A diferencia de otras economías, las EED cuentan con un gran número de participación informal que, si bien podría generar presiones competitivas sobre los incumbentes, también producen menor eficiencia en comparación a una operación formal¹¹⁷. En aras de propender la competencia, junto con la eliminación de las barreras de entrada e incentivos para la formalización, debe evaluarse la incapacidad de acceder a financiamiento por parte de los operadores informales. Los créditos para las microempresas, por ser los más riesgosos, cuentan con las cuotas más altas¹¹⁸; limitando la capacidad de crecimiento del operador y la posibilidad de formalización.

Por medio de abogacía de la competencia, pueden recomendarse la implementación de ayudas públicas a los operadores informales en los sectores de mayor relevancia. Esta medida, contribuiría a generar competencia en las zonas y mercados en con un solo operador económico. Esta política pública debe ir acompañada de un fuerte seguimiento del operador económico informal, a fin de asegurar su traslado a la formalidad y su eficiencia económica.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano permite la entrega de ayudas públicas por razones de interés social o público¹¹⁹. La ventaja a determinados operadores económicos se justificará siempre que respondan al bienestar general¹²⁰. En el caso del derecho de competencia ecuatoriano, el bienestar general podrá ser medido por la mayor cantidad de eficiencias económicas, pero también por los objetivos de carácter social contenidos en la ley¹²¹. En numerosas jurisdicciones el uso de las ayudas públicas es común para incentivar la participación y crecimiento de pequeños operadores económicos, a fin de desconcentrar los mercados¹²².

Una de las características de la operación informal es su operación mayoritaria en los sectores primarios de la economía ecuatoriana, tales como agricultura, ganadería y pesca. El adecuado funcionamiento de estos mercados es imperante sobretudo por tratarse de productos de primera necesidad. La pérdida de peso muerto en los sectores primarios genera más perjuicios en el consumidor que el resto de los sectores¹²³. Por ello, propender

¹¹⁷ Ana Maria Oviedo, Mark R. Thomas y Kamer Karakurum, ‘‘Economic Informality: Causes, Costs, and Policies—A Literature Survey’’ *World Bank Working Paper No. 167* (2009), 26.

¹¹⁸ John Armour et al, *Principles of Financial Regulation* (Oxford: Oxford University Press, 2016), 260.

¹¹⁹ Artículo 29, LOCPM.

¹²⁰ Artículo 4, LORCPM.

¹²¹ Artículo 336, Constitución de la República.

¹²² Esto ocurre en los mercados de la Unión Europea, específicamente en Alemania.

¹²³ OCDE, Exámenes inter-pares de la OCDE y el BID sobre el derecho y política de competencia: Ecuador, (2021).

el proceso competitivo en estos mercados debe ser una prioridad para las políticas públicas y pueden ser acompañadas del conocimiento técnico de la SCPM a efectos de medir las eficiencias, entrada y formalización de los operadores económicos.

En Alemania, a fin de promover la desconcentración de los mercados, en las zonas rurales del país, el gobierno implementó ayudas públicas para incentivar la entrada de operadores económicos privados¹²⁴. Las ayudas públicas, lejos de generar un impacto negativo en el proceso competitivo, contribuyeron a generar un mayor número de presiones competitivas. Las ayudas públicas dirigidas a los mercados altamente concentrados, por la falta de acceso a la infraestructura de gobierno, en las zonas rurales, generó un mayor impacto en la competencia y generación de eficiencias.

8. Recomendaciones

La propensión de la política de competencia a través de la formalización del operador informal responde a los objetivos recogidos en la ley. Las presiones competitivas que pueden generarse a través de la formalidad permiten el desarrollo de un mercado más democrático en el que se limita la incidencia de un operador dominante, por ejemplo, en el desarrollo de publicitas públicas. En adición, contribuyen a la desconcentración económica, permitiendo una mayor eficiencia asignativa del mercado.

En adición, por medio de la formalización de los operadores, la autoridad asegura el bienestar del consumidor, toda vez que la falta de registro limita el control del producto ofertado. En Ecuador, por la incidencia de la informalidad en los sectores primarios¹²⁵, y por ser en muchos casos la única opción de acceso a un producto, es necesario poder conocer con amplitud la naturaleza de los mercados y de los operadores económicos, a fin de asegure el bienestar del consumidor.

En adición, para que el trasplante institucional del derecho de competencia sea efectivo, debe generarse una cultura de competencia en concordancia con la autoridad de competencia y el poder ejecutivo. La efectividad de las políticas de competencia solo podrá tener lugar de manera efectiva cuando exista un convencimiento en el común imaginario, de la institucionalidad de la competencia. Esto permite el desarrollo de políticas publicas dirigidas al correcto funcionamiento del mercado, pero también a los recursos con los que cuenta la agencia para hacerlas efectivas.

¹²⁴ Tomaso Duso, Mattia Nardotto y Jo Seldeslachts, A Retrospective Study of State Aid Control in the German Broadband Market, *DIW Berlin* (2021), 35.

¹²⁵ Artículo 4 numeral 8, LORCPM

Finalmente, las políticas públicas dirigidas a la formalidad de los mercados contribuye a la brecha fiscal causada por la falta de recaudación de impuestos a los numerosos operadores informales. Adicionalmente, brinda un acercamiento a las pérdidas del sector formal por el alto contrabando en las fronteras ecuatorianas. Dicha actividad económica puede concebirse desde la competencia desleal¹²⁶, pero actualmente no es analizada por la autoridad de competencia por la falta de información sobre los mercados.

A fin de obtener la información necesaria para el direccionamiento de la política de competencia, es necesario fortalecer la cooperación institucional que brinde la información necesaria¹²⁷, pero también la creación de un órgano especializado dedicado a su obtención¹²⁸. Debe ampliarse la capacidad de denuncia de las barreras burocráticas, ya que la investigación solo podrá iniciarse de oficio¹²⁹; restringiendo el espectro de conocimiento que puede tener la autoridad de competencia.

9. Conclusiones

La eliminación de las barreras de entrada, junto con el papel de la política de competencia, fueron analizadas en este trabajo a fin de alcanzar los objetivos que prescribe la ley. Mediante el análisis del impacto de las barreras burocráticas y estratégicas se pudo conocer la necesidad de propender la competencia en los mercados, en lugar de solo proteger el proceso competitivo. Se abordaron las distintas medidas y políticas públicas que la autoridad de competencia puede incentivar, para la formalización de las operaciones económicas, a fin de lograr la efectividad del trasplante institucional.

En el desarrollo de esta investigación se evidenció la necesidad del reconocimiento de la realidad económica de los mercados, a fin de efectivamente lograr que el alcance de los objetivos que orbitan al derecho de competencia. Se evidenció que, la aplicabilidad y parámetros del derecho de competencia ecuatoriano no pueden ser los mismos que los que le inspiraron; es decir los de una economía desarrollada. Desconocer los fenómenos económicos propios de su mercado impiden el alcance de una mayor eficiencia económica y la institucionalidad de la aplicación del derecho de competencia. Reconocer la operación informal en el proceso competitivo, contribuye a desconcentrar los mercados y a largo plazo, reducir las potenciales conductas anticompetitivas.

¹²⁶ Artículo 27 numeral 9, LORCPM

¹²⁷ Artículo 20, LORCPM

¹²⁸ El operador económico conoce de primera mano los costos de participación en el mercado por lo que su colaboración es primordial para conocer la realidad del proceso competitivo.

¹²⁹ Puede ser a pedido del Superintendente o del Intendente General Técnico.

En una EED el impacto de no regular las conductas anticompetitivas relacionadas con el sector informal perpetúa las altas barreras de entrada y concentración del mercado. En adición, por tratarse de consumidores con gran sensibilidad al precio, el detrimento de su bienestar se traduce en la imposibilidad de acceder al mercado; incluso a productos de primera necesidad. Por la magnitud del sector informal en las EED la aplicación del derecho de competencia, en lineamiento con sus objetivos, es imperante.

A pesar de su extensión, la informalidad y su interrelación con la competencia ha sido poco analizada en la academia. Sin embargo, en el desarrollo de esta investigación se ha podido notar los esfuerzos por las autoridades de control por incentivar políticas públicas dirigidas hacia el sector informal. Esta investigación pretende iniciar la discusión del papel del derecho de competencia frente a uno de los fenómenos económicos propios de los mercados ecuatorianos, la informalidad, a fin de adecuar el trasplante institucional y propender el proceso competitivo.