

**JURISDICCIÓN CALIFICADA DE LA SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE
MERCADO PARA CONOCER CASOS DE COMPETENCIA DESLEAL A LA LUZ DE LA
AFECTACIÓN AL INTERÉS GENERAL¹**

**QUALIFIED JURISDICTION OF THE SUPERINTENDENCE OF MARKET POWER CONTROL
TO ACKNOWLEDGE UNFAIR PRACTICES BASED ON THE DAMAGES GENERATED TO THE
GENERAL WELL-BEING**

Mikaela Terán Arellano²
Mikaelateran06@gmail.com

RESUMEN

Este trabajo realiza un estudio respecto de la jurisdicción calificada que tiene la Superintendencia de Control del Poder de Mercado para conocer casos de competencia desleal, justificado en la afectación al interés general. Se demostrará que el artículo 26 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, cuyo origen yace en el artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia española, está redactando de tal manera que las autoridades administrativas tienen competencia para conocer prácticamente cualquier caso de prácticas desleales, con el agravante de que las multas son excepcionalmente altas y que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado no ha interpretado adecuadamente la norma.

ABSTRACT

The present essay carries out an analysis regarding the qualified jurisdiction of Superintendencia de Control del Poder de Mercado (Ecuadorian antitrust office) to acknowledge unfair practices based on the damages generated to the general well-being. The issue is based on the distortion of free competition. It will be demonstrated that the article 26 of the Organic Law of Regulation and Control of Market [LORCPM (Spanish acronym)] whose origin relies in article 3 of Spain's Competition Law, is written in such a way that the administrative authorities have the competence to know, and to resolve, practically any case that involves indications of unfair practices. The aforementioned is aggravated within the fact that there are no clear parameters of interpretation, and that Ecuador contemplates extremely high fines for these cases, in comparison with other jurisdictions.

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.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de 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.

PALABRAS CLAVE

Derecho Antimonopolio, Derecho de Antitrust Law, Competition Law, general Competencia, interés general, libre well-being, free market, unfair practices. mercado, prácticas desleales.

KEYWORDS

Fecha de lectura: XX de XXXXX de 2020
Fecha de publicación: XX de XXXXX de 2020

SUMARIO

1.Introducción. – 2. Régimen español 2.1Transformación del concepto de Derecho Antimonopolio y del Derecho de Competencia Desleal. El caso español – 2.2Aplicación artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia española: experiencia de la práctica decisoria. – 2.3 El estándar español: Elementos constituyentes del artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia española. – 3. Régimen ecuatoriano: origen del artículo 26 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado - 3.1 La práctica contradictoria que aumenta la deficiente técnica legislativa. El caso ecuatoriano - 3.2 El estándar ecuatoriano: elementos constituyentes del artículo 26 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado - 3.3 Los problemas de amplitud del estándar a la luz de las potenciales multas - 4. Críticas al modelo español y al modelo ecuatoriano - 5. Conclusiones

1. Introducción

El presente trabajo pretende analizar cuál es el factor que transforma una reclamación de naturaleza privada, como la competencia desleal, en una ofensa *antitrust* que se persigue como una ofensa de interés público. Lo anterior, a la luz del ilícito tipificado en el artículo 26 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), que encuentra su origen en el artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia española (LDC 2007). Este artículo resulta en un precepto híbrido en parte de competencia desleal³ y en parte *antitrust*⁴, cuya aplicabilidad ha sido cuestionada tanto en España, como en Ecuador, agravándose el problema en el país porque el legislador ecuatoriano ha ampliado su ámbito de aplicación, a la vez que impuso multas excepcionalmente altas.

La LORCPM comparte rasgos con la LDC 2007, por lo que resulta evidente que ciertos conceptos y normas de dicha ley generen confusiones en este país. Ecuador⁵ ha adoptado este híbrido español como mecanismo de cierre para resolver conflictos respecto del correcto funcionamiento del mercado. El objeto de la LORCPM radica en buscar el beneficio de los consumidores a través de la protección de los mecanismos del mercado. A esta visión ortodoxa se suman algunos objetivos de raigambre ideológico, como la protección del comercio justo o el bienestar general de los consumidores y usuarios; sin embargo, es justamente en este punto en el cual se ha discutido la peculiaridad que abarca esta ley pues, su artículo 26 establece la posibilidad de que ciertas conductas encasilladas como actos de competencia desleal puedan ser juzgadas y sancionadas por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM), siempre y cuando se genere una afectación al interés general, teniendo este órgano el poder de intervenir e imponer multas sumamente severas.

Para realizar el análisis pertinente; en primer lugar, se analizará el origen del artículo 3 de la LDC 2007, como antecedente directo del artículo 26 de la LORCPM; en

³ Ver, Fernando Díez Estella, *El art.3 LDC: falseamiento de la competencia por actos desleales* (Barcelona: Wolters Kluwer, 2017), 508 (el Derecho de Competencia Desleal es descrito como un conjunto de normas que sancionan aquellas conductas empresariales que atentan contra la corrección en la realización de actividades competitivas en el mercado)

⁴ Ver, Alfonso Soto, *Competencia desleal y defensa de la competencia en España* (España: Información Comercial Española, 1996), 750 (el Derecho Antimonopolio o Derecho *antitrust* busca regular la libertad de competencia y sancionar los comportamientos de los empresarios u operadores económicos que impidan la existencia de competencia en el mercado)

⁵ Ver, Ley Orgánica de Regulación de Control de Poder de Mercado, [LORCPM] , R.O. Suplemento 555 de 13 de octubre de 2011 (norma que revolucionó el Derecho de Competencia en el Ecuador, al constituir el primer régimen antimonopolio)

segundo lugar, se analizará el estándar ecuatoriano, en lo que respecta a la aplicación, por parte de las autoridades de la SCPM, del artículo 26 de la LORCPM; en tercer lugar, se analizará el por qué de la crítica al artículo 3 de la LDC 2007 y cómo a partir de esta crítica se cuestiona el estándar utilizado en Ecuador; finalmente, se intentará concluir si este híbrido se está incorporando de manera adecuada en el ordenamiento ecuatoriano, o si por el contrario, debería reformarse o eliminarse.

2. Régimen español

El artículo 3 de la LDC 2007⁶ establece la posibilidad de que se juzguen actos de competencia desleal como violaciones *antitrust* cuando se encuentren revestidos de aptitud para falsear la libre competencia y afectar al interés público. Este artículo constituye un precepto híbrido en parte de competencia desleal y en parte *antitrust*, toda vez que tipifica un particular ilícito de competencia, se desvincula a los acuerdos restrictivos y al abuso de poder de mercado como supuestos ilícitos de competencia desleal y se crea un nuevo ilícito *antitrust*, constituido por elementos calificados de competencia desleal. El concepto antes mencionado termina con la marcada separación que existía entre el Derecho de Competencia Desleal y el Derecho Antimonopolio o *antitrust*, abriendo paso a una nueva aplicación del Derecho de Competencia que ha sido objeto de crítica desde su creación.

2.1 Transformación del concepto de Derecho Antimonopolio y del Derecho de Competencia Desleal. El caso español

En España, la regulación y sanción del Derecho de Competencia está construida, principalmente, por la Ley de Defensa de la Competencia y otras normas mayoritariamente de regulación sectorial. La Ley de Competencia Desleal, al menos como se concibió originalmente, no estaba vinculada de forma alguna al régimen de defensa de la libre competencia; esta separación normativa se encontraba justificada por el fin que persigue cada una de estas ramas del Derecho. El Derecho Antimonopolio o

⁶ Ver, Artículo 3, Ley 15/2007 [ley de defensa de la competencia española], N/D de 03 de julio de 2007 (“La Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas conocerán en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público”)

antitrust busca regular la libertad de competencia y sancionar los comportamientos de los empresarios u operadores económicos que impidan, restrinjan o falseen injustificadamente la libre competencia en el mercado; y, por otro lado, el llamado Derecho de Competencia Desleal que busca sancionar las conductas empresariales que atentan contra la honestidad en la realización de actividades comerciales en el mercado⁷.

En un principio, España mantenía un régimen de origen en el cual ambos sistemas presentaban varias diferencias (i) no compartían ámbitos de aplicación (ii) la normativa *antitrust* buscaba la protección de un interés público, mientras que las normas de competencia desleal buscaban proteger los intereses privados de los empresarios en conflicto (iii) la normativa *antitrust* atendía a la finalidad perseguida por las prácticas anticompetitivas, limitar o falsear la competencia, mientras que las normas de competencia desleal atendían al medio empleado en la realización de prácticas comerciales, la deslealtad⁸. Para J.J. Otamendi, en específico en el caso español, la Ley de Defensa de la Competencia tiene como objeto la protección del mercado; es decir, que busca garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público; y, por otro lado, la Ley de Competencia Desleal que protege intereses concretos de los intervinientes en el mercado⁹.

Esta clara distinción fue difuminada cuando aparece el denominado régimen social, en el cual el objeto de protección de la competencia desleal ya no yace solamente en los intereses individuales de los empresarios, sino que engloba el interés privado de los competidores, el interés colectivo de los consumidores y el interés público del Estado en tener un orden concurrencial honesto¹⁰. Así, se produce un acercamiento entre la legislación y los sistemas de control propios de la competencia desleal, con los sistemas de control y la legislación *antitrust*¹¹. El Derecho de Competencia Desleal muta y pasa de tutelar intereses de privados a dar importancia al orden público económico, limitando ese interés a un orden comercial honesto; y, cambia de ser un derecho de conflictos entre

⁷ Alfonso Soto, *Competencia desleal y defensa de la competencia en España* (España: Información Comercial Española, 1996), 750.

⁸ Ver, J. Alfaro Águila-Real, “Competencia desleal por infracción de normas”, *Revista de Derecho Mercantil* 159 (1981)

⁹ Ver, Juan José Otamendi, *Competencia desleal: Análisis de la ley 3/91* (Pamplona: Aranzadi, 1992)

¹⁰ Ver, M. Mercè Darnaculleta I Gardella, *La competencia desleal* (Madrid: Iustel, 2007), 230.

¹¹ Ver, Artículo 2, Decreto Legislativo 1044 [por medio del cual se regula la competencia desleal en Perú], N/D de 26 de junio de 2008 (establece la posibilidad de sancionar cualquier acto que sea considerado desleal, por el simple hecho de haberse puesto determinado bien o servicio a disposición de algún consumidor)

empresarios a constituirse como una normativa de organización y control de derecho de libertad económica¹².

Si bien esta convergencia pone en evidencia sus similitudes, las diferencias son suficientes para que la gran mayoría de países hayan decidido tratarlas de manera independiente, a excepción de España. Así, en 1989 nace el régimen híbrido, en el cual el legislador español comienza a plasmar la intención de incorporar en el ordenamiento jurídico este nuevo precepto, en parte *antitrust*, y en parte de competencia desleal. El artículo 7 de la Ley 16/1989¹³ de Defensa de la Competencia tipificaba conductas que no resultaban de un acuerdo restrictivo, y no presuponían un abuso competitivo, sino que establecía este nuevo precepto a través del sometimiento de determinados actos de competencia desleal, los que falseaban de manera sensible la competencia y por el mismo motivo afectaban al interés público, a los procedimientos de la normativa *antitrust*, contenidos en la LDC. Este precepto de la LDC de 1989 hizo del falseamiento a la competencia por actos desleales una de las conductas prohibidas, lo sometió a lo previsto en la propia ley en materia de procedimiento y sanciones, y atribuyó su conocimiento a los órganos de defensa de la competencia¹⁴.

2.2 Aplicación artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia española: experiencia de la práctica decisoria

La norma de 1989 terminó, de forma casi inalterada, reflejándose en el artículo 3 de la LDC 2007, mismo que incorpora los preceptos antes descritos de unificación del Derecho Antimonopolio, con el Derecho de Competencia Desleal; sin embargo, la aplicación y la existencia del mismo ha sido bastante cuestionada. La Comisión Nacional de la Competencia (CNC)¹⁵ ha manifestado en reiteradas ocasiones que, en la aplicación de este artículo la cuestión primordial es saber si las conductas analizadas, actos incardinados en las conductas sancionadas por la Ley de Competencia Desleal, tienen un

¹² Fernando Díez Estella. *El art.3 LDC: falseamiento de la competencia por actos desleales* (Barcelona: Wolters Kluwer, 2017), 509.

¹³ Ver, Artículo 7, Ley 16/1989 [ley de defensa de la competencia española], N/D de 18 de julio de 1989 (antecedente directo del ahora vigente artículo 3 de la LDC 2007)

¹⁴ José Massaguer. *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*. Estados Unidos: Thomson Reuters, 2012), 220.

¹⁵ Actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)

potencial de distorsión de la competencia que implique una afectación al interés público¹⁶. Uno de los casos con mayor relevancia es el denominado Caso Ascensores¹⁷, en el cual cinco empresas dedicadas a la fabricación, reparación y mantenimiento de ascensores fueron imputadas por haberse acreditado la existencia de infracciones al artículo 3 de la LDC 2007. Zardoya Otis, S.A., Schindler, S.A., Ascensores Eninter, S.L., Industrial de Elevación S.A. y Ascensores Imem, S.L. enviaron una serie de comunicaciones a sus clientes, acto que según la CNC ponía en duda la capacidad técnica de cada competidor, ocasionando que los consumidores no tengan libertad de elección. Por lo tanto, lo que este órgano valoró fue el saber si el actuar de dichas empresas, mediante actuaciones desleales, distorsionaba el mercado e impedía la entrada de competidores no fabricantes de ascensores. Respecto de la afectación al interés público, la CNC sostuvo que el hecho de que se envíen comunicaciones o modelos de cartas efectivamente afectaba a un número de consumidores; sin embargo, los infractores manifestaron que las cartas no se enviaban con habitualidad y que solamente se realizó a un número específico de clientes, por lo que las mismas no tenían aptitud para distorsionar el mercado. Sin embargo, se estableció que los infractores, al ser operadores verticalmente integrados que parten con una ventaja competitiva en el mercado de mantenimiento y reparación de ascensores, llevaron a cabo actos desleales que reforzaban las barreras de entrada en el mercado de terceros competidores, obstaculizando la competencia e impidiendo la consolidación de pequeñas y medianas empresas; y que, por lo tanto, se verificaba la concurrencia de los elementos estructurales del artículo 3 de la LDC 2007.

Otro caso hito es el denominado caso Gas Natural¹⁸ en el cual Iberdrola presenta una denuncia en contra de Gas Natural Comercial SDG, S.L., por presunta denigración, acto que se desarrolló en un momento temporal en el cual la distribución de gas tenía carácter de actividad regulada y se desarrollaba en régimen de monopolio, mientras que la comercialización se desarrollaba en régimen de competencia libre. La conducta de Gas Natural consistió en el envío de cartas que contenían afirmaciones que resultaban aptas

¹⁶ Ver, ENDESA expediente S/0304/10, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia c. ENDESA ENERGÍA XXI, S.L., Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, Resolución del Consejo, 11 de junio de 2012.

¹⁷ Ver, Expediente S/410/12, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia c. ZARDOYA OTIS, S.A., SCHLINDLER, S.A., ASCENSORES ENINTER, S.L., INDUSTRIAL DE ELEVACIÓN S.A., ASCENSORES IMEM, S.L., Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, Resolución del Consejo, 17 de septiembre de 2013.

¹⁸ Ver, Gas Natural expediente S/018409, IBERDROLA c. GAS NATURAL COMERCIAL SDG, S.L., Comisión Nacional de la Competencia, Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, 29 de julio de 2011.

para desacreditar la actividad desarrollada por otros comercializadores. Para resolver, la CNC tomó en cuenta que Gas Natural era la única empresa consolidada dentro del mercado relevante y que con su actuar lograba afectar el interés público, toda vez que creaba barreras de entrada en la liberalización de un servicio básico para una gran parte de la población española. En la misma línea, se desarrolla el caso dentro del cual se acusa a Iberdrola Comercializadora de último Recurso, S.A.U. del traspaso de contratos desde la comercializadora de último recurso a la comercializadora de mercado libre. A partir del 1 de julio de 2009, los consumidores eran libres de escoger un comercializador de suministro eléctrico de mercado libre; sin embargo, Iberdrola traspasó sus consumidores a su compañía de comercialización libre. La estrategia de Iberdrola consistió en el envío de cartas que requerían la expresión de voluntad negativa de los consumidores para evitar el traspaso; para resolver, la CNC partió de que la actuación del operador económico tuvo lugar en un especial momento temporal en que se habían establecido las circunstancias necesarias para intensificar la competencia; y, que con este actuar la compañía logró incrementar su cuota de fidelización, lo que generó la reducción del tamaño de mercado relevante y reforzó la barrera de entrada de posibles competidores¹⁹; justificando, así, el falseamiento a la libre competencia y la consecuente afectación al interés público.

Tal como han existido casos en los cuales las autoridades de competencia española se han declarado competentes para conocer y sancionar supuestos encasillados en el artículo 3 de la LDC 2007; existen casos en los cuales, si bien la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) se ha declarado competente para conocer el fondo de determinado asunto, por existir indicios de afectación al interés público, no se ha llegado a sancionar el presunto acto de competencia desleal. Dentro del expediente S/DC/0509/14²⁰ se desprende la denuncia presentada por Ceosycar, S.L., en contra de Industex, S.L., por una supuesta infracción al artículo 3 de la LDC 2007, por actos de publicidad ilícita, engañosa, desleal y fraudulenta a través de un anuncio publicitario de un ahuyentador eléctrico. Ceosycar alegó que Industex poseía una cuota de mercado del 80% en lo referente al producto de ahuyentadores eléctricos; sin embargo, este dato no pudo ser corroborado por la denunciante, por lo que la autoridad solicitó datos a ocho distribuidores, a partir de los cuales concluyó que Industex poseía una cuota de mercado

¹⁹ Ver, IBERDROLA SUR expediente S/0213/10, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia c. IBERDROLA SUR, IBERDROLA GENERACION, S.A.U., IBERDROLA, S.A. Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, Resolución del Consejo, 24 de febrero de 2012.

²⁰ Ver, INDUSTEX expediente S/DC/0509/14, CEOSYCAR, S.L. c. INDUSTEX, S.L, Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, Resolución del Consejo, 04 de febrero de 2016.

de aproximadamente 70-80% dentro del mercado del producto específico; además, manifestó que a partir de estos datos se evidenció que el mercado de ahuyentadores eléctricos es un sector de limitadas dimensiones, escasa relevancia y que afecta a un número reducido de consumidores. Este caso es de particular importancia toda vez que establece el límite entre un acto de competencia desleal y un acto de competencia desleal con aptitud de afectar el interés público; la CNMC concluyó que efectivamente la publicidad de Industex constituía un acto de competencia desleal ya que atribuía a su producto características que éste no poseía; sin embargo, al haberse determinado el mercado relevante y la posición del denunciado dentro de dicho mercado, y al no comprobarse que el éste hubiere impedido la entrada de nuevos competidores o hubiere debilitado la posición del resto de los competidores en el mercado específico, se comprueba que este acto no posee la aptitud para afectar la capacidad de competir de otras empresas o alterar el funcionamiento del mercado, limitando dicha capacidad y afectando al interés público.

2.3 El estándar español: elementos constituyentes del artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia española

José Massaguer sostiene que, en la legislación española, no existe una norma expresa que prohíba el falseamiento de la libre competencia por actos desleales; sin embargo, menciona que se puede entender como una prohibición tácita, toda vez que el artículo 3 de la LDC 2007 se incluye en el capítulo I, bajo el título de Conductas Prohibidas²¹, y es importante mencionar que este ilícito se encuentra dotado de plena autonomía sustantiva respecto de otras prácticas restrictivas prohibidas, en particular respecto a los acuerdos colusorios y el abuso de posición de dominio objeto de los artículos 1 y 2 de dicha ley, por lo que estos no constituirán requisitos o supuestos a cumplirse al momento de delimitar el cometimiento del ilícito contemplado en el artículo 3 *ejusdem*. Ahora bien, antes de realizar un análisis de los elementos constituyentes del artículo 3 de la LDC 2007, cabe mencionar que este artículo omite la calificación de conceptos tales como la competencia desleal y el falseamiento a la libre competencia²², falencia que

²¹ José Massaguer, *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia* (Estados Unidos: Thomson Reuters, 2012), 223.

²² Ver, Agentes Propiedad Inmobiliaria expediente r 382/99, Presidente de la Asociación Profesional de Gestores Intermediarios de la Promoción de Edificaciones c. Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Madrid, Tribunal de Defensa de la Competencia, Resolución del Tribunal de defensa de la Competencia de

quedó en evidencia en la falta de análisis e interpretación de los casos previamente citados.

Massaguer, asimismo, manifiesta que la ilicitud de la práctica establecida en el artículo 3 no reside en su condición de acto de competencia desleal, sino en el impacto y en los efectos que este falseamiento a la libre competencia tiene o puede tener sobre la competencia en el mercado, lo que conllevará a la afectación al interés público. Así se evidencian todos los requisitos a cumplirse y además se denota el por qué de la convergencia del Derecho *antitrust* y el Derecho de Competencia Desleal. Ahora bien, lo que en verdad llama la atención de la redacción de este artículo es que el artículo 7 de la LDC de 1989 exigía que la conducta desleal falsee de manera sensible o grave la libre competencia, por lo que es inusual que el legislador haya omitido estos supuestos en la redacción del nuevo artículo. Sin embargo, es pertinente mencionar que el artículo 3 de la LDC 2007 establece que este falseamiento a la libre competencia debe afectar al interés público, y esta afectación al interés público no solo se debe analizar como la consecuencia palpable de este falseamiento, sino que constituye el elemento que particulariza la clase de falseamiento a la libre competencia que exige esta norma para su aplicabilidad que, sin lugar a dudas, no es el mismo efecto genérico propio y consustancial de todo acto de competencia desleal y de las demás conductas prohibidas por la LDC²³. A efectos del análisis del artículo 3, se debe tomar en cuenta que el falseamiento a la libre competencia será más probable cuando mayor sea el grado de concentración del mercado, y será menos probable cuando quien realice la conducta desleal no posea una posición dominante en el mercado; asimismo, se debe tomar en cuenta la existencia de barreras de entrada al mercado y las propias circunstancias de la práctica enjuiciada²⁴. Por lo tanto, el falseamiento a la libre competencia, establecido en el artículo 3 no consiste en cualquier efecto negativo respecto de la estructura o condiciones de competencia en el mercado, sino que se refiere solamente a aquel efecto negativo que involucre una afectación sensible al interés público, cuya determinación se deba relacionar con las características

11 de febrero de 2000 (el falseamiento a la libre competencia se refiere a la aptitud de una conducta desleal para influir en la decisión de los consumidores y provocar que una oferta no sea tomada en cuenta; lo que genera una pérdida en la demanda, misma que tendrá la aptitud de limitar la competencia en el mercado)

²³ José Massaguer, *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia* (Estados Unidos: Thomson Reuters, 2012), 236.

²⁴ *Ver*, Colegio San Alberto Magno expediente 217/97, Antonio Pérez Mañes c. Colegio San Alberto Magno, Tribunal de Defensa de la Competencia, Resolución del Tribunal de defensa de la Competencia de 26 de junio de 1997.

del mercado, con las implicaciones para los competidores y con el número de consumidores afectados²⁵; es decir, visto desde la perspectiva de libre competencia.

Además, el artículo 3 de la LDC 2007 establece que el acto de competencia desleal debe tener la aptitud de afectar al interés público. La afectación a la que se refiere este artículo está relacionada con el orden público económico, regido por el principio de competencia económica y por la libre competencia como institución²⁶; se refiere al mantenimiento y promoción o mejora de la competencia económica como principio regulador del mercado en sus aspectos estructurales y funcionales. Adicionalmente, es importante resaltar que el supuesto de aplicación del artículo 3 radica justamente en la valoración de indicios de que exista afectación al interés público pues, si la autoridad no posee estos indicios no cabe el análisis de los demás elementos; por tanto, se mira a este elemento como el elemento definidor de la prohibición. En virtud de lo antes mencionado, se elimina la idea que planteaba la LDC de 1989 de que el interés público se refería meramente a aspectos cuantitativos, abriendo paso a la idea establecida en el artículo 3 de la LDC española, de que la afectación al interés público involucra también aspectos económicos. En definitiva, una verdadera transformación que lo convierte en una prohibición de naturaleza *antitrust*.

En la praxis decisoria de la autoridad de competencia española, se evidencia que la afectación al interés público constituye el elemento diferenciador entre el orden administrativo y el judicial; es decir, este elemento es el que va a distinguir los actos desleales que por las características que conllevan y los efectos que producen se van a diferenciar de aquellos actos que han de seguir recibiendo respuestas jurídico-privadas; aspecto importante pues, conlleva la correcta y estricta aplicación del artículo 3 por parte de las autoridades administrativas. De los expedientes previamente analizados, se puede concluir que las autoridades españolas no se han apartado de determinados parámetros para establecer la posibilidad de que exista una actual o potencial afectación al interés público que les permita declararse competentes para resolver determinado asunto. Según Cerdá, de las resoluciones emitidas por la autoridad de competencia se puede inferir que han basado la afectación al interés público en cuatro elementos (i) quién realiza las conductas (ii) a quién afectan dichas conductas (iii) alcance cualificado de las conductas

²⁵ Ver, Gas Natural expediente S/018409, IBERDROLA c. GAS NATURAL COMERCIAL SDG, S.L., Comisión Nacional de la Competencia, Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, 29 de julio de 2011.

²⁶ Ver, expediente 2741/06, CHAZAR, S.L. c. SIGNUS VALOR, S.L., Comisión Nacional de la Competencia, Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, 10 de junio de 2009.

(iv) características particulares de los mercados²⁷. En primer lugar, todas las resoluciones que se han analizado han mencionado la posición o el papel que jugaba el operador económico denunciado al momento del cometimiento de la presunta práctica; así se consideró que Gas Natural era un antiguo monopolista o que los fabricantes de ascensores se encontraban verticalmente integrados; en segundo lugar, se ha tomado en cuenta sobre quién van a caer los efectos de la práctica cometida, el colectivo afectado por dicha práctica, que generalmente son los consumidores más desinformados y con menor capacidad de negociación; en tercer lugar, se habla del alcance cualificado de la práctica, y en este punto es pertinente realizar una distinción. Se debe tomar en cuenta que existe una doble vertiente de afectación al interés público (i) la cuantitativa (ii) la cualitativa²⁸; la dimensión cuantitativa atiende principalmente al volumen de mercado afectado por el presunto ilícito, por lo que, si la autoridad asume esta dimensión para juzgar determinado acto, puede que el mismo sea rechazado en atención al limitado volumen de mercado en el cual la práctica enjuiciada habría de producir sus efectos; o, por el contrario, se afirme la afectación en atención a la dimensión de los mercados afectados. Por otro lado, la dimensión cualitativa, misma que se ha impuesto en las decisiones de la CNC, basa su criterio en la afectación al interés general por la difusión que la práctica tiene en el mercado, por lo que se debe tener en cuenta la dimensión del ilícito desleal que provoca el falseamiento de la competencia. Finalmente, las autoridades han tomado en cuenta las características particulares de los mercados, y es importante resaltar que estas características deben ser analizadas de acuerdo con el momento temporal en el que se ha llevado a cabo la supuesta conducta desleal, así, se resalta en los casos analizados la particular importancia que se le otorga al hecho de que las prácticas se realizaron a la par de la liberalización de mercados minoristas, el colectivo al que se dirigió, pequeñas y medianas empresas, y el servicio afectado, un *input* básico para las empresas y un servicio de primera necesidad para los consumidores domésticos, por lo que se concluye una inminente afectación al interés público.

Si bien, de caso a caso, el criterio de las autoridades puede variar en cuanto al nivel de importancia o análisis que se da a cada uno de estos elementos, lo que está claro es

²⁷ Carmen Cerdá Martínez- Pujalte, *Últimas tendencias en la aplicación del art. 3 de la LDC: Especial consideración al requisito de afectación al interés público* (Madrid: Marcial Pons, 2014), 216.

²⁸ Ver, ENDESA expediente S/0304/10, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia c. ENDESA ENERGÍA XXI, S.L., Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, Resolución del Consejo, 11 de junio de 2012.

que los mismos son cumulativos y de obligatoria precisión para la determinación de la afectación al interés público. Asimismo, se evidencia el interés de las autoridades en dotar de eficiencia y eficacia al artículo 3 de la LDC 2007, mismo que se encontraba en desuso hasta su promulgación.

3. Régimen ecuatoriano: origen del artículo 26 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

La LORCPM regula el Derecho Antimonopolio en Ecuador, con una particularidad; además de sancionar el abuso de poder de mercado, los acuerdos restrictivos de la competencia, y el control y regulación de los operadores de concentración económica, busca la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, así como la protección de los consumidores y usuarios²⁹. La norma ecuatoriana, a diferencia de la española, no ha hecho distinción entre normas de Derecho Antimonopolio y normas de Derecho de Competencia Desleal, por lo cual dentro de esta ley existe una concentración normativa que ampara tanto normas *antitrust*, como normas cuyo fin es mantener el equilibrio en el mercado, así como también normas de protección al consumidor. En virtud de lo anterior, toma forma el artículo 26 de la LORCPM, que adopta el híbrido creado en la legislación española, por medio del cual se faculta a las autoridades administrativas de la SCPM para sancionar actos o prácticas desleales cuando tengan la aptitud de impedir, restringir, falsear o distorsionar la libre competencia, atenten contra la eficiencia económica, el bienestar general o los derechos de los consumidores³⁰. Además, resulta evidente la intención del legislador ecuatoriano de ampliar la jurisdicción de la SCPM para conocer casos en los que exista una afectación al orden público económico, que, en gran parte de la ley se confunde y se asimila con el interés general. Al respecto, María Elena Jara, ha manifestado

“[E]l requisito de afectación al orden público, que en el caso colombiano y en la mayoría de los países es excepcional, en Ecuador es la regla. En efecto, en el caso ecuatoriano todo

²⁹ Artículo 1, Ley Orgánica de Regulación de Control de Poder de Mercado, [LORCPM], R.O. Suplemento 555 de 13 de octubre de 2011.

³⁰ *Ver*, Artículo 26, LORCPM. “Quedan prohibidos y serán sancionados en los términos de la presente Ley, los hechos, actos o prácticas desleales, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea la actividad económica en que se manifiesten, cuando impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios”

acto de competencia desleal que se conoce por la SCPM debe tener por característica impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, atentar contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios. De no encontrarse esta situación, se convierte en un acto de competencia desleal para conocimiento ante los jueces de lo civil, que no cuenta con todos los mecanismos preventivos que pueden ser dispuestos por SCPM³¹

Ahora bien, es pertinente analizar los parámetros y el estándar que utiliza la SCPM para sancionar los casos descritos en el artículo 26 de la LORCPM, y cómo la práctica contradictoria que han desarrollado las autoridades ecuatorianas influye en que esta norma se esté utilizando como una regla *default* en dicho ordenamiento.

3.1 La práctica contradictoria que aumenta la deficiente técnica legislativa. El caso ecuatoriano

Antes del año 2011, Ecuador no contaba con una legislación que regule de manera específica los actos de competencia desleal, por lo que tampoco se discutía quién sería la autoridad competente para conocer dichos casos. Antes de la promulgación de la LORCPM, cuando existían casos de deslealtad concurrencial, se recurría a la responsabilidad civil contractual o extracontractual, o se recurría al ahora extinto Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual³². Con la LORCPM, se comenzaron a presentar varios casos en los cuales se alegaban prácticas desleales ante la SCPM; sin embargo, a partir de esta fecha este órgano ha emitido decisiones contradictorias, alegando aspectos disímiles para determinar la afectación al interés público, y confundiendo este elemento con el mero daño a los consumidores o usuarios, y con la afectación al orden económico.

En el año 2012, dentro del expediente SCPM-IIPD-2012-002³³, la SCPM establece el precedente de que deben existir indicios claros³⁴ para poder investigar una presunta

³¹ María Elena Jara, *La protección contra la competencia desleal en la LORCPM* (Quito: Corporación Editorial Nacional, 2017),135.

³² Actual Servicio Nacional de Derechos Intelectuales.

³³ Ver, expediente SPM-IIPD-2012-002. Su Mundo Agencia de viajes c. Susana Lorena Tello, Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales. Resolución Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, 03 de mayo de 2013.

³⁴ Ver, Artículo 30, Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, R.O. suplemento 697 de 07 de mayo de 2012. “Presentada una denuncia por la presunta comisión de prácticas desleales ante la autoridad nacional competente en materia de propiedad intelectual, dicha autoridad consultará a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado si existen indicios del cometimiento de dichas prácticas, y si tales prácticas podrían producir una afectación negativa al interés general o al bienestar de los consumidores o usuario”

conducta o práctica desleal; es decir, que las autoridades administrativas de competencia deberán realizar un análisis económico con miras a identificar si existe la posibilidad de que determinada conducta pueda generar una afectación al interés general; y, consecuentemente, si existe la posibilidad de declararse competentes para conocer el fondo de determinada situación. Sin embargo, las resoluciones emitidas por la SCPM denotan falta de análisis y comprensión en lo que respecta a los actos que podrían ser encasillados dentro del artículo 26.

En el expediente SCPM-IIPD-2013-014, la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales (IIPD) inició de oficio una investigación en contra de Confiteca S.A., Kellogg Ecuador Cia Ltda., Ferrero del Ecuador Cia Ltda., Nestlé Ecuador S.A., entre otros operadores por una presunta práctica desleal de engaño al no contar con una etiqueta que especifique el contenido genéticamente modificado de sus productos alimenticios. Dentro del vago análisis de este caso, la IIPD se limita a mencionar que, si bien es obligación de la autoridad sanitaria, ARCSA, vigilar el cumplimiento de las normas de etiquetado, este incumplimiento podría conllevar una práctica desleal de engaño y que, en el evento de suscitarse esta situación, tendría competencia para conocerla y sancionarla. Adicionalmente, menciona que la omisión de esta información no permitiría a los consumidores llegar a una conclusión equivocada, por existir total ausencia de información en este ámbito, y concluye “por lo señalado, encontramos que la posible existencia de conductas de engaño por omisión en el presente caso no tendría incidencia en la competencia, eficiencia económica o el bienestar general”³⁵, a partir de esta cita se evidencia la gravedad de la competencia calificada demasiado amplia de la SCPM pues, confunde conceptos, lo que conlleva un vago análisis de casos. Similar pronunciamiento se tiene dentro del expediente SCPM-IIP-2013-005³⁶ en el cual Reckitt Benckiser Ecuador S.A. denuncia al Servicio Nacional de Aduana del Ecuador (SENAE) por el cobro de un tributo que le obligaba a incluir IVA en el costo de sus productos, lo que según el denunciante, le impedía competir en el mercado; al respecto, la IIDP manifestó que el presunto responsable de la conducta denunciada no tiene por finalidad prevalecer en el mercado por lo que no podría presumirse que esté realizando una actividad

³⁵ Expediente SPM-IIPD-2013-014, Superintendencia de Control del Poder de Mercado c. CONFITECA S.A., KELLOG ECUADOR CIA LTDA, FERRERO DEL ECUADOR CIA LTDA, NESTLE ECUADOR S.A., y otros, Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, Resolución de Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, 24 de abril de 2014, 14.

³⁶ Ver, Expediente SCPM-IIPD-2013-005, RECKITT BENCKISER ECUADOR S.A. c. Servicio Nacional de Aduana del Ecuador (SENAE), Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales. Resolución de la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, 20 de mayo de 2013.

económica que afecte un proceso competitivo; adicionalmente, sostiene que no toda conducta que involucre un proceso o actividad económica debe necesariamente guardar relación con la capacidad competitiva de un operador económico, en este caso, la IIPD omite su deber de declararse incompetente pues, el caso carece de relevancia para ser analizado en base al artículo 26, y se limita a manifestar que las explicaciones aportadas por la SENAE son satisfactorias y no existe mérito para la prosecución de la investigación.

En abril de 2016, la Comisión de Resolución de Primera Instancia (CRPI) emitió resolución dentro del expediente SCPM-CRPI-2015-076, en lo que respecta al caso *Aceites Light*, en el cual la SCPM inició de oficio una investigación en contra de Corporación El Rosado S.A. La conducta objeto de investigación³⁷ fue la comercialización de productos cuyo etiquetado presuntamente induciría a error al público, por contener información errónea publicitada mediante canales de televisión, respecto de un producto de la canasta básica de los ecuatorianos; actos que según la SCPM ocasionarían una distorsión en la capacidad de elección del consumidor. La CRPI menciona la importancia de establecer el mercado relevante; sin embargo, tan solo se limita a manifestar que el mercado relevante es el de aceites vegetales, producto consumido por la mayoría de la población, determinación que se realiza sin el análisis económico y jurídico pertinente; simplemente, mediante un vago análisis, analiza si existe o no una afectación al interés público,

“[A]demás, cabe tomar en cuenta que el mercado investigado es el mercado de aceites vegetales, producto que consume la mayor parte de la población, y es un producto incluido dentro de la canasta básica, por lo que, si se estuviese distorsionando la decisión del consumidor debido a la información o falta de información, la mayoría de la población se vería afectada”³⁸.

Se podría considerar que las autoridades ecuatorianas partieron del punto en que este engaño publicitario podría incidir en la decisión de los consumidores (por ser desleal), afectando así el correcto funcionamiento del mercado (por tratarse de un

³⁷ Ver, Expediente SCPM-CRPI-2015-076, Superintendencia de Control del Poder de Mercado c. CORPORACIÓN EL ROSADO, Comisión de Resolución de Primera Instancia, Resolución de la Comisión de Primera Instancia, 11 de abril de 2016 (se inició la investigación debido a que (i) no cumplía con los parámetros de *light* (ii) la información de la etiqueta se encontraba en un idioma distinto al castellano)

³⁸ *Id.*, 4.

producto de la canasta básica); y, la consecuente afectación al interés público. Sin embargo, incluso dentro de un caso que fue sancionado con un alta suma dinero, no deja de denotarse la confusión que presentan las autoridades de competencia en cuanto a la diferencia entre una afectación a los consumidores y una afectación sensible al mercado, que conlleve una afectación al interés general. Por lo tanto, se colige que la SCPM determinó la responsabilidad del operador económico Corporación El Rosado, sin realizar el análisis económico y jurídico adecuado. En la misma línea, dentro del expediente SPM-CRPI-2015-0769³⁹, la SCPM establece que el mercado relevante está delimitado por (i) el mercado del producto o servicio investigado y sus sustitutos (ii) por su respectivo mercado geográfico; además, la SCPM parte de la cuota de mercado que posee el denunciado, así como del tiempo en el que se realizó la presunta infracción, para realizar el análisis respectivo. Este caso constituye uno de los primeros en el cual la SCPM realiza un análisis de los parámetros de Relevancia y Comprobabilidad⁴⁰, así como un análisis económico en cuanto a precios y cuota de mercado, un análisis jurídico en cuanto a las diferentes conductas desleales alegadas por el denunciante, y un análisis relevante del producto a través del cual se está cometiendo la presunta conducta desleal, misma que se agrava cuando se trata de productos consumidos por la mayor parte de la población.

Ahora bien, también resulta preocupante que existan casos en los cuales la SCPM debió haberse declarado incompetente para conocer el fondo de determinados asuntos, pero optó por simplemente declarar improcedentes ciertas acciones. Dentro del expediente SCPM-IIDP-2012-028, la SCPM declara improcedente una demanda en virtud de la imposibilidad de demostrar (i) la conducta cometida por el supuesto infractor (ii) determinar si un contrato celebrado entre privados tiene la aptitud de afectar al interés público. Además, en este caso se evidencia que las autoridades ecuatorianas no sólo basaron la redacción de la LORCPM en la ley española, sino que llegaron a incluir precedentes españoles para resolver casos ecuatorianos. Dentro del expediente se cita al Tribunal de Defensa de la Competencia de España “lo que importa a efectos de la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia es la defensa del interés público, no defender los intereses de una empresa frente a otra, para lo que es necesario acudir a los

³⁹ Ver, Expediente SCPM-IGT-INICPD-0023-2018, Caso confidencial, Intendencia de Investigación y Control de Prácticas Desleales, 16 de enero de 2020.

⁴⁰ Ver, Juan Ignacio Font Galán, *Competencia Desleal y Antitrust, Sistemas de ilícito* (Madrid: Marcial Pons, 2005) (el análisis de relevancia y comprobabilidad se refiere al hecho de que determinada práctica sea relevante para crear una afectación; y, que la misma pueda ser comprobable para su sanción)

Tribunales ordinarios”⁴¹. Similar caso es el que se encuentra dentro del expediente SCPM-IIPD-2013-004, por medio del cual franquiciados de la cadena Hot Dogs de la González Suárez presentan una denuncia en contra de su franquiciante, por supuestamente haber dirigido a sus clientes información falsa y denigratoria. La SCPM manifestó que, en el hipotético caso de que se hubieran realizado estas acciones “no tendrían una afectación real respecto de los consumidores, en general, no tendría relevancia suficiente para impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, y atender en contra de los consumidores o el bienestar general”⁴². A partir de ambas resoluciones, se puede evidenciar el desconocimiento del objeto y fin del artículo 26, tanto por parte de los particulares que han disparado el número de denuncias presentadas ante la SCPM, como por parte de la IIDP que confunde conceptos básicos para su aplicación y el hecho de que deben declararse incompetentes para conocer casos entre privados que no denoten una afectación al interés general.

Adicionalmente, cabe mencionar casos en los cuales la SCPM ha iniciado investigaciones por presuntas prácticas o conductas desleales, y en los cuales los operadores económicos, con miras a evitar sanciones más drásticas y a beneficiarse de la posibilidad de la suspensión del procedimiento administrativo, han optado por presentar propuestas de compromiso de cese con el ánimo de parar las supuestas conductas investigadas por la IIDP. Dentro del expediente SCPM-CRPI-2016-001⁴³ la SCPM inicia de oficio una investigación en contra del operador económico Industrial Danec S.A., por presuntos actos de engaño al incluir en las etiquetas de sus productos los términos *light* o ligero, lo que, según la SCPM, constituyen actos de engaño en detrimento de otros operadores económicos por captar el mercado al incluir características que llaman la atención de los consumidores, agravándose el problema por tratarse de productos de consumo masivo en el país. Danec S.A. presenta una propuesta de compromiso de cese, que es aceptada, y se fija la subsanación en \$ 4'216.890,28 dólares de los Estados Unidos de América. Asimismo, dentro del expediente SCPM-CRPI-2014-015⁴⁴ el operador

⁴¹ Ver, Expediente SCPM-IGT-INICPD-0023-2018, Caso confidencial, Intendencia de Investigación y Control de Prácticas Desleales, 16 de enero de 2020, 28.

⁴² Ver, Caso Hot Dogs de la González Suárez expediente SCPM-IIPD-2013-004, Andrés Gabela Crizón y Tatiana Carolina Díaz c. Luis Briones Muentes, Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, Resolución de la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, 07 de noviembre de 2013.

⁴³ Ver, Expediente SCPM-CRPI-2016-001, Superintendencia de Control del Poder de Mercado c. INDUSTRIAL DANEC S.A., Comisión de Resolución de Primera Instancia, Resolución de la Comisión de Primera Instancia, 10 de agosto de 2016.

⁴⁴ Ver, Expediente SCPM-CRPI-2014-015, Superintendencia de Control de poder de mercado c. LA FABRIL S.A, Comisión de Resolución de Primera Instancia, Resolución de la Comisión de Primera Instancia, 19 de agosto de 2015.

económico La Fabril S.A. presentó propuesta de compromiso de cese por presuntos actos de engaño y publicidad engañosa en el etiquetado de aceites vegetales comestibles con el uso del vocablo *light* o ligero. Para justificar su resolución, la CRPI manifestó la importancia de que el denunciado subsane el daño, perjuicio o efecto producido en el mercado relevante de aceites vegetales comestibles y el daño causado a los consumidores y usuarios; impone una multa de \$ 134.205, 41 dólares de los Estados Unidos de América. Ambos casos se relacionan con el caso previamente citado Aceites *Light*, dentro del cual quedó en evidencia que la SCPM considera que los aceites vegetales constituyen un producto de la canasta básica de los ecuatorianos y que por lo tanto son de consumo masivo, y una inducción a error a los consumidores generaría una afectación directa a los mismos; sin embargo, nunca se utilizó el estándar establecido para probar una real o potencial afectación al interés público. Resulta interesante resaltar el hecho de que la SCPM ha aceptado un sinnúmero de casos en los que se alegan presuntas prácticas desleales, muchos de los cuales no afectan al interés general y deberían ser tratados mediante cauces jurídicos-privados; asimismo, resulta alarmante el hecho de que la SCPM acepte compromisos de cese de casos en los que incluso no se ha llegado a discutir la posible afectación al interés general, limitándose a manifestar que se debe subsanar el daño ocasionado a los consumidores y al mercado, y a establecer un mercado relevante para poder calcular el importe de la multa. A su vez, resulta de importancia mencionar el expediente de compromiso de cese SCPM-CRPI-040-2018⁴⁵, que si bien no es objeto de investigación de prácticas desleales, cita la resolución peruana 30-2005⁴⁶ en la cual se menciona que la aprobación de un compromiso de cese debe estar sustentado en tres criterios (i) que los agentes económicos investigados reconozcan los cargos imputados (ii) que la conducta anticompetitiva no haya causado o no cause una grave afectación al interés económico general, para lo que se deberá considerar el mercado relevante, la duración de la conducta, el objeto de la conducta, el número de empresas o consumidores afectados, entre otros factores (iii) que los operadores económicos garanticen, mediante medidas correctivas, que no va a haber reincidencia. Cabe resaltar que, sobretudo el segundo criterio resulta a fin a los cuatro elementos previamente citados que, según Cerdá, constituyen el parámetro para determinar una afectación al interés general; sin

⁴⁵ Ver, Expediente SCPM-CRPI-040-2018, Superintendencia de Control del Poder de Mercado c. NATIONAL EXPERTS S.A., Comisión de Resolución de Primera Instancia, Resolución de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, 17 de diciembre de 2018.

⁴⁶ Ver, Resolución 39/2005, Comisión de Libre Competencia de la INDECOPI de 11 de julio de 2005.

embargo, la SCPM ha obviado el aspecto de que, para aceptar un compromiso de cese la conducta no debe afectar al interés general pues, no tiene claro su concepto, entrando en contradicción con la resolución emitida en el caso Aceites *Light*, en el cual se sanciona a Corporación El Rosado por incurrir en actos de práctica desleal en cuanto a un *input* básico. En virtud de lo anterior, se desprende que la SCPM ha reconocido que, para aceptar un compromiso de cese, el acto investigado no debe afectar al interés general, aspecto que se está obviando por el interés de obtener rédito económico por parte de los operadores económicos investigados.

Resulta evidente que la SCPM ha interpretado de diferentes maneras los artículos referentes a la competencia desleal dentro de la LORCPM, en especial el alcance del artículo 26 pues, si bien hace referencia a esta norma, no existe uniformidad en cuanto a su aplicación. A lo largo del tiempo, las autoridades de la SCPM no han podido mantener un estándar para la resolución de los casos que se presume tengan que ser sancionados en base al artículo 26, por lo que las autoridades administrativas se han atribuido la facultad de sancionar cualquier tipo de conducta, imponiendo multas sumamente altas, dejando en desmedro a los operadores económicos.

3.2 El estándar ecuatoriano: elementos constituyentes del artículo 26 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

El artículo 26 de la LORCPM adopta la naturaleza del artículo 3 de la LDC 2007; sin embargo, el legislador ecuatoriano optó por otorgar a la SCPM una calificación más amplia que la adoptada por el legislador español. El artículo 26 faculta a la SCPM, no sólo para conocer prácticas desleales que generen una afectación al interés general, sino que le dota de competencia para conocer y juzgar casos que acarreen daños a la eficiencia económica, al bienestar general, o a los derechos de los consumidores o usuarios. A partir de los casos antes analizados, se puede evidenciar que la IIPD y la CRPI no han trazado una distinción entre el daño al interés general o a los derechos de los consumidores o usuarios, tratándolos como equivalentes.

En España, tal como se mencionó anteriormente, el análisis de una posible afectación al interés general se basa en cuatro elementos cumulativos (i) quién realiza las conductas (ii) a quién afectan dichas conductas (iii) alcance cualificado de las conductas (iv) características particulares de los mercados. Sin embargo, las resoluciones de la SCPM han quedado cortas en cuanto al análisis de estos elementos pues, resulta evidente

que esta competencia calificada demasiado amplia otorgada a la SCPM lo único que ha generado es que las autoridades de competencia tiendan a confundir conceptos, lo que ha ocasionado un cúmulo de casos pobremente analizados. Adicionalmente, se desprende que los particulares tienden a presentar cualquier denuncia que consideren atenta en contra del mercado, ante la SCPM, obviando el hecho de que existen cauces jurídico-privados para conocer dichos casos. Los expedientes previamente citados dejan ver que la SCPM ha obviado el hecho de analizar la posición dentro del mercado que ocupan los operadores económicos implicados en el caso, así como un análisis de fondo de las características de dicho mercado. En cuanto a los elementos referentes a la determinación de a quién se puede afectar con la presunta práctica desleal y al alcance cualificado de la misma, se esboza a breves rasgos la intención de la autoridad ecuatoriana de realizar la determinación de estos elementos; sin embargo, al final, este análisis resulta fallido debido a la confusión que existe entre el concepto de afectación a los consumidores y la afectación al interés general, aspecto que justamente diferencia los casos competencia de la SCPM, de los que pueden ser tratados mediante causas judiciales privados.

La CRPI, en la resolución dictada el 11 de abril de 2016 dentro del expediente SPM-CRPI-2015-0769⁴⁷ manifestó que, en materia de competencia desleal los actos son objeto de sanción sólo por el evento de su realización y no se atiende los efectos en los mercados. En virtud de lo anterior, la SCPM tendía a obviar el análisis del mercado relevante para determinar la existencia o no de un acto de competencia desleal. Sin embargo, a lo largo del tiempo, se ha delimitado la importancia del mercado relevante y la posición de los operadores que actúan en él, para determinar la aplicación del artículo 26 de la LORCPM. Asimismo, el artículo 5 del mismo cuerpo legal establece “a efecto de aplicar esta Ley, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado determinará para cada caso el mercado relevante”⁴⁸. Para lograr lo antes mencionado, se debe tomar en cuenta que el falseamiento a la libre competencia debe afectar la capacidad de competir de otras empresas, o alterar el funcionamiento del mercado limitando dicha capacidad⁴⁹. Por lo tanto, la SCPM deberá necesariamente determinar un mercado relevante para conocer y eventualmente sancionar una conducta anticompetitiva que ocasione un efecto real o

⁴⁷ Ver, Expediente SCPM-CRPI-2015-076, Superintendencia de Control del Poder de Mercado c. CORPORACIÓN EL ROSADO, Comisión de Resolución de Primera Instancia, Resolución de la Comisión de Primera Instancia, 11 de abril de 2016.

⁴⁸ Artículo 5, LORCPM.

⁴⁹ Ver, ENDESA expediente S/0304/10, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia c. ENDESA ENERGÍA XXI, S.L., Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, Resolución del Consejo, 11 de junio de 2012.

potencial en el mercado. Dentro del caso *Aceites Light* ha quedado establecido que, para determinar el mercado relevante, es importante la determinación del mercado producto pues, en este caso se da particular relevancia al hecho de que se trata de un producto de necesidad básica (*input* básico) para incluso determinar el nivel de gravedad de la práctica cometida por el operador económico.

Ahora bien, es importante mencionar que, si bien la SCPM no tiene claro el concepto o la diferencia entre una afectación al interés general y un mero daño a los consumidores; ha establecido el uso de determinados parámetros para determinar el falseamiento a la libre competencia, lo cual resulta llamativo pues, en la legislación española se ha llegado incluso a pensar que el elemento de afectación al interés general y el del falseamiento a la competencia pueden ser vistos como uno solo. Para determinar el falseamiento a la libre competencia, la IIPD ha hecho uso de (i) el llamado parámetro de Relevancia, por el cual se analiza a fondo cuál es el interés real del operador económico al cometer determinada conducta desleal; es decir, se analizan cada uno de los elementos que componen determinada práctica, para resolver si es que eventualmente este acto va a poder incidir en el falseamiento a la libre competencia, es decir, el parámetro de relevancia va a estar ligado con el objeto del acto de competencia desleal alegado (ii) parámetro Comprobable, referente a los atributos comprobables que cierta conducta debe tener para llegar a ser considerada desleal, estos atributos deberán ser cuantificables y no se deben referir a aspectos subjetivos⁵⁰. A partir de lo anterior, se pensaría que existe consenso entre las autoridades administrativas en cuanto a la aplicación e interpretación de este concepto; sin embargo, en el poco tiempo de existencia de este órgano, se han emitido fallos contradictorios, agravando el problema y evidenciando que en Ecuador también existen problemas en cuanto a la interpretación y aplicación del artículo 26 de la LORCPM, cuyo origen yace en el previamente analizado artículo 3 de la LDC 2007.

Ha quedado establecido que, en Ecuador, la SCPM debido a la competencia calificada demasiado amplia que el legislador ecuatoriano le ha otorgado a través del artículo 26 de la LORCPM, tiende a confundir conceptos, tratando como equivalente a la afectación al interés general, con el daño a los consumidores o al orden económico. De igual manera, se desprende que SCPM ha establecido la pertinencia de la delimitación del mercado relevante, asociada con el mercado producto, misma que adquiere mayor relevancia cuando se trata de productos de consumo masivo, como los aceites vegetales.

⁵⁰ Ver, Expediente SCPM-IGT-INICPD-0023-2018, Caso confidencial, Intendencia de Investigación y Control de Prácticas Desleales, 16 de enero de 2020.

Sin embargo, en virtud de los casos previamente analizados resulta evidente que, (i) la SCPM ha optado por establecer el artículo 26 como una norma *default* (ii) no existe un análisis a fondo de los elementos estructurales del artículo 26 (iii) existe una desprolija utilización de determinados parámetros o factores para la resolución de casos, y una errónea interpretación de conceptos.

3.2 Los problemas de amplitud del estándar a la luz de las potenciales multas

La práctica contradictoria de la SCPM se agrava partiendo del hecho de que las sanciones pecuniarias impuestas a los operadores, por el cometimiento de actos que, por falsear la libre competencia, afecten al interés público, son sumamente altas. El artículo 42 inciso k) del Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder Mercado (en adelante Reglamento) establece como facultad de la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado establecer la metodología para el cálculo del importe de multas. Mediante Resolución No. 012⁵¹ de 23 de septiembre de 2016, dicho Órgano expidió la metodología para la determinación del importe de multas por infracciones a la LORCPM. Ha quedado establecido que en Ecuador la competencia de la SCPM es demasiado amplia, otorgando a autoridades administrativas la potestad de sancionar prácticamente cualquier conducta que se considere podría llegar a afectar a los consumidores o a la eficiencia económica, confundiendo estos términos con la afectación sensible al interés general. En virtud de lo anterior, es importante hacer referencia al importe de las multas establecidas en el ordenamiento ecuatoriano que, sin duda alguna se caracterizan por ser sumamente severas y se asimilan a las multas previstas para carteles, aspecto que se evidencia al compararlas con las impuestas en legislaciones a fines al ordenamiento ecuatoriano, en materia de competencia.

PAÍS	MULTAS
COLOMBIA	Multas a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos mensuales

⁵¹ Ver, Resolución No. 012 [por medio de la cual se expide la metodología para la determinación del importe de multas por infracciones a la LORCPM], R.O. suplemento No. 847 de 23 de septiembre de 2016.

	vigentes o, si resulta ser mayor, hasta por el 150 % de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor ⁵² .
ECUADOR	Infracciones leves: multa de hasta el 8% del <i>volumen de negocios total de la empresa u operador económico</i> infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa. Infracciones graves: multa de hasta el 10% del <i>volumen de negocios total de la empresa u operador económico</i> infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa. Infracciones muy graves: multa de hasta el 12% del <i>volumen de negocios total de la empresa u operador económico</i> infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa” ⁵³ (énfasis añadido)
ESPAÑA	Multas coercitivas de hasta 12.000 euros al día ⁵⁴ .

A primera vista, se evidencia que las legislaciones de estos tres países contemplan multas coercitivas sumamente elevadas, por el cometimiento de actos contrarios a lo promulgado en cada legislación. Sin embargo, es importante hacer énfasis en la legislación ecuatoriana y española pues, como se ha mencionado ambas legislaciones contemplan la posibilidad de que autoridades de competencia sancionen a los operadores económicos que cometan actos de competencia desleal que, además afecten al interés

⁵² Ver, Artículo 25, Ley 1340 [por medio de la cual se dictan normas en materia de competencia], N/D de 21 de julio de 2009.

⁵³ Ver, Artículo 79, LORCPM.

⁵⁴ Ver, Artículo 67, Ley 15/2007.

público. Ecuador, es un caso de análisis pues, otorga una competencia sumamente amplia a la SCPM, para fijar multas coercitivas. Adicionalmente, es importante resaltar el hecho de que Ecuador se basa en el volumen de negocios de los operadores económicos para fijar las multas, lo cual es sumamente alarmante. Tal como se desprende, tanto España como Colombia, fijan multas que no tienen relación con la actividad directa de las empresas; sin embargo, en Ecuador, la multa se calcula a partir del rédito que tienen los operadores económicos, por lo que en determinados casos las multas pueden llegar a ser sumamente severas.

Lo anterior se agrava si tomamos en cuenta que, en Ecuador, pese a que se confunden conceptos básicos, se ha establecido la importancia de analizar el mercado relevante para establecer la aplicabilidad del artículo 26, y en sí, el papel que juega el operador económico dentro de determinado mercado, así como el número de consumidores que se van a ver afectados por determinada práctica desleal. A partir de lo anterior, y del hecho de que la SCPM confunde el concepto de la mera afectación al consumidor, con el concepto de afectación al interés general; se puede concluir que, si el operador económico no posee una cuota de mercado elevada, las autoridades entenderán que su práctica no puede llegar a falsear el mercado, por lo que no se le impondrá una multa, pero si el operador económico posee una cuota de mercado alta y un valor de negocios considerable, se considerará que es dominante en el mercado, y recibirá una sanción. En conclusión, en Ecuador las multas siempre van a ser sumamente elevadas, pues parten del valor de negocios de operadores económicos considerados dominantes dentro de un mercado específico.

4. Críticas al modelo español y al modelo ecuatoriano

Se ha establecido que la conducta desleal tipificada en el artículo 3 de la LDC 2007 constituye un híbrido en parte de Derecho de Competencia Desleal, y en parte de Derecho Antimonopolio o *antitrust*; consecuentemente, bastante se ha discutido respecto a la correcta aplicación, interpretación y alcance de esta norma pues, no puede simplemente ser vista como una conducta desleal bajo los mismos parámetros de las conductas establecidas en los artículos 1 y 2 del mismo cuerpo legal, pero tampoco puede ser utilizada en todos los casos, ya que establece ciertos supuestos y elementos que tienen que ser verificados para su aplicación, que incluso se dificulta al no existir normas

comunitarias similares; lo anterior, ha devenido en una ardua discusión, incluso respecto a si esta norma debería existir.

Díez Estella, califica a la norma tipificada en el artículo 3 de la LDC 2007 como abierta, compleja y polémica, evidenciando un inminente problema en su estructura. Describe a la norma como abierta en el sentido de la gran cantidad de interpretaciones que se pueden hacer de la misma; compleja porque la competencia de ésta podría llegar más allá del ámbito jurídico, podría intervenir en el ámbito económico; finalmente, polémica, justamente por el gran debate doctrinal y jurisprudencial en torno a la aplicación y existencia de la misma⁵⁵; asimismo, existen autores que han calificado esta norma como errática e inútil⁵⁶.

En Ecuador, el caso incluso se agrava debido a que no existe una cultura consolidada, en cuanto a Derecho de Competencia, partiendo del hecho de que la primera ley en esta materia data del año 2011. Sin embargo, la manera en la que está redactada la LORCPM está empezando a generar molestias pues, existe cierto tinte de inseguridad jurídica al no saber, en el caso específico referente al artículo 26 de la LORCPM, cuál va a ser la manera en la que proceda la SCPM pues, si bien ha quedado establecido que esta entidad siempre parte del análisis del mercado relevante y que existen parámetros para determinar el falseamiento a la libre competencia, este análisis de nada sirve si no existe un concepto concreto, o por lo menos parámetros fijos de interpretación de la afectación al interés general.

Por lo tanto, existen dudas respecto de la pertinencia de este precepto en la legislación, lo anterior debido a la dudosa justificación para la habilitación de órganos administrativos en el enjuiciamiento de actos de competencia desleal⁵⁷, misma que se otorga justamente por este supuesto de afectación al interés público que, como se ha visto es difícil probar, por lo que también se cuestiona la escasa aplicabilidad de este artículo. Es decir, lo que muchos se cuestionan es la alteración del régimen natural de competencias y la puesta a disposición de procedimientos y sanciones de carácter público contra los actos de competencia desleal, cuyo enjuiciamiento constituye materia tradicional de los órganos de jurisdicción ordinaria, a través de mecanismos de solución

⁵⁵ Fernando Díez Estella, *El art.3 LDC: falseamiento de la competencia por actos desleales* (Barcelona: Wolters Kluwer, 2017), 506.

⁵⁶ Montaña Mora. *Derecho español de la competencia* (Madrid: Bosch, 2008), 285.

⁵⁷ Carmen Cerdá Martínez, Pujalte. *Últimas tendencias en la aplicación del art. 3 de la LDC: Especial consideración al requisito de afectación al interés público* (Madrid: Marcial Pons, 2014), 201.

jurídico-privados⁵⁸. Por lo tanto, es pertinente preguntarse si la competencia que mediante este artículo se ha atribuido a autoridades de competencia se encuentra justificada, o si, esta transformación de cauces no resulta pertinente.

5. Conclusiones

El presente trabajo buscaba establecer cuál es el factor que transforma una reclamación de naturaleza privada, como la competencia desleal, en una ofensa *antitrust* que se persigue como una ofensa de interés público. A partir del análisis de jurisprudencia, española y ecuatoriana, y del análisis de los elementos estructurales tanto del artículo 3 de la LDC 2007, como del artículo 26 de la LORCPM, se puede concluir que la existencia de este híbrido no se encuentra justificada por el mercado al que afecte determinada práctica, o por el operador económico que cometa el acto de competencia desleal, sino que es justamente en el elemento de afectación al interés general en el cual un supuesto pasa de ser asunto de interés privado, a ser un asunto relevante para las autoridades administrativas de competencia; ahora bien, la amplitud de este elemento es lo que ha generado que esta norma mixta sea ampliamente criticada tanto en España, como en Ecuador.

Si bien se ha evidenciado que el artículo 3 de la LDC 2007, y sus anteriores, llevaban manifiesta la intención del legislador de atribuir competencia a autoridades administrativas en los casos en los que se llegare a probar la existencia de una afectación sensible al interés general, por cometer actos que falseen la libre competencia; este concepto mutó con el tiempo, por razones ideológicas o legislativas, pero meramente por la falta de unificación y armonización en cuanto a la interpretación y aplicación del mismo. A lo largo del trabajo, a través del análisis de casos, se ha evidenciado que las autoridades de la CNC y de la actual CNMC, en España, han optado por atribuirse competencia para conocer casi cualquier caso en el que exista el mínimo indicio de una actual o potencial afectación al interés general, ocasionando que se pierda la naturaleza de este híbrido creado para casos excepcionales en los que se juzgue a través de Derecho *antitrust* a prácticas de trascendencia desleal.

Similar situación ha ocurrido en Ecuador, país en el que el Derecho de Competencia ha tenido un desarrollo lento desde sus inicios cuando se comenzó a tomar conciencia de

⁵⁸ *Id.*, 303.

la importancia de proteger el correcto funcionamiento del mercado, pero se lo hizo partiendo de preceptos y normas extranjeras, sin tomar en consideración la situación específica de este país, generando inseguridad jurídica y desprolijidad en las resoluciones. En la actualidad, el artículo 26 de la LORCPM ha sido utilizado como una regla *default* para sancionar de manera fácil y, en la mayoría de los casos, sin una motivación clara, a operadores económicos, agravándose la situación por contemplarse multas sumamente severas y el hecho de que las autoridades administrativas de competencia no poseen un parámetro de conceptualización prolijo, en cuanto al artículo 26 y sus componentes.

Por lo tanto, habiendo analizado los elementos estructurales que componen este híbrido nacido en legislación española, se puede concluir que existe lógica detrás de la naturaleza de éste, y que en principio la finalidad para la cual fue creado se encuentra plenamente justificada pues, existen casos de mayor relevancia, en los cuales el Estado se ve obligado a intervenir porque se ven afectados derechos de terceros. Sin embargo, como se ha demostrado, ha existido una distorsión en cuanto a la finalidad de este precepto; la SCPM ha optado por aplicar el artículo 26 de la LORCPM para declararse competente e imponer sanciones sumamente altas, situación que no sería alarmante si existiesen parámetros claros de análisis e interpretación, pero ha quedado establecido que Ecuador carece de estos estándares y emite resoluciones desprolijas de caso a caso.

En conclusión, la existencia de este híbrido se encuentra justificada en el ordenamiento ecuatoriano, toda vez que determinados actos de competencia desleal, los que falsean de manera sensible la competencia y afectan al interés público, merecen la intervención estatal, a través de la SCPM. Lo que le falta al sistema ecuatoriano es la unificación y armonización del concepto de interés general en materia de Derecho de Competencia, concepto que debe contener principios económicos de competencia, y cuyo fin debe ser la protección de la libre competencia como institución. Si se llegare a contar con un concepto claro de afectación al interés general, se podrían establecer parámetros que permitan diferenciar una afectación sensible al interés general, de una práctica desleal que se puede perseguir a través de un cauce privado.