

## **BREVES OBSERVACIONES AL PROYECTO DE LEY ORGANICA DE REGULACION Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO**

Con 67 votos a favor, de 124 legisladores presentes en el salón del Pleno, se aprobó el 30 de septiembre el proyecto de Ley de Control de Poder de Mercado (antimonopolio). La nueva Ley se remitió al Ejecutivo para que, en máximo 30 días, la vetee o la ratifique.

No hubo cambios sustanciales en la ley en lo que corresponde el accionar de la Junta de Regulación de Poder de Mercado. Tampoco se eliminaron las reformatorias a la Ley de Instituciones del Sistema Financiero y a la de Radio y Televisión. Entre los cambios que se incluyeron están el del artículo 64, relativo a las denuncias maliciosas, de descubrirse que la denuncia es falsa y archivarse, el afectado podrá demandar por vía judicial los daños ocasionados por el denunciante. El informe final acogió una nueva transitoria, a las cinco ya contempladas. En esta se establece que el Presidente de la República reformará el reglamento para la fijación de precios de medicamentos de uso humano en el término de 60 días a partir de la vigencia de la Ley. Se establecieron nuevos elementos en lo referente a las sanciones, a más de las multas se podrá imponer medidas correctivas; como el cese de las prácticas anticompetitivas.

La ley se contiene en 93 artículos en 7 capítulos, tiene 6 Disposiciones Generales, 23 Disposiciones Reformatorias y Derogatorias, 6 Disposiciones Transitorias y un Disposición Final. Convirtiéndose en la ley de competencia más extensa de la Región.

Algunos puntos relevantes de la ley se comentan a continuación:

1. Los motivos para la elaboración de esta ley son:
  - a. Proteger la producción Nacional, con una política de fijación de precios.
  - b. Controlar la concentración del mercado,
  - c. Autorizar fusiones y adquisiciones que realice una compañía por medio de las cuales adquiera una posición influyente en el mercado nacional o regional; y
  - d. intervenir cuando fuere necesario en las operaciones económicas.
  
2. El Objetivo de la Ley es el siguiente:
  - a. Evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder del mercado;

- b. La prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas;
  - c. El control y la regulación de las operaciones de concentración económica; y,
  - d. La prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando eficiencia en los mercados, el comercio justo y bienestar general.
3. El legislador usa como sinónimo la “posición de dominio” al momento de definir el “Poder de Mercado”, para luego solo hablar de Poder de Mercado. La ley sanciona al abuso del poder del mercado, que es un término nuevo, los anteriores proyectos de ley denominaban y definían claramente al abuso de la posición dominante como la conducta sujeta a control y sanción. El sancionar el abuso del poder del mercado quiere decir, que todo sujeto que realice actividades económicas está sujeta a control, sin importar si tiene o no posición dominante y si está abusando de la misma.
- a. La ley también dispone sobre un abuso de un derecho de propiedad intelectual, al cual una vez más no lo define con claridad.
  - b. Se necesitaría establecer parámetros claros y definiciones completas para que de este modo se pueda saber cuándo existe el abuso de poder del mercado.
4. La ley dispone la nulidad de pleno derecho en los acuerdos, prácticas, decisiones y recomendaciones, que están prohibidas por el artículo once. La nulidad de pleno derecho no existe en la legislación del Ecuador, es necesario entonces que la nulidad sea declarada por un juez competente y así precautelar la seguridad jurídica de los actos.
5. Según la ley, para que una práctica sea considerada ‘desleal’ solo se debe constatar que exista un daño “potencial”. Por lo tanto el ente sancionador podría actuar sin la existencia de un daño objetivo, material y medible.
6. La ley enumera en el artículo Noveno, 23 comportamientos considerados como "abuso de poder de mercado". Entre ellos están "las conductas de uno o varios operadores económicos que les permitan afectar, efectiva o potencialmente, la participación de competidores y la capacidad de entrada o expansión de estos últimos en un mercado relevante...".

A continuación se enumeran algunos ejemplos:

- i. La fijación de precios predatorios,

- ii. La alteración injustificada de niveles de producción, del mercado, del desarrollo técnico o tecnológico que afecten negativamente a los operadores económicos o a los consumidores,
  - iii. La discriminación injustificada de precios,
  - iv. La venta atada o condicionada,
  - v. Los descuentos condicionados a través de la venta de las tarjetas de afiliación entre otros.
7. En su artículo once, la ley sostiene que se prohíben y se sancionan todos los actos o conductas realizados por dos o más operadores económicos, relacionados con la producción e intercambio de bienes, cuyo objeto sea impedir restringir o distorsionar la competencia o que afecten al bienestar general. La normativa enumera 21 acuerdos de prácticas prohibidas. Los principales son:
- a. Fijar de manera concertada o manipular precios, tasas de interés, tarifas, descuentos;
  - b. Controlar concertadamente la producción, distribución o comercialización de bienes y servicios;
  - c. El reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas;
  - d. Así como restringir o repartirse fuentes de abastecimiento.
8. Las operaciones de concentración económica de negocios que supere en el ejercicio contable anterior a la operación, el monto que en remuneraciones básicas unificadas vigentes haya establecido la Junta de Regulación, están obligadas a cumplir con el procedimiento de notificación. Estas operaciones serán examinadas, o de ser el caso, intervenidas o sancionadas por la Superintendencia de Control del Mercado. La norma prevé sanción en caso de falta de notificación y si se realizaran operaciones no autorizadas respecto al cálculo del volumen del negocio
9. Se crea la Superintendencia de Control de Poder de Mercado la que corregirá, sancionará y eliminará los abusos de poder del mercado. El Superintendente será designado por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, de una terna enviada por el Ejecutivo.
10. En la normativa también se dispone que la Junta de Regulación por razones de interés público, podrá admitir restricciones a la competencia en casos como: Desarrollo de monopolio estatal en favor del interés público, para el desarrollo de sectores estratégicos o para el desarrollo tecnológico e industrial de la economía nacional. También se le faculta a la de Junta de Regulación a expedir normativa de cumplimiento obligatorio con respecto a la competitividad. La relación directa

entre el Ejecutivo y la Junta atenta contra la independencia técnica del organismo. El Presidente mediante decreto, tiene la facultad para restringir la competencia en cualquier sector de la economía.

11. Las facultades de investigación del órgano controlador para con el supuesto infractor atentan contra el derecho a la intimidad. Esto porque la ley le da la facultad de realizar inspecciones, en los establecimientos, locales comerciales o inmuebles de las personas naturales o jurídicas cuando ellos deseen. También el proyecto de ley dice que no es necesario de un requerimiento judicial para que las personas naturales o jurídicas a colaborar con la suministración de los documentos deseados por la administración. Violentando claramente el derecho a la intimidad.
12. El proceso de investigación se contienen en tiempos muy cortos, vulnerándose el derecho a la defensa. Las multas son excesivas y le da un poder punitivo confiscatorio al órgano controlador. La Superintendencia de Control de Mercado podría imponer multas de manera sucesiva e ilimitada en caso de reincidencia. Por lo tanto las multas pueden terminar con la salud financiera o la vida operativa de una empresa vulnerándose el debido proceso, sin otorgar un tiempo razonable para la defensa dada la proporción a las sanciones que se pudieran poner.

Multas por Infracciones:

Leves hasta del 8% del volumen del negocio total.

Graves hasta del 10% del volumen del negocio total.

Muy Graves: del 12% del volumen del negocio total.

Persona Jurídica: adicionalmente a la multa por infracciones muy graves se podrá imponer una multa de hasta de 500 remuneraciones básicas unificadas (RBU) a los representantes legales y miembros del directorio que participaron en el cometimiento de la infracción.

Para el caso de Grupos Económicos, si bien no están definidos, al momento de calcular las multas se las hará considerando, el volumen del negocio incluyendo a las empresas en las que esta tenga más del 50% del capital suscrito y pagado.

Quito, Septiembre de 2011