



**Universidad San Gregorio de Portoviejo**

**Departamento de Posgrado**

Programa de Maestría en Derecho Constitucional

Artículo profesional de alto nivel

**El abuso de poder de mercado en la legislación ecuatoriana: regulación y libre competencia**

Autor o autores: Verónica Valeria Zambrano Aragundy

Tutor: Tania Gabriela Villacreses Briones

Portoviejo, 2022

## **EL ABUSO DE PODER DE MERCADO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA: REGULACIÓN Y LIBRE COMPETENCIA**

### **THE ABUSE OF MARKET POWER IN ECUADORIAN LEGISLATION: REGULATION AND FREE COMPETITION**

#### **Autora:**

Zambrano Aragundy, Verónica Valeria, Abg. Universidad San Gregorio de Portoviejo, Manabí, Ecuador. veronikazam@hotmail.com, Maestrante en Derecho Constitucional.

#### **Resumen**

El presente artículo tiene como objetivo el análisis de la regulación del abuso de poder de mercado o también denominado como abuso de posición de dominio. El examen se enfoca específicamente a la normativa en la legislación ecuatoriana respecto de la mencionada figura como lo es ley La Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Se efectúa la fundamentación teórica. El método utilizado es el descriptivo-explicativo, para comprender la problemática y naturaleza del abuso de del poder de mercado en situación de dependencia económica y como afecta derechos constitucionales. Se analiza un caso concreto que haya sido objeto de debates por su relevancia sobre la temática del abuso de Poder de Mercado, que haya sido sancionado por parte de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Como resultado se tiene que las sanciones de carácter administrativas que contiene la ley en materia de competencia consiguen ser insuficientes para la disuasión del cometimiento de prácticas anticompetitivas.

**Palabras clave:** Abuso de poder de mercado - Derecho a la libre competencia - Abuso de posición de dominio en situación de dependencia económica.

#### **Abstract**

This article aims to analyze the regulation of the abuse of market power or also known as abuse of dominance position. The exam focuses specifically on the regulations in Ecuadorian legislation regarding the aforementioned figure, such as the Organic Law of Regulation and Control of Market Power. The theoretical foundation is carried out. The method used is descriptive-explanatory, to understand the problem and nature of the abuse of market power in a situation of economic dependence and how it affects constitutional rights. We analyze a specific case that has been the subject of debates due to its relevance on the issue of abuse of Market Power, which has been sanctioned by the Superintendency of Market Power Control. As a result, the administrative sanctions contained in the competition law are insufficient to deter the committing of anti-competitive practices.

**Keywords:** Abuse of market power - Right to free competition - Abuse of a dominant position in a situation of economic dependence.

#### **Introducción**

La Constitución, como Norma suprema del ordenamiento jurídico en el territorio ecuatoriano, dota a sus ciudadanos de derechos, dentro de esta gama, se halla contemplado el derecho a la libertad de empresa dentro de los derechos civiles, figura jurídica que involucra dentro del marco constitucional al desarrollo de las actividades en el sector económico del país.

En las últimas décadas, ha venido siendo notoria una preocupación respecto de las consecuencias jurídicas de la asimetría de poder de negociación en el contexto de relaciones B2B (*business to business*). Lógica, que surge de la doctrina mayoritaria y de varios fallos judiciales internacionales que han logrado promulgar la inclusión de pequeñas y medianas empresas entre los sujetos a ser protegidos de cláusulas abusivas que empresas de mayor tamaño puedan imponerles. Consiguientemente, son varios regímenes jurídicos los que han logrado extender a empresas la noción de consumidor (Mombert & R, 2015).

Cabe destacar que el art. 2 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor ecuatoriana (LODC), claramente es contemplado con claridad que los consumidores puedan ser personas jurídicas, en tanto adquieran productos o servicios como destinatarios finales.

En el escenario enunciado, algunas legislaciones se han logrado ocupar de los abusos que pueden llegar a afectar a pequeñas y medianas empresas, mediante la figura de abuso de poder, problemática que ha logrado tratarse tanto desde el derecho común como desde el derecho de competencia, siendo este último característicamente distinguido para el presente análisis, considerando que el artículo 10 de la LORCPM logra incorporar esta figura mediante reglas tan generales que consiguen despertar una serie de inquietudes la aplicación de la misma.

El artículo a presentar por parte de esta Maestrante es importante por cuanto, se fundamenta la importancia de regulación y defensa de la libre competencia, se pretende realizar una fundamentación jurídica y doctrinaria respecto de la competencia, el Poder de Mercado y el Buen Vivir. Analizando la normativa legal que regula y controla el Poder del Mercado y como dicha normativa influye en los ecuatorianos.

Es importante, además, por cuanto, se trata de un tema de gran impacto en el sector jurídico – económico, en razón de que, mediante la aplicación de pautas claras y creíbles para todos, lo que va a constituir es una de las claves para alcanzar la eficiencia en los mercados, donde tanto el productor como el consumidor, posean libertad plena de elección.

A nivel del derecho internacional, varios son los instrumentos y Organismos que se han manifestado respecto de la de defensa, La Comunidad Andina de Naciones (CAN): Decisión 608 de 2005, que reemplaza la Decisión 285 de abril de 1991, “Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina.

## **Metodología**

El presente estudio es basado en el tipo de investigación descriptiva-explicativa, en razón de que detecta una problemática existente y su búsqueda es la comprensión de su naturaleza. Según Tamayo (2012), la investigación descriptiva: *“tiende a la comprensión de la descripción, registro, exploración, análisis e interpretación de la naturaleza actual, composición o procesos de los fenómenos”* (Tamayo, 2012, pág. 46), por lo que se analizan los conceptos de abuso de poder de mercado en relación a su incidencia en aspectos como la competencia, producción de nuevos emprendimientos y otros.

## **Problema jurídico a tratar**

El problema jurídico a tratar es la insuficiencia de la normativa que regula el abuso de poder de mercado y concretamente del APSDE, para ello se ejecuta el análisis de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado de Ecuador (LORCPM), su fin, las conductas establecidas en la misma como abuso de poder de mercado, prácticas anticompetitivas, competencia desleal entre otras, en relación a los derechos del buen vivir, para concluir con la importancia de la regulación y defensa de la Libre Competencia, es decir se responderá la

interrogante: ¿Cómo influye La LORCPM en los derechos? ¿Cuál es el impacto del abuso de poder de mercado en el sistema de competencias y en específico en la capacidad de producción de nuevos emprendimientos por parte de las PYMES?

Para el cumplimiento de los objetivos aquí planteados, se analizan, además, dos resoluciones de la Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (CRPISCPM) dentro del proceso contra CORPORACIÓN EL ROSADO S.A y el proceso contra la CORPORACIÓN FAVORITA C. A (SCPM-CRPI-063-2016)

## Marco teórico y discusión

### Concepción de poder de mercado y/o mercado relevante

Para presentar una idea clara de lo que refiere el abuso de poder de mercado, es necesario y significativo, que en primer lugar se tenga totalmente claro lo que es el poder de mercado. El poder de mercado como tal, es denominado con otros vocablos tales como; poder de dominio, o poder de monopolio (Molina, 2015). Haciendo referencia a la legislación del territorio ecuatoriano, a normativa consigue la adopción del primer término, es el art. 7 de la LORCPM el texto que define a poder de mercado como: *“La capacidad de los operadores económicos para influir significativamente en el mercado.”* (Asamblea Nacional, 2011).

De acuerdo con Jaramillo (2015), el poder de mercado es entendido como la capacidad de un agente económico –o de unos pocos- para influir de forma decisiva en el precio de ciertos bienes o servicios en un mercado determinado. La determinación de todo lo que abarca el mercado es de relevancia, puesto que, es parte del denominado buen vivir que es un derecho constitucional (Jara, 2016). También el que esté determinado es trascendental debido a que solo así se pueden definirse las cuotas de mercado y valorar la posición que las empresas tienen dentro del mismo, es así, que son de importancia los estudios respecto del posible dominio empresarial (Benitez & Otros, 2020).

Por cuota de poder de mercado se entiende a aquel porcentaje que posee una empresa del volumen total del mercado relevante, por lo general; suele usarse dicha cuota para la medición del poder de mercado (Márquez, 2016). De acuerdo a una parte de expertos, lo antedicho tiende a ser uno de los métodos más eficaces y aún más importante, fácil al momento de que dicha medición sea efectuada, empero, debe tenerse en consideración que se cuenta con aspectos como la delimitación del mercado relevante y todo lo que ello involucra, no resultando así, ser una fácil tarea (ONUDI, 2016). Generalmente, son las autoridades de competencia quienes suelen tener en consideración suelen a dos dimensiones principales dentro del mercado relevante, siendo estas:

- El mercado de producto, o conjunto de productos que es un componente del mercado relevante.
- El mercado geográfico, o zona en la que las condiciones de competencia en la prestación de dichos productos son lo suficientemente homogéneas y diferenciadas de las zonas geográficas más próximas (Horna & Otros, 2012).

Agrega la referida autora, además, para definir al mercado se lo hace teniendo en cuenta dos principios del mercado geográfico: sustituibilidad de demanda y oferta. De este modo, la capacidad del productor de un bien en concreto en un área geográfica determinada para incrementar los precios se puede ver disciplinada por:

1. La probabilidad de que los compradores opten por desviar su uso hacia fabricantes de productos similares situados en regiones geográficas adyacentes (sustituibilidad de la demanda) (Jiménez & Cañizares, 2015)
2. La probabilidad de que compañías ubicadas en regiones geográficas contiguas elijan entrar para competir en el espacio donde el os precios se han incrementado (sustituibilidad de la oferta) (Jiménez & Cañizares, 2015)

Para inteligenciar, la concepción del poder de mercado y/o mercado relevante, se tiene como un instrumento útil a la al momento de la valoración de los comportamientos supuestamente abusivos (Hernández & Mutrallla, 2017). Lo anterior que permite que sean extraídas conclusiones preliminares respecto de la posición competitiva de una compañía limitando así la discrecionalidad en la intervención pública, que se obliga a verse guiada por un análisis riguroso y sistemático (Pérez, 2014).

En la práctica, una cuota de mercado que tiende a ser elevada puede influenciar decisivamente en la valoración de la posición de un operador y, por tanto, de una conducta, acuerdo u operación de concentración en la que se encuentre involucrado. (Crucelegui & otros, 2017). Es por ello que se torna fundamental la intervención del organismo que controle y vigile que funcionar correcto del mercado, teniendo como base principal a la prevención conjuntamente con las medidas correctivas para eliminar y/o sancionar cualquier tipo de abuso de operadores económicos con poder de mercado, en aras del respeto al derecho constitucional de la competencia, para así alcanzar la eficiencia y transparencia del mercado y el comercio justo con la participación activa de la ciudadanía.

### **Abuso de poder de mercado o abuso de posición de dominio**

La conducta denominada abuso, es un término que encierra primero, vulneración de derechos tales como la competencia y buen vivir (Altamirano, Morales, & Lascano, 2020). La LORCPM (2014) contiene la definición de Abuso del Poder de Mercado, señalándolo como: “Un acto por el cual uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general” (Asamblea Nacional, 2011).

El término abuso de poder de mercado, también es utilizado como situación dominante o monopolización, alude a aquellas conductas o prácticas comerciales restrictivas de la competencia, mismas que pueden dedicarse una empresa dominante para preservar o mejorar su situación en el mercado (Velandia, 2005). Estas prácticas se pueden considerar como una forma de aprovechar de forma abusiva o anormal una situación de control de monopolio de un mercado cuyo fin es que la competencia se vea restringida según la OCDE (Gortaire, 2021).

Estas prácticas entonces, de acuerdo con la ley interna y con Organismos como la OCDE, afectan al derecho constitucional de la competencia, así también lo afirman otros tribunales como el Tribunal de la Comunidad Europea que comenta que este abuso consigue que el grado de competencia se vea debilitado, así una compañía en posición dominante logra que la estructura del mercado se vea influenciada, como consecuencia de la propia presencia de la compañía en cuestión, y que, haciendo uso de métodos diferentes de los que configuran la normal competencia en las transacciones comerciales de bienes o servicios, tiene el efecto de amenazar el mantenimiento del grado de competencia aun existente en el mercado o el incremento de tal competencia (OCDE, 2013).

La Constitución ecuatoriana (2008) en este contexto, tienden a la facilitación y vigilancia de la libre competencia como derecho, así combate toda práctica que tienda a limitarla y el abuso de poder o prácticas monopólicas. Por este motivo, el Estado asume como principio que ninguna ley ni concertación autorizará ni establecerá monopolios, infiriéndose que esta prohibición no se alude al estatus que la compañía pudiere alcanzar de monopolio u otras formas de concentración económica, sino en la medida en que estos, abusen del estatus que ejercen en el mercado.

### **El Control del Abuso del Poder de Mercado de Mercado en Ecuador**

En territorio ecuatoriano se tiene a la Superintendencia de Control de Poder de Mercado (SCPM) concebida como órgano de control y observación y dentro de sus competencias lícitas, ha sido factible llegar a los ecuatorianos sobre el fondo de la LORCPM y su Reglamento y otras pautas legítimas que buscan el derecho funcionamiento de los sectores empresariales, a través de la prevención conseguida con el avance de la competencia, igualmente del control que efectúa en operaciones de concentración que a esta Entidad se notifican y que se sujetan de a trámites específicos, tal como se establece en los términos de la Ley y el Reglamento (SCPM, 2019).

Sin perjuicio de la prevención, la ley también castiga el Abuso de Poder, el abuso El abuso de posición de dominio en situación de dependencia económica (APDSDE) y de aquellas prácticas que impiden la libre competencia que influyen negativamente en el bienestar general de los/as consumidores/as y usuarios/as y antes del uso de las mismas legítima la figura del comportamiento de cese, que es la estructura más rápida y sencilla que se eviten multas; de este modo lo que se pretende es que la estructuras competitivas de los mercados se vea preservada.

La LORCPM a través de su texto consigue crear a la SCPM, siendo el Superintendente su mayor poder autoritario, otorgándole a éste una progresión de atribuciones que le permiten conocer los elementos y el diseño de las diversas áreas para identificar cualquier práctica anticompetitiva que esté en sesgo a la competencia libre, teniendo potestad de que en sede administrativa se sustancien estos casos, lo que podría derivar en sanciones por infracciones a la Ley (Asamblea Nacional, 2014).

En este marco de control, en el art. 9 de la LORCPM establece:

(...) Art. 9.- Abuso de Poder de Mercado.- Constituye infracción a la presente Ley y está prohibido el abuso de poder de mercado. Se entenderá que se produce abuso de poder de mercado cuando uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general (Asamblea Nacional, 2014).

El articulado contiene la prohibición expresa de que se abuse del poder de mercado, por afectar directamente al derecho de competencia, así como a la eficiencia económica o bienestar de la ciudadanía en generaren este contexto, el mismo art. 9 contiene un total de 23 conductas que la ley considera como abusivas y que están totalmente prohibidas. Esta prohibición que responde como se viene fundamentando, al respeto de los derechos constitucionales, concretamente a la de los ciudadanos a acceder a un competencia libre y sana.

### **Abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica (APDSDE)**

De las cuestiones de abuso de poder de mercado, la doctrina es clara al indicar que debe identificarse y/o diferenciarse el ADP con el APDSDE (Jara, 2016). Legalmente esta figura como tal se halla establecida en el art. 10 de la LORCPM, configurándose como el explotar; sea por uno a más operadores económicos, la situación de dependencia económica en la que pudieran hallarse sus proveedores o clientes, que no tiendan a disponer de alguna alternativa que sea semejante para el ejercicio de su actividad (Asamblea Nacional, 2014). Esta conducta está prohibida por el referido artículo que además señala que la situación de presume en el momento en que un proveedor, a más de los descuentos que habitualmente ofrece, le concede regularmente ventajas adicionales que no son concedidas a compradores similares.

La preocupación por parte de la academia y de las distintas ciencias por la dependencia económica en lo que respecta a la relación proveedor-comprador, es el resultado de los elementos del tráfico comercial y las tradiciones sociales en los últimos tiempos, que se han inclinado hacia la presencia de compradores importantes. Considere, por ejemplo, la inclinación de los clientes a ir a un solo lugar para hacer sus compras (enormes cadenas minoristas, centros comerciales, grandes farmacias y cadenas de tiendas, etc.); la inclinación por las compras en línea de grandes mayoristas (el ejemplo de Amazon es ilustrativo); la convergencia de la adquisición de productos agrícolas y ganaderos por parte de determinadas organizaciones que participan en el mercado de manipulación de alimentos, entre otros. En estos casos, es concebible que proveedores específicos puedan ver cómo sus niveles de venta disminuyen fundamentalmente, e incluso desaparecer del mercado, asumiendo que sus artículos no son adquiridos por estos grandes compradores (Santamaría, 2019).

Además, debe tenerse en cuenta que el poder adquisitivo no es una justificación para el examen solo entre los operadores privados (Gómez, 2018). Contrariamente, Instituciones públicas pueden convertirse en compradores vitales, como ha ocurrido en Ecuador últimamente (Jara, 2016). En ocasiones, el poder del comprador puede disponer auténticos monopsonios u oligopsonios, y, en otras, sin llegar a tal nivel, el poder del comprador puede manifestarse en un mercado desnivel del poder de negociación (Jara, 2016). En lo que refiere a los monopsonios u oligopsonios, la mayor parte la doctrina económica ha logrado establecer que la consecuencia adversa del poder del comprador no ocurre solo para los proveedores, sino también convencionalmente para los consumidores.

Pese a la presencia de pocos análisis contextuales sobre esta peculiaridad, los especialistas en competencia a nivel mundial se han aproximado a la figura de los monopsonios desde la metodología consuetudinaria con respecto al abuso de posición de dominio. En este sentido, todas las legislaciones están en la obligación de prever mecanismos legales de prevención y sanción del abuso de poder de mercado por dependencia económica (APDSDE) pues así se salvaguardará la libertad de competir, que quede en claro no se está fundamentado o no se trata de e dar protección a operadores económicos ineficientes –situación atentatoria contra las reglas del mercado–, sino de evitar que operadores económicos que tienen menos poder de negociación vean restringida su libertad de competir por razones diferentes a su ineficiencia. No hay tampoco que confundir el abuso de poder que se expresa en el art. 9 de la LORCPM con el APDSDE el art. 10. Al respecto, Jara (2016), presenta una diferenciación figura:

**Fig. 1 Diferencias entre APM y APDSDE**

	Abuso de posición de dominio	APDSDE
<b>Necesidad de determinar el mercado relevante</b>	Indispensable	Al evaluarse una situación vis-à-vis, una parte de la doctrina considera que no es necesario determinar el mercado relevante, <sup>48</sup> posición con la que coincidimos. Como veremos, en el caso ecuatoriano la SCPM sí determina el mercado relevante también en estos casos.
<b>Posición de los operadores económicos en el mercado relevante</b>	La parte que incurre en la infracción debe tener posición de dominio dentro de un mercado relevante determinado.	La parte que incurre en la infracción no necesariamente debe tener posición de dominio en un mercado relevante.
<b>Conducta</b>	Conductas exclusorias y explotativas orientadas a impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afectar negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general.	Imposición de condiciones contractuales abusivas en el contexto de transacciones comerciales.
<b>Efectos</b>	Los efectos que interesan a la autoridad son los que se producen o pueden producirse en el mercado.	Los efectos que interesan a la autoridad son generalmente los que se producen o pueden producirse frente a la parte más débil. <sup>49</sup>

*Fuente* (Jara, 2016)

En todo caso, sin perjuicio de las distinciones que se señalan, es evidente que el abuso de posición de dominio, como generalmente ha sido percibido por el derecho de competencia, puede tener coexistencia con el APDSDE. A decir verdad, la constatación de de abuso de una situación de dependencia económica podría ser una señal de que existe abuso de posición de dominio (Corona, 2016). Esta relación se ha reflejado en la LORCPM, como se indica mediante la cual establece un tipo de abuso de situación de dependencia económica “el uso del mercado para crear o mantenerse al día con la situación de dependencia económica de al menos un operador, que tiene una tendencia a obtener beneficios adicionales que no se conceden o no se permitirían a los compradores o proveedores similares (SCPM, 2018). La LORCPM contiene cuatro situaciones particulares que se configuran como APDSDE:

(...) 1. La ruptura, aunque sea de forma parcial, de una relación comercial establecida sin que haya existido preaviso escrito y preciso con una antelación mínima de 30 días, salvo que se deba a incumplimientos graves, por parte del proveedor o comprador, de las condiciones pactadas o en caso de fuerza mayor. 2. Obtener o intentar obtener, bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales o cualquier otro tipo de amenaza, precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial no recogidas en las condiciones generales de venta que se tengan pactadas. 3. La utilización del poder de mercado para generar o mantener la posición de dependencia económica, de uno o varios operadores, tendiente a obtener ventajas adicionales que no se conceden o concederían a compradores o proveedores similares. 4. La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos (Asamblea Nacional, 2014).

### **Restricción y limitación del Derecho a la competencia y el buen vivir**

La competencia, así, en la forma en cómo se manifiesta el ejercicio de la libertad de empresa; la Constitución reconoce a sus ciudadanos el derecho al acceso al mercado como



empresarios, independientemente de la forma (Macro, micro, PYMES) y el derecho a competir en el mismo, ofreciendo bienes y servicios en las condiciones y forma que cada individuo estime como la que más le conviene, con el propósito de atraer consumidores.

Pero dicha competencia no se establece sólo en beneficio de los empresarios, sino en beneficio del interés general (también el de los consumidores y usuarios); por eso, los poderes públicos se han visto obligados a adoptar medidas para que los competidores no puedan limitar la competencia en su propio beneficio. El objetivo del Derecho de la competencia es promover la “competencia justa” entre las empresas (Alfaro, 2017).

Se espera que la política de la competencia promueva la rivalidad entre organizaciones, por mucho que se pueda esperar razonablemente. Con esto, busca que los agentes económicos trabajen con esfuerzo porque la utilización de recursos para producir bienes y servicios se vea mejorado, así como también; para mejorar y avanzar en la calidad y variedad de estos, con la plena intención de lograr mejoras en competitividad y más ventajas para los consumidores. Todo esto, para lograr un mayor crecimiento económico y bienestar para la sociedad (Comisión federal de competencia, 2018)

Por lo tanto, la política de competencia asegura la interacción de ésta y no a los miembros en este proceso; como tal, la autoridad responsable de garantizar la competencia, que además el libre acceso a esta es un derecho que se plasma en la Constitución, deberá vigilarse y asegurarse que la lucha entre organizaciones rivales sea razonable y se dé dentro de los lineamientos que marca la Ley. En términos monetarios, la competencia es un escenario que surge cuando a los actores económicos se les permite participar de forma libre en el mercado a través de la oferta y la demanda (Grijalva & Troya, 2014). Lo antedicho significa que, al existir competencia como la ley ordena, van a existir diversos oferentes y demandantes garantizándole a ambos participantes sus derechos.

En este contexto, el derecho de la competencia gestiona el aseguramiento de los intereses de los compradores, así como del proteger la libre competencia en los sectores comerciales. Derecho que se protege negando mediante ley, esto es prohibiendo los actos que se considera que obstaculizan la competencia y promoviendo y abogando por un entorno competitivo. La competencia entonces, además de un derecho el ejercer libremente a ésta, es la ordenación de esfuerzos creados por individuos que, actuando de forma autónoma, intentan garantizar el cumplimiento de un fin.

La Carta Magna (2008), busca promover una competencia libre revestida de eficacia tendiente a beneficiar a los consumidores, a través de la base de un comercio razonable, justo como un método para acceder a servicios y productos de calidad, limitando las curvas de intermediación y mejorando la sustentabilidad. En cuanto a sus objetivos de política comercial, se espera inequívocamente mantenerse alejado de estas prácticas serias que son contrarias a la competencia y que influyen en el buen funcionamiento de los sectores empresariales (Resico, 2014). Por ello, la Constitución compromete al Estado a que, mediante sus diferentes instituciones surgidas para dicho propósito, apliquen los sistemas que deben ser administrados por la ley, para alejarse de estas prácticas prohibidas que obstaculizan el adecuado desarrollo económico del mercado.

En esta línea, el Estado tiene a su cargo el establecer de mecanismos sancionatorios para prevenir el abuso de posición de dominio de operadores económicos, focos financieros y otros actos de competencia desleal. Por lo anterior, y con el objetivo de garantizar el mandato constitucional, de contar con sectores empresariales sencillos, transparentes y efectivos, así como avanzar en que la competencia se vea fomentada en condiciones y oportunidades equivalentes;

Los legisladores ecuatorianos crearon la LORCPM, siendo esta la normativa en competencia que contiene una progresión de arreglos que se pueden orquestar en tres elementos:

- Se prohíben acuerdos o prácticas tendientes a la restricción del comercio libre y la competencia,
- Determina como ilegal aquellos comportamientos abusivos y posiciones imperantes en el mercado.
- Las fusiones y adquisiciones de las empresas son supervisadas.

Esa es la razón por la que entre los objetivos de la LORCPM están mantenerse alejados, adelantarse en materia de prevención, corregir, eliminar y si todo lo demás falla; imponerle sanciones a los infractores por ejecutar prácticas anticompetitivas, que generalmente son vistas como socialmente no deseadas, las mismas que tienen den a limitar o anular la competencia en un mercado.

En lo que concierne al Buen Vivir, el preludio de la LORCPM especifica que, como lo indica la Constitución ecuatoriana, es un deber primordial del Estado el que la competencia sea promovida, con el fin de que el acceso al “buen vivir” sea igualitario (Asamblea Nacional, 2014) Adicionalmente se hace referencia a que como lo indica esta misma norma suprema, es obligación del Estado garantizar el comercio justo como método de acceso a artículos y servicios de calidad, promoviéndose que las distorsiones con los intermediarios de productos se reduzca (Diez, 2012).

Esto permitirá que exista una competencia sólida en condiciones equivalentes mientras se disputa, sin que prácticamente ningún otro operador económico se sienta en una situación de desventaja en contraste posicionamiento de otra empresa en el mercado, permitiendo que nuevos competidores ingresen al mercado, y con ello un surtido más prominente, mayor cantidad y mejores costos que terminan beneficiando a compradores y clientes.

### **Insuficiencia de la normativa que regula el abuso de poder de mercado y concretamente del APSDE**

Pese a lo fundamentado en el desarrollo de la investigación, y a lo relevante del APDSDE dentro en el marco constitucional económico nacional, autores expertos en la materia, han considerado que la regulación de esta figura de abuso de poder, logra presentar vacíos significativos, existencia de esto es confirmada al analizarse las resoluciones de la Comisión de Resolución de Primera Instancia de la SCPM, que de las existentes se hace menciona a los fallos de los expedientes SCPM-CRPI-0062-2016 contra la Corporación El Rosado S.A. y expediente SCPM-CRPI-063-2016 contra CORPORACIÓN FAVORITA, corporaciones que son de conocimiento nacional. Como antecedente de estas resoluciones, es destacable exteriorizar que a través del informe SCPMIAPMAPR-087-2014 de 26 de junio de 2014, lograron ser identificadas posibles conductas de los supermercados que podían afectar a los proveedores (SCPM, 2016). En dicho documento se acentúa, además, que el abuso de la situación de dependencia económica puede producir impactos en el sistema de competencia, en los siguientes términos:

(...) El impacto de la situación de concentración en el sector de supermercados en el Ecuador, favorece el poder de comprar de los supermercados sobre las empresas proveedoras. Esto puede desencadenar en que se vea reducida la capacidad de producción de nuevos emprendimientos por parte de las pequeñas y medianas empresas en calidad, cantidad y servicio que repercute en el consumidor final (SCPM, 2016, pág. 3).

Amerita resaltar la preocupación que la autoridad de control y la Junta de Reguladora en la materia han comunicado en los últimos tiempos correspondientes a conductas nocivas por

parte de las cadenas de supermercados, al límite de elaborar manuales, lineamientos y normas administrativas de buenas prácticas de tal manera (Jara, 2016).

Una investigación de estas reglas está más allá del alcance de este artículo, pero sin lugar a dudas, derivan la expectativa del Estado de prevenir el abuso por parte de las cadenas de tiendas de sus proveedores. Si bien en un principio se despachó una investigación en solitario contra algunas cadenas de supermercados, luego la autoridad concluyó que para cada situación existen condiciones explícitas, pensando que es más ventajoso hacer una investigación adecuada y formal a cada uno de los operadores económicos. El cargo que fue objeto de examen en estos casos fue el alegado “imposición de forma directa de precios y condiciones comerciales” (que la autoridad comprende incluido dentro de art. 10.4 de la LORCPM)

En estos casos que se han mencionado, cabe también mencionar, se evidencia la ausencia de una sanción establecida de forma legal y sus consecuencias, puesto que, el legislador nacional logra establecer hasta la fecha una sanción para quien incurra en APDSDE que se prohibió en el art. 10 LORCPM. A pesar de que el Reglamento de esta ley intentó llenar este vacío, todo juntos para no ignorar el principio *nullum crime, nullum poena, sine lege*, acomodada en el art. 76.3 de la CRE, la SCPM no sancionar pecuniariamente en instancias de APDSDE.

En las resoluciones mencionadas, la CRPI-SCPM aceptó este impedimento y dispuso que, para el caso actual, a pesar de que el artículo 10 de la LORCPM excluye el directo APDSDE, dicha conducta no logra constituir infracción, pero es susceptible de control y regulación por parte de la autoridad de competencia (SCPM, 2016). De tal manera, el trabajo del Ente de control es importante con el objetivo de que el art. 10 LORCPM no se vuelva incapaz sin un rastro de una sanción establecida de forma legal.

En esta línea de pensamiento, la autoridad evitó imponer una multa y, considerando todo, solicitó el acto de una progresión de medidas correctivas que comprendieron, primero en obligaciones de hacer para los supermercados, tales como que éstos suscriban contratos de provisión para con sus proveedores, al igual que una serie de registros documentales que apuntan a garantizar que las condiciones comerciales no sean forzadas, sino arregladas. Criterio personal, estas medidas tienden a ser oficiosas por su naturaleza. Concluyendo, ni la prohibición del art 10.4 consiste en imponer condiciones, como pareciera que la autoridad de control ha entendido, ni que se impongan que las condiciones sean negociadas tiene mayor potencial para dejar sin efecto la asimetría que de facto existe entre las partes (Jara, 2016). Tal como sucede en el marco del consumo, antes una negociación se tenga por forzada, es más significativo que se hallen establecidos los lineamientos para que las condiciones preestablecidas no resulten abusivas.

Para concluir, lo que estos casos puestos aquí en consideración revelan, es que, en el país, pese a que son reguladas en un marco preventivo, logran ejecutarse estas prácticas anticompetitivas que como se viene fundamentando, son contrarias a la eficiencia económica pero que contiene únicamente sanciones administrativas mas no penales, a pesar de que no hay conductas más perjudiciales al mercado y al Buen Vivir de los ciudadanos, que la implementación de malas prácticas por parte de los agentes económicos, ello, por no verse garantizado el pleno derecho a la sana competencia o competencia justa, ante lo cual, para que dicho derecho constitucional sea garantizado, deben ser sancionados con toda firmeza y rigurosidad, las conductas contrarias al establecimiento de un sistema económico, social, solidario y sostenible.

Estas conductas para que tengan una trascendencia en el ámbito jurídico- penal tienen que afectar un bien jurídico de protección, tiene que entenderse que no va a bastar la existencia de una posición de dominio del mercado, si no que se abuse de dicha posición de dominio. El bien

jurídico entonces, es la libre competencia, obteniendo a través de esta el Buen Vivir de la población en general, puesto que involucra el libre ejercicio de la actividad de los agentes económico y en un mercado donde las leyes de la oferta y la demanda son los que determinan la acción y la elección de proveedores y compradores, así como los precios de los productos y los servicios que se ofertan libremente en el circuito económico.

### **La tutela de la libre competencia**

Lo que ocurre es que, sin libre y leal competencia, el mercado deja de convertirse en el mecanismo que asigna los recursos de manera más eficiente, criterio básico de la economía social de mercado consagrada constitucionalmente en nuestro régimen económico. Por ello es Estado, a través de la Agencia de Competencia, se convierte en el garante de la competencia en el mercado. De hecho, paulatinamente el derecho de la competencia debe convertirse en un sustituto eficiente de otros mecanismos de intervención estatal, en particular, de la regulación económica.

No hay que olvidar que, el derecho de la competencia, es ante todo un derecho consagrado en la Constitución ecuatoriana, cuyo fin es el aseguramiento de que se vean cumplidos ciertos principios inherentes a esta leal y libre competencia, que además es un componente esencial de la economía de mercado, institución que no solo ha de estar amparada por la Norma Suprema si no que respondiendo a ésta también contará con la protección protegida de las normas legales internas, es decir, la libre competencia se ejercerá conforme lo ordena la Constitución de la República.

### **Conclusiones**

- La Constitución contiene un modelo económico, baso en una economía popular y solidaria, así, nuestro régimen de desarrollo alcanzar a ubicar como eje fundamental al ser humano, por lo que lo que busca es que cada individuo alcance el Buen Vivir mediante el mejoramiento de los niveles de vida de la población, y esto para efectos del derecho de la competencia, va a traducirse como el bienestar del consumidor.
- La libre competencia como tal, se restringe o se nulita al momento de que los grandes agentes o/y operadores económicos incurren en la infracciones de la LORCPM, en específico en cualquiera de las conductas contenidos en lo referente a abuso de poder de mercado y abuso de poder de mercado por dependencia económica.
- Pese a ser relevante el APDSDE en este modelo económico acogido por el Ecuador, logran ser evidentes los problemas existentes en el marco sustantivo y procesal para la adecuada aplicación de esta figura. Entre lo que tiene más relevancia, los pronunciamientos de la SCPM y de los propios operadores de justicia han de profundizar en la explicación del criterio determinante para definir más que al abuso de poder, a la denominada situación de dependencia económica, es decir, la falta de una alternativa equivalente. Puesto que como se indicó tiene un vacío al no contemplarse sanciones pecuniarias o de otro tipo más que las medidas correctivas.
- Por otro lado, pese a que no se ha referido de aquello, en el Código Orgánico Integral Penal debería existir una reforma sobre la regulación y control del Poder de Mercado, puesto que ello va a contribuir al Buen Vivir de los ciudadanos al contar con un comercio justo en igualdad de condiciones cuya búsqueda es el bienestar general.

## Referencias

- Alfaro, J. (2017). La libertad de competencia y el Derecho de la Competencia. *Lecciones Mercantil*.
- Altamirano, L., Morales, L., & Lascano, N. (2020). ¿Concentración sin poder de mercado? un caso de estudio aplicado al sector fabricación de colchones en el Ecuador. *Ciencias administrativas*. doi:<http://dx.doi.org/https://doi.org/10.24215/23143738e056>
- Asamblea Nacional. (2008). *Constitución*. CEP. doi:<https://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/12/Ley-Organica-de-Regulacion-y-Control-del-Poder-de-Mercado.pdf>
- Asamblea Nacional. (2011). *Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado*. Quito: CEP. Obtenido de [https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4\\_ecu\\_org7.pdf](https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ecu_org7.pdf)
- Benitez, M., & Otros. (2020). Análisis de la estructura de mercado de las sociedades de la cadena productiva de calzado en Ecuador. *Economía teoría y práctica*. doi:<https://doi.org/10.24275/etypuam/ne/522020/benitez>
- Comisión federal de competencia. (2018). *La Competencia económica*. Obtenido de <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/05/1lacompetenciaeconom.pdf>
- Corona, G. (2016). *Análisis de la Protección del Derecho a la Competencia en el Ecuador y legislación comparada*. Quito: UDLA.
- Crucelegui, J., & otros. (2017). Control de concentraciones empresariales. *Derecho & Sociedad*.
- De La Calle, J. (2015). Errores Legislativos en materia de competencia. *Ámbito Jurídico*.
- Diez, F. (2012). *De la Defensa de la Competencia*. Madrid: Civitas.
- Gómez, L. (2018). Competitividad y Proceso Estratégico. *Dictamen Libre*. doi:<https://doi.org/10.18041/2619-4244/dl.23.5155>
- Gortaire, J. (2021). Las recomendaciones de la OCDE y el BID en materia de competencia para Ecuador. *Lexlatin*.
- Grijalva, A., & Troya, J. (2014). Elementos para un derecho de la competencia en el Ecuador. *Foro*, 3(2).
- Hernández, J., & Mutrallla, G. (2017). Estructura, estrategias y poder de mercado de Genomma Lab: caso de estudio. *Retos*. doi:<https://doi.org/10.17163/ret.n13.2017.07>
- Horna, L., & Otros. (2012). Análisis de mercado del sector industrias manufactureras. *Politécnica*.
- Jara, M. (2016). El abuso de posición de dominio en situación de dependencia económica y los problemas. *Foro*(26).

- Jaramillo, D. (2015). Abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica. Obtenido de <http://s017.sela.org/media/2087970/51-daniel-jaramillo-scpm.pdf>
- Jiménez, F., & Cañizares, R. (2015). Segundo Seminario de Derecho y Economía de la Competencia. *Dificultades para la definición del mercado relevante*. España.
- Márquez, M. (2016). Diversificación de la estructura exportadora de la comunidad andina. Análisis a través del índice Herfindahl-Hirschmann. *Economía*. Obtenido de <https://www.redalyc.org/pdf/1956/195650099004.pdf>
- Molina, C. (2015). Regulación y control del mercado. Un estado del arte sobre el tema. *Publicando*. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5833513>
- Momberg, & R. (2015). La empresa como consumidora: ámbito de aplicación de la LPC, nulidad de cláusulas abusivas y daño moral. *Revista Chilena de Derecho Privado*(25).
- OCDE. (2013). *Foro latinoamericano de competencia*. Obtenido de [https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF\(2013\)5&docLanguage=Es](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF(2013)5&docLanguage=Es)
- ONUDI. (2016). *Informe sobre el desarrollo industrial 2016*. S.E.
- Pérez, G. (2014). Inversión y comercio: Industria Farmacéutica. *Promexico*.
- Resico, M. (2014). *Introducción a la Economía Social de Mercado*. S.L: Flacso. Obtenido de <https://biblio.flacsoandes.edu.ec/libros/digital/54340.pdf>
- Santamaría, E. (2019). *La inisercción de Amazon en mercados emergentes*. Obtenido de <https://repositorio.udesa.edu.ar/jspui/bitstream/10908/16562/1/%5BP%5D%5BW%5D%20T.%20M.%20Pol.%20y%20Eco.%20Int.%20Santamaria%20Cervellini%2C%20Evang elina%20Noem%C3%AD.pdf>
- SCPM. (2016). *EXPEDIENTE SCPM-CRPI-2016-061*. Obtenido de <https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2019/03/SCPM-CRPI-2016-061-2017-TIA-SA.pdf>
- SCPM. (2018). *Abuso de Poder de Mercado*. Obtenido de <https://www.scpm.gob.ec/sitio/abuso-de-poder-de-mercado/>
- SCPM. (2019). *Hablemos de competencia*. Obtenido de <https://www.scpm.gob.ec/sitio/hablemos-de-competencia-seccion/>
- Tamayo, M. (2012). *El proceso de la investigación científica*. México: Limusa.
- Velandia, M. (2005). Competencia desleal y signos distintivos. *Boletín Latinoamericano de competencia*.