

Guía Comparada sobre Libre Competencia: caso Ecuador



Compliance
Internacional

●●○ NIVEL INTERMEDIO

El apego a la promoción y defensa de una competencia efectiva entre los agentes del mercado, ha representado en los últimos años un desafío para las empresas, las cuales deben autorregularse para cumplir con estos estándares legales. De este modo, diseñar e implementar un programa de compliance efectivo e integral se ha transformado en una verdadera necesidad para las compañías, las cuales están llamadas a promover, en toda la organización, una cultura de trabajo que rechace cualquier conducta que impida, restrinja o deforme la competencia en el mercado.

En la plataforma Compliance Latam, existe consciencia de las complejidades que traen aparejados los nuevos retos impuestos a las empresas, pero al mismo tiempo visualizan la gran oportunidad que tienen las compañías para cumplir con la legalidad, asumir un compromiso ético y, al mismo, potenciar la eficiencia de la organización, asegurando la estabilidad y sostenibilidad de la empresa al elaborar e implementar un compliance program que entienda su modelo de negocio y que tenga la virtud de adecuarse e integrase a la estructura corporativa.

En esta línea, los miembros de Compliance Latam, en julio del 2022 publicaron una “Guía Comparada sobre Compliance en Libre Competencia”, documento que recogió el estado de avance, problemáticas de ese momento, experiencias comparadas y los principales retos que tenía cada una de las diez jurisdicciones analizadas en materia de compliance de libre competencia.

A continuación te presentamos la sección dedicada a Ecuador escrita por Daniel Castelo, director de la firma Bustamante Fabara.

Fecha	Julio 2022
Tpo. de lectura	14 min.



FUENTE: el texto de esta portadilla se elaboró a partir de la introducción de la “Guía Comparada sobre Libre Competencia” publicada por la plataforma “Compliance Legal Latam”.



Autor:

Daniel Castelo, Director
Bustamante Fabara



1. ¿Cuál es el marco regulatorio aplicable en materia de libre competencia en tu jurisdicción?

En Ecuador, el marco regulatorio aplicable inicia con varias disposiciones de la Constitución de la República que establece como uno de los objetivos de la política económica la existencia de mercados justos, transparentes y eficientes; y el deber del estado de evitar y sancionar prácticas monopólicas y oligopólicas que afecten el funcionamiento de los mercados.

Lo señalado por la constitución es desarrollado por la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado ("LORCPM"), promulgada en octubre de 2011. Dicha Ley, constituyó la primera ley de libre competencia propiamente dicha y contiene disposiciones sobre la existencia de prácticas anticompetitivas (abuso de poder de mercado, acuerdos anticompetitivos y prácticas desleales), el control previo de concentraciones económicas (merger control) y disposiciones sobre la acción del estado en el mercado y ayudas públicas. Para la aplicación y cumplimiento de las disposiciones antes señaladas, la LORCPM crea como ente de control a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, la dota de amplias facultades de investigación, establece un procedimiento de investigación y sanción, y establece multas de hasta el 12% del volumen total de negocios del infractor.

Adicionalmente, al pertenecer el Ecuador a la Comunidad Andina ("CAN"), también son aplicables las normas de derecho comunitario sobre libre competencia. Específicamente la Decisión 608, que contiene el régimen de libre competencia aplicable a conductas que tengan un efecto en el territorio de la CAN.

2. ¿Qué tipo de conductas sanciona la normativa de libre competencia de tu jurisdicción?

En el caso de Ecuador, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado ("LORCPM") contempla y sanciona tres tipos de conductas consideradas anticompetitivas:

i. El abuso de poder de mercado, establecido en el artículo 9 de la LORCPM como el uso del poder de mercado o posición dominante que goza una o varias empresas para restringir o afectar a la competencia. Entre este tipo de conductas se encuentran las conductas que la teoría económica usualmente considera anticompetitivas como el establecimiento de cláusulas de exclusividad, ventas atadas o condicionadas injustificadas, el establecimiento de precios predatorios, entre otras.

ii. Los acuerdos y prácticas restrictivas, también definidos como acuerdos anticompetitivos. Este tipo de conductas se encuentran establecidas en el artículo 11 de la LORCPM como cualquier acuerdo, recomendación colectiva o práctica concentrada entre dos o más empresas que tengan como objeto o efecto restringir o afectar a la competencia. Entre este tipo de conductas se encuentran el acuerdo de precios, el intercambio de información con el mismo objetivo, el reparto de zonas geográficas, la colusión de compras públicas entre otras.

iii. Finalmente, la normativa ecuatoriana considera como una conducta anticompetitiva, las prácticas desleales tengan como efecto el restringir o afectar a la competencia. Al considerar que las prácticas desleales pueden constituir una conducta anticompetitiva, la LORCPM difiere con la mayoría de las legislaciones que solo contemplan a las dos primeras conductas. La LORCPM, contempla como prácticas desleales los actos de confusión, de engaño, de imitación, comparación, entre otros. Dichas prácticas desleales son sancionadas por la LORCPM cuando restringen o afectan a la competencia.

3. En caso de incurrir en alguna conducta anticompetitiva ¿Qué tipo de sanciones contempla la normativa de libre competencia en tu jurisdicción?

La LORCPM divide a las distintas infracciones en leves, graves y muy graves, estableciendo distintas sanciones para cada conducta.

- En el caso de infracciones leves, se puede establecer una multa de hasta el 8% del volumen de negocios (ventas) del infractor. En esta categoría se encuentran infracciones a la Ley que no son consideradas como conductas anticompetitivas. Por ejemplo, la falta de colaboración con la autoridad de competencia o la obstrucción de inspecciones.

- En el caso de infracciones graves, se puede establecer una multa de hasta el 10% del volumen de negocio (ventas) del infractor. En esta categoría se encuentran las conductas de i) acuerdos anticompetitivos entre empresas que no sean competidores entre sí, ii) el abuso de poder de mercado que no sea considerado muy grave, y iii) las prácticas desleales.

- En el caso de infracciones muy graves, se puede establecer una multa de hasta el 12% del volumen de negocio (ventas) del infractor. En esta categoría se encuentran las conductas de i) acuerdos anticompetitivos entre competidores y ii) el abuso de poder de mercado

que generen efectos altamente nocivos, de empresas con una cuota de mercado próxima al monopolio o que gocen de algún derecho exclusivo.

4. ¿La institucionalidad de libre competencia de tu jurisdicción reconoce valor a los programas de compliance en esta materia?

La legislación ecuatoriana no hace una referencia directa a la implementación de programas de compliance en materia de competencia. Pese a esto, la autoridad de competencia ecuatoriana, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (“SCPM”) ha reconocido su valor y ha tomado acciones para promocionar e incentivar la implementación de programas de compliance por parte de las empresas. Entre las acciones realizadas por la SCPM para incentivar este tipo de programas se encuentra el imponer como medidas correctivas (en caso de conductas anticompetitiva) o condiciones (en caso de la aprobación de concentraciones económicas) la implementación de programas de compliance. Adicionalmente, en septiembre de 2021, la SCPM publicó una Guía de Compliance en Competencia, que establece varios lineamientos y recomendaciones para un programa de compliance.

5. ¿Qué elementos debe tener un programa de compliance en libre competencia en tu jurisdicción?

Dado que la normativa ecuatoriana se refiere a programas de compliance en libre competencia; no existen elementos que deban ser implementados obligatoriamente. Pese a aquello, entre los principales elementos que la Guía de Compliance en Competencia recomienda incorporar se encuentran los siguientes: i) *la existencia de una cultura corporativa de cumplimiento*, ii) *la asignación de personas responsables del cumplimiento y recursos apropiados*, iii) *un adecuado análisis de riesgos*, iv) *la existencia de políticas, guías y manuales*, v) *la capacitación de personal*, vi) *el monitoreo del cumplimiento* y vii) *la evaluación de la efectividad del programa de compliance*.

6. ¿En tu jurisdicción se exige contar con un oficial de cumplimiento especializado en libre competencia?

La legislación ecuatoriana no exige contar con un oficial de cumplimiento especializado en libre competencia. Pese a esto, la Guía de Compliance en Competencia sí recomienda contar con un oficial de cumplimiento.

7. ¿Cómo aporta valor a las compañías contar con un programa de compliance en libre competencia?

Al igual que los programas de compliance en general, uno de libre competencia, tiene como beneficios el prevenir el cometimiento de infracciones a la ley, minimizar el riesgo derivado del incumplimiento como el establecimiento de sanciones o penas y la mejora y cuidado de la reputación de una compañía. Con respecto a la libre competencia, estos beneficios son sustanciales por cuanto el incumplimiento de la normativa de competencia puede representar importantes perjuicios para la compañía como el establecimiento de cuantiosas multas y la posibilidad del pago de daños y perjuicios a terceros. Al respecto, la Guía de Compliance de Competencia de la SCPM establece que la correcta implementación de un programa de compliance podría ser visto como un atenuante el caso de investigaciones por el cometimiento de prácticas anticompetitivas.

8. ¿Cuáles son las primeras acciones que debería tomar una empresa que quiere incorporar un programa de compliance de libre competencia?

Al igual que todo programa de compliance, el primer paso debe ser el convencimiento y decisión de la dirección de la empresa (*Tone from the top*) en el cumplimiento normativo y el compromiso de ser honestos y éticos. Esta decisión de la directiva permite establecer una cultura corporativa de cumplimiento de las normas, en este caso la normativa de libre competencia. Una vez que se cuente con estos dos elementos, es posible avanzar con la implementación de un programa de compliance, el cual debería contar con un código de conducta y el establecimiento de procedimientos y controles internos que permitan implementar, mantener y mejorar el esfuerzo de la empresa de cumplimiento normativo de libre competencia.