

Desafíos del Derecho de la Competencia Ecuatoriano, luego del Examen Inter-pares de la OCDE y el BID

— Diego Pérez Ordóñez* y Eduardo Regalado Mantilla** —

Resumen

El Examen Inter-pares que realizó la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, en colaboración con el Banco Interamericano de Desarrollo, fue un esfuerzo valioso para someter el régimen de competencia ecuatoriano a una evaluación multilateral de pares. La evaluación evidenció oportunidades de mejora que se muestran como algunos de los desafíos más relevantes para el desarrollo del Derecho y la política de competencia ecuatoriana.

En este documento, analizaremos algunos de sus principales hallazgos. Comenzaremos con una breve exposición del fundamento constitucional del régimen de competencia ecuatoriano. Luego, haremos una revisión del Informe para aproximarnos a su estructura institucional. Pasaremos a exponer el estado actual de la función de cumplimiento de conductas anticompetitivas (*enforcement*). Posteriormente, revisaremos las principales observaciones en materia de control de concentraciones. Y, por último, presentamos conclusiones.

Palabras clave

Examen inter-pares, Ecuador, derecho de la competencia, revisión judicial, control de concentraciones, Superintendencia de Control de Poder de Mercado, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), Banco Interamericano de Desarrollo (BID).

Abstract

The Peer Review assessment by the Organization for Economic Co-operation and Development, in collaboration with the Inter-American Development Bank, was a valuable effort to submit the Ecuadorian competition regime to a multilateral peer review. The evaluation revealed opportunities for improvement which constitute relevant challenges to develop the Ecuadorian competition law and policy.

We will analyze some of the main findings. We will begin with an explanation of the constitutional basis of the Ecuadorian competition regime. Then, we will review the Report regarding the institutional bodies. We will present a state-of-the-art of enforcement function and judicial review. Subsequently, we will analyze the main comments regarding merger control. Finally, we state conclusions.

Keywords

Peer review, Ecuador, competition law, judicial review, merger control, Superintendency of Market Power Control, Organization for Economic Co-operation and Development (OECD), Inter-American Development Bank (IDB).

* Socio del estudio Pérez, Bustamante & Ponce. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Posgrado en Ciencias Políticas (2000) en la Universidad de Salamanca, España. Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Político en la Universidad San Francisco de Quito. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Dirige las prácticas de fusiones y adquisiciones y Derecho de Competencia.

** Asociado del estudio Pérez, Bustamante & Ponce. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Posgrado en Derecho de la Competencia por la Universidad Carlos III de Madrid. Máster en Derecho Bancario por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de posgrado en la cátedra de Contratación Bancaria en el Universidad Andina Simón Bolívar. Su práctica se enfoca en las áreas resolución de controversias y competencia.



1. Introducción¹

En los últimos años, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos («OCDE») y el Banco Interamericano de Desarrollo («BID») han incrementado esfuerzos por promover el desarrollo de la política de competencia en países de Latinoamérica y el Caribe («LAC»). En lo principal, a través de la colaboración multilateral en el Foro Latinoamericano y del Caribe de Competencia («FLACC»). El FLACC reúne, de forma anual, a autoridades y funcionarios de agencias de competencia de LAC para «[p]romover el diálogo, la creación de consenso y el establecimiento de redes entre los encargados de formular políticas y de hacer cumplir la ley en la región» (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [OCDE], 2019)².

El examen inter-pares (*peer review*) es un instrumento central para que los países de LAC, de forma voluntaria, sujeten sus normas y políticas de competencia a un diagnóstico por parte de “miembros de la comunidad internacional (OCDE, 2021, p. 3). Su objeto es la identificación de oportunidades de mejora basadas en las mejores prácticas internacionales. De esta forma, se pretende coadyuvar al fortalecimiento institucional de las autoridades de competencia y la promulgación de reformas regulatorias procompetitivas (OCDE, 2021).

El Ecuador fue sometido al examen inter-pares entre abril y mayo del 2020. En la evaluación participaron distintos actores, públicos y privados, que están vinculados con la práctica de competencia en el país. En esencia, se analizó el contexto y entorno institucional y se revisó las funciones de cumplimiento y promoción de la competencia ecuatoriana.

na. Los resultados de la evaluación fueron expuestos, en un evento virtual, el 31 de marzo de 2021. Asimismo, los principales hallazgos y conclusiones constan en el documento «Exámenes inter-pares de la OCDE y el BID sobre el derecho y política de competencia: Ecuador», publicado en la misma fecha (el «Examen Inter-pares de Ecuador» o, el «Informe»).

Dada la actualidad e importancia del Examen Inter-pares de Ecuador, en este documento, analizaremos algunos de sus principales hallazgos con un enfoque constructivo.

2. El Régimen de competencia ecuatoriano

2.1 Fundamento constitucional y modelo económico

De forma introductoria, consideramos necesaria una referencia sucinta al fundamento constitucional del régimen de competencia ecuatoriano. La Constitución de la República del Ecuador (la «Constitución»)³, publicada en el 2008, configuró, con sus particularidades y notas diferenciadoras, un Estado social y democrático de Derecho (Constitución Política de la República del Ecuador [Constitución], 2008, Artículo 1)⁴. La naturaleza del Estado ecuatoriano, en este sentido, define su sistema económico. Por ende, el constituyente previó un modelo económico «social de mercado»⁵.

El modelo económico establecido en la Constitución tiene como fuente y medida el reconocimiento y garantía de los derechos individuales⁶ y colectivos⁷. En particular, su sentido último es la garantía de los derechos: (i) a desarrollar actividades

1 Este artículo fue presentado el 12 de septiembre de 2022 y aprobado el 14 de marzo de 2023. En este sentido, informamos al lector que la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado fue reformada con la «Ley Orgánica Reformativa de Diversos Cuerpos Legales, para el Fortalecimiento, Protección, Impulso y Promoción de las Organizaciones de la Economía Popular y Solidaria, Artesanos, Pequeños Productores, Microempresas y Emprendimientos», publicada en el Registro Oficial Suplemento 1, de 16 de mayo de 2023 (la «Ley Reformativa a la LORCPM»). La Ley Reformativa introdujo varios cambios en el régimen de competencia ecuatoriano. Debido a la fecha de publicación de la Ley Reformativa a la LORCPM y la fecha de presentación y aprobación de este artículo, las reformas no serán tratadas, salvo alguna mención en particular.

2 Ver OCDE: <https://www.oecd.org/competition/latinamerica/2021foro/>

3 Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial 449, de 20 de octubre de 2008.

4 Artículo. 1 de la Constitución (2008): «El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada [...]».

5 Artículo 283 de la Constitución (2008). Este modelo económico es, por concepto, intermedio entre los modelos de «economía planificada» y el liberalismo económico del *laissez-faire*. Vid, *inter alia*, «Ordo Manifesto of 1936», A. Peacock / H. WiLLgerodt (Eds.), *Germany's Social Market Economy: Origins and Evolution*, London, 1989, pp. 15

6 El modelo económico desarrollado por la escuela de Friburgo persiguió como principal objetivo garantizar la libertad individual de los ciudadanos. En su entendimiento, solo se garantizaba esta libertad a través de un sistema económico que se fundamente y defienda la libre competencia.

7 Artículo . 4.2 de la LORCPM (2011). Uno de los principios del Derecho de la competencia es la defensa del interés general de la sociedad, que prevalece sobre el interés particular.

económicas, en forma individual o colectiva (libertad de empresa) y, (ii) a la libertad de contratación (como una manifestación concreta de la libertad de empresa) (Constitución, 2008, Artículo 66, Numerales 15 y 16)⁸. En esta medida, el sistema económico del Ecuador se funda en una estructura de mercado basada en la libre competencia.

Esta estructura de mercado, cuyo componente fundamental es la competencia, define la política económica y comercial del Ecuador. La Constitución, en lo principal, prevé los parámetros estructurales que conforman esta política. En concreto:

- a) Asegurar la adecuada distribución del ingreso y de la riqueza nacional; y, propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes⁹;
- b) Evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas que afecten el funcionamiento de los mercados¹⁰;
- c) La regulación, control e intervención estatal, en cuanto sea necesario, en la actividad económica¹¹;
- d) Establecer una política de precios orientada a proteger la producción nacional;
- e) Prever los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal¹²; y,
- f) Asegurar la transparencia y eficiencia en los mercados, a través del fomento de la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades¹³.

En consecuencia, sobre la base de un modelo económico social de mercado, la Constitución establece la política económica fundada, en esencia, en la defensa y promoción de la libre competencia. La competencia, en último sentido, es un instrumento para garantizar los derechos de los ciudadanos, en particular, a la libertad de empresa y contratación.

2.2 Estructura institucional del Derecho de la competencia ecuatoriano

Con el fundamento constitucional mencionado, el entramado institucional en materia de competencia surgió en el año 2011 con la publicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado (la «LORCPM»)¹⁴ y sus normas de desarrollo. La configuración institucional prevista en la LORCPM creó un sistema bicéfalo de regulación y control de competencia económica.

Por un lado, la Junta de Regulación del Poder de Mercado (la «Junta») es el órgano de rectoría encargado de la formulación de política pública y regulación (secundaria, sujeta al principio de legalidad)¹⁵. El artículo 45 del Reglamento de la LORCPM expone que está “integrada por las máximas autoridades de las carteras de estado a cargo de la Producción, la Política Económica, los Sectores Estratégicos y el Desarrollo Social. La Junta pertenece en su estructura orgánica a la Función Ejecutiva¹⁶. Por otro lado, según la OCDE (2021) la Superintendencia de Competencia Económica (la «SCE» o «Autoridad de Competencia Ecuatoriana»), es el órgano técnico encargado de la promoción de la competencia, control y sanción de prácticas prohibidas. La SCE es una de las instituciones que forma parte de la Función de Transparencia y Control Social del Ecuador¹⁷.

8 Art. 66, números 15 y 16 de la Constitución.

9 Art. 284.8 de la Constitución.

10 Art. 304.6 de la Constitución.

11 Art. 335 de la Constitución.

12 *Ibidem*.

13 Art. 336 de la Constitución.

14 Registro Oficial Suplemento 555, de 13 de octubre de 2011. La LORCPM ha sido reformada en algunas ocasiones. La última reforma se publicó el 16 de mayo de 2023, con la Ley Reformatoria a la LORCPM. Por el alcance de este artículo las reformas no serán tratadas.

15 Art. 35 de la LORCPM.

16 Lo que podría amenazar la independencia de la SCE, que depende de las regulaciones de la Junta.

17 En el ordenamiento jurídico ecuatoriano existen dos Funciones o Poderes del Estado, adicionales a las tradicionales Ejecutiva, Legislativa y Judicial. Así, según la Constitución, la Función Electoral se encarga de garantizar «[e]l ejercicio de los derechos políticos que se expresan a través del sufragio, así como los referentes a la organización política de la ciudadanía». Finalmente, según el artículo 204 de la Constitución, la Función de Transparencia y Control Social tiene competencias constitucionales para «[p]romove[r] e impulsa[r] el control de las entidades y organismos del sector público, y de las personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios o desarrollen actividades de interés público, para que los realicen con responsabilidad, transparencia y equidad; fomenta[r] e incentiva[r] la participación ciudadana; protege[r] el ejercicio y cumplimiento de los derechos; y preven[ir] y combati[r] la corrupción» (2008). La SCE pertenece a esta Función o Poder del Estado ecuatoriano.



En la práctica, a pesar de que la configuración institucional indicada tiene origen en la Ley, la Junta se ha relegado del ejercicio de sus competencias¹⁸. La SCE, en consecuencia, asumió el rol protagónico como la Autoridad de Competencia Ecuatoriana. De hecho, la SCE fue la que solicitó el Examen Inter-pares de Ecuador a la OCDE, en el año 2019¹⁹. Por estos motivos, dentro del alcance de este documento, haremos un breve análisis de la estructura orgánica de la SCE como la agencia de competencia en Ecuador.

El Superintendente es el representante legal, judicial y extrajudicial, de la SCE; quien dirige la institución y a todos sus órganos²⁰. Según su Estatuto Orgánico por Procesos (2019), la SCE cuenta con una estructura orgánica interna formada, en lo que nos atañe, por los siguientes órganos: la Intendencia General Técnica (la «IGT») y la Comisión de Resolución de Primera Instancia (la «CRPI»)²¹.

La IGT es uno de los principales órganos de la SCE. En particular, debido a que, bajo su dependencia jerárquica, están las intendencias nacionales técnicas de investigación y control²². Estas intendencias se encargan del cumplimiento (*enforcement*) de la LORCPM y, por ende, las conductas que tipifica (*e.g.* prácticas colusorias; abuso de posición de dominio; prácticas de competencia desleal²³; y, concentraciones económicas). Asimismo, la intendencia que se encarga de la promoción de la competencia es dependiente orgánica de la IGT²⁴.

La IGT tiene entre sus principales funciones y potestades: (i) la investigación e instrucción de los procedimientos administrativos sancionadores en contra de operadores económicos por presuntas prácticas anticompetitivas; (ii) la elaboración de informes previos –actos de simple administración– requeridos para la autorización de concentraciones económicas que se someten a la CRPI; y, (iii) la promoción del funcionamiento competitivo de los mercados (*e.g.* a través de estudios de mercado o propuestas de mejora regulatoria).

La CRPI es el órgano encargado de resolver los procedimientos administrativos sancionadores y, de ser el caso, imponer sanciones y medidas correctivas. Asimismo, autoriza las operaciones de concentración económica que se someten a su conocimiento, las condiciona al cumplimiento de remedios estructurales y/o de comportamiento o, de plano, las niega.

En lo fundamental, las intendencias de la IGT ejecutan las investigaciones y la CRPI emite la resolución correspondiente; es decir, toma las decisiones. La explicación es útil para comprender el entramado institucional interno de la Autoridad de Competencia Ecuatoriana. Además, ilustra una de las preocupaciones de los actores vinculados al régimen de competencia ecuatoriano. Los servidores públicos de la SCE, en particular, de nivel directivo, son designados por el Superintendente. La «designación» es una declaración unilateral de voluntad del Superintendente, en calidad de autoridad nominadora de la SCE²⁵.

18 En más de 10 años de existencia, en general, la Junta ha emitido un aproximado de doce resoluciones en materia de competencia. En lo principal, guías sobre buenas prácticas en el sector del *retail* de supermercados, resoluciones en materia de definición de mercados relevantes y metodología para el cálculo de multas en procedimientos sancionadores. Asimismo, estableció umbrales para operaciones de concentración económica; y, aplicación de la regla de *minimis*.

19 *Vid, inter alia*: <https://www.competenciaecuador.com/noticias/la-ocde-y-el-bid-presentan-el-informe-de-resultados-de-los-exmenes-inter-pares-sobre-el-derecho-y-politica-de-competencia-en-ecuador>

20 Arts. 213 de la Constitución y 36 y 42 de la LORCPM

21 Resolución Nro. SCPM-DS-2019-62, de 25 de noviembre de 2019, publicada en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 98, de 11 de diciembre de 2019. Mediante la resolución referida, se expidió una reforma integral al Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la SCE que modificó ciertas competencias materiales de los órganos internos y, con sus reformas posteriores, está vigente a la fecha.

22 A saber: (i) Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas; (ii) Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales; y, (iii) Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas.

23 Las prácticas por competencia desleal se encuentran tipificadas como infracciones administrativas en la LORCPM. Sin embargo, el 18 de enero de 2022 la SCE presentó el proyecto de «Ley Orgánica de Competencia Desleal» ante la Asamblea Nacional del Ecuador (el «Proyecto de Ley»). El Proyecto de Ley concretiza una de las recomendaciones del Examen Inter-pares de Ecuador. En efecto, considerando la naturaleza de las prácticas desleales y sus bienes jurídicos tutelados, el Proyecto de Ley pretende establecer un sistema de protección autónomo y especial. A esta fecha, el Proyecto de Ley sigue el procedimiento legislativo correspondiente para su tratamiento y, de ser el caso, aprobación.

24 La Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia.

25 En el régimen laboral del sector público ecuatoriano, la autoridad nominadora -de ordinario, la máxima autoridad- es aquella que tiene atribuciones y funciones de gestión y administración del talento humano (*e.g.* contratación y desvinculación de personal, imposición de sanciones disciplinarias). En general, suele ejercerse a través de delegación.

Los Comisionados, miembros de la CRPI, son servidores de nivel directivo de la SCE designados por el Superintendente; carecen de estabilidad laboral al ser funcionarios de nombramiento y remoción libre. Es decir, debido a que el Superintendente designa a los Comisionados puede removerlos en cualquier momento²⁶. Tampoco existe regulación alguna, de rango legal, que garantice la independencia orgánica de los miembros de la CRPI.

El Examen Inter-pares de Ecuador evidencia esta preocupación. Al decir del Informe: «[L]os actores interesados han señalado su preocupación por la independencia de los comisionados del Superintendente de Control de Poder de Mercado» (OCDE, 2021, p. 35). En efecto, dada la posibilidad de que sean removidos de sus cargos en cualquier momento: «[L]os comisionados pueden tener incentivos para actuar de acuerdo con los intereses de la autoridad de la SCE» (OCDE, 2021, p. 36).

Coincidimos con las opiniones recogidas en el Examen Inter-pares. En abstracto, podría ser riesgoso que el Superintendente dirija a los órganos de investigación (IGT) y al órgano de resolución (CRPI). La ausencia de independencia orgánica, autonomía administrativa y estabilidad laboral podría comprometer los principios de imparcialidad y objetividad que son inherentes a la Administración pública; en particular, al ejercer potestades como las de control y sanción.

De lege ferenda, la problemática podría ser abordada desde una reforma legislativa que establezca un procedimiento de concurso público, merecimientos y oposición, para la selección y nombramiento de los comisionados. Un procedimiento que procure garantizar principios de igualdad, transparencia y objetividad en cada una de sus fases. Así, concluiría con el nombramiento –no designación– de los ganadores por un periodo definido y estable, con independencia de la autoridad de turno. Incluso, luego del procedimiento correspondiente, la decisión de nombramiento podría corresponder a un órgano colegiado externo a la SCE y a la Función de Transparencia y Control Social.

En la línea del Examen Inter-pares de Ecuador, consideramos que la Política y el Derecho de la competencia puede mejorar en la medida en la que

cuenta con una institucionalidad robusta que brinde confianza a todos los actores involucrados en el proceso competitivo. La reforma legislativa sería una alternativa para reforzar la independencia, formal y material, del órgano decisor de la SCE; y, con ello, fortalecer la institucionalidad –esencial en la actividad de la Administración pública–. En especial, considerando que, como sucede en este caso, la toma de decisiones tiene efectos sobre los derechos de las personas, como la libertad de contratar, el libre desarrollo de actividades económicas y, en último sentido, debería redundar en el bienestar colectivo.

2.3 El *enforcement* de conductas anticompetitivas en el Ecuador

2.3.1 Control de conductas anticompetitivas

Los desafíos que enfrenta el Derecho y la política de competencia ecuatoriana nos lleva a procurar un análisis a partir del Examen Inter-pares de Ecuador y la experiencia, con el objeto de reflejar la relevancia de este asunto.

En el apartado que trata sobre «priorización y planificación de la SCE», el Informe manifiesta que la SCE mencionó 3 prioridades relacionadas con sus objetivos institucionales a mediano plazo. Estas prioridades serían: «[1] producir estudios analíticos “serios y confiables”; 2) incrementar la eficiencia operacional; y 3) mejorar la “creación de precedentes en la ley de competencia”. La última prioridad parece de particular importancia debido a que implica un compromiso por parte de la agencia para realizar investigaciones y tomar decisiones que no tengan defectos a nivel procedimiento, que sean analíticamente robustas y bien fundamentadas para que sean capaces de resistir los desafíos²⁷ legales» (OCDE, 2021, p. 47).

El Examen Inter-pares de Ecuador manifiesta que, entre el 2014 y el 2019, la CRPI emitió 49 decisiones relacionadas con prácticas colusorias, abuso de posición de dominio y competencia desleal. En materia de abuso de poder de mercado, se evidencia el cierre y archivo de «[u]n gran número investigaciones de oficio por falta de mérito [lo que] explica la diferencia entre el número de investigaciones iniciadas y el de casos abiertos y decisiones finales» (OCDE, 2021, p. 100). De ahí que la mayoría de

26 La remoción es una de las formas previstas en la Ley para terminar la relación laboral de los funcionarios de nivel directivo (entre otros), que implica una decisión unilateral de la autoridad nominadora (quien los designa). Por ende, no requiere procedimiento previo ni tampoco implica sanción –a diferencia de la destitución–.

27 Entendemos que el término «desafíos legales», en realidad, se refiriere a «impugnaciones legales».



las investigaciones de la SCE corresponden a esta conducta. En concreto, se habría iniciado 107 investigaciones; sin embargo, la CRPI habría resuelto solo tres (OCDE, 2021).

La problemática de los casos resueltos por la CRPI, en particular, en conductas de abuso (la mayoría) parecería ser reincidente y estaría relacionada con defectos en la investigación e instrucción del procedimiento. En efecto, lo reconocen opiniones recogidas en el Informe: «[t]odos los casos de abuso de poder de mercado resueltos por la CRPI han sido considerados como seriamente defectuosos por los actores interesados. Los tribunales también anulaban las decisiones de la SCE» (OCDE, 2021, p.100).

La revisión del Informe sobre *enforcement* en el país arroja un diagnóstico preocupante, que puede ser extensible a los procedimientos incoados por cada conducta que la SCE supervisa. La mayoría de las investigaciones que se inician son archivadas por falta de mérito y, cuando existe resolución condenatoria, las decisiones suelen ser anuladas en sede judicial. Por ello, el Informe expone que la prioridad establecida por la SCE «[r]esulta crucial: solo unos cuantos casos se han completado con éxito dentro de la SCPM y han sido confirmados por los tribunales» (OCDE, 2021, p. 47).

En nuestra opinión, plantear alternativas que coadyuven a la consecución de uno de los objetivos prioritarios identificados por la Autoridad de Competencia de Ecuador requiere comprender el origen de la problemática: yerros, que suelen ser comunes y recurrentes, en el procedimiento administrativo sancionador. En este sentido, haremos (i) una breve aproximación al procedimiento ecuatoriano de *enforcement* y, (ii) unos comentarios sobre las principales oportunidades de mejora en cuestión de instrucción del procedimiento y cumplimiento de garantías mínimas del debido procedimiento administrativo (debido proceso).

Primero, una breve aproximación al procedimiento ecuatoriano de *enforcement*. El régimen de competencia ecuatoriano es propio del Derecho administrativo sancionador, al igual que ocurre en otros países de LAC. Por su naturaleza jurídica, le son aplicables sus principios generales y estructurales, tales como: el principio de legalidad, tipicidad, irretroactividad, proporcionalidad, *in dubio pro administrado*, *non bis in idem*, prohibición de aplicación

analógica e interpretación restrictiva de la norma.

En la misma medida, son aplicables las normas sustantivas y adjetivas, comunes, al procedimiento administrativo y, especiales, respecto del procedimiento sancionador. Entre las principales: la carga de la prueba corresponde a la Administración (por regla general), la caducidad de las potestades públicas por el transcurso del tiempo, la obligación de separación entre la función de investigación y la de resolución y la obligación de instruir un procedimiento previo establecido en la Ley.

Según el artículo 53 de la LORCPM, el procedimiento puede iniciar de oficio, a requerimiento de otro órgano de la Administración o, por denuncia. En el caso de oficio y solicitud de otro órgano de la administración, anteceden dos «fases previas». La primera, implica una «calificación de procedencia, prioridad y urgencia de iniciar un expediente investigativo». La segunda, con la calificación precedente, permitiría una fase pre-procedimental de «investigación previa» que duraría hasta 180 días, según normas infralegales emitidas por la SCE. Luego de las fases previas indicadas, el procedimiento sigue el mismo trámite del iniciado por una denuncia.

En el caso de la denuncia, se requiere la calificación por parte de la intendencia de investigación y control correspondiente, según el tipo de la presunta práctica investigada. Con la calificación, la denuncia se traslada al denunciado para que presente explicaciones en 15 días. Si las explicaciones son suficientes para la SCE, archiva la denuncia. Caso contrario, inicia la fase de investigación que dura hasta 180 días, prorrogables por el mismo plazo una sola vez. Concluye con un informe que recomienda el archivo o la formulación de cargos y se notifica al investigado para que presente excepciones. Esta fase de investigación o instrucción es reservada, salvo para el sujeto investigado²⁸.

Con esas excepciones, se abre la fase de prueba por hasta 60 días prorrogables por 30 adicionales. Luego, se emite un informe final de resultados y, de ser el caso, se establece la presunta infracción cometida y la sanción que aplicaría. Se remite el informe y expediente a la CRPI y, se le notifica al operador imputado para que presente alegatos. La CRPI puede convocar a audiencia o no y, con ello, debe emitir la resolución correspondiente, dentro de los 90 días posteriores. Las fases mencionadas

28 Art. 56 de la LORCPM.

resumen, de forma muy breve, el procedimiento sancionador que ejecuta la SCE.

Segundo, unos comentarios sobre las principales oportunidades de mejora en cuestión de instrucción del procedimiento y cumplimiento de garantías mínimas del debido procedimiento administrativo.

Es necesario partir de la premisa de que el procedimiento no se limita a un conjunto ordenado de trámites o pasos que la Administración debe seguir para emitir un acto administrativo válido. En realidad, es una garantía constitucional de los sujetos investigados, pues materializa el debido procedimiento administrativo (debido proceso)²⁹. Por ello, durante la investigación e instrucción del expediente sancionador, el cumplimiento de las garantías inherentes al debido proceso es un derecho de las personas y una obligación correlativa de la Administración. Naturalmente, el procedimiento sancionador en materia de competencia no es la excepción.

En adición, resoluciones sólidas, sin defectos de procedimiento y con fundamento analítico robusto, que resistan la revisión judicial posterior requieren el cumplimiento del principio de legalidad. Es decir, que la Autoridad de Competencia Ecuatoriana ejerza sus potestades públicas (*e.g.* investigación y resolución), dentro de los límites establecidos por la Constitución y la ley.

Bajo estas consideraciones, creemos que existen algunos defectos recurrentes en la investigación, instrucción y resolución de los procedimientos de esta materia. Los defectos surgen de la aplicación de las normas de la LORCPM y sus normas de desarrollo por parte de los órganos de instrucción y resolución de la SCE. De manera ejemplificativa, nos referiremos a algunos de ellos.

En materia sustantiva y adjetiva, la LORCPM prevé algunas normas cuya interpretación exegética,

puede dificultar su entendimiento y aplicación. *Verbi gratia*, aquellas que se refieren al ejercicio de potestades administrativas, de naturaleza reglada (no discrecional), que tienen relación directa con derechos constitucionales de los operadores económicos investigados.

Nos referimos, entre otras, a las normas que regulan la reserva de la fase de investigación del expediente y su documentación relacionada, salvo para el investigado³⁰. Además, aquellas que tienen vinculación con la potestad reglada para declarar la confidencialidad de cierta información que podría ser sensible³¹. Estas normas, aplicadas en su sentido literal y de forma aislada o «asistemática», suelen ocasionar vicios de procedimiento que comprometen la solidez –y validez– de las decisiones de la Autoridad de Competencia Ecuatoriana.

Sobre las normas de reserva de las fases de investigación previa e investigativa formal, la documentación producida durante estas fases y el acceso al expediente del procedimiento. La Ley Reformativa a la LORCPM, publicada el 16 de mayo de 2023, dispone que «[e]n la etapa de investigación preliminar, por ser previa al proceso de investigación, no habrá partes directamente involucradas, por lo que, el órgano de sustanciación deberá guardar reserva respecto de la existencia del procedimiento ante particulares o terceros, hasta el momento en que solicite explicaciones, en cuyo caso, las partes podrán acceder al expediente»³². La LORCPM prevé, de manera general, la reserva de la fase de investigación «salvo para las partes directamente involucradas»³³ naturalmente, el sujeto investigado. A nivel reglamentario³⁴ se prevé, sobre el acceso al expediente y sus documentos, que en la fase de investigación las «partes» podrán acceder al expediente, y obtener copias individualizadas de todos los documentos que lo integren. La excepción, dispone la norma legal y reglamentaria es la información confidencial de terceros (*e.g.* secretos comerciales)³⁵.

29 Artículo 76 de la Constitución (2008): «En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso [...]»

30 Arts. 56 de la LORCPM y 65 del RLOCPM.

31 Art. 3 del RLOCPM.

32 Previo a la Ley Reformativa a la LORCPM, el art. 56 de la LORCPM no disponía la reserva total de la fase de investigación previa. Es decir, parecería que la reforma introducida limita el acceso al expediente durante esta fase, incluso, para aquellos sujetos que están siendo indagados. La constitucionalidad de la norma reformada merecería un análisis independiente, que escapa del alcance de este artículo.

33 Art. 65 de la LORCPM.

34 Art. 56 de la LORCPM y art. 3 del RLOCPM.

35 Es relevante mencionar que la Constitución prevé, entre las garantías del debido proceso, que todo procedimiento debe ser público, salvo las excepciones previstas en la ley (por ejemplo, la prevista en el art. 56 de la LORCPM). Asimismo, es una garantía constitucional que las partes pueden «[a]cceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento», de conformidad con el artículo 76.7 (d) de la Constitución (2008).



Existen procedimientos sancionadores en los que la aplicación de las normas reglamentarias mencionadas puede comprometer el ejercicio a la defensa del sujeto investigado. Por ejemplo, cuando se traducen en limitaciones impuestas por la Administración al acceso a documentos del expediente e, incluso, actuaciones administrativas que originan los procedimientos; y, que, en esta medida, delimitan el alcance de los hechos y acusaciones endilgadas contra operadores económicos investigados.

En ciertos casos, estas limitaciones pueden ser un impedimento para que el investigado ejerza su derecho a conocer, de forma previa y detallada, los hechos, cargos y acusaciones que se le imputan. De tal forma, pueden implicar una restricción al contenido esencial del derecho a la defensa, incompatible con las garantías constitucionales del debido proceso.

En el mismo sentido, en materia de normas que se refieren a la potestad reglada de declarar información confidencial o reservada. Se han evidenciado procedimientos sancionadores en los que se omite emplear técnicas o metodologías para el tratamiento de información sensible y no se entrega información generada por la Administración o terceros, esencial para el ejercicio a la defensa del investigado. Técnicas que, reconociendo la importancia de proteger información clasificada, implican la formulación de documentos censurados o anonimizados; otros que incluyen indicadores o datos agregados. Asimismo, la elaboración de resúmenes preparados por expertos independientes que prescinden de los datos que constituyen la información confidencial. De hecho, estas técnicas son utilizadas ampliamente en regímenes de competencia comparados.

En otros casos, hay procedimientos en los que se pretende usar las técnicas indicadas desnaturali-

zándolas. De forma ilustrativa, es usual que en los procedimientos sancionadores la SCE emplee «extractos no confidenciales» que suprimen o tachan información esencial. Es decir, de tal importancia, que su censura impide al operador económico comprender los hechos o inteligir el alcance integral de las imputaciones y acusaciones que se le atribuyen (desde la perspectiva jurídica e, incluso, económica).

En otras palabras, con la justificación de proteger información confidencial, los supuestos «extractos» censuran información que, materialmente, puede ser sustancial para el ejercicio del derecho a la defensa del sujeto investigado. Es necesario indicar, información de terceros o, inclusive, elaborada por la propia Administración —a pesar del principio de transparencia—. Naturalmente, este tipo de documentos mutilados pueden llegar a viciar el procedimiento, por conculcar la defensa del investigado.

A simple vista, parecerían dos intereses en contraposición. Por un lado, el de terceros en la protección de su información confidencial o sensible suministrada a la Autoridad de Competencia Ecuatoriana y, además, la obligación de su reserva³⁶. Por otro lado, más que interés, el derecho constitucional de los sujetos investigados al debido proceso. Naturalmente, materializado en las garantías de defensa, acceso al expediente y a las actuaciones administrativas de la autoridad correspondiente; y, asimismo, a conocer, de forma previa y detallada, los hechos, las acusaciones e imputaciones que se le endilgan en su contra, según expusimos³⁷.

Es pertinente mencionar que en ordenamientos jurídicos comparados de Derecho de la competencia (e.g. el Comunitario Europeo o español), el sujeto investigado en el procedimiento sancionador tiene impedido, con carácter general, acceder información reservada durante la fase de instrucción del ex-

36 En principio, la información producida por la propia Administración no debería estar sujeta a confidencialidad o reserva alguna para el investigado, por el principio de transparencia que la rige y, naturalmente, por el derecho a la defensa.

37 Consideramos que este análisis merece una revisión caso a caso, según la práctica anticompetitiva por la que se está investigando a un operador económico.

Por ejemplo, en el caso de prácticas colusorias, cuando la autoridad de competencia está ejecutando un programa de delación compensada (*leniency*), el delator y la información que suministra para delatar un cártel merecen una protección reforzada. En efecto, los programas de delación compensada son las herramientas más efectivas, a nivel mundial, para la detección y sanción de cárteles; por su alto grado de eficacia, los delatores deben tener un incentivo positivo para delatar y entregar toda la información necesaria; así, el incentivo redundante el efecto disuasivo que estos programas persiguen y la eficacia del régimen de competencia en sí mismo.

Sin embargo, consideramos que no ocurriría lo mismo en las investigaciones de prácticas de abuso de posición de dominio. Es decir, por ejemplo, cuando un competidor denuncia a un operador dominante. La denuncia y la información suministrada por el denunciante no podría (o no debería) mantenerse reservada para el operador denunciado. De hecho, el operador denunciado debería tener acceso a la denuncia, toda la documentación suministrada en ella y todas las actuaciones administrativas ejecutadas por la autoridad de competencia. En especial, en la medida en la que esa información es necesaria para comprender los hechos, cargos e imputaciones que se le atribuyen y pueda ejercer, materialmente, su derecho a la defensa.

Pese al interés en el tema tratado, la limitación del objeto de este trabajo no nos permite profundizarlo.

pediente. Sin embargo, emitida la formulación de cargos, se les reconoce, en el ejercicio de su derecho de defensa, el derecho a acceder a la información clasificada o reservada. En particular, aquella información con la que la formulación de cargos funda sus conclusiones sobre la calificación de la conducta investigada y la propuesta de sanción. La Autoridad de Competencia Ecuatoriana suele mantener reservada o confidencial esta información, incluso, después de la resolución sancionadora.

Es decir, en regímenes de competencia comparados no se podría impedir a un sujeto investigado el acceso a las piezas probatorias o parte de la información confidencial/reservada usada en la formulación de cargos. En especial, en la medida en la que fue usada, como base fáctica o jurídica, para la formulación de cargos y propuesta de sanción. Lo contrario, se consideraría incompatible con el derecho al debido proceso y a la defensa del investigado.

Por ello, como comentábamos, resulta fundamental el empleo adecuado de las técnicas o metodologías para el tratamiento de información sensible o confidencial de terceros. Bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad, el acceso directo a los documentos que contienen la información clasificada, en ciertos casos, puede sustituirse por el acceso a medios alternativos no-confidenciales o a la observancia de procedimientos para evitar la difusión de la información o su aprovechamiento, más allá del ejercicio del derecho a la defensa de un investigado.

A manera de colofón, conviene indicar que, como se observa, las potestades públicas, los principios estructurales del procedimiento sancionador y las normas a las que nos referimos tienen una vinculación material y pueden limitar los derechos constitucionales de los operadores económicos investigados. Por ende, su aplicación literal y aislada del resto de normas que integran el ordenamiento jurídico suele generar defectos en el procedimiento; y, en particular, coartar la garantía del debido proceso de manera que condicionan la validez de la resolución que emite la Autoridad Competencia Ecuatoriana.

En esta medida, su debido entendimiento y aplicación requiere una interpretación sistemática que parta de la Constitución. El debido procedimiento administrativo es una garantía constitucional de

los investigados (*e.g.* debido proceso). De tal manera que: «[e]vita la adopción de decisiones discrecionales y arbitrarias por parte de la administración pública y brinda [o debería brindar] certeza de que sus resoluciones han sido adoptadas con sustento técnico y jurídico» (Guerrero Celi, 2022, p.29).

Recordemos que la Administración pública, como la SCE, debe servir con objetividad al interés general y garantizar el efectivo goce de los derechos de las personas³⁸. El procedimiento administrativo no es la excepción: «[L]os derechos de los ciudadanos no pueden ser vulnerados de forma arbitraria con el pretexto de servir o procurar el interés general» (Guerrero Celi, 2022, p.38). Por tanto, la garantía del debido proceso del investigado debe ser conciliada con el interés general que persigue el Derecho de la competencia y sus fines: la eficiencia económica del mercado y el bienestar de la sociedad en su conjunto.

La instrucción de procedimientos sancionadores que cumplan con el debido proceso y las demás normas que integran el ordenamiento jurídico aportan a la solidez y validez de las decisiones de la Autoridad de Competencia Ecuatoriana. Además, en la medida en la que el procedimiento se sustancie conforme a Derecho, la revisión judicial se podrá enfocar en los asuntos de fondo y no solo en los de vicios de procedimiento. De hecho, hasta la fecha, conocemos que los defectos de procedimiento son el principal argumento de las sentencias que dejan sin efecto decisiones administrativas de competencia en el país.

El sucinto análisis expuesto no agota ni pretende agotar el debate sobre los temas tratados. En sentido contrario, pretendemos brindar una perspectiva con algunos criterios que pueden ser útiles para la comprensión del problema y su alcance. De tal forma, coadyuvar, en alguna medida, a la consecución de uno de los objetivos prioritarios expuestos en el Examen Inter-pares por la Autoridad de Competencia Ecuatoriana: resoluciones sólidas, sin defectos de procedimiento y con análisis robustos, que resistan la revisión judicial posterior y puedan aportar a la creación de un precedente judicial en materia de competencia.

2.3.2 El control de concentraciones

Las transacciones que implican el cambio o la toma de control de uno o varios operadores económicos

38 Arts. 76 y 226 de la Constitución y 37 del Código Orgánico Administrativo.



se entienden como concentraciones económicas y pueden estar sujetas a la obligación legal de notificación previa a la SCE. En esta materia, la legislación ecuatoriana ha funcionado razonablemente bien desde la vigencia de la LORCPM.

Siguiendo a la mayoría de agencias y ordenamientos jurídicos comparados, el control que ejerce la Autoridad de Competencia Ecuatoriana se realiza previo a la ejecución de la operación (*closing*). Sin embargo, también hay oportunidades de mejora como en las áreas precedentes. A continuación, comentamos algunas que nos parecen relevantes.

El control de concentraciones en el Ecuador presenta dos umbrales que activan la obligación de notificación: (i) el volumen de negocios total en el Ecuador (facturación)³⁹; y, (ii) la cuota de mercado del 30% o superior (los «Umbrales de Notificación»)⁴⁰. El cumplimiento de uno de los umbrales hace la notificación de la transacción obligatoria, es decir, no requieren ser concurrentes.

El Examen Inter-pares del Ecuador señala que los actores del sector privado, entrevistados durante el proceso de evaluación, manifestaron que los Umbrales de Notificación se suelen cumplir de forma relativamente sencilla; por ejemplo, el umbral de cuota de mercado (30%). Esto ocasionaría la notificación de muchas operaciones «[q]ue son inofensivas para la competencia y [daría lugar] a un trabajo largo y laborioso para que la INICCE las revise y emita una respuesta» (OCDE, 2021, p. 62). En consecuencia, podrían ameritar una reforma.

La valoración del control de concentraciones requiere un equilibrio entre «[l]as ventajas de este tipo de umbrales [de cuota de mercado] (en específico, la capacidad de activar la notificación de fusiones potencialmente problemáticas respecto a compañías con bajas facturaciones), con su falta de certidumbre (debido a que requieren un análisis complejo y no objetivo, es decir, la definición de mercado y el cálculo de la participación, para

determinar si debe notificarse una transacción)» (ICN, 2018, como se citó en OCDE, 2021, p. 64).

En el caso del umbral de facturación, según las mejores prácticas internacionales, podría ser relevante estimar que, al menos, dos de las partes que participen en la transacción cumplan el umbral de facturación local (como los compradores, en el caso de adquisición de control conjunto) y/o que el negocio u operación adquirida cumpla el umbral de facturación local requerida (ICN, 2018, como se citó en OCDE, 2021, p. 63). La implementación de este criterio podría realizarse mediante una reforma legal.

Ahora bien, respecto del procedimiento de autorización hay dos aspectos que pueden optimizarse. *Primero*, respecto de la fecha límite para la notificación de la transacción. En general, la operación de concentración debe notificarse a la Autoridad de Competencia Ecuatoriana en un plazo de 8 días a partir de la fecha de conclusión del acuerdo (*signing*), de conformidad con la legislación vigente⁴¹. Tal como indica el Informe, estimamos que este plazo es muy corto.

En efecto, la OCDE (2021) afirmó lo siguiente:

«[l]a fecha debería ser más larga para proporcionar a las partes fusionantes un grado razonable de flexibilidad para determinar cuándo se puede notificar una fusión propuesta, conforme a la Recomendación de la OCDE sobre la Revisión de las Fusiones, con la condición de que no se implemente la fusión antes de la notificación y la aprobación, dado que, en este caso, se aplicarían las leyes de las reglas para salir en falso» (p. 64).

En las transacciones de *M&A*, el *gun jumping* es una contingencia que puede ser asumida o no por las partes de una transacción, sobre la base de su apetito al riesgo legal y, en particular, de competencia. Asumir este riesgo no sería recomendable⁴², pues podría considerarse una infracción muy grave

39 Según el artículo 16 de la LORCPM (2011) y lo dispuesto por la Junta, en el caso de transacciones que no involucran instituciones del sistema financiero, mercado de valores y seguros, “el volumen de negocios total en el Ecuador del conjunto de los participantes [debe superar,] en el ejercicio contable anterior a la operación”, las 200.000 Remuneraciones Básicas Unificadas («RBU»). En el año 2022, una RBU equivale a US\$ 425,00.

40 Art. 16 de la LORCPM.

41 *Ibidem*.

42 La eventual violación de una *standstill obligation* podría ser problemática. En el régimen de competencia ecuatoriano, al igual que en otras legislaciones comparadas, una investigación por ejecutar una transacción sin cumplir con la obligación de notificación (si era obligatoria) podría implicar un procedimiento, largo y complejo. Su resultado podría ser una multa de hasta el 12% del volumen de negocio del año anterior al que se implementó la transacción y, además, multas para los representantes legales que intervinieron en la operación.

a la LORCPM⁴³. Por tanto, en nuestra opinión, una ampliación del plazo para la notificación de la operación aportaría positivamente al régimen ecuatoriano. Esta es otra mejora regulatoria que podría implementarse mediante una reforma legal al artículo 16 de la LORCPM.

Segundo, respecto del inicio formal del procedimiento de autorización de concentración y los plazos para su resolución. Una vez notificada la transacción, la SCE debe emitir una comunicación formal al operador solicitante en la que informa que la notificación de concentración tiene la información completa. A partir de esta comunicación, inicia el procedimiento y se empieza a contabilizar el plazo para la resolución de la solicitud de autorización. La SCE tiene 60 días hábiles, prorrogables por 60 días adicionales, para emitir su decisión; si no la emite dentro del tiempo indicado, la operación se entiende autorizada de forma tácita (silencio administrativo positivo).

Sin embargo, no se establece un plazo expreso para que la SCE emita la comunicación formal que informa sobre la completitud de la solicitud de autorización presentada. La laguna normativa suele ocasionar que la Autoridad de Competencia Ecuatoriana se tome periodos de tiempo considerables y no uniformes para emitir esta comunicación. Así, se extiende, de forma artificial, los plazos previstos para la autorización de la operación. *De lege ferenda*, sería recomendable una disposición con un plazo concreto para que la SCE emita la comunicación formal e inicie el procedimiento de autorización. Con ello, se aportaría certidumbre y previsibilidad a los operadores involucrados en transacciones sujetas a notificación obligatoria.

Por otro lado, en cuanto a la metodología para la revisión de concentraciones económicas. En el Ecuador, la revisión de una operación se ejecuta con una «prueba de dominio». *Grosso modo*, la Autoridad de Competencia Ecuatoriana evalúa elementos estructurales, esto es, si la transacción crea, modifica o refuerza el poder de mercado⁴⁴. Según el Examen Inter-pares del Ecuador gran parte de las agencias de competencia del mundo no ejecutan prueba de dominancia. En su lugar, aplican la prueba de la disminución sustancial de la competencia (*Substantive Lessening of Competition test* - «SLC»).

43 Art. 87.3 (c) de la LORCPM.

44 Art. 15 de la LORCPM.

45 La última reforma del LORCPM fue publicada en el Registro Oficial Nro. 697 de 1 de diciembre de 2020. Esta reforma incluyó un régimen de control de concentraciones por fases.

Esta prueba se centra en los efectos materiales de la operación de concentración en el mercado, por ejemplo, si es probable que los precios incrementen después de la transacción; y, además, se enfoca en la pérdida de competencia entre las empresas del mercado relevante en cuestión (OCDE 2021). El Informe refiere que la prueba de disminución sustancial de competencia «[p]odría permitir examinar los efectos coordinados y abarcar las fusiones de conglomerados» (OCDE, 2021, p. 68). En esta línea, podría coadyuvar a estimar efectos anticompetitivos de las transacciones por debajo de los umbrales de dominación, conforme lo ha reconocido la OCDE (2021).

Consideramos que una aproximación de la SLC para la evaluación de los efectos de las operaciones de concentración económica podría ser útil para una optimización regulatoria. En la práctica, dependería de una reforma legal y, a la par, un cambio en los criterios emitidos por la Junta. En cualquier caso, el régimen de control de concentraciones vigente prevé que, luego de analizada la operación, la Autoridad de Competencia Ecuatoriana puede negarla o autorizarla, con o sin remedios. Es decir, sujetarla a condiciones o compromisos de naturaleza conductual, estructural o combinada.

Finalmente, el Examen Inter-pares del Ecuador sugiere que una alternativa regulatoria viable podría ser el establecimiento de un régimen de control por fases. Al respecto, conviene precisar que el procedimiento de autorización concentraciones vigente, estableció un régimen bifásico a partir de diciembre de 2020⁴⁵.

En efecto, una vez emitida la comunicación formal que hemos comentado, inicia la primera fase del procedimiento de control (la «Fase I»). En la Fase I, la SCE realiza una evaluación *prima facie* de los efectos potenciales de la transacción. Si no se verifican eventuales problemas de competencia se autoriza, sujeta o no a condiciones. La Fase I tiene una duración máxima de 25 días hábiles. Si la SCE no se pronuncia dentro del plazo, se pasa a la siguiente.

La segunda fase, implica un examen material de la transacción y el análisis a fondo de sus efectos reales y potenciales para la competencia (la «Fase II»). Luego de este análisis, la SCE emite la deci-



sión correspondiente que puede autorizar la transacción (con o sin condiciones) o negarla. La Fase II tiene el plazo de 60 días hábiles, prorrogables otros 60 días.

En total, el promedio de tiempo que puede durar el análisis de una operación de concentración puede variar, según la complejidad de la transacción y sus eventuales efectos en el mercado o mercados en cuestión. Por lo expuesto, consideramos que esta recomendación del Informe ya está incluida en el régimen de competencia ecuatoriano que, a esta fecha, tiene un procedimiento de control optimizado por fases.

3. Conclusiones

Del análisis efectuado al Examen Inter-pares del Ecuador, hemos identificado algunas oportunidades de mejora del régimen de competencia que se traducen en desafíos. En consecuencia, corresponde expresar las siguientes conclusiones.

Primero, se requiere robustecer la institucionalidad en materia de competencia y disminuir cualquier viso de discrecionalidad. Consideramos deseable que la Junta priorice la emisión y el desarrollo de la política pública de competencia. Es decir, defina las acciones y prioridades estratégicas del régimen. A su vez, debería emitir lineamientos claros para el ejercicio de las potestades de control, sanción y promoción de la SCE.

Segundo, de lege ferenda, podrían presentarse reformas regulatorias procompetitivas. Estas reformas podrían enfocarse en los principales aspectos que hemos comentado. En concreto, se podría proponer que los comisionados que conforman el órgano de resolución, la CRPI, sean nombrados mediante concurso público, de merecimiento y oposición. El concurso y nombramiento podría ejecutarse por un órgano colegiado, independiente a la SCE. Asimismo, el nombramiento podría ser por un periodo definido y estable.

Sería viable considerar una revisión específica de la normativa de procedimiento que hemos comentado, la LORCPM y su Reglamento, cuya interpretación y aplicación han generado diferencias de criterio entre la Autoridad de Competencia Ecuatoriana y los involucrados en el proceso competitivo. Para la LORCPM, el órgano competente sería la Función Legislativa y, para el Reglamento, el Poder Ejecutivo. En ambos casos, las propuestas de revisión y reforma podrían ser impulsadas por la propia SCE –similar a otras ocasiones–. Lo im-

portante sería alcanzar un consenso con los actores involucrados para llegar a un proyecto que cuente con la retroalimentación de todas las perspectivas posibles.

En la misma línea, sería recomendable que se evalúe la necesidad de implementar reformas en materia de control de concentraciones. Entre las principales, podría considerarse la ampliación del plazo para notificar la transacción, la modificación de los umbrales de notificación y la implementación de un plazo específico para que la SCE comunique el inicio del procedimiento. Estas reformas podrían aportar para optimizar el régimen de control de concentraciones.

Tercero, sería deseable la formación específica de los servidores públicos, encargados de los distintos procedimientos, en materia de Derecho de competencia y Derecho administrativo sancionador. Ello aportaría para mejorar la calidad de las resoluciones en los aspectos de procedimiento y materiales. Así, las resoluciones podrían ser más sólidas y pasar la revisión judicial con menos cuestionamientos. La construcción de un precedente judicial sobre asuntos de competencia depende de ello.

Cuarto, estimamos que los desafíos que plantea el desarrollo del Derecho y la política de competencia en Ecuador dependen, en gran medida, de una colaboración entre el sector privado y público. El aporte de los actores privados y la apertura de agencia de competencia ecuatoriana, al igual que de la Junta, será crucial para su crecimiento.

El Examen Inter-pares del Ecuador fue un gran diagnóstico inicial para reforzar el régimen de competencia ecuatoriano. Cada observación y comentario, implementado adecuadamente, puede contribuir a la transparencia del régimen, la confianza en la Autoridad de Competencia Ecuatoriana y su institucionalidad. En esta medida, mientras el Derecho y la política de competencia del país se fortalezca, redundará en la eficiencia económica del mercado y el bienestar de la sociedad ecuatoriana en su conjunto.

Referencias bibliográficas

Código Orgánico Administrativo [COA]. Artículo 37. (3 de julio de 2017).

<https://www.gobiernoelectronico.gob.ec/wp-content/uploads/2020/11/COA.pdf>

Constitución Política de la República del Ecuador. (20 de octubre de 2008).

Decreto 1152 de 2020. Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Registro Oficial No. 697. 17 de noviembre de 2022.

<https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2020/01/Reglamento-LORCPM.pdf>

Guerrero Celi, F. (2022). *Procedimientos Administrativos: Principios y Sustanciación*.

International Competition Network [ICN] (2018). Recomendaciones para procedimientos de notificación y análisis de concentraciones (en inglés). ICN. https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/09/MWG_NPRecPractices2018.pdf

Ley 0 de 2011, Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. (13 de octubre de 2011). Registro Oficial Suplemento 555.

https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ecu_org7.pdf

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [OCDE] (2019). *Latin American and Caribbean Competition Forum*. <https://www.oecd.org/competition/latinamerica/2019spanish/>

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [OCDE] (2021) *Exámenes inter-pares de la OCDE y el BID sobre el derecho y política de competencia*. Ecuador. Editorial OCDE.

<https://www.oecd.org/daf/competition/ecuador-examenes-inter-pares-sobre-el-derecho-y-politica-de-competencia-2021.pdf?cv=1>

Superintendencia de Control de Poder de Mercado (25 de noviembre de 2019). Resolución Nro. SCPM-DS-2019-6.

<https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2019/11/SCPM-DS-2019-62.pdf>