

Sobre la facultad de la Superintendencia de Competencia Económica para recomendar la eliminación de barreras normativas

18.12.2024

CeCo Ecuador 



12 minutos



Hugo Gómez Apac Actualmente, magistrado en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y profesor del curso Libre Competencia y Acceso al Mercado en la Maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia de la Pontificia Universidad Católica del Perú. En el Indecopi, ha sido Secretario Técnico de la Comisión de Libre Competencia y de la Sala de Defensa de la Competencia, así como Vicepresidente de la Comisión de Protección al Consumidor.

NEWSLETTER

Bajo el liderazgo de Danilo Sylva Pazmiño, con quien me une una grata amistad, en los últimos años la Superintendencia de Competencia Económica^[1] (SCE) se ha transformado para bien. Ha mejorado en tecnicismo y transparencia y ha mostrado mayor productividad y proactividad institucional. Uno de los asuntos en los que se aprecia esta mayor proactividad es lo referido a la función de abogacía de **la competencia conducente a recomendar la eliminación de las barreras normativas**.

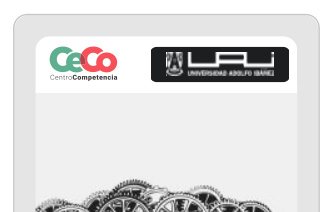
La eliminación de las barreras legales, normativas o burocráticas debería ser una política pública obligatoria de todo gobierno convencido de los beneficios de la defensa de la libre competencia. La eliminación de tales barreras promueve la entrada de competidores al mercado, genera una mayor competencia y las eficiencias económicas que esta produce tienen la potencialidad de mejorar el bienestar de los consumidores. Además, la eliminación de estos sobrecostos es positiva para la competitividad económica de las empresas y del país.

DESTACADOS

El recorrido para el desarrollo del derecho de competencia en Ecuador

La creación de una cultura de libre competencia: la experiencia de la guía denominada "Hablemos de Competencia"

PODCAST DESTACADO



«El salto que debe dar Ecuador es pasar de la recomendación a la eliminación efectiva de las barreras normativas ilegales o desproporcionadas. Tiene en el Perú un modelo a seguir, en el que el Indecopi tiene competencia para ordenar la inaplicación con efectos generales de la barrera burocrática declarada ilegal o irracional».

Perú tiene toda una historia al respecto. En diciembre de 1992 se creó al interior del **Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual** (Indecopi), un órgano encargado de supervisar que **no se impusieran barreras burocráticas que impidieran u obstaculizaran el acceso de las empresas a la actividad económica**. A la fecha, la norma vigente es el Decreto Legislativo 1256 de diciembre de 2016, que aprueba la [Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas](#), la cual tiene por objeto la protección de los derechos constitucionales a la libre iniciativa privada y la libertad de empresa. Esta norma fue modificada (fortalecida) mediante Ley 31755 de mayo de 2023.

La ley peruana busca la prevención y eliminación de las barreras burocráticas —entendiendo por estas toda exigencia, requisito, limitación, prohibición o cobro que imponga una entidad de la administración pública— ilegales o irracionales **que condicionan, restringen u obstaculizan el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado**, o que **constituyan incumplimiento de las normas y principios que garantizan la simplificación administrativa**. El Indecopi tiene competencia para ordenar la inaplicación con efectos generales de la barrera burocrática declarada ilegal^[2] tanto en procedimientos iniciados de oficio como a pedido de parte. En caso de que la barrera haya sido identificada como irracional, **en los procedimientos de oficio ordenará su inaplicación con efectos generales**; mientras que, en los iniciados a pedido de parte, ordenará su inaplicación **en el caso concreto a favor del denunciante**. Una barrera es irracional si no aprueba **el test de razonabilidad**, lo que comprende los juicios de idoneidad (su relación con la finalidad o interés público que la autoridad busca proteger), de necesidad (que no hay otra medida idónea pero menos gravosa que pueda cumplir con dicha finalidad) y de proporcionalidad (que los beneficios sean mayores a los costos).

En Ecuador, de conformidad con lo establecido en los núm. 21 y 24 del art. 38 de la [Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado](#), la SCE es competente para promover medidas de control tendientes a la eliminación de barreras a la libre competencia al mercado, así como proponer la remoción de barreras —normativas o de hecho— de entrada a mercados que excluyan o limiten la participación de operadores económicos. Esta competencia se enmarca en la función de abogacía de la competencia.

Para cumplir con dicha función, en octubre de 2020, la SCE aprobó la **«Metodología para la identificación, revisión y eliminación de barreras normativas»** (Guía SCPM-INAC-DNPC-001), la cual **establece parámetros para evaluar la legalidad y proporcionalidad de las barreras normativas**. Estas barreras, en línea con la legislación peruana^[3], son toda exigencia, requisito, limitación, prohibición o cobro que imponga cualquier entidad u organismo del sector público en ejercicio de su potestad normativa que condicione, restrinja u obstaculice el acceso, permanencia o salida de los operadores económicos en un mercado.

El análisis de **legalidad** tiene por objeto verificar:

1. Como primer subnivel, **la existencia de competencias** o atribuciones conferidas por ley a la entidad que emite o impone la barrera normativa; y,
2. Como segundo subnivel, **si la barrera contraviene o no** alguna disposición de simplificación administrativa o cualquier norma del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

El análisis de **proporcionalidad**, a su vez, comprende los siguientes subprincipios:

1. **El juicio de idoneidad** (primer nivel): que analiza la finalidad (el interés público) de la medida administrativa (la barrera normativa) y que esta sea idónea para cumplir dicho fin.
2. **El juicio de necesidad** (segundo nivel): que evalúa si existen otras medidas alternativas previsibles e igualmente idóneas para la consecución del fin propuesto,



VER MÁS PODCAST

pero menos restrictivas de los derechos (o libertades) de las partes involucradas.

3. **El juicio de proporcionalidad en sentido estricto** (tercer nivel): que sopesa los costos a la competencia que implica la medida regulatoria; es decir, contrasta la importancia del interés público protegido y la afectación o restricción que representa a las libertades de los agentes económicos: a mayor el grado de la restricción, mayor el grado de importancia de satisfacción del interés público.[4]

Los análisis de legalidad y proporcionalidad **siguen la lógica de la preclusión. Solo si un subnivel (de legalidad) o nivel (de proporcionalidad) se cumple, se pasa a analizar el siguiente.** Así, si la barrera es legal, se analiza su proporcionalidad; pero si es ilegal, no es necesario analizar su razonabilidad. De la misma forma, si la barrera no resulta idónea para cumplir el objetivo perseguido, el análisis se detiene allí, de modo que se declara su falta de razonabilidad sin tener que analizar los juicios de necesidad y proporcionalidad. Si fuera idónea la medida cuestionada y no hubiera otras medidas igualmente idóneas pero menos restrictivas de las libertades involucradas, se pasaría al juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

Una barrera normativa es legal y proporcional si cumple los dos subniveles de legalidad y los tres niveles de proporcionalidad. Basta el incumplimiento de un subnivel para declarar su ilegalidad o de un nivel para declarar su falta de proporcionalidad. Sin embargo, **nada impide que, ante el incumplimiento de un subnivel o nivel, la SCE decida analizar uno o más de los siguientes.**

La SCE ha emitido tres informes en ejercicio de su competencia para recomendar la eliminación de barreras normativas.

El primero es el **Informe del caso Gasolineras** (expediente SCPM-IGT-INAC-003-2021) de abril de 2022, en el cual se analizó como barrera normativa una disposición reglamentaria del sector hidrocarburos que regula la autorización de actividades de comercialización de derivados del petróleo y sus mezclas (gasolina, diésel y biocombustibles)[5], la cual exige que **todos los operadores económicos que deseen ingresar o seguir participando en el mercado de comercialización de tales combustibles deben contar con un mínimo de diez centros de distribución o estaciones de servicio.**

La SCE concluyó en su informe que dicho requisito era legal pero desproporcionado, **pues la medida no era idónea:** no había relación entre el objetivo de la norma —que es el control y abastecimiento de combustibles— y el requerimiento mínimo de operar diez estaciones de servicio.

Acertado análisis de la SCE. La exigencia de tener al menos diez estaciones de servicio alienta que solo los agentes económicos con mayor capacidad financiera puedan operar en dicho mercado. Es como si la regulación quisiera que el servicio sea prestado por empresas oligopólicas. **La eliminación de esta barrera permitirá la entrada de más agentes económicos y más competencia.**

El segundo es el **Informe del caso Cñamo** (expediente SCPM-IGT-INAC-004-2021) de abril de 2022, en el cual se analizó como barrera normativa dos disposiciones de un reglamento del sector agropecuario que regula la siembra y comercialización de cannabis no psicoactivo[6], las cuales establecen que **solo las personas jurídicas** (no las personas naturales) **pueden desarrollar las actividades autorizadas y que las licencias están condicionadas a contar con una extensión mínima de área de cultivo**[7].

La SCE concluyó en su informe que, si bien las dos barreras **eran legales**, no superaban el análisis de proporcionalidad, pues **no eran idóneas para alcanzar el objetivo propuesto:** diferenciar el cñamo psicoactivo del no psicoactivo, controlar la actividad y lograr la formalidad del sector.

En efecto, para alcanzar la finalidad prevista (de interés público), da lo mismo que el agente económico sea una persona natural o jurídica. En cualquier caso, la labor de fiscalización de la autoridad es la misma. Y en cuanto al tamaño del área de cultivo, ello debería depender de la oferta y demanda, y no del capricho de la autoridad. Si un operador económico tiene pocos

clientes, quizá empiece con una hectárea o menos. El tamaño del cultivo irá creciendo en función de que obtenga más clientes. Es absurdo que la norma le fije una extensión mínima. Si el empresario tiene pocos clientes, de modo que una hectárea es suficiente, la irracionalidad de la norma lo obliga a tener cuatro hectáreas de cultivo innecesarias, lo que puede llevarlo a incurrir en pérdidas. **Pareciera que la norma fue hecha para favorecer a los grandes inversionistas, en perjuicio de los pequeños.**

No es argumento válido que la autoridad afirme que es más eficiente fiscalizar a pocos empresarios grandes o medianos que a muchos pequeños. Como lo advierte la SCE en su informe, **una medida alternativa menos restrictiva es la fiscalización aleatoria**. Si la autoridad tiene escasos recursos para el ejercicio de sus potestades de control, puede acudir a la fiscalización aleatoria, lo que significa que «al azar» se escoge a los administrados que van a ser fiscalizados en un determinado periodo de tiempo. Si los administrados no saben si van a ser o no fiscalizados en dicho periodo, pues la elección es realmente aleatoria (al azar), tienen todos los incentivos para cumplir con la regulación.

El último es el **Informe del caso Calzado** (expediente SCPM-IGT-INAC-005-2022) de septiembre de 2023, en el cual se analizó como barrera normativa la exigencia establecida por el Ministerio del Deporte^[8] de que, **para gozar de un beneficio para la importación de calzado e implementos deportivos especializados**, el interesado debía contar con una **Declaración Aduanera de Importación (DAI) con una vigencia mínima de dos años**.^[9]

La SCE constató que exigir que la DAI tenga una vigencia mínima de dos años era ilegal, pues era contraria a las normas que promueven la facilitación de las operaciones de comercio exterior^[10], y había sido establecida de manera extemporánea e infringía el núm. 2 del art. 8 de Ley Orgánica para la Optimización y Eficiencia de Trámites Administrativos, el cual busca la reducción de los requisitos y exigencias a los administrados, dejando única y exclusivamente aquellos que sean indispensables para cumplir el propósito de los trámites o para ejercer el control de manera adecuada.

Según la SCE, el Ministerio del Deporte se había excedido en sus competencias al establecer la referida exigencia.

En cuanto al análisis de proporcionalidad, la SCE identificó que **la temporalidad de la vigencia de la DAI no era una medida idónea** para cumplir con el objetivo perseguido por el Ministerio del Deporte, que era facilitar el acceso al calzado deportivo especializado (zapatillas). **Tampoco cumplía con el juicio de necesidad**, pues una alternativa más razonable era exigir la DAI pero sin período mínimo de vigencia; es decir, el mismo requisito pero con la supresión de la temporalidad de la vigencia de la DAI.

La SCE advirtió que una exigencia mínima de la DAI dificultaba el fin último de reducción de los precios y acceso al calzado deportivo especializado. A mayor el tiempo de vigencia de la DAI, menos operadores económicos interesados en importar el calzado deportivo, **y ello podría fortalecer la posición competitiva**, o dar una ventaja comercial, **a los agentes económicos incumbentes en el mercado**, en detrimento de nuevos competidores. Y es que ningún nuevo competidor, o potencial nuevo entrante, podría conseguir una DAI con dos años de vigencia.

Es evidente que la barrera beneficiaba a los operadores económicos que ya tenían más de dos años importando calzado deportivo.

¿Por qué los burócratas establecen barreras normativas carentes de razonabilidad?

¿Es torpeza o hay algo más? En los tres casos analizados por la SCE hay quienes ganan con la barrera burocrática identificada como desproporcionada. En el primer caso, son los que tienen capacidad para operar al menos diez estaciones de servicio de comercialización de combustibles; en el segundo, los que tienen cultivos de cannabis no psicoactivo mayores a cinco hectáreas a campo abierto (o mayores a dos hectáreas en caso de invernaderos); y, en el tercero, los que ya tienen más de dos años importando calzado deportivo.

En Perú, en el mercado de comercialización de oxígeno medicinal, el Indecopi identificó como una barrera burocrática carente de razonabilidad el que el Ministerio de Salud **exigiera**, el año 2012, **que el oxígeno medicinal tenga una concentración del 99 al 100 % de pureza** a efectos de que pueda ser comercializado^[11]. Indecopi verificó que era razonable comercializar el oxígeno medicinal a una menor concentración: **93 % de pureza**. Luego se descubrió que **dicha medida había beneficiado a las empresas más grandes** (un oligopolio) que producían el mencionado producto. Como la oferta disminuyó —por la salida de las empresas pequeñas que no podían producir un oxígeno con tanta pureza—, hubo escasez durante la pandemia de la Covid-19, lo que fue fatal para miles de personas.

Felicitemos a la SCE por la metodología y los tres informes que recomiendan la eliminación de barreras normativas. En tanto recomendaciones, forman parte del rol de abogacía de la competencia.

Revisando el Registro Oficial del Ecuador, **constatamos la eliminación**, por parte de la autoridad competente, **del requisito de que la DAI tenga al menos dos años de vigencia** para que el interesado goce del beneficio establecido para la importación de calzado e implementos deportivos especializados^[12]. Al parecer, las barreras relacionadas con la comercialización de combustibles y la siembra y comercialización de cannabis no psicoactivo siguen vigentes.

El salto que debe dar Ecuador es **pasar de la recomendación a la eliminación efectiva de las barreras normativas ilegales o desproporcionadas**. Tiene en el Perú un modelo a seguir, en el que el Indecopi tiene competencia para ordenar la inaplicación con efectos generales de la barrera burocrática declarada ilegal o irracional. Dicho salto requiere, en Ecuador, una modificación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

La eliminación efectiva de las barreras legales, normativas o burocráticas debe constituir uno de los pilares de toda política de competencia moderna, junto con el control de las conductas anticompetitivas, el control previo de las operaciones de concentración empresarial y la abogacía de la competencia.

[1] Antes denominada Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

[2] Siempre que la ilegalidad no se haya originado por una revocación indirecta de licencia de funcionamiento.

[3] En la metodología se reconoce el apoyo técnico recibido del Indecopi.

[4] Este juicio analiza tres parámetros: (i) los beneficios que reporta la medida administrativa (la barrera normativa), (ii) los costos que implica para los operadores económicos y (iii) la afectación al mercado en cuanto a la competencia dentro del mismo.

[5] El literal d) del art. 12 del «Reglamento para autorización de actividades de comercialización de derivados del petróleo o derivados del petróleo y sus mezclas con biocombustibles, excepto el gas licuado de petróleo (GLP)», conforme a lo aprobado por el Directorio de la Agencia de Regulación y Control de Energía y Recursos Naturales No Renovables mediante Resolución ARCERNR-008/2020 de septiembre de 2020.

[6] Los arts. 5 y 9 del «Reglamento para la importación, siembra, cultivo, cosecha, post cosecha, almacenamiento, transporte, procesamiento, comercialización y exportación de cannabis no psicoactivo o cáñamo y cáñamo para uso industrial», aprobado por el Ministerio de Agricultura y Ganadería mediante Acuerdo Ministerial 109 de octubre de 2020.

[7] Para el caso del cultivo de cáñamo para uso industrial, mínimo cinco hectáreas; y tratándose del cultivo del cannabis no psicoactivo o cáñamo, cinco hectáreas a campo abierto y dos hectáreas en invernadero.

[8] Antes denominada Secretaría del Deporte.

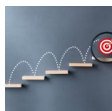
[9] Se trata del núm. 6 del art. 2 del Acuerdo Ministerial 0586 del Ministerio de Deporte, de diciembre de 2020, el cual establece como requisito para la obtención del «Certificado para la Importación de Calzado e Implementos Deportivos Especializados» una Declaración Aduanera de Importación (DAI) con una vigencia mínima de dos años. Dicho acuerdo deriva de la Resolución [019-2019](#) emitida por el Pleno del Comité de Comercio Exterior (Comex), en agosto de 2019, que reformó el arancel del Ecuador para otorgar un beneficio a la importación de calzado e implementos deportivos especializados, y delegó en el Ministerio del Deporte evaluar los requisitos pertinentes que respalden la operatividad del mencionado certificado.

[10] El Decreto Ejecutivo 312, que declara a la Ventanilla Única Ecuatoriana y al Programa Operador Económico Autorizado como parte de la política de facilitación del comercio exterior, de febrero de 2018.

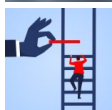
[11] Indecopi, Sala Especializada en Defensa de la Competencia, Resolución 1232-2013/SDC-INDECOPI del 31 de julio de 2013, expediente [000151-2010](#)/CEB.

[12] Mediante Acuerdo MD-DM-2024-0002-ACUERDO de enero de 2024, el Ministerio del Deporte ha eliminado el requisito de que la Declaración Aduanera de Importación (DAI) tenga dos años de vigencia mínima.

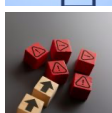
También te puede interesar:



[El recorrido para el desarrollo del derecho de competencia en Ecuador](#)



[El reto de la evaluación de las ayudas públicas en Ecuador](#)



[Radiografía de la Revolución Regulatoria en Ecuador de los últimos años](#)

[#EFICIENCIA ECONÓMICA](#)

[#LEGALIDAD](#)

[#MERCADOS REGULADOS](#)

[#BARRERAS](#)

[#TEST DE RAZONABILIDAD](#)

[#INCUMBENTES](#)

[#PROPORCIONALIDAD](#)

[#LIBRE ENTRADA](#)

[#ASPECTOS INSTITUCIONALES](#)

[#PERÚ](#)

[#INDECOPI](#)

[#REGULACIÓN](#)

[#SCE](#)

ACTUALIDAD

DIÁLOGOS

INVESTIGACIONES

OPINIÓN

PODCAST

GLOSARIOS

JURISPRUDENCIA

PRENSA

EVENTOS

NOSOTROS

EQUIPO

CONTACTO



Términos y
condiciones y
políticas de privacidad
Políticas de Cookies

Av. Presidente Errázuriz
3485, Las Condes,
Santiago de Chile.

Teléfono
(56 2) [2331 1000](tel:23311000)



CentroCompetencia



Concurrences **20**
Antitrust Publications & Events YEARS