

**UNIVERSIDAD METROPOLITANA DEL ECUADOR**



**CARRERA DE DERECHO**

**TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE  
ABOGADA DE LOS TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**

**TEMA: LOS COMPROMISOS DE CESE DENTRO DE LA LEY ORGÁNICA DE  
REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO (ARTÍCULO 89) Y LA  
POSIBLE VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO**

**AUTOR: MARÍA JOSÉ GUTIÉRREZ NÚÑEZ**

**ASESOR DE TESIS: DR. JOSÉ GUILLERMO CAPITO ÁLVAREZ**

**QUITO-2018**



Factura: 003-001-000033460



20181701010P00991



NOTARIO(A) EDISON SANTIAGO ALVAREZ ALTAMIRANO

NOTARÍA DÉCIMA DEL CANTON QUITO

EXTRACTO

Escritura N°:	20181701010P00991						
<b>ACTO O CONTRATO:</b>							
DECLARACIÓN JURAMENTADA PERSONA NATURAL							
FECHA DE OTORGAMIENTO:	6 DE FEBRERO DEL 2018, (8:54)						
<b>OTORGANTES</b>							
<b>OTORGADO POR</b>							
Persona	Nombres/Razón social	Tipo intervinete	Documento de identidad	No. Identificación	Nacionalidad	Calidad	Persona que le representa
Natural	GUTIERREZ NUÑEZ MARIA JOSE	POR SUS PROPIOS DERECHOS	CÉDULA	1803233327	ECUATORIANA	COMPARECIENTE	
<b>A FAVOR DE</b>							
Persona	Nombres/Razón social	Tipo Interviniente	Documento de identidad	No. Identificación	Nacionalidad	Calidad	Persona que representa
<b>UBICACIÓN</b>							
Provincia		Cantón		Parroquia			
PICHINCHA		QUITO		SANTA PRISCA			
DESCRIPCIÓN DOCUMENTO:							
OBJETO/OBSERVACIONES:							
CUANTÍA DEL ACTO O CONTRATO:	INDETERMINADA						

  
 NOTARIO(A) EDISON SANTIAGO ALVAREZ ALTAMIRANO  
 NOTARÍA DÉCIMA DEL CANTÓN QUITO  


MGS. E. SANTIAGO ALVAREZ A.  
NOTARIO DECIMO QUITO



1 ESCRITURA No. 20181701010P00991

2

3

DECLARACIÓN JURAMENTADA

4

5

QUE OTORGA:

6

7

MARIA JOSE GUTIERREZ NUÑEZ

8

9

CUANTIA: INDETERMINADA

10

DI 2 COPIAS

11

12

&&. C.S. &&.

13

14 En la ciudad de San Francisco de Quito, Capital de la República del  
15 Ecuador, hoy día **SEIS DE FEBRERO DEL AÑO DOS MIL DIECIOCHO**,  
16 ante mí, **MAGISTER SANTIAGO ÁLVAREZ ALTAMIRANO**  
17 **NOTARIO DÉCIMO DEL CANTÓN QUITO**, comparece: la señorita:  
18 **MARIA JOSE GUTIERREZ NUÑEZ**, de estado civil **SOLTERA**, por sus  
19 propios y personales derechos, la compareciente es de nacionalidad  
20 ecuatoriana, mayor de edad, domiciliada en esta ciudad de Quito,  
21 legalmente capaz para contratar y obligarse, a quien de conocer doy fe,  
22 en virtud de que me exhibió su cedula de ciudadanía que en fotocopias  
23 agrego como documento habilitante al presente instrumento, y me pide  
24 que eleve a escritura pública su Declaración Juramentada y que la hace  
25 en los siguientes términos: **Yo, MARIA JOSE GUTIERREZ NUÑEZ,**  
26 **mayor de edad, de estado civil SOLTERA, domiciliada en esta**  
27 **ciudad de Quito, ante usted comparezco para que se me recepte la**  
28 **siguiente DECLARACION JURAMENTADA. Declaro bajo juramento**

MANUEL LARREA N12-35 Y SANTA PRISCA

TELÉFONO: 099 2928619 / 099 2747452

MAIL: notaria10quito@gmail.com

MGS. E. SANTIAGO ALVAREZ A.  
NOTARIO DECIMO QUITO

1 que: QUE EL TEMA: LOS COMPROMISOS DE CESE DENTRO DE LA  
2 LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DE  
3 MERCADO (ARTÍCULO 89) Y LA POSIBLE VIOLACIÓN AL DEBIDO  
4 PROCESO SON DE MI AUTORIA. Es todo cuanto puedo declarar en  
5 honor a la verdad.- HASTA AQUI LA DECLARACION JURAMENTADA  
6 que queda elevada a escritura pública con todo su valor legal.- Para el  
7 otorgamiento de la presente escritura de Declaración Juramentada se  
8 observaron los preceptos legales del caso y además se advirtió a los  
9 comparecientes la gravedad del juramento y las penas del perjurio y  
10 leída que fue a la compareciente por mí, el Notario, se ratifica y firma  
11 conmigo, en unidad de acto, quedando incorporada esta escritura al  
12 protocolo de esta Notaria, de todo lo cual doy fe.-

13

14

15

16

17

18

19

20

21

22

23

24

25

26

27

28



MARIA JOSE GUTIERREZ NUÑEZ

CC.- 180323332-7



MAGISTER SANTIAGO ÁLVAREZ ALTAMIRANO

NOTARIO DÉCIMO DEL CANTÓN QUITO



MANUEL LARREA N12-35 Y SANTA PRISCA

TELÉFONO: 0992626626 / 0992747481

MAIL: notaria10quito@gmail.com

**REPÚBLICA DEL ECUADOR**  
 DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL  
 IDENTIFICACIÓN Y CEDULACIÓN



CÉDULA DE CIUDADANÍA  
 APELLIDOS Y NOMBRES  
**GUTIERREZ NUÑEZ MARIA JOSE**  
 LUGAR DE NACIMIENTO  
**TUNGURAHUA AMBATO LA MERCEZ**  
 FECHA DE NACIMIENTO **1986-01-27**  
 NACIONALIDAD **ECUATORIANA**  
 SEXO **MUJER**  
 ESTADO CIVIL **SOLTERO**

Nº **180323332-7**



INSTRUCCIÓN **BACHILLERATO** PROFESIÓN / OCUPACIÓN **ESTUDIANTE**  
 APELLIDOS Y NOMBRES DEL PADRE **GUTIERREZ BARBA NELSON JOSE**  
 APELLIDOS Y NOMBRES DE LA MADRE **NUÑEZ CASTRO NORMA SUSANA**  
 LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN  
**QUITO 2017-01-27**  
 FECHA DE EXPIRACIÓN  
**2027-01-27**

IGM 16 10 640 20

**NOTARÍA DÉCIMA**  
 V4343V4222  
 M. S. E. Santiago Álvarez A.  
 NOTARIO 10




DIRECTOR GENERAL FIRMA DEL COLEGIO

**CERTIFICADO DE VOTACIÓN**  
 4 DE FEBRERO 2018

**012** JUNTA No. **012 - 231** NÚMERO **1803233327** CEDULA

**GUTIERREZ NUÑEZ MARIA JOSE**  
 APELLIDOS Y NOMBRES

**TUNGURAHUA** PROVINCIA  
**AMBATO** CANTÓN  
**LA MERCEZ** PARROQUIA

CIRCUNSCRIPCIÓN:  
 ZONA:




**REFERENDUM Y CONSULTA POPULAR 2018**

**NO VOTADO**

*[Handwritten Signature]*

*[Large handwritten signature]*

**NOTARÍA DÉCIMA**  
  
 M. S. E. Santiago Álvarez A.  
 NOTARIO 10



## CERTIFICADO DIGITAL DE DATOS DE IDENTIDAD



**Número único de identificación:** 1803233327

**Nombres del ciudadano:** GUTIERREZ NUÑEZ MARIA JOSE

**Condición del cedulao:** CIUDADANO

**Lugar de nacimiento:** ECUADOR/TUNGURAHUA/AMBATO/LA MERCED

**Fecha de nacimiento:** 27 DE ENERO DE 1986

**Nacionalidad:** ECUATORIANA

**Sexo:** MUJER

**Instrucción:** BACHILLERATO

**Profesión:** ESTUDIANTE

**Estado Civil:** SOLTERO

**Cónyuge:** No Registra

**Fecha de Matrimonio:** No Registra

**Nombres del padre:** GUTIERREZ BARBA NELSON JOSE

**Nombres de la madre:** NUÑEZ CASTRO NORMA SUSANA

**Fecha de expedición:** 27 DE ENERO DE 2017



Información certificada a la fecha: 6 DE FEBRERO DE 2018

Emisor: EDISON SANTIAGO ALVAREZ ALTAMIRANO - PICHINCHA-QUITO-NT 10 - PICHINCHA - QUITO

N° de certificado: 186-091-34144



186-091-34144

Ing. Jorge Troya Fuertes

Director General del Registro Civil, Identificación y Cedulación

Documento firmado electrónicamente



UNIVERSIDAD METROPOLITANA DEL ECUADOR

**UMET**

U N I V E R S I D A D  
**METROPOLITANA**

CARRERA DE DERECHO

TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE  
ABOGADA DE LOS TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

TEMA: LOS COMPROMISOS DE CESE DENTRO DE LA LEY ORGÁNICA DE  
REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO (ARTÍCULO 89) Y LA  
POSIBLE VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO

AUTOR: MARÍA JOSÉ GUTIÉRREZ NÚÑEZ

ASESOR DE TESIS: DR. JOSÉ GUILLERMO CAPITO ÁLVAREZ

QUITO-2018



MGS. E. SANTIAGO ALVAREZ A.  
NOTARIO DECIMO - QUITO

HASTA AQUÍ LO HABILITANTES.- SE OTORGÓ ANTE MÍ, EN LA FECHA QUE CONSTA DEL PRESENTE DOCUMENTO, CONFIERO ESTA PRIMERA COPIA CERTIFICADA DE LA ESCRITURA PÚBLICA DE: **DECLARACIÓN JURAMENTADA QUE OTORGA: MARIA JOSE GUTIERREZ NUÑEZ.- EL DIA DE HOY 06 DE FEBRERO DEL DOS MIL DIECIOCHO.**



  
MAGÍSTER E. SANTIAGO ALVAREZ ALTAMIRANO  
NOTARIO DECIMO DEL CANTON QUITO

Notaria 10  
Mgs. E. Santiago Alvarez A.





**Certificado del asesor de tesis**

Dr. José Guillermo Capito Álvarez, Docente de la Carrera de Derecho de la Universidad Metropolitana

**CERTIFICO:**

Haber revisado el trabajo de investigación de tesis para optar por el título de **ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**, realizado por la estudiante **MARÍA JOSÉ GUTIÉRREZ NÚÑEZ**, portadora de la cédula de ciudadanía **Nº 1803233327**, cuyo título es **“LOS COMPROMISOS DE CESE DENTRO DE LA LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO (ARTÍCULO 89) Y LA POSIBLE VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO”**, el mismo que cumple con todas las exigencias académicas y reglamentarias para este tipo de trabajo por lo que autorizo su presentación.

Es todo cuanto puedo decir en honor a la verdad, facultando al interesado hacer uso de la presente, así como también se autoriza la presentación para la evaluación por parte del jurado respectivo.

Quito, 02 de enero de 2018

-----  
Dr. José Guillermo Capito Álvarez

## ASESOR DE TESIS

### Declaración de autoría

Yo, María José Gutiérrez Núñez, estudiante de la Universidad Metropolitana del Ecuador "UMET", declaro en forma libre y voluntaria que la presente investigación que versa sobre **"Los Compromisos de Cese dentro de La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (Artículo 89) y la posible violación al Debido Proceso"**, así como las expresiones vertidas en la misma son autoría de la compareciente, quien ha realizado en base a recopilación bibliográfica, consultas en el internet consultas de campo y casuística.

En consecuencia asumo la responsabilidad de la originalidad de la misma y el cuidado al remitirme a las fuentes bibliográficas respectivas para fundamentar el contenido expuesto.

Atentamente,



**María José Gutiérrez Núñez**

**C. I. 180323332-7**

### Cesión de Derechos

El trabajo de investigación con el tema **LOS COMPROMISOS DE CESE DENTRO DE LA LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO (ARTÍCULO 89) Y LA POSIBLE VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO”**

De la autora **MARÍA JOSÉ GUTIÉRREZ NÚÑEZ**, quien manifiesta en forma libre y voluntaria lo siguiente:

Cedo los derechos de la tesis a la Universidad Metropolitana y que el contenido sirva de fuente de información y conocimiento para el bienestar universitario.

Atentamente,



**María José Gutiérrez Núñez**

**C.I.:180323332-7**

## **Dedicatoria**

Dedico este logro a Dios ya que sin él todo se hace imposible, quien me ha conservado con vida para poder culminar con éxito mi vida de estudiante, a mis padres Pepito Gutiérrez y Susanita Núñez quienes siempre han estado apoyándome a lo largo de mi vida, a mi hija Padme Rojas y mi esposo Santy Rojas quienes me apoyaron con su comprensión y cariño en todo momento, a mi hermana Marifer Gutiérrez quien con su fortaleza y sabiduría me enseñó que nada es imposible y que siempre hay que luchar por lo que uno quiere y desea en la vida, a Doña Teresita Bukovac mi suegra quien con su entrega y su predisposición a siempre ayudarme he podido culminar este logro.

**María José Gutiérrez Núñez**

## **Agradecimiento**

Quiero dar mi más sincero agradecimiento a todas las personas que me ayudaron a elaborar este presente trabajo, a mi tutor quien con su gran sabiduría y paciencia supo encaminarme para conseguir este logro en mi vida. A la Universidad Metropolitana por darme la oportunidad de seguir adelante en perfeccionar mi vida profesional.

Son muchas las personas que han formado parte de mi vida profesional a las que me encantaría agradecerles su amistad, consejos, apoyo, ánimo y compañía en los momentos más difíciles de mi vida, quiero darles las gracias por formar parte de mí, por todo lo que me han brindado y por todas sus bendiciones.

Para todos muchas gracias y que Dios los bendiga.

**María José Gutiérrez Núñez**

**LOS COMPROMISOS DE CESE DENTRO DE LA LEY ORGÁNICA DE  
REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO (ARTÍCULO 89) Y LA  
POSIBLE VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO**

**Índice**

Certificado del asesor de tesis .....	ii
Declaración de autoría .....	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
Cesión de Derechos.....	iv
Dedicatoria .....	v
Agradecimiento .....	vi
Índice.....	vii
Índice de Anexos.....	ix
Resumen.....	x
Abstract .....	xi
Introducción.....	1
Antecedentes y Justificación .....	1
Situación Problemática.....	2
Descripción del Problema .....	2
Problema.....	2
CAPÍTULO I .....	4
1. COMPROMISO DE CESE .....	4
1.1. Generalidades de los Compromisos de Cese .....	4
CAPÍTULO II .....	26
2. Violación al debido proceso y al principio Non Bis In Ídem .....	26
2.1. El Non bis in ídem en otros países .....	28
2.1.1. Argentina .....	28
2.1.2. Chile .....	29
2.1.3. Colombia .....	30
2.1.4. España .....	30
2.1.5. Estados Unidos .....	31
2.1.6. México .....	32
2.1.7. Perú.....	32
3. Procedimiento de los Compromisos de Cese.....	44

3.1. Procesos de Investigación dentro de la Intendencia de Prácticas Desleales de la SCPM.....	44
3.1.1. Procesos de investigación por denuncia. ....	46
3.1.2. Procesos de investigación por solicitud de otro órgano de administración pública. ....	58
3.1.3. Procesos de investigación iniciados de oficio.....	58
3.2. Comisión de Resolución de Primera Instancia. ....	61
3.3. Requisitos de los Compromisos de Cese.....	63
3.4. Trámite para la admisión de los Compromisos de Cese. ....	65
3.5. Trámite para la aprobación de los Compromisos de Cese.....	68
3.6. Publicidad de la Resolución de la Aceptación de los Compromisos de Cese.....	69
Conclusión .....	71
Recomendación .....	72
Bibliografía .....	74
ANEXOS .....	77

## Índice de Anexos

Anexo 1: Barrido de Investigación de Oficio.....	77
Anexo 2. Investigación Preliminar de Oficio .....	78
Anexo 3. Investigación Formal de Gestión Procesal.....	79
Anexo 4: Investigación Formal de Gestión Procesal.....	80
Anexo 5: Sustanciación de Gestión Procesal.....	81
Anexo 6: Sustanciación de Gestión Procesal.....	82
Anexo 7: Barrido de Investigación por Denuncia .....	83
Anexo 8: Investigación Preliminar de Denuncias .....	84
Anexo 9: Barrido de Investigación por Solicitud de la Administración Pública .....	85
Anexo 10: Investigación Preliminar por Solicitud de la Administración Pública.....	86



## Resumen

El presente trabajo tuvo como finalidad identificar las posibilidades de que existan violaciones al debido proceso dentro de los trámites administrativos de los compromisos de cese, que incluyó la determinación de las posibles falencias en el procedimiento de la terminación de conflictos a través del compromiso de cese respecto al principio Non Bis In Ídem.

Esta propuesta estuvo elaborada a fin de explicar el procedimiento para la presentación y demás tramites que establece la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, para los compromisos de cese en materia de competencia.

Además la propuesta contuvo los beneficios que reciben los operadores económicos al presentar una propuesta de compromiso de cese como medio para poner fin al proceso de investigación, su eficiencia y las relaciones de los participantes en el mercado nacional.

El trabajo propuso como medio de solución al problema planteado, la realización de la reforma a la normativa vigente a fin de que exista un pronunciamiento en materia constitucional y se prevenga el doble juzgamiento en esta clase de procedimientos administrativos.

Se pretendió socializar la utilización de los compromisos de cese por parte de los operadores económicos como un método alternativo de solución de conflictos administrativos dentro de los procesos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

## **Abstract**

The purpose of this paper was to identify the possibilities for due process violations within the administrative proceedings of the termination commitments, which included the determination of possible flaws in the procedure of the Termination of conflicts through commitment to cease with respect to the principle Non Bis In idem.

This proposal was elaborated in order to explain the procedure for the presentation and other procedures established by the Organic Law on Regulation and Control of market power, for the commitments of cessation in competition matters.

In addition, the proposal contained the benefits that economic operators receive when submitting a proposal for a commitment to cease as a means of ending the research process, its efficiency and the relations of the participants in the national market.

The work proposed as a means of solution to the problem posed, the realization of the reform to the current legislation so that there is a pronouncement in constitutional matter and the double judgement is preventable in this kind of administrative procedures.

It was intended to socialize the utilization of the commitments of cessation by the economic operators as an alternative method of solution of administrative conflicts within the processes of the Superintendency of Control of the Market Power.

## **Introducción**

El presente trabajo tiene por objeto socializar los procesos administrativos de investigación que lleva a cabo la Superintendencia del Control de Poder de Mercado a través de la respectivas Intendencia a saber: Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económica y la Intendencia de Investigación de Acuerdos y Prácticas Restrictivas y Abuso de Poder de Mercado.

Y una vez que realizada una breve explicación de en qué consisten los procedimientos, se analizará desde diferentes puntos la opción que prevé la ley para la terminación de los procesos de investigación, denominados en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, como compromisos de cese, sus requisitos, el contenido de la propuesta de compromiso de cese, su evaluación y su posterior modificación o aprobación.

Dentro del presente trabajo se planteará la supuesta violación del debido proceso referente al principio de non bis in ídem, dentro de la tramitación y aprobación de los compromisos de cese.

Finalmente me permitiré realizar una sugerencia y/o recomendación para solucionar el problema identificado dentro de este trámite.

### **Antecedentes y Justificación**

De los procedimientos de investigación iniciados en la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, se derivan diferentes etapas de dichas investigaciones, que obligan tanto a los administrados como al administrador a realizar un sin número de diligencias. El administrado en pos de liberarse de la responsabilidad a ellos imputada por alguna presunta práctica anticompetitiva, en tanto que el administrador, en busca de pruebas fehacientes que sustenten y motiven el cometimiento de dichas prácticas.

Dentro de este conflicto la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, tiene la opción para que los operadores económicos decidan de manera voluntaria acogerse a un trámite abreviado por decirlo de alguna manera, denominado compromiso de cese, con el cual, si aceptan todas las conductas investigadas, obtienen el archivo del proceso y evitan la multa de la sanción.

La justificación para la elaboración del presente trabajo se fundamenta en la necesidad de dar a conocer en primer lugar: los procesos que en materia de competencia implementó la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, los mismos que tiene rigor desde Octubre del 2011, siendo una materia relativamente nueva en el Ecuador; y, en segundo lugar presentar como una opción de cultura de paz determinado en nuestra ley como compromiso de cese, poco o nada conocido por los operadores económicos de nuestro país.

### **Situación Problemática**

La situación se genera con la contradicción que existe entre lo estipulado por la Constitución del Ecuador referente al principio Non bis in ídem, lo estipulado por la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, su Reglamento que establece que para la aceptación de un compromiso de cese deberá aceptarse los hechos que generaron las conductas investigadas versus el criterio de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, que para aceptar los compromisos de cese, y cerrar toda la investigación obligan al operador económico a que acepte el cometimiento de todas las conductas investigadas, caso contrario cierran la investigación por la conducta aceptada y se continúa con el proceso correspondiente , por las conductas restantes que no han sido aceptadas expresamente, dentro de la propuesta de compromiso de cese.

### **Descripción del Problema**

Identificar si el trámite administrativo de Compromiso de Cese podría violentar el debido proceso referente al principio de doble juzgamiento (NON BIS IN ÍDEM) dentro del derecho administrativo.

### **Problema**

En la actualidad el trámite administrativo de compromiso de cese que es presentados ante la Comisión de Resolución de Primera Instancia, tiene como requisito obligatorio la aceptación de las conductas por parte de los operadores económicos, más no sólo la aceptación de los hechos, generando que exista un doble juzgamiento en materia administrativa.

## **Objetivos**

### **General**

La presente propuesta tiene como objetivo general la difusión del actuar de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, como ente regulador de la eficiencia del mercado, la prevención, investigación y posible sanción de las prácticas anticompetitivas que se presenten en el mercado nacional; además de poner al conocimiento del público en general la clase de procesos investigativos y el trabajo que ésta Superintendencia realiza, en aras de obtener un mercado más justo, en igual de oportunidades y precautelar el interés general y el bienestar de los consumidores.

### **Específicos**

Determinar las fallas en el procedimiento administrativo en los compromisos de cese respecto del debido proceso y el derecho a la legítima defensa, establecidos en nuestra Constitución.

Proponer reformas a la normativa vigente para que exista un verdadero derecho a la defensa.

Dar a conocer las ventajas de los compromisos de cese a los operadores económicos dentro de las distintas etapas como mecanismos de solución de conflictos dentro del mercado.

Socializar el uso de los compromisos de cese como métodos alternativos de solución de conflictos administrativos y medios preventivos dentro de los procesos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

## CAPÍTULO I

### 1. COMPROMISO DE CESE

#### 1.1. Generalidades de los Compromisos de Cese

A raíz del crecimiento industrial y empresarial a partir de la segunda mitad del siglo XX, la humanidad experimentó un crecimiento desmesurado de las empresas y del comercio en general. Es así que, el desarrollo de las relaciones entre las empresas el Estado y sus pares, se manejó sin ningún tipo de regulación ocasionando muchas veces afectaciones al mercado y al consumidor en general.

Ecuador no fue la excepción en este juego de poderes, es así que antes de la expedición de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante LORCPM), nuestro país vivió algunos casos de abuso de poder mercado por parte de empresas, multinacionales y corporaciones empresariales.

La Asamblea Constituyente, convocada para la redacción de un nuevo texto constitucional, creó el Quinto Poder estatal denominado Consejo de Participación Ciudadana y Control Social; y es esta entidad, que por intermedio de la Asamblea Nacional, en el ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, expidió la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, ley que fue publicada en el Registro Oficial Suplemento 555 de fecha 13 de Octubre del 2011.

Esta ley creó la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Dentro de la materia de competencia es preciso mencionar previamente que es “mercado” la misma tiene diferentes interpretaciones, entendiéndose en términos generales, como el lugar en donde coinciden para hacer sus transacciones los compradores (la demanda) y los vendedores (la oferta).

Un mercado es el lugar en el cual los vendedores y los compradores de productos mantienen estrechas relaciones comerciales, y se lleva a cabo transacciones de dinero que provienen de procesos o intercambio de bienes o servicios a un determinado precio, de esta manera los distintos precios que se manejan dentro de mismo tienden a unificarse, esto es que el mercado por sí solo se regula.

Para definir e identificar los mercados conforme sus segmentos que los constituye, esto significa particularidades homogéneas en grupos o mercados específicos.

En sentido económico general, mercado es un conjunto de compradores y vendedores que se mantienen en permanente contacto para realizar transacciones entre ellos con el fin de generar condiciones de compra y venta de las personas, hogares, empresas e instituciones que tiene necesidades a ser satisfechas con los productos ofertantes. Los mercados reales se los conoce a los que consumen productos, bienes y servicios de manera inmediata y mercados potenciales los que no consumiéndose estos productos, bienes o servicios aún, podrán hacerlo en el presente inmediato o en el futuro.

Como mercado relevante la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, define como “poder de mercado” a la capacitada de los operadores económicos para influir significativamente en el mercado, pudiendo alcanzar dicha capacidad de forma individual o colectiva. Se puede medir el poder de mercado o posición de dominio que tiene un operador económico a través de capacidad para actuar de forma independiente con prescindencia de sus competidores.

El hecho de tener dominio o poder del mercado no necesariamente atenta a la competencia, la eficiencia económica o el bienestar general. Sin embargo cuando se realicen por parte de los operadores económicos que ostenten este poder de mercado, actuaciones que impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia que vayan en contra de lo establecido en el artículo 1 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado estará sujeta a ser tratada e investigada como una conducta sujeta a control, regulación y por ende a una sanción de ser el caso.

El objeto principal de esta ley de conformidad con su artículo 1, es:

Evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos y otras prácticas restrictivas: el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible. (Ecuador, Asamblea Nacional, 2011)

Cuando se tiene el conocimiento del cometimiento de las conductas establecidas en el artículo 1 ibídem, la Superintendencia a través de Intendencia de respectiva, iniciará un proceso de investigación los cuales cuentan con diferentes etapas o

fases procesales, los cuales culminan en algunos casos en sanción impuesta por el órgano de resolución de primera instancia. Como en casi todos los procesos que conllevan una sanción la normativa ecuatoriana presenta la alternativa de acogerse a un procedimiento especial por decirlo de alguna manera, pues así vemos que en materia penal el COIP permite al imputado acogerse al procedimiento abreviado y así obtener rebajas en cuanto a la pena y a la multa consiguientes.

En materia de competencia y específicamente en la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, para todos los casos que se encuentren en investigación se da la opción de que los operadores económicos elijan de manera voluntaria presentar compromisos de cese como medio de finalizar la investigación y no recibir una sanción por parte de la Comisión de Resolución de Primera Instancia. Esta opción se encuentra tipificada en el primer inciso del artículo 89 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), y el primer inciso del artículo 114 del Reglamento para la Aplicación de la LORCPM, respectivamente, establecen:

Hasta antes de la resolución de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el o los operadores económicos investigados, relacionados o denunciados podrán presentar una propuesta de compromiso por medio del cual se comprometen en cesar la conducta objeto de la investigación y a subsanar, de ser el caso, los daños, perjuicios o efectos que hayan producido, que produzcan o que puedan producir en el mercado relevante y en los consumidores sus prácticas anticompetitivas... (Me corresponde lo subrayado). (Ecuador, Asamblea Nacional, 2011)

Según lo dispuesto en el artículo 89 de la Ley, durante cualquier etapa del proceso, hasta antes de la resolución del órgano de sustanciación y resolución, el o los operadores económicos investigados, relacionados o denunciados podrán presentar una propuesta de compromiso por medio del cual se comprometen en cesar la conducta objeto de la investigación y a subsanar, de ser el caso, los daños, perjuicios o efectos que hayan producido, que produzcan, o que puedan producir sus conductas en el mercado relevante y a los consumidores. (Me corresponde lo subrayado). (Ecuador, Presidencia de la República, 2011)

El artículo 90 de la LORCPM, y el artículo 116 del Reglamento para la Aplicación de la LORCPM, respectivamente prevén que para la evaluación de la solicitud de compromiso de cese, se tomará en consideración el cumplimiento concurrente de las siguientes condiciones: Que todos o una parte de los operadores económicos



investigados realice el reconocimiento de los hechos o de los cargos imputados en la denuncia y que ofrezcan medidas correctivas a fin de garantizar el cese de las conductas y evitar su reincidencia. Posteriormente al cumplimiento de estas dos premisas el texto del compromiso de cese, deberá pasar por una evaluación que como veremos más adelante debe cumplir con ciertas condiciones para ser aprobado.

La Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado no establece o define el compromiso de cese como tal; define el tiempo en el cual puede ser presentado, su finalidad y requisitos.

Respecto al compromiso de cese algunos tratadistas y/o autores lo definen así:

Fernando Díez Estella se refiere al Compromiso de Cese como “la “Terminación Convencional” en el Derecho de la Competencia, también los denomina como alternative dispute resolution (ADR) – mecanismos alternativos para la resolución de conflictos (...)” (Díez Estella, 2015, pág. 1)

En efecto, hablar de terminación convencional significa, en primer lugar, hablar de un acuerdo entre el interesado y la Administración...”; “El sistema de terminación convencional se introduce en la Unión Europea con el Reglamento 1/2003, en general, y el Reglamento de transacción en caso de cártel de 208, constituyendo un elemento clave de la siempre feroz lucha de las autoridades antitrust contra los cárteles. Desde 2010, se han cerrado por acuerdo un total de 17 expedientes sancionadores, ocho de los cuales corresponden al año 2014. (Díez Estella, 2015, pág. 5)

Dentro de la configuración española para llegar a un Acuerdo de Terminación Convencional (ATC) que se encuentra estipulado en el artículo 52.1 Ley de Defensa de la Competencia (LDC).

Conforme a sus previsiones, para que procesa la terminación convencional de un expediente deben cumplirse – de forma acumulativa, como ya ha recogido la jurisprudencia- los siguientes requisitos:

1. Tiene que haberse incoado un expediente sancionador por parte del órgano administrativo, correspondiente (que puede ser, naturalmente, la actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), o bien alguna de las autoridades autonómicas de defensa de la competencia).
2. Dicho expediente sancionador ha de haberse incoado en materia de conductas y prácticas restrictivas prohibidas por la LDC (Ley De Competencias) (es decir, las

contempladas en los artículos 1, 2 y 3, y quedando por tanto excluidas de este procedimiento la concentraciones empresariales).

3. En cuanto al marco temporal, la terminación convencional puede iniciarse en cualquier momento, pero siempre antes de haberse producido el Informe Propuesta por parte de la DI (Dirección de Investigación).
4. Finalmente, junto al Acuerdo de terminación de Conflictos tiene que haber una propuesta de compromisos por parte de los presuntos infractores. (Díez Estella, 2015, pág. 9)

El objeto de los Acuerdos de Terminación de Conflictos es doble, y lo señala de forma concisa el párrafo n 10 de la Comunicación de 2011:

Por un lado, se busca lograr un restablecimiento rápido de las condiciones de competencia que se han puesto en riesgo con las conductas restrictivas detectadas, mediante unos compromisos que resuelvan los problemas de competencia o eliminen las restricciones de competencia injustificadas, salvaguardando el bienestar de los consumidores y el interés público.

Por otro lado, permite cumplir con el principio de eficacia administrativa, posibilitando una utilización más adecuada de los recursos de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, al facilitar una reducción de trámites de instrucción y un acortamiento de los plazos de resolución del expediente sancionador en el que se acuerda la terminación convencional. (España Ministerio de Hacienda y Función Pública)

Debe también contarse como requisito sine qua non los denominados

### **Compromisos:**

...dos son las condiciones exigibles para la aceptación de los compromisos ofrecidos por la empresa o empresas infractoras:

Uno, que resuelvan adecuadamente los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente, y,

Dos, que quede suficientemente garantizado el interés público.

A diferencia del procedimiento de terminación convencional español, que hemos visto que no es un acuerdo transaccional equivalente al del Derecho comunitario, a los compromisos que las partes ofrecen sí se les aplica, además de la normativa española... (Díez Estella, 2015, pág. 16)

(...) En un expediente no de terminación convencional sino de Control de Concentraciones, ha señalado a este respecto el Tribunal Supremo que “los compromisos deben interpretarse de forma conjunta, coherente y coordinada” (España, Tribunal Supremo., 2014)

Para el autor Pedro Calloz, Jorge Manzarbeitia y Roca Junyent en su obra *La Terminación Convencional en Procedimientos Sancionadores por Conductas restrictivas de la Competencia: Una consideración práctica* definen a los compromisos de cese como:

La terminación convencional se configura como una finalización atópica de los expedientes sancionadores, siendo la finalización ordinaria la resolución del expediente por parte del órgano decisor una vez cumplidas las fases del procedimiento administrativo. Con el fin de permitir la terminación convencional de un expediente, la Autoridad de competencia que conozca el asunto convierte en vinculantes los compromisos ofrecidos por el supuesto infractor. En resumen, los compromisos presentados por el supuesto infractor deben ser, a juicio de la Autoridad competente, suficientes y adecuados para resolver los efectos sobre la competencia derivados de la conducta supuestamente anticompetitiva objeto del expediente, a la vez han de permitir que quede garantizado suficientemente el interés público. La terminación convencional de un expediente supone que no se produce una declaración sobre la acreditación de la infracción ni se impone sanción de ningún tipo, por lo que las empresas imputadas cuentan con incentivos para que un expediente problemático se termine por esta vía. (Calloz, Manzarbeitia, & Roca, 2015)

En la legislación comparada tenemos que los compromisos de cese es una institución jurídica recogida en la legislación antimonopolista de diversos países. Mediante esta institución los infractores de las normas de defensa de la libre competencia se comprometen a cesar la realización de la conducta prohibida y adoptar medidas efectivas para tal efecto, a cambio de lo cual la agencia de competencia respectiva dispone la suspensión o finalización del procedimiento en trámite y, de ser el caso, la exención de la sanción correspondiente. (Perú, Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, 2005)

Dentro de la legislación peruana vigente que es empleada por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección Intelectual (INDECOPI), consideran a los compromisos de cese de la siguiente manera:

Es el otorgamiento definitivo de un beneficio que se puede derivar de la aprobación de uno o más compromisos de cese de acuerdo con lo establecido en el literal d) del artículo 26.2 de la Ley de Competencia<sup>19</sup>, el solicitante deberá cumplir su deber de colaboración establecido en el compromiso de exoneración de sanción, desde su suscripción hasta el momento en que la Comisión emita su decisión final en el marco del procedimiento administrativo sancionador que se inicie en relación con las infracciones reveladas. Un procedimiento administrativo sancionador en materia de cárteles –por lo general– culmina con la emisión de una resolución final, imponiendo las sanciones que resultarán aplicables a los infractores.

No obstante, una forma alternativa de culminar un procedimiento administrativo sancionador es a través de la suscripción de compromisos de cese. En este caso, se emitirá una resolución que da por concluido el referido procedimiento respecto del imputado o imputados a quienes se hubiese aprobado un compromiso de cese a cambio de que implementen medidas eficaces para revertir los efectos de la conducta lesiva y evitar que vuelva a presentarse en el futuro. De esta manera, la suscripción y aprobación del compromiso de cese constituye un mecanismo voluntario que permite la terminación anticipada y eficaz del procedimiento administrativo sancionador.

Con esta alternativa, los agentes imputados pueden conseguir una decisión efectiva en un corto plazo, sustituyéndose las multas que podrían haberseles impuesto en un procedimiento administrativo sancionador regular por medidas correctivas que aseguren el restablecimiento del proceso competitivo y la reversión de los efectos nocivos que la conducta infractora haya podido provocar.

En tal sentido, es posible afirmar que tanto a través de la imposición de sanciones como de la terminación anticipada del procedimiento por la aprobación de compromisos de cese se logra maximizar la eficacia de la Ley de Libre Competencia. De hecho, el mecanismo de compromiso de cese no solo permite que los procedimientos terminen en un plazo menor –y con ello que se ahorren los costos que demandan su tramitación– sino, principalmente, garantiza el restablecimiento inmediato del proceso competitivo y asegura que los consumidores se vean oportunamente beneficiados. Precisamente por esta razón, es que la reciente modificación de la Ley de Libre Competencia reforzó las reglas aplicables a los compromisos de cese.

Por ello, con el objetivo de mantener la predictibilidad, eficacia y transparencia del Programa de Clemencia, es pertinente precisar que el otorgamiento definitivo de beneficios también será consecuencia de la aprobación de compromisos de cese. Debido a que se trata de una efectiva forma de conclusión del procedimiento administrativo sancionador, se considera necesario reconocer expresamente que el otorgamiento del beneficio definitivo de exoneración o reducción a favor del Colaborador, se hará efectivo una vez que se haya obtenido un resultado final en el marco del procedimiento administrativo sancionador, ya sea a través de la emisión de una resolución sancionatoria o de la terminación anticipada por la suscripción de compromisos de cese con los demás imputados. (Perú, Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, 2017, págs. 8-9)

El pasado 15 de julio de 2015, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI publicó un anteproyecto de ley que busca reforzar el sistema de promoción y defensa de la libre competencia en el Perú.

1. En el caso del compromiso de cese: ya no será necesario aceptar los cargos imputados para acogerse a esta figura.
2. Programa de Clemencia: la ley actual sólo otorga una exoneración total al primer agente económico que reconozca su participación en un cartel y aporte información relevante. Se propone otorgar “compensaciones” a los siguientes agentes económicos con una reducción de multa dividida en tres rangos, de acuerdo a la importancia o valor añadido que la información pueda darle a la investigación. Es así que el segundo solicitante se puede beneficiar con reducción del 30% al 50% de la multa, el tercero con una reducción entre el 20% y 30%, y los siguientes con una reducción del 20% de la multa a imponerse. Asimismo, se busca evitar una conducta estratégica del líder del cartel, pues no podrá beneficiarse con la exoneración de la sanción, sino tan sólo con la reducción de la multa.
3. Si el agente económico reconoce los cargos imputados, la multa podría reducirse hasta en un 15%.

(Perú, Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual)

Podemos ver que dentro de la legislación peruana se contempla un “Programa de Clemencia”, mediante el cual los operadores económicos son beneficiarios de descuentos que a pesar que la legislación ecuatoriana en materia de competencia si las contempla sus descuentos son de menor proporción.

Dentro de la legislación peruana voy a proceder a realizar un breve análisis del decreto legislativo No 1034 en el artículo 26 que aprobó la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y trata la exoneración de sanción y el artículo 25 ibídem El compromiso de cese permite a quien está siendo investigado por una presunta infracción, suspender la investigación para evitar que despliegue todas sus consecuencias (sufrir una potencial sanción), a cambio de detener o modificar voluntariamente su conducta.

Aunque la norma no lo niega expresamente, es evidente que el compromiso de cese no opera respecto de actos consumados.

Debe observarse, sin embargo que la figura aquí analizada no se presta a ser aplicada respecto de conductas que ya han agotado totalmente sus efectos. Dado que el compromiso está destinado al cese inmediato o gradual de determinados hechos o a la modificación de aspectos relacionados con éstos, carecería de consecuencias posibles respecto de los actos ya plenamente consumados. (Cabanellas, 2005, pág. 770)

El investigado y la autoridad pactan en un plano de igualdad, para asegurarse de que los términos del compromiso sean satisfactorios para las partes. Si la negociación es exitosa, gana el investigado porque evita la prosecución del procedimiento y la imposición de una sanción. Gana la autoridad pues evita desplegar recursos en una investigación que en materia de libre competencia es por naturaleza costosa y a veces no se llega a nada, ante la dificultad de obtener material probatorio.

Este obstáculo se debe a que las infracciones a la libre competencia suelen expresarse mediante la existencia y mantenimiento de cárteles en economía se conoce a un cártel como un acuerdo informal entre empresas del mismo sector, cuyo objetivo es reducir o eliminar la competencia de un determinado sector o

mercado, los cárteles por si misma estructura son difíciles de dismantelar, debido al secreto, y a la informalidad que se les imprime.

En consecuencia, lejos de querer demostrar la existencia del acuerdo, como ocurriría con cualquier contrato lícito, quienes integran cárteles procuran lograr lo contrario esto es apartar el menor número de evidencia posibles, para que la detección del mismo sea difícil. Suele haber graves problemas de encontrar material probatorio, ya que esto genera el desgaste y el desequilibrio entre los esfuerzos por más grades que sean de la autoridad y la conducta de los involucrados.

De ahí que no pueda pedirse que estos acuerdos se acrediten con pruebas directas, ya que ello correspondería dotarlos de impunidad. Por el contrario, en la lucha contra los cárteles es aplicable la prueba indiciaria, que se presenta cuando se acreditan hechos ciertos que apuntando a la misma dirección, nos llevan a la conclusión de que existen altas posibilidades de que un hecho incierto sí se produjo, hasta el punto que las explicaciones distintas deben ser desechadas por ser incoherentes.

En el caso de prácticas colusorias, la utilización de indicios puede encaminar a la conclusión de que la única explicación sensata de la evolución paralela de los precios o la existencia de beneficiarios extraordinarios, sería la coordinación del compartimiento esto es que se puedan presentar situaciones de estructuras de costos similares, comportamiento de seguimiento de líder, y que estos a pesar de su situación ofrezcan una explicación diferente.

Una de las objeciones del programa de clemencia por parte de los operadores legales versus las infracciones cometidas por sus competidores, tengan como consecuencia la adopción de acciones vigorosas contra ellas, incluyendo las infracciones contra la libre competencia. Sin embargo, se trata de una discrepancia que no tiene el mínimo sustento, pues se trata al armar políticas legislativas, establecer prioridades y balancear los costos y beneficios, que las autoridades en ciertos casos pueden determinarlos como supuestamente cómplices de los infractores, cuando en realidad una política de colaboración, siempre que sea bien estructurada y encaminada, dará como resultado un eficaz material de lucha contra los cárteles.

Aunque podría parecer injusto que un infractor evite los efectos de la comisión de la conducta mediante la confesión, tratándose de infracciones cometidas a través de cárteles, en los que intervienen diferentes agentes; y, las dificultades probatorias son importantes, frente a las razones de eficiencia que compensan ampliamente dicha preocupación.

No olvidemos que para imputar responsabilidad a un agente económico, tanto civil como penal o administrativamente, debe acreditarse un elemento central: la casualidad entre la conducta y el daño o infracción cometidos. Probar esto, en determinadas circunstancias, puede ser muy oneroso.

Las políticas de clemencia, sobrentendido como los compromisos de cese y exoneración de sanción, han demostrado ser herramientas eficaces para ahorrar recursos, costos y esfuerzos para determinar dicho nexo causal, y por tanto, para la detección y persecución de las conductas anticompetitivas.

#### **Clemencia mediante la exoneración de Sanción.-**

Fue mediante el Decreto Legislativo No 807 el que, modificando el artículo 20 del Decreto Legislativo No 701, incorporó la exoneración de sanción como herramienta para incentivar la colaboración con la autoridad de competencia para el desmantelamiento de cárteles. Así, el último párrafo del artículo 20 del Decreto Legislativo No 701 señalaba que:

Sin perjuicio de lo establecido en el presente artículo, cualquier persona podrá, dentro de un procedimiento abierto por infracción a la presente ley, solicitar a la Secretaría Técnica que se le exonere de la responsabilidad que le corresponda a cambio de aportar pruebas que ayuden a identificar y acreditar la existencia de una práctica ilegal. De estimarse que los elementos de prueba ofrecidos son determinantes para sancionar a los responsables, la Secretaría podrá proponer, y la Comisión aceptar, la aprobación del ofrecimiento efectuado. Para ello la Secretaría cuenta con todas las facultades de negociación que fuesen necesarias para establecer los términos del ofrecimiento.

El compromiso de exoneración de responsabilidad será suscrito por el interesado y el Secretario Técnico y podrá contener la obligación de guardar reserva sobre el origen de las pruebas aportadas si así lo hubiera acordado la Comisión y la naturaleza de las pruebas así lo permitiera. El incumplimiento de la obligación de reserva generará en el funcionario las responsabilidades administrativas y penales previstas para el caso de



toda información declarada reservada por la Comisión. La suscripción del compromiso y el cumplimiento de lo acordado por parte del interesado lo exoneran de toda responsabilidad en la práctica llevada a cabo, no pudiendo la Comisión ni ninguna otra autoridad seguirle o iniciarle procedimiento por los mismos hechos. (Perú, Congreso de la República, 1991)

Actualmente, el Capítulo III del Decreto Legislativo No 1034, que regula las políticas de clemencia (Del Compromiso de Cese y la Solicitud de Exoneración de Sanción), señala en el artículo 26

Exoneración de Sanción.- 26.1.- Sin perjuicio de lo establecido en el artículo precedente, cualquier persona podrá solicitar a la Secretaría Técnica que se le exonere de sanción a cambio de aportar pruebas que ayuden a identificar y acreditar la existencia de una práctica ilegal. De estimarse que los elementos de prueba ofrecidos son determinantes para sancionar a los responsables, la Secretaría Técnica podrá proponer, y la Comisión aceptar, la aprobación del ofrecimiento efectuado, Para ello la Secretaría Técnica cuenta con todas las facultades de negociación que fuesen necesarias para establecer los términos del ofrecimiento.

26.2 El compromiso de exoneración de sanción será suscrito por el interesado y la Secretaría Técnica y contendrá la obligación de guardar reserva sobre el origen de las pruebas aportadas. El incumplimiento de la obligación de reserva generará en el funcionario las responsabilidades administrativas y penales previstas para el caso de información declarada reservada por la Comisión. La suscripción del compromiso y el cumplimiento de lo acordado por parte del interesado, lo exonera de sanción respecto de la conducta llevada a cabo, no pudiendo la Comisión, ni ninguna otra autoridad administrativa o jurisdiccional, seguirle o iniciarle procedimiento administrativo o proceso judicial por los mismos hechos.

26.3.- Si son varios los agentes económicos que solicitan la exoneración de sanción, sólo el primero que haya aportado pruebas de la existencia de las conductas anticompetitiva y de la identidad de los infractores, será beneficiado con la exoneración. Otros agentes económicos que aporten información relevante podrán ser beneficiados con la reducción de la multa, si dicha información es distinta a lo que posee la autoridad de competencia, ya sea por propias investigaciones o por la solicitud de exoneración presentada con anterioridad. La Secretaría Técnica analizará en cada caso la pertinencia de la reducción de la multa.

26.4- La aprobación de exoneración de sanción no elimina ni limita la responsabilidad civil de los denunciados por los daños y perjuicios ocasionados, de ser el caso. (Perú, Congreso de la República, 2007)

Son básicamente tres las semejanzas y tres las diferencias sustanciales entre ambas versiones de la exoneración de sanción como mecanismo de colaboración con las autoridades de competencia.

Ambas versiones se parecen en que:

- (i) Para gozar del beneficio debe aportarse elementos de prueba que sean determinantes para sancionar a los responsables.
- (ii) Las autoridades que conocen del procedimiento deben guardar reserva sobre el origen de las pruebas aportadas, bajo responsabilidad funcional.
- (iii) Ninguna autoridad administrativa o judicial podrá seguir o iniciar procedimiento administrativo o proceso judicial por los mismos hechos contra el beneficiado por la exoneración de la sanción.

De otro lado, las diferencias entre el Decreto Legislativo No 701 y el Decreto Legislativo No. 1034 en lo que se refiere a la exoneración de sanción son:

- i) Correctamente la actual norma denomina a este beneficio “exoneración de sanción” y no “exoneración de responsabilidad”, pues el beneficio consiste en liberar al interesado de la sanción que correspondería por su actuar ilícito, sin que por ello la conducta deje de ser antijurídica.
- ii) También correctamente, la nueva norma señala específicamente que la aprobación de la exoneración de la sanción no elimina ni limita la responsabilidad civil de los denunciados, por los daños y perjuicios que hubiesen ocasionado.
- iii) Finalmente, la diferencia más importante es que el Decreto Legislativo No. 1034 establece como requisito para gozar del beneficio, ser el primero de los involucrados en colaborar con la autoridad. Como veremos a continuación, la nueva versión de la exoneración de sanción incorpora un incentivo diseñado a partir de los que en Teoría de Juegos se conoce como el dilema del prisionero: quien traiciona primero a los demás integrantes del cártel obtiene un beneficio mayor. (Perú, Congreso de la República, 1991)

**La exoneración de sanción y la Teoría de Juegos.-** La exención de sanción es una manifestación concreta del dilema del prisionero, que es el mecanismo de creación de incentivos más conocido de la Teoría de Juegos. En este juego, los prisioneros acaban traicionándose porque vale la pena convertirse en soplón; como sólo el primero que brinde información será premiado con inmunidad, existen fuertes incentivos para que cada uno de los investigados pretenda ser el primero en confesar.

La exoneración de sanción es una política de clemencia y de colaboración con la autoridad de competencia cuyo diseño:

Ha tenido muy en cuenta el esquema que la teoría de juegos le da al denominado dilema del prisionero (...) De esta manera, se establecen incentivos para que cada agente económico procesado procure ser el primero en confesar y para que procure entregar la mayor cantidad de evidencias posibles sobre la conducta anticompetitiva investigada. (Stucchi López, 2008)

El dilema del prisionero es importante explicar y ejemplificar para su mejor entendimiento: dos individuos que han cometido una falta grave convirtiéndose en un delito son reclusos, y observando el comportamiento decisivo de cada uno, es posible lograr tres resultados:

- (i) Si los dos revelan el delito, el fiscal encausará a ambos por el delito más grave, pero obtendrían una pena mesurada de seis años ya que el fiscal no solicitaría la pena máxima.
- (ii) Si sólo uno confiesa, el que realiza la revelación de los delitos saldría libre y el otro prisionero se lo condenaría con pena máxima de diez años en prisión, procesado así con pena máxima.
- (iii) Si ninguno de los procesados confiesa, el fiscal puede culparlos a ambos por un delito menor, y estaría reclusos por dos años.

Como se puede observar en el ejemplo, si los dos procesados deciden no confesar y guardaran silencio sería excelente ya que estos lograrán una pena de dos años la misma que se consideraría como un delito menor, pero si se va más allá de las hipótesis anteriores, su interés individual los llevará a confesar. Eso significa que cada prisionero tiene una estrategia dominante, ya que según ellos cada uno está mejor si confiesa, sin importar como proceda el otro. Así, cada uno razonaría dos

probabilidades; (i) si el otro prisionero ha decidido guardar silencio, es mejor testificar, pues no ir a prisión es preferible que ir dos años; y (ii) si el otro prisionero ha decidido testificar también piensa es mejor hacerlo ya que ir seis años de prisión es mejor que diez.

Lo que muestra el dilema es que se crea incertidumbre o carencia de información sobre la conducta del cómplice, ya que genera que se logre un resultado que no siempre es óptimo para los prisioneros pero si resulta beneficioso para los administradores de justicia, se observa las ventajas de aislar a los prisioneros para obtener su colaboración, aplicando la posición más efectiva como lo es la Teoría de juegos para incentivar a los prisioneros a hablar y contribuir con las autoridades de competencia en la labor de desmantelar cárteles. Adaptar las enseñanzas de este juego para combatir las prácticas anticompetitivas es ideal, ya que el detectar cárteles además de ser una tarea difícil para las entidades de competencia estas deben implementar formas que ayuden a que estos cárteles no proliferen.

Lo interesante del dilema del prisionero es que como en asuntos de economía y de política, se trata de juegos de suma cero: una persona gana a costa de la pérdida de otras. Específicamente en el conflicto para desmantelar cárteles, la exención de sanción apoyada en la regla “first come, first served” inspirada en el dilema de prisionero, es una herramienta fundamental para que esa batalla sea exitosa.

### **Clemencia mediante el Compromiso de Cese**

Como la exención de sanción, el compromiso de cese no es un mecanismo nuevo, sino que también fue parte de la política de clemencia incorporada en el artículo 20 del Decreto Legislativo 701 según el cual:

Dentro del plazo fijado para la contestación de la denuncia el presunto responsable podrá ofrecer un compromiso referido al cese de los hechos investigados o a la modificación de aspectos relacionados con ellos. La Secretaria evaluará la propuesta y en caso de estimarla satisfactoria propondrá a la Comisión la suspensión del proceso administrativo, sugiriendo las medidas pertinentes con el objeto de verificar el cumplimiento del compromiso. La Comisión decide la aprobación o la denegatoria de la propuesta.

En caso de incumplimiento del compromiso, se reiniciará el procedimiento, de oficio o a petición de parte. Asimismo, la Comisión impondrá al denunciado una multa por incumplimiento. (Perú, Congreso de la República, 1991)

Por su parte, el Decreto Legislativo 1034 regula el compromiso de cese en el artículo 25 según el cual:

25.1.- Dentro del plazo de cuarenta y cinco días hábiles contados desde la fecha de notificación de la imputación de cargos o resolución de inicio de procedimiento, el presunto o presuntos responsables podrán ofrecer un compromiso referido al cese de los hechos investigados o a la modificación de aspectos relacionados con ellos. 25.2.- La solicitud de compromiso de cese se tramitará en cuaderno aparte, siendo accesorio del expediente principal. 25.3.- Para evaluar la solicitud de compromiso de cese, y en ejercicio de una facultad discrecional, la Secretaría Técnica tomará en consideración el cumplimiento concurrente de las siguientes condiciones: (a) Que la totalidad o una parte de los agentes económicos investigados efectúe un reconocimiento de todos o algunos de los cargos imputados en la resolución de admisión a trámite. Dicho reconocimiento debe resultar verosímil a la luz de los medios de prueba que obren en el expediente principal o que hayan sido aportados por la partes en el marco del procedimiento de aprobación del compromiso de cese; (b) Que sea verosímil que la conducta anticompetitiva, imputada y reconocida por los agentes económicos investigados no haya causado, o no cause, una grave afectación al bienestar de los consumidores. Para ello se podrá tomar en cuenta, de modo indiciario, el tamaño del mercado relevante, la duración de la conducta, el bien o servicio objeto de la conducta, el número de empresas o consumidores afectados entre otros factores; y (c) Que los agentes económicos investigados ofrezcan medidas correctivas que permitan verificar el cese de la práctica anticompetitiva denunciada y que garanticen que no habrá reincidencia. Adicionalmente, podrán ofrecerse medidas complementarias que evidencien el propósito de enmienda de los infractores. (Perú, Congreso de la República, 2007)

De conformidad al autor Antonio Martínez Sánchez en su obra Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia se establece que al compromiso de cese **“Terminación Convencional del Procedimiento sancionador sin imposición de sanciones”**

Siguiendo la línea trazado por el Reglamento (Comisión Europea) núm. 1/22003 (1), la Ley de Defensa de la Competencia prevé en este precepto que la Comisión Nacional de la Competencia, a propuesta de la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia resuelva la terminación del procedimiento sancionador de mutuo acuerdo con los interesados, cuando se obliguen a realizar determinadas actuaciones que resuelvan los efectos sobre la competencia.

El precepto debe enmarcarse en el seno del artículo 88 de Ley 30/1992, que prevé que las Administraciones Públicas puedan terminar los procedimientos administrativos mediante convenio, siempre que no verse sobre materias insusceptibles de transacción. En el Derecho español se conocían hasta el momento varios ejemplos de convenios en materia sancionadora, que normalmente eran actos de adhesión del particular a una propuesta de sanción que supone la reducción de la multa impuesta (así la Ley General Tributaria o las infracciones en materia de tráfico).

Sin embargo, en este caso la ley va mucho más lejos ya que el objeto del convenio es sustituir la posible sanción por compromisos u obligaciones voluntariamente aceptadas por las empresas, que implican la exoneración de la responsabilidad sancionadora. Es decir, los convenios no versan sobre la reducción o la cuantía de las multas, sino que sustituyen el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración por la aceptación de determinadas obligaciones que resuelven los efectos sobre la competencia de los acuerdos o prácticas prohibidas.

Este precepto pone de relieve el inevitable ascenso de la figura del contrato en el seno mismo del ejercicio de la potestad sancionadora y plantea problemas de gran interés teórico y práctico. No cabe ninguna duda de que en el derecho público son admisibles los contratos sobre el ejercicio de determinadas potestades administrativas, el Tribunal Constitucional ha admitido con naturalidad que la aceptación del contribuyente determina una rebaja automática de la sanción tributaria. Cuestión distinta es la que plantea este artículo que, en resolución, versa sobre si es constitucionalmente admisible que la Administración pueda disponer, como alternativa a la sanción, el compromiso de los interesados de obligarse a poner término a las conductas colusorias y, en su caso, realizar prestaciones adicionales podría ser el caso, por ejemplo, de que las empresas asumieran indemnizar a los competidores afectados.

En el Ecuador en materia de competencia como en otras materias se ha indicado, que la Ley otorga el beneficio a los operadores económicos que hubieran afectado un bien jurídicamente protegido, el mercado concurrencial o ambos a que bajo la condición de cesar su conducta poder acogerse a un compromiso de cese. Se entiende que así en caso de que el afectado hubiera sido el mercado, este retome su curso normal y en caso de que los afectados sean consumidores estos por

cuerda separada podrán solicitar las indemnizaciones a las que se creyeren con derecho.

A juicio, la regulación no suscita duda de constitucionalidad. La ley prevé exactamente el supuesto de hecho del Convenio (la existencia de acuerdos o prácticas colusorias) y que los compromisos aceptados por las empresas sean suficientes para poner término a la situación anticompetitiva y no afecten al interés público, Queda fuera, pues, del ámbito de la terminación convencional de las infracciones al régimen de concentraciones económicas, conforme el enunciado sensu contrario, del Capítulo I del Título I. Desde el punto de vista del principio de legalidad y atendida la inevitable discrecionalidad de la nueva regulación legal española con el artículo 25.1 Comisión Europea, puesto que es una cuestión de oportunidad legítimamente apreciable por el legislador resolver la posibilidad de que determinadas conductas típicas puedan sustituirse por un acuerdo, sin necesidad de imposición de sanciones. Al fin y al cabo si el derecho penal admite también el pacto, en las llamadas sentencias de conformidad, no tiene ningún sentido negar la posibilidad de pactos en el seno del procedimiento administrativo sancionador, pues el derecho sancionador es un instrumento más de la política de defensa de la competencia. (España, Congreso Español, 2007, págs. Art 25, num 1)

Ciertamente la terminación convencional del procedimiento sancionador; sin imposición de sanciones mediante un acuerdo alternativo, pone de relieve la disponibilidad que el Estado tiene sobre el ejercicio de la potestad sancionadora. Pero la realidad en todos los países es que la persecución de las sanciones administrativas está sujeta a consideraciones de oportunidad. Una cosa es que en la imposición de sanciones opere el principio de legalidad, en virtud del artículo 25 Comisión Europea y otra distinta que al perseguir las infracciones la Comisión Nacional de Competencia pueda basarse en consideraciones de oportunidad, sin perjuicio de que exista la posibilidad de control último por los Tribunales.

La propia regla de mínimos, que su aplicación sirve para acortar el efecto de la prohibición de los acuerdos restrictivos en materia de competencia, que deja un amplísimo margen de actuación al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia para perseguir o no determinadas conductas, es un ejemplo de que inevitablemente las apreciaciones de oportunidad juegan en el Derecho de la Competencia. Si se acepta la operatividad del principio de oportunidad, ninguna

duda cabe de que la Comisión Nacional de la Competencia puede discrecionalmente aceptar los compromisos de las empresas como alternativa a la prosecución de un procedimiento sancionador, lo que será jurídicamente muy difícil de justificar si la prosecución de las infracciones se sometiera estrictamente al principio de legalidad.

### **Requisitos.-**

La Ley de Defensa de la Competencia establece cuatro requisitos para la terminación convencional: que se solicite por los interesados: que verse sobre acuerdos y prácticas colusorias; que los compromisos a que se obligan las empresas restablezcan la competencia alterada y quede garantizado suficientemente el interés público; por último la solicitud debe presentarse antes de que la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia eleve el informe propuesta de resolución al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia.

### **Solicitud de los presuntos infractores.-**

La Ley sólo permite que la propuesta de acuerdo la formulen los particulares imputados. De este modo se persigue la colaboración de las empresas tanto como impedir que un eventual propuesta administrativa vincule la resolución final. Para la empresa el aliciente de esta propuesta es impedir la sanción; para la Administración, es evitar la incertidumbre y asegurarse la erradicación de la conducta anticompetitiva. No obstante, nada impide que informalmente la Administración y el particular negocien sobre la oportunidad de presentar la solicitud. Está en la naturaleza de las cosas que todo pacto o contrato vaya precedido de negociaciones previas; no hay ninguna razón para sospechar que no ocurra lo mismo en el Derecho de la competencia.

### **El objeto del Convenio.-**

Los convenios sólo son posibles en el marco del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, en relación con el artículo 62,3 b) y 4 b), es decir, de acuerdos, decisiones recomendaciones o prácticas, que tengan por objeto o produzcan el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado. El abuso de posición dominante, el falseamiento de la competencia por actos desleales, entran en el ámbito convencional al estar incluidas dentro del epígrafe conductas



prohibidas, del Capítulo I del Título I de la Ley. El resto de infracciones tipificadas en el artículo 62 de la Ley de Defensa de Competencia no puede ser objeto de acuerdo convencional, eximente de la sanción.

Los compromisos de las empresas tienen que ser de tal naturaleza que resuelvan la situación anticompetitiva, lo que significa que deben establecerse garantías sobre el comportamiento futuro y, si es posible, mitigar o resolver los efectos perniciosos de las conductas prohibidas.

### **Plazo**

La Ley sólo establece el dies a quo; no puede acordarse la terminación convencional, una vez que la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia eleva el Informe – propuesta de resolución. En consecuencia cualquier solicitud a la Dirección de Investigación de inicio de negociaciones registrada antes de la elevación del Informe, propuesta que tiene que ser tramitada, suspendiendo los plazos del procedimiento sancionador. Dado que es el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia quien tiene competencia para aceptar o no los compromisos propuestos, la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia tendrá que tramitar cualquier solicitud y correr traslado a los demás interesados, con lo que se garantiza el derecho a los restantes imputados a poder también solicitar la terminación convencional.

Como indica la exposición de motivos de la Ley de Defensa de Competencia, el acuerdo con una empresa puede adoptarse aunque los restantes presuntos infractores no den su conformidad, puesto que la solicitud de convenio es una facultad que puede utilizar cada empresa individualmente. Cada empresa decide, en definitiva, los riesgos que quiere asumir en el procedimiento.

El único requisito que debe garantizarse es la audiencia a todos los interesados para que todas las empresas afectadas puedan tener la misma oportunidad de convenir con la Administración y para que las empresas competidoras personadas en el procedimiento puedan, en su caso, oponerse al acuerdo convencional.

### **Efectos.-**

La resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia que aprueba el acuerdo con los interesados pone fin al procedimiento y por tanto las obligaciones asumidas por las empresas son jurídicamente exigibles. Eso significa que, en caso

de incumplimiento del convenio estaríamos ante el supuesto de hecho previsto en el artículo 62.4 de la Ley de Defensa de Competencia que lo tipifica como infracción muy grave, sin perjuicio de la posibilidad de imponer multa coercitiva de hasta doce mil euros diarios. Cabe plantearse también, si independientemente de estas sanciones, podría en el caso de un incumplimiento contumaz de la empresa, incoarse de nuevo procedimiento sancionador por acuerdo colusorio.

Dentro de la realidad ecuatoriana se debe tener en cuenta que los compromisos de cese en materia de competencia son considerados como una manera de solucionar o terminar los conflictos entre operadores económicos y/o los procesos de investigación que inicia la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), establece a los compromisos de cese como un medio alternativo para la solución de conflictos que consiste en una propuesta por parte de los operadores económicos que permite el reconocimiento de las prácticas anticompetitivas que serán cesadas a fin de subsanar los daños y perjuicios que estas pudieran haber producido en el mercado o en contra de los consumidores.

La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM) manifiesta que los compromisos de cese pueden ser presentados ante la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM) en cualquier instancia que cursaran de las investigaciones antes de la emisión de resolución sancionatoria.

La LORCPM es precisa al disponer que los compromisos de cese son una propuesta que realizan los operadores económicos investigados para cesar las conductas que fomentaron el inicio de proceso investigativo llevado a cabo en la SCPM ya que son contrarias a las disposiciones contenidas en la LORCPM.

Sin embargo la SCPM, ha implementado resoluciones internas que determinan el procedimiento para la suscripción de los compromisos de cese, que incluye requisitos que no se encuentran contempladas en la LORCPM, al decidir que los operadores económicos que pretendan acogerse a los compromisos de cese deben reconocer todos los hechos y las conductas investigadas constituiría en una violación de la normativa de competencia en el Ecuador.

Si un operador económico acepta haber violado las disposiciones establecidas en la LORCPM, además de las multas exigidas por la SCPM, posiblemente tendrá que

disputar un procedimiento judicial para reparar los daños y perjuicios que hubieren sufrido sus competidores o consumidores. En este procedimiento, los demandantes ya tienen una declaración de violación normativa de la parte demandada, expresada de forma escrita en el compromiso de cese firmado con la SCPM.

Cabe recordar que un compromiso de cese es una propuesta libre y voluntaria por parte de un operador económico, en la que, aparte de declarar haber infringido la Ley, propone corregir su conducta en una fecha determinada, a más de comprometerse a subsanar los daños y perjuicios producidos al mercado y a los consumidores.

La propuesta de compromiso de cese puede ser presentada en cualquier momento antes que la Resolución final emitida por la Comisión de Primera Instancia de la Superintendencia. Los expedientes de los compromisos de cese son confidenciales, exceptuándose la propuesta de compromiso de cese.

El Instructivo también señala como veremos más adelante, los términos básicos que debe contener una propuesta de compromiso de cese y los parámetros para calcular el importe de la subsanación. El monto de la subsanación dependerá de la existencia o no de un proceso y de la etapa procesal en que se encuentre. Entre más avanzado se encuentre el proceso, mayor el importe de subsanación. Tema que se será tratado con mayor exactitud en el capítulo II.

## CAPÍTULO II

### 2. Violación al debido proceso y al principio Non Bis In Ídem

En nuestra Constitución se encuentra estipulado o prohibida el Non bis in ídem, en el artículo 76 numeral 7 literal i) “Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia...”

Es imprescindible realizar reseña de lo que conocemos como el Principio Non bis in ídem no sólo en el ámbito nacional, sino también de otros países, que por lo general se define de manera parecida.

Non bis in ídem, escrito en español (No dos veces por lo mismo), también conocido como **autrefois acquitté** ("ya absuelto o ya saldado" en francés) o **double jeopardy** ("doble riesgo" en inglés), es una defensa en procedimientos legales.

En muchos países como los Estados Unidos, México, Argentina, Venezuela, Canadá, Perú, España, Ecuador, Colombia, Austria e India es un derecho fundamental reconocido por la Constitución que prohíbe que un acusado sea enjuiciado dos veces por un mismo delito. En otro sentido implica que no pueda valorarse dos veces un mismo hecho o fenómeno para calificar la tipicidad de un delito o evaluar la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal. Ante un tribunal un acusado además de declararse inocente o culpable puede manifestar que autrefois acquit (en francés: Ya he sido exculpado) si ya ha sido encontrado inocente en un juicio previo así como autrefois convict (en francés: Ya he sido condenado) si el acusado ya fue enjuiciado y condenado.

Si bien el principio NO BIS IN IDEM se aplica mayormente en materia penal, no es menos cierto que es un principio aplicable a todas las ramas del derecho, incluyendo el derecho administrativo, dado que, constituye uno de los pilares fundamentales en la protección de los derechos constitucionales de la persona.

Al respecto nuestra jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional dice lo siguiente: La Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia No 012-14 –SEP-CC, determina:

...como uno de los principios que garantiza la efectividad del debido proceso, que determina que nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma cosa y materia; principio que se fundamenta, principalmente, en la institución de la cosa juzgada tanto en su arista positiva como negativa, constituyéndose en una garantía dentro de

la administración de justicia, que logra que las decisiones que ponen fin un proceso gocen de fuerza obligatoria y definitiva, erigiéndose de esta forma, como verdad material de los procesos, y a su vez, impidiendo que los ciudadanos, al momento de someterse a la actividad jurisdiccional del Estado, no se encuentren en una situación de incertidumbre respecto a la posibilidad de que los temas sobre los conflictos que ya fueron conocidos, vuelvan a plantearse con identidad subjetiva y objetiva, para una nueva solución. (Ecuador, Sentencia No. 012-14 SEP-CC, 2012)

La Constitución de la República en el art. 76, numeral 7, letra i) contiene el principio non bis in ídem, como garantía básica del debido proceso, que protege a las personas del doble enjuiciamiento por la misma causa y materia. Por la misma causa podemos entender el mismo motivo, fundamentos, etc., y cuando se refiere a la misma materia no indica que únicamente será penal, por lo que bien puede ser civil, administrativa, laboral o de otro tipo.

No obstante, el Código Orgánico Integral Penal al desarrollar la norma constitucional excepciona las sanciones administrativas o civiles derivadas del mismo hecho (Art. 5 numeral 9).

Este principio no solamente garantiza a la persona para no ser juzgada dos veces por los mismos hechos, sino que también evita que se imponga una doble pena por la misma conducta.

En Ecuador el principio non bis in ídem tiene como objetivo evitar la doble sanción, no el doble proceso o investigación.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional se resume en que el principio non bis in ídem se concreta en que nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia; se fundamenta principalmente en la institución de la cosa juzgada; y para ser invocado debe existir una resolución en una causa iniciada con anterioridad, que tenga identidad de sujeto, de motivo y de materia con el nuevo proceso.

En general, el principio se aplica únicamente al ámbito del derecho penal y a sentencias firmes de materia penal.

Es importante que se aclare si este principio puede ser aplicado cuando existe un procedimiento administrativo por el mismo asunto, se fijen sanciones, y luego se inicie un juicio penal, porque si se sigue el texto constitucional debería aplicarse a

todos los procesos y sanciones punitivas sean de naturaleza administrativa o penal, sean nacionales o no, y no solamente en caso de sentencias condenatorias. Además debe ampliarse su alcance prohibiéndose el doble procesamiento.

Dentro de la LORCPM se establece como requisito para presentar el Compromiso de Cese que el o los operadores económicos acepten los hechos materia de la investigación, hechos cabe indicar que pueden resultar en varias conductas que ya he enumerado anteriormente.

Es criterio de la Comisión de Resolución de Primera Instancia que el o los operadores económicos deben aceptar los hechos y también deben aceptar el cometimiento de las conductas materia de la investigación, para que la investigación sea archivada, si esto no ocurre la investigación sigue su curso por la o las conductas que no hayan sido aceptadas de manera expresa.

De llegar a la conclusión o finalización de la investigación a través de una resolución que es emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, el o los operadores económicos recibirían una sanción que lleva consigo una multa, que para el operador económico significa el pago adicional al importe de subsanación. Como ya dije la investigación nace de un mismo hecho, que siguiendo esta línea se podría configurar en el doble juzgamiento por la misma causa.

## **2.1. El Non bis in ídem en otros países**

### **2.1.1. Argentina**

La Constitución Nacional no previó originalmente y de manera expresa la garantía del *non bis in ídem*, aunque con arreglo al artículo 33 se le ha reconocido como una garantía no enunciada, que surge del sistema republicano y del estado democrático de derecho.

A partir de la reforma constitucional de 1994, con la incorporación a la Constitución de diversos instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (artículo 75, inciso 22), entre los que se encuentra la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) en su artículo 8 inciso 4 enuncia: "El inculpado absuelto por sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos". (Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, 1969)

Con lo cual esta garantía ha sido reconocida con carácter constitucional. Por eso se entiende que dicho principio tiene relación con el objeto procesal en sí.

En relación al derecho penal argentino, este principio entra en colisión con el estado de reincidencia, más precisamente con la regla consagrada en el artículo 52 del Código Penal, en cuanto aplica una pena de reclusión indeterminada, como accesoria de la condena anterior, cuando la reincidencia fuese múltiple de manera tal que se manifiesten las siguientes condenas anteriores: 4 penas privativas de la libertad, siendo una de ellas mayor a 3 años; 5 penas privativas de la libertad menores a 3 años.

Por otro lado, permite que el tribunal, por única vez, deje en suspenso la medida accesoria, fundando la decisión en función del artículo 26 del Código Penal. Esto quiere decir que se deben satisfacer las exigencias previstas para la condena de libertad condicional. Por lo tanto se está aplicando una consecuencia jurídica más gravosa para los sujetos que incurrir en reincidencia de manera múltiple, generando reparos en función del respeto al principio "non bis in ídem".

### **2.1.2. Chile**

En Chile, el artículo 1 del Código Procesal Penal, titulado Juicio previo y única persecución, establece en su inciso segundo que "La persona condenada, absuelta o sobreseída definitivamente por sentencia ejecutoriada, no podrá ser sometida a un nuevo procedimiento penal por el mismo hecho". (Chile, Congreso Nacional, 2000)

Esto se fundamenta, además del principio que se comenta, en instituciones como la de cosa juzgada y la de seguridad jurídica.

Esta regla, sin embargo, tiene su excepción en cuanto existe en el ordenamiento procesal la Acción de Revisión, regulada en los artículos 810 y siguientes del Código de Procedimiento Civil y 473 y siguientes del Código Procesal Penal, en este último caso sólo cuando la sentencia haya condenado al acusado.

El artículo 63 del código penal también establece esta garantía al prohibir que una circunstancia agravante que por sí misma constituye un delito, que haya sido expresada al tipificarlo o que sea de tal manera inherente a la comisión (como un medio) aumente la pena de uno de estos. Esta norma legal busca que no se valore dos veces el injusto de un delito determinado.

### 2.1.3. Colombia

El artículo 29 de la Constitución de Colombia establece que se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, y el "non bis in ídem" El derecho fundamental a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho, pretende asegurar que los conflictos sociales que involucran consecuencias de tipo sancionatorio no se prolonguen de manera indefinida, además de evitar que un mismo asunto obtenga más de una respuesta de diferentes autoridades judiciales. (Colombia, Asamblea Nacional Constituyente, 1991)

Asimismo, ha sostenido la Corte Constitucional que la existencia de un proceso o sanción de naturaleza penal no implica el desconocimiento del principio **non bis in ídem** cuando se persigue castigar la misma conducta pero por violación de un régimen distinto, tal como sucede cuando un funcionario estatal roba dineros públicos y es responsable tanto penal como fiscal y disciplinariamente.

### 2.1.4. España

Como regla general, no se podrán imponer sanciones penales o administrativas por unos mismos hechos ya sancionados, pero la estimación de la excepción del principio **non bis in ídem** exige la concurrencia de los siguientes elementos:

1. La identidad subjetiva se entiende cuando el sujeto pasivo recae en la misma persona, sin importar la naturaleza o autoridad judicial o administrativa que haya instaurado el proceso y sin que tenga trascendencia de quien sea el sujeto activo a autoridad que resolvió, o que se inicie una acción administrativa o judicial en forma personal o en conjunto de los que se sintieran agraviados.
2. La identidad fáctica tiene que ver a que exactamente los mismos hechos ya han sido ventilados, el principio non bis in ídem no resulta vulnerado cuando las sanciones se aplican por procesos diversos.
3. La identidad del fundamento o causal, implica que las medidas sancionadoras no pueden concurrir si responden a una misma naturaleza, es decir, si participan de una misma fundamentación teleológica. Si los bienes jurídicos afectados por un mismo hecho resultan heterogéneos existirá diversidad de fundamento, y cabrá el doble castigo de lo mismo (Sentencia del Tribunal Supremo, 3.<sup>a</sup>, de 21 de enero de 1990, con la condena en



jurisdicción penal por un delito contra la salud pública y la condena por la Autoridad Gubernativa a la clausura del local donde se vendía la droga, en razón a que en el segundo supuesto se trata de prevenir el delito impidiendo la extensión y tratando de erradicar el comercio de drogas).

Casuística adicional:

- Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.<sup>a</sup>, Sentencia de 12 de julio de 2001, recurso número 428/1996:

Condena penal impuesta al ingeniero técnico y sanción administrativa recaída sobre la constructora por la muerte de un trabajador sin apreciación de vulneración del principio **non bis in ídem**. (España, Tribunal Supremo, 2001)

- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1.<sup>a</sup>, de 11 de enero de 2007, número de recurso 1908/2006:

Ha sido reiteradamente declarado por la doctrina del Tribunal Constitucional 3154/90 de 14 de octubre que la denominada excepción de cosa juzgada es una consecuencia inherente al principio «non bis in ídem», el cual ha de estimarse implícitamente incluido en el artículo 25 de la Constitución como íntimamente ligado a los principios de legalidad y de tipicidad de las infracciones, principio que se configura como un derecho fundamental del condenado, y que impide castigar doblemente por un mismo delito. Por otra parte, la doctrina de esta Sala, en orden a la estimación de cosa juzgada ha venido restringiendo los requisitos clásicos de identidad subjetiva, objetiva y causa de pedir, a los dos primeros, prescindiendo del título de imputación o calificación jurídica que pueda atribuirse a unos concretos hechos. Los requisitos son: i. identidad subjetiva ("eadem persona") que en nuestro caso no plantea problemas, ya que ambas resoluciones se refieren a Sergio. ii. identidad objetiva ("eadem res"), iguales hechos, susceptibles de integrar uno u otro delito. Juzgado por ellos el acusado no podrá de nuevo seguirse procedimiento sobre los mismos hechos contra él en razón a otra tipificación jurídico-penal (SSTS 622/2005, de 27 de mayo y 505/2006, de 10 de mayo)." (España, Tribunal Supremo, 2007)

### 2.1.5. Estados Unidos

La frase double jeopardy tiene su origen en la quinta enmienda de la constitución estadounidense:

Ninguna persona podrá a ser sometida a juicio dos veces por el mismo delito para que no sean puestos en doble peligro su vida o sus extremidades. Esta cláusula tiene la intención de limitar el abuso judicial del gobierno en forma de repetidos juicios sobre el mismo delito como manera de acoso u opresión. También está en armonía con el concepto de ley común de res judicata (cosa juzgada) que previene la reiteración de temas y acusaciones que ya hayan terminado de ser juzgadas. (Estados Unidos, Delegados de la Convención de Filadelfia, 1788)

#### **2.1.6. México**

Existe regulado dicho principio en el artículo 23 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: "Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia". Las leyes penales secundarias de todo el país acogen este principio. (México, Congreso Constituyente, 5 de Febrero de 1917)

Ha de criticarse, como viene siendo costumbre de la doctrina mexicana, el trabajo del legislador constituyente, dado que la Constitución establece que "nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito", sin embargo, el principio de *non bis in ídem* versa sobre la importancia de no juzgar dos veces por los mismos hechos; por lo mismo, dicho artículo habría de reformarse.

#### **2.1.7. Perú**

En la Constitución Política peruana, el principio Non Bis In Ídem se encuentra implícitamente enunciado en el inciso 13) de su artículo 139.º, que prescribe "La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada"; y ya expresamente, la Ley Peruana del Procedimiento Administrativo General - Ley 27444, en el numeral 10 del artículo 230.º de su Capítulo II - del Procedimiento Sancionador; lo recoge, disponiendo que «No se podrán imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento». Dicha prohibición se extiende también a las sanciones administrativas, salvo la concurrencia del supuesto de continuación de infracciones a que se refiere el inciso 7. Por otro lado, en el Código Procesal Penal, aprobado por el Decreto Legislativo N° 957 (del 28 de julio de 2004), y que desde julio de 2006 está siendo aplicado

progresivamente en diversos distritos judiciales del país, hay también una previsión (en el artículo III del Título Preliminar), que tiene tres dimensiones:

- **El non bis in ídem propiamente dicho** («Nadie podrá ser procesado, ni sancionado más de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. Este principio rige para las sanciones penales y administrativas»)
- **La preeminencia del derecho penal sobre el derecho administrativo sancionador** («El derecho penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo»)
- **La excepcionalidad en la revisión de la sentencia condenatoria** («La excepción a esta norma es la revisión por la Corte Suprema de la sentencia condenatoria expedida en alguno de los casos en que la acción está indicada taxativamente como procedente en este Código») (Perú, Congreso Constituyente Democrático, 1993)

Dentro del derecho comparado existen similitudes con la jurisprudencia colombiana ya que el **Principio NON BIS IN ÍDEM, Cosa Juzgada y Seguridad Jurídica**- No son absolutos.

El principio del non bis in ídem y la cosa juzgada son figuras distintas pero complementarias y ambas vinculadas al principio de seguridad jurídica. La primera, se reconoce como una manifestación negativa del derecho de defensa y del debido proceso, esto es, como posición jurídica subjetiva de defensa para el individuo contra una doble incriminación por los mismos hechos. La segunda, es una institución que no sólo dota de fuerza vinculante a las decisiones judiciales, sino que también pone fin a las controversias, arroja de certeza el resultado de los litigios o procesos, define concretamente las situaciones de derecho, permite hacer efectivas las decisiones jurisdiccionales y finalmente evita que las controversias se reabran indefinidamente con perjuicio de la seguridad jurídica de las personas y el orden social del Estado. En ambas, confluyen en el mismo propósito de crear en el titular de derechos sobre quien se ha iniciado un proceso para determinar su responsabilidad penal y en general sobre el colectivo social, la confianza en el derecho a que una vez resuelta su situación jurídica, con la decisión de fondo que establezca, no deba soportar nuevamente otra actuación judicial de la misma naturaleza y por los mismos hechos. Ni el principio del non bis in ídem, ni la cosa juzgada, ni la seguridad jurídica, son bienes jurídicos

absolutos, toda vez que pueden entrar en colisión verbigracia con otros intereses recogidos por el orden normativo, como la justicia material o con los derechos constitucionales de las víctimas. (Colombia, Sentencia C417/09, 2009)

Para Janeyri Boyer Carrera en su artículo Criterios Jurisprudenciales del Tribunal Constitucional sobre el Principio Non Bis In Ídem dice lo siguiente:

El non bis in ídem hace su aparición cuando, ante una misma conducta, el ordenamiento jurídico prevé dos o más normas que imponen un castigo. La posible imposición de dos o más sanciones afecta la libertad individual porque el individuo difícilmente podrá llevar a cabo un Proyecto de vida si debe estar pendiente de modo permanente de la posibilidad de ser sancionado dos o más veces por los mismos hechos por los que fue castigado en una primera oportunidad. De otro lado, el bis in diem afecta el principio de seguridad jurídica, porque confiere estabilidad a la pendencia jurídica procesal o a la posibilidad de ser procesado infinitas veces por hechos que ya fueron juzgados.” **Concepto Legal** (...) En su versión más abstracto, el non bis in ídem tiene el doble significado que podría sintetizarse en la prohibición del doble castigo y el doble procesamiento, siempre y cuando nos encontremos ante el mismo sujeto, los mismos hechos y el mismo fundamento. La identidad de sujeto no genera mayores conflictos y permite la calificación de autores a distintos sujetos.

Desde el criterio finalista, la identidad de hecho ocurre cuando los hechos derivan de una misma declaración de voluntad. Desde el criterio normativo, cuando los hechos pueden ser subsumidos en un mismo tipo. Si con estos criterios resulta que hoy más de un hecho, entonces habrá más de un castigo. Por ejemplo: cuando un oficial tiene la voluntad de robar gasolina del cuartel y para ello, además de sustraer los recipientes con dicho combustible, retira un vehículo sin permiso del superior. En estos casos nos encontraremos con el concurso real de infracciones.

La identidad de fundamento comporta dos identidades; identidades de bien jurídico o bien público protegido, e identidad de lesión o ataque. Si nos encontramos ante dos o más ataques por parte del mismo sujeto, este será susceptible a dos o más castigos. No existe identidad de fundamento cuando distintas normas aparentemente aplicables, protegen distintos bienes jurídicos, como ocurre, por ejemplo, en la venta de un lote de leche adulterada, acto que podría vulnerar las normas de protección al consumidor (hechos del consumidor) como las de salud (derecho a la salud).

Por tanto, no se vulnera el non bis in ídem cuando se castiga dos veces al mismo sujeto por el mismo hecho pero para proteger, en cada ocasión, un bien jurídico distinto. Entonces, el non bis in ídem no proscribire el doble castigo por los mismos

hechos, no que existan dos procesos (como ocurre con la dualidad de procedimiento administrativo- proceso penal) sino que una misma persona sea castigada dos veces por el mismo fundamento. El ídem corresponde a la infracción y el bis la sanción.

**El non bis in ídem y la cosa juzgada (la vertiente formal).**- En un primer momento, el Tribunal Constitucional consideró que el non bis in ídem estaba consagrado en el artículo 139 inciso 13 de la Constitución Política del Estado (caso Mirope Neyra Chinguel -799-98-AA/TC). Esto querría decir que, para el Alto Tribunal, el contenido del non bis in ídem era el mismo que el contenido del principio de la cosa juzgada y que era posible invocarlos de modo indistinto. En un segundo momento, el Alto Tribunal vincula el aludido principio únicamente al derecho al debido proceso. Ello ocurrió cuando empezó a recurrir a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que introduce la cláusula de interpretación del contenido de los derechos fundamentales conforme a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos – TIDH. De esta manera, el Tribunal Constitucional interpretó que la prohibición del bis in ídem era una manifestación del derecho del debido proceso del artículo 139 inciso 13 constitucional, a la luz del artículo 8 inciso 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos y de los criterios jurisprudenciales adoptados por la Corte Interamericana sobre el non bis in ídem en el caso Barrios Altos contra el Perú... (Rodríguez Paniagua, 1987)

Este principio se encuentra consagrado en algunos instrumentos internacionales:

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

La Convención Americana sobre Derechos Humanos,

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos,

El Protocolo No. 7 al Convenio Europeo,

El Estatuto de Roma.

Sobre este tema: el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** en el artículo 14 numeral 7 establece que nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país .

En esta definición encontramos dos palabras que implican dos contenidos diferentes: juzgar y sancionar. La norma no los considera iguales al separarlas con

la conjunción ni, de manera que podríamos decir que juzgar es igual al procesamiento, mientras que sancionar es imponer una sentencia.

Desde luego que sancionar no solamente puede referirse a una sentencia penal, sino también a otras materias, como a lo administrativo.

**El Comité de Derechos Humanos**, en el período de sesiones que tuvo lugar en Ginebra en julio del 2007 al referirse al principio non bis in ídem lo equipara a la Cosa Juzgada e interpreta que según el citado artículo 14, párrafo 7, ese principio prohíbe hacer comparecer a una persona una vez declarada culpable o absuelta por un determinado delito ante el mismo tribunal o ante otro por ese mismo delito y que no se aplica si un tribunal superior anula una condena y ordena la repetición del juicio.

**La Convención Americana de Derechos Humanos:** El artículo 8.4 señala como una garantía judicial que el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos lo que significa que hay condiciones para que se dé el principio non bis in ídem:

- a) que la sentencia debe estar en firme,
- b) que la sentencia sea de absolución,
- c) que el nuevo juicio sea contra la misma persona y por los mismos hechos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado el principio non bis in ídem en el sentido de que busca proteger los derechos de los procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos, siendo importante destacar que dice procesados y no sentenciado lo que implica una gran diferencia con la concepción de este principio que tiene nuestra legislación interna.

Además, si tomamos como referencia el Pacto de Derechos Humanos, encontramos como condición para la procedencia del non bis in ídem, la existencia de un mismo delito, en tanto que la CADH utiliza la expresión mismos hechos lo que obviamente beneficia al procesado o sentenciado.

**La Comisión Interamericana de Derechos Humanos** indicó que en virtud de ese principio, una persona tiene derecho a no ser sometida luego de ser absuelta por una sentencia firme, a un nuevo juicio por los mismos hechos.

Con este criterio habría dos posiciones:

- a) Que únicamente procede cuando ha existido absolución;
- b) Que no se limita a la existencia de una sentencia por los mismos hechos, sino que también es aplicable al proceso, al indicar no ser sometido a un nuevo juicio.

Al respecto, en el informe 1/95, sobre el caso 11.006, precisa que la expresión sentencia firme en el marco del artículo 8 inciso 4 no debe interpretarse restrictivamente, es decir limitada al significado que se le atribuya en el derecho interno de los Estados. En este contexto, sentencia debe interpretarse como todo acto procesal de contenido típicamente jurisdiccional sentencia firme como aquella expresión del ejercicio de la jurisdicción que adquiera las cualidades de inmutabilidad e inimpugnabilidad propias de la cosa juzgada.

**La Corte Interamericana de Derechos Humanos** tiene jurisprudencia sobre el principio non bis in ídem, que aclara que su aplicabilidad depende de la naturaleza y los fundamentos de la decisión adoptada en el primer proceso.

Entre las sentencias que se refieren a dicho principio se destacan:

La de fecha 18 de agosto del año 2000, en el caso Cantoral Benavides vs. Perú, en la que Corte afirma que el efecto del artículo 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos es erga omnes ya que impide el enjuiciamiento por los mismos hechos independientemente de la calificación de la figura abstracta que defina la ley.

La dictada el 23 de noviembre del 2012, en el caso Mohamed vs. Argentina, que tiene como antecedente las alegaciones de violación del principio non bis in ídem argumentando que permitir la apelación de la sentencia de absolución a una parte distinta al imputado, es permitir una doble persecución que vulnera el indicado principio; la Corte consideró que el señor Mohamed no fue sometido a dos juicios o procesos judiciales distintos sustentados en los mismos hechos; que la sentencia condenatoria no se produjo en un nuevo juicio posterior a una sentencia firme que hubiera adquirido la autoridad de la cosa juzgada, sino que fue emitida en una etapa de un mismo proceso judicial penal, y concluyó que el Estado no violó el artículo 8.4 de la Convención en perjuicio del señor Oscar Alberto Mohamed.

Tal resolución aclara el contenido y alcance del principio non bis in ídem: que es necesario un nuevo juicio y no un recurso, porque en ese caso se estaría en el marco del derecho al doble conforme que puede ser alegado dentro del mismo proceso.

La sentencia de 17 de septiembre de 1997 en el caso Loayza Tamayo vs. Perú, que fue introducido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y que tiene como antecedentes la detención de la señora María Elena Loayza Tamayo, peruana, profesora de la Universidad San Martín de Porres, el 6 de febrero de 1993 por miembros de la División Nacional contra el terrorismo de la Policía Nacional del Perú, por ser presunta colaboradora del grupo subversivo Sendero Luminoso; que fue procesada en el fuero militar por delito de traición a la patria y que jueces militares sin rostro, la absolvieron el 5 de marzo del año 1993; que posteriormente, el Consejo de Guerra Especial de Marina, el 2 de abril, la condenó.

Con posterioridad el Tribunal Especial del Consejo Supremo de Justicia Militar en sentencia de 11 de agosto del año 1993 declaró sin lugar un recurso de nulidad que interpuso, absolviéndole por ese delito y ordenando remitir lo actuado al fuero común para el estudio del delito de terrorismo, por lo que se la procesó en la jurisdicción ordinaria pese a que alegó la excepción de cosa juzgada de acuerdo con el principio non bis in ídem, alegación que fue desestimada por el Tribunal Especial sin rostro condenándole a la pena privativa de libertad de 20 años.

La Corte advierte que ninguna disposición de la Convención Americana ha de interpretarse en el sentido de permitir sea a los Estados Partes, sea a cualquier grupo o persona, suprimir el goce o ejercicio de los derechos consagrados, o limitarlos. Agrega que el principio non bis in ídem busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos.

Considera en que la señora María Elena Loayza Tamayo fue absuelta por el delito de traición a la patria por el fuero militar, que conoció de los hechos, circunstancias y elementos probatorios, los valoró y resolvió, por cuya razón al ser juzgada en la jurisdicción ordinaria por los mismos hechos por los que había sido absuelta en la jurisdicción militar, el Estado peruano violó en su perjuicio las garantías establecidas en el artículo 8.4 de la Convención Americana sobre



Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma y ordenó que se le ponga en libertad dentro de un plazo razonable, que el Estado se halla obligado a pagar una justa indemnización a la víctima y a sus familiares y a resarcirles los gastos en que hayan incurrido en sus gestiones ante las autoridades peruanas con ocasión de este proceso.

### **El Estatuto de Roma y la Corte Penal Internacional:**

El artículo 20 del Estatuto de Roma dispone que nadie será procesado por la Corte en razón de conductas constitutivas de crímenes por los cuales ya hubiere sido condenado o absuelto por la Corte.

Prohíbe que una persona sea procesada por otro tribunal en razón de uno de los crímenes mencionados en el artículo 5 (de lesa humanidad) por el cual la Corte ya le hubiere condenado o absuelto, y que tampoco procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos determinados en los artículos 6,7 u 8 del Estatuto a menos que el proceso en otro tribunal obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte.

El eje rector en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional es el principio de complementariedad, por lo que podrá conocer un caso cuando el Estado con jurisdicción sobre el mismo, no tenga voluntad o capacidad para hacerlo.

### **El Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos (CEDH) y el artículo 4 del Protocolo número 7:**

Sobre el principio non bis in ídem, establecen el derecho de las personas a no ser juzgadas o castigadas dos veces; es decir que prohíbe sancionar doblemente los mismos hechos:

Nadie podrá ser perseguido o condenado penalmente por los tribunales de un mismo Estado por una infracción por la que haya sido absuelto o condenado mediante sentencia firme conforme a la ley y al procedimiento de ese Estado; sin embargo, no se impide la reapertura del proceso, conforme a la ley y al procedimiento del Estado interesado, si hay evidencia de hechos nuevos o revelados ulteriormente o un vicio fundamental en el procedimiento precedente de tal naturaleza que pudiera afectar a la sentencia adoptada.

Nadie podrá ser inculcado o sancionado penalmente por un órgano jurisdiccional del mismo Estado, por una infracción de la que ya hubiere sido anteriormente absuelto o condenado en virtud de sentencia definitiva conforme a la Ley y al procedimiento penal de ese Estado.

De lo transcrito se desprende que este principio se aplica también en caso de dos procedimientos y no solamente cuando existe sentencia en firme absolutoria o condenatoria, frente a una nueva persecución de los mismos hechos. Pero si aparecen nuevos hechos o nuevas revelaciones o algún vicio de nulidad en el proceso anterior que pudiera afectar a la sentencia ya dictada, si podrá abrirse otro proceso porque dados esos precedentes no habrá violación al principio non bis in ídem.

En la legislación ecuatoriana, tal situación, se acercaría al recurso de revisión que es una excepción de la institución de la cosa juzgada y también la declaratoria de nulidad constitucional que obliga a dictar una nueva sentencia en caso de falta de motivación, o de violación de otras garantías del debido proceso.

#### **La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea:**

El artículo 50 recoge el principio como un derecho a no ser acusado o condenado penalmente dos veces por el mismo delito. Según este Instrumento el principio es más amplio pues no se limita a la sentencia condenatoria.

En el derecho jurisprudencial de Estrasburgo no se prohíbe únicamente la doble sanción, sino que también incluye el doble enjuiciamiento.

#### **Posibles conflictos:**

**El juzgamiento realizado por un juez incompetente:** es un juicio fraudulento como concibe la doctrina internacional, porque la sentencia simula la intención de hacer justicia, y produce cosa juzgada fraudulenta, en consecuencia, un nuevo proceso no es contrario al principio non bis in ídem y la cosa juzgada no se configura.

**La existencia de mediación o conciliación previa a un nuevo enjuiciamiento:** En este caso se trataría de una nueva situación que no está contemplada ni en la ley ni en la Constitución, pues en el Ecuador solo se concibe dos sentencias, y no procedimientos o enjuiciamientos.

### **La existencia de dos sentencias extranjeras.**

La existencia de dos sanciones administrativas en contra de la misma persona, por los mismos hechos y los mismos fundamentos: El principio se limita a la doble sanción penal. Ecuador excluye las sanciones administrativas frente al derecho penal, sin embargo, puede darse frente a dos sanciones administrativas en contra de las mismas personas y por los mismos hechos y fundamentos.

La extradición: En este caso, podría ser un impedimento para la cooperación internacional en general y a la entrega de sospechoso, si es que se alegaría la aplicación del non bis in ídem como un derecho humano.

En base a todo lo investigado se puede concluir que de persistir el criterio que mantiene la Comisión de Resolución de Primera Instancia, referente a la aceptación de los hechos más todas las conductas sujetas a investigación, por parte del operador o los operadores económicos, para así concluir y archivar el procedimiento de investigación, y en caso esto no ocurriera se podría caer en el doble juzgamiento, que se encuentra prohibido por nuestra Constitución.

Esa es la disyuntiva que se presenta con los Compromisos de Cese y la condición de aceptar todas las conductas más no solamente los hechos que originaron la investigación, tal como dice la LORCPM, disyuntiva que violenta el debido proceso y la seguridad jurídica del o de los operadores económicos involucrados.

Para mejor entendimiento de la problemática planteada se va a ejemplificar la supuesta violación al debido proceso en un caso práctico dentro de una investigación que se desarrolló en la Intendencia de Prácticas Desleales de la Superintendencia, es importante manifestar que el número, nombre ficticio, el nombre del operador económico han sido cambiados a fin de proteger la identidad y el conservar la obligación de reserva de los procesos de la SCPM.

A través de un oficio remitido por el Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca, puso en conocimiento de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado que algunos productores de leche estarían adulterando el producto denominado leche entera en algunos caso y en otros casos que estaría llegando a los supermercado y tiendas en general un producto etiquetado como LECHE, cuando en realidad era bebida láctea por su composición 40% suero de leche y se estaría cometiendo una presunta práctica desleal , una vez que la Intendencia de Investigación de Prácticas

Desleales, inició de oficio investigación y la respectiva fase de barrido, se realizaron inspecciones en los supermercados donde se tuvo conocimiento de la venta de este producto denominado leche, cuando en realidad era una bebida láctea y se detectó al siguiente operador económico ECULECHE.

El operador económico ECULECHE, se dedica a la elaboración de leche y bebidas lácteas en el mercado nacional, referente a su producto denominado ECULECHE se pudo verificar que el empaque contradecía lo permitido por las normas sanitarias para la elaboración, producción y comercialización de estos productos; entre las cuales prohibía lo siguiente:

Que el BEBIDA LACTEA sea etiquetado como leche, que contenga diseños o dibujos que induzcan al error al consumidor como por ejemplo vacas, vasos con líquido blanco y cualquier otro distintivo alusivo a promocionar el producto como leche.

La etiqueta de ECULECHE (bebida láctea) en investigación contenía en su etiqueta todo lo que prohibía dichas normas, y la investigación pasó a la fase de investigación preliminar en esta fase el operador económico ECULECHE, consciente del cometimiento de las prácticas desleales contempladas en el artículo 27 numeral 2) actos de engaño y numeral 9) violación de norma, presentó ante la Comisión de Resolución de Primera Instancia su propuesta de compromiso de cese aceptando únicamente la conducta de actos de engaño, del cual la Intendencia de Prácticas Desleales presentó su informe ante la Comisión y se aceptó el compromiso de cese estableciendo un importe de subsanación de treinta mil dólares, debido al volumen de venta del producto infractor, y se ordenó a la Intendencia prosiguiera la investigación por la conducta tipificada en el artículo 27 numeral 9 violación de norma, la cual siguió a la fase investigación formal y la etapa de sustanciación, la cual concluyó con el informe final que fuere remitido a la Comisión de Resolución de Primera Instancia, quien resolvió sancionar con multa al operador económico ECULECHE por la cantidad de cincuenta mil dólares por la violación de norma.

Con este ejemplo queda claro que la Comisión de Resolución de Primera Instancia considera que se debe aceptar todas las conductas y no sólo los hechos como estipula la Ley, con esta doble sanción que recibió el operador económico

ECULECHE se presumirían que existe una violación al debido proceso y al principio de NON BIS IN IDEM.

## **CAPÍTULO III**

### **3. Procedimiento de los Compromisos de Cese**

Los Compromisos de Cese en la LORCPM están establecidos en los artículos 89 y siguientes, mediante los cuales se delimita la oportunidad que tiene el operador económico para la presentación del compromiso de cese, el proceso para la evaluación, el contenido de la resolución sobre compromisos, el incumplimiento y sus consecuencias y las modificaciones de las condiciones de un compromiso de cese.

La presentación de la propuesta de compromisos de cese se puede realizar hasta antes de la resolución emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, por parte de los operadores investigados que esencialmente debe contener el compromiso para cesar la o las conducta (s) objeto de la investigación y a subsanar los daños, perjuicios o efectos que hayan producido, que produzcan o puedan producir en el mercado relevando y en los consumidores.

Teniendo en cuenta una vez más que debe existir la voluntad manifiesta por parte del operador u operadores económicos que presenten la propuesta.

#### **3.1. Procesos de Investigación dentro de la Intendencia de Prácticas Desleales de la SCPM.**

Para analizar los procesos de investigación que lleva a cabo la Intendencia de Investigación Prácticas Desleales de la SCPM haré una breve reseña de que se considera una práctica desleal, se encuentran de manera general en el artículo 25 de la LORCPM que las define de la siguiente manera:

Se considera desleal a todo hecho, acto o práctica contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas, incluyendo aquellas conductas realizadas en o a través de la actividades publicitaria. La expresión actividades económicas se entenderá en sentido amplio, que abarque actividades de comercio, profesionales, de servicio y otras.

Para la definición de usos deshonestos se estará a los criterios del comercio nacional; no obstante, cuando se trate de actos o prácticas realizados en el contexto de operaciones internacionales; o que tengan puntos de conexión con más de un país, se atenderá a los criterios que sobre usos honestos prevalezcan en el comercio internacional.

La determinación de la existencia de una práctica no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización sino que se asume como cuasidelito de conformidad con el Código Civil. Tampoco será necesario acreditar que dicho acto genere un daño efectivo en perjuicio de otro concurrente, los consumidores o el orden público económico, bastando constatar que la generación de dicho daño sea potencial, de acuerdo a lo establecido en esta Ley. (Ecuador, Asamblea Nacional, 2011, pág. Art. 25)

En sentido amplio la LORCPM define lo que la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales puede considerar como una práctica desleal, para que en el ámbito de sus competencias realice las investigaciones pertinentes, más le ley en el artículo 27 adicional a los usos deshonestos ya tipificados en el artículo 25 enumera también como prácticas desleales las siguientes:

- Actos de confusión.
- Actos de engaño.
- Actos de Imitación.
- Actos de denigración.
- Actos de comparación.
- Explotación de reputación ajena.
- Violación de secretos empresariales.
- Inducción a la infracción contractual.
- Violación de normas.
- Prácticas agresivas de acoso, coacción e influencia indebida contra los consumidores.

Conocido el fundamento sobre lo que es una práctica desleal, es pertinente indicar que los procesos dentro de la Intendencia de Prácticas Desleales se inician de 3 formas diferentes:

- De oficio.
- A solicitud de otro órgano de la administración pública.
- Por denuncia.

### 3.1.1. Procesos de investigación por denuncia.

De conformidad con el artículo 54 de la LORCPM, contempla los requisitos que debe contener una denuncia:

- a) El nombre y domicilio del denunciante;
  - b) Identificación de los presuntos responsables;
  - c) Una descripción detallada de la conducta denunciada, indicando el período aproximado de su duración o inminencia;
  - d) La relación de los involucrados con la conducta denunciada;
  - e) Los datos de identificación de los involucrados conocidos por el denunciante, incluyendo entre otros sus domicilios, números de teléfono y direcciones de correo electrónico, si las tuvieran y, de ser el caso, los datos de identificación de sus representantes legales; la falta de uno o más requisitos del presente literal no invalida la denuncia;
  - f) Las características de los bienes o servicios objeto de la conducta denunciada, así como de los bienes o servicios afectados; y,
  - g) Los elementos de prueba que razonablemente tenga a su alcance el denunciante.
- (Ecuador, Asamblea Nacional, 2011, pág. Art. 54)

La denuncia puede ser presentada por el agraviado o por cualquier persona natural o jurídica, pública o privada que demuestre un interés legítimo. Al respecto la doctrina dice sobre el interés legítimo o la legitimación.

El interés legítimo se encuentra relacionado con la presunción de afectación a la esfera jurídica de una persona, por la simple emisión de un acto de autoridad; en otro orden de ideas, el simple hecho de que una persona considere que la expedición de un acto de autoridad pueda afectar, directa o indirectamente, su derecho tutelado en una norma jurídica, es suficiente para acreditar el interés legítimo para acudir a las instancias administrativas o jurisdiccionales para impugnarlo. (Castrejón García, 2012)

Ahora bien, por lo que respecta al interés legítimo, lo tiene aquella persona que afecta en su esfera jurídica de manera directa o derivada de su situación particular respecta a la constitucionalidad de un acto reclamado, siendo la sentencia que se dicte, solo la proteja a ella, en cumplimiento al principio de relatividad o particularidad de la sentencia.

Así tenemos que los elementos constitutivos del interés legítimo son los siguientes:



- a) Exista una norma constitucional en la que se establezca o tutele algún interés difuso en beneficio de una colectividad determinada.
- b) El acto reclamado transgreda ese interés difuso, ya sea de manera individual o colectiva; y,
- c) El promovente pertenezca a esa colectividad. Lo anterior, porque si el interés legítimo supone una afectación jurídica al quejoso, éste debe demostrar su pertenencia al grupo que en específico sufrió o sufre el agravio que se aduce en la demanda de amparo. Sobre el particular es dable indicar que los elementos constitutivos destacados son concurrentes, por tanto, basta la ausencia de alguno de ellos para el medio de defensa intentando se improcedente.

#### **El interés personal y directo como elemento de la noción de interés legítimo.-**

Expresa ya que en el concepto clásico de interés legítimo hay por lo general una concurrencia de individuos a quienes el orden jurídico otorga una protección especial. También en el interés simple hay una concurrencia de individuos, sólo que en tal caso dicha concurrencia abarca a todos los habitantes. La diferencia entre el interés legítimo y el interés simple está dada por el hecho de que en primero se requiere que el individuo tenga un interés personal y directo en la impugnación del acto.

Una vez presentada la denuncia la misma es ingresada a través de la Secretaría General de la SCPM, la cual en el término de 24 horas deberá trasladar la misma a la Intendencia General, cuya dependencia verificará la procedencia de la misma en el término de tres días y la asignará en la Intendencia correspondiente para su análisis respectivo.

Una vez notificada a la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, de conformidad con el actual Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM que entró en vigencia desde marzo del 2017, la Intendencia tiene el término de 10 días a fin de verificar si la denuncia cumple los requisitos, en caso de estar completa se la califica y se la admite al trámite, si los requisitos son insuficientes se ordenará mediante providencia se la aclare o complete en el término de 3 días, sino es aclarada o completada en el término correspondiente mediante providencia

deberá ser archivada sin más consideraciones. (Ecuador, Asamblea Nacional, 2011, pág. Art. 55)

Una vez calificada y admitida a trámite deberá ser notificada en debida y legal forma al denunciado incluyendo los anexos de ser el caso, dando inicio así a la fase de Investigación Preliminar. Una vez recibida la notificación el denunciado tiene el término de 15 días a fin de presentar sus explicaciones dentro del proceso a fin de desvirtuar los planteamientos realizados por el denunciante, así como también podrá anexar la documentación que respalde sus explicaciones. Esta fase denominada de investigación preliminar, cuyo término es de 30 días, de manera paralela la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, puede solicitar y recabar información que ayude a un mejor decidir de conformidad con los artículos 48.

La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, antes de iniciar el expediente o en cualquier momento del procedimiento, podrá requerir a cualquier operador económico o institución u órgano del sector público o privado, los informes, información o documentos que necesarios a efectos de realizar sus investigaciones, así como citar a declarar a quienes tengan relación con los casos de que se trate...”

Artículo 49.- “La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, a través de sus órganos internos, tendrá las siguientes facultades investigativas, las mismas que se ejercerán en el marco de la Constitución, la ley y el respeto a los derechos y garantías de los ciudadanos: 1.- Exigir a que se le presenten, para su examen, todos los valores, libros, comprobantes de contabilidad, correspondencia, registros magnéticos o informáticos, incluyendo sus medios de lectura, y cualquier otro documento relacionado con la conducta investigada o con las actividades inspeccionadas, sin que se pueda aducir reserva de ninguna naturaleza. 2.- Notificar, examinar y receptor declaración o testimonio, a través de los funcionarios que se designen para el efecto, a las personas materia de investigación o a sus representantes, empleados, funcionarios, asesores, dependientes y a terceros utilizando los medios técnicos que consideren necesarios para generar un registro completo y fidedigno de sus declaraciones, pudiendo para ello utilizar grabaciones magnetofónicas, grabaciones en video u otras similares. Para ello, la declaración se efectuará con la presencia de un abogado particular o un defensor público provisto por el Estado. 3.- Realizar inspecciones, con o sin previa notificación, en los establecimientos, locales o inmuebles de las personas naturales o jurídicas y examinar los libros, registros, y cualquier otro documento relacionado con la conducta investigada, correspondencia

comercial y bienes, pudiendo comprobar el desarrollo de procesos productivos y podrá receptar las declaraciones voluntarias de las personas que en ellos se encuentren...”, y artículo 50.- Toda persona natural o jurídica, pública o privada, así como las autoridades, funcionarios y agentes de la Administración Pública están obligados, sin necesidad de requerimiento judicial alguno, a suministrar los datos, la documentación, la información verdadera, veraz y oportuna, y toda su colaboración, que requiera la Superintendencia de Control del Poder de Mercado y sus servidores públicos, siempre que esto no violente los derechos ciudadanos (...) La Superintendencia de Control del Poder de Mercado tiene la potestad de solicitar y practicar de oficio todas las pruebas y diligencias administrativas necesarias para el esclarecimiento de los actos, denuncias y de los procedimientos que conociere e investigare. (Ecuador, Asamblea Nacional, 2011, pág. Art. 48)

Esta etapa tiene el término de 30 días y concluye con el Informe de Investigación Preliminar el cual es emitido por la Dirección Nacional de Investigación de Prácticas Desleales, que básicamente contiene el análisis, conclusiones y recomendaciones jurídicas y económicas.

Este informe no es vinculante podrá ser acogido totalmente, parcialmente, o no por el Intendente.

Una vez transcurrido el término de 15 días la Intendencia deberá resolver en 10 días término por dos opciones: (i) Si las explicaciones son satisfactorias mediante providencia resolverá el archivo de la misma por tener elementos para la prosecución de la misma y (ii) Si las explicaciones no son satisfactorias y existen elementos se resolverá mediante providencia el inicio de investigación formal por el plazo de 180 días, la misma que podrá ser prorrogada por 180 días plazo.

En la fase de investigación preliminar es meramente indagatoria y de carácter reservada.

A fin de poder elaborar el informe de investigación preliminar la Dirección estará facultada para:

- Emitir oficios de requerimiento para recabar información de los actores del sector analizado, sin necesidad de providencia o auto de sustanciación, al amparo de lo establecido en los artículos 48, 49 y 50 de la LORCPM;

- En los requerimientos de información, por prevención se le recordará al operador económico su obligación de cooperar así como de entregar información veraz, completa y oportuna;
- Contestar las comunicaciones enviadas por los actores del sector analizado; y,
- Solicitar la realización de allanamiento e inspecciones.

El Informe de investigación preliminar deberá contener al menos lo siguiente:

- Nombres completos del operador económico, su o sus representante (s) legal (es) debidamente acreditado (s), cédula de ciudadanía, RUC o pasaporte y nombramiento debidamente inscrito, de ser el caso;
- Domicilio y correo electrónico;
- Temática específica de la investigación preliminar;
- Análisis del o los mercados relevantes;
- Análisis descriptivo y confrontado de las conductas anticompetitivas, encontradas que evidencia las presuntas infracciones; así como la duración aproximada de estas;
- Normas constitucionales, legales y reglamentarias, que motivan el informe del caso en investigación
- Señalamiento de agravantes en caso de haberlas descubierto;
- Necesidad o no de medidas preventivas;
- Señalamiento de la información que fue utilizada y considerada útil en el informe; y, la determinación de la información sin valor probatorio procesal;
- Identificación de terceros que ostenten su condición de interesados, si los hubiere;
- Conclusiones;
- Recomendaciones; y,
- La firma del Director y de los analistas responsables.

En el transcurso de la fase de Investigación Formal la Dirección Nacional de Investigación de Prácticas Desleales deberá elaborar el plan de trabajo en el término de 10 días y deberá ser incorporado al expediente en la parte reservada sensible.

De conformidad con el Plan de Trabajo elaborado se empezará a ejecutar lo planificado sin que esto signifique que únicamente se podrá ejecutar lo estipulado en dicho Plan, ya que con el devenir de la investigación muchas veces se encuentran otro tipo de elementos que preliminarmente la Dirección no tuvo conocimiento. El Plan de Trabajo deberá ser tomado como una guía para la ejecución de la investigación, más no es considerado de cumplimiento obligatorio por la anotación antes descrita.

El inicio de la etapa de la investigación formal deberá realizarse forzosamente a través de resolución y como mínimo deberá disponer lo siguiente:

- Identificación del o los investigado (s), su casillero electrónico o el correo electrónico;
- El inicio de la investigación de conformidad con el artículo 62 del RLORCPM y en auto de sustanciación se hará constar entre otros, todos los elementos determinados expresamente en la disposición antes señalada, así como los fundamentos legales que legitiman el accionar de la Superintendencia;
- Determinación de las presuntas conductas anticompetitivas, objeto de la investigación;
- De oficio se calificará como reservado al expediente conforme al artículo 56 de la LORCPM, excepto para las partes procesales, de modo que no requerirá petición de parte;
- El plazo de duración de la investigación será de ciento ochenta días prorrogables por ciento ochenta días adicionales, a criterio del Intendente en el momento procesal oportuno;
- Pronunciamiento motivado, en caso de haberse solicitado clasificación de la información como confidencial.
- Prevención al investigado de su obligación legal de dar cumplimiento al principio de cooperación, previsto en el artículo 50 de la LORCPM.

- La firma del Intendente.

La etapa de investigación formal una vez fenecido el plazo sea éste prorrogado o no, la Dirección Nacional de Investigación deberá emitir el Informe de Resultados que contiene el análisis de todo el proceso, donde deberá establecerse si existen indicios claros, precisos y elementos de convicción certeros que permitan proseguir la misma, esto incluye un estudio del mercado de manera general, el informe económico y establecer el mercado relevante donde participan los operadores económicos que son parte y sus posibles competidores, y el análisis jurídico es eminentemente sobre el cometimiento de las presuntas prácticas desleales denunciadas, de la información recabada, de la normativa vigente para el caso en particular y la afectación que las mismas pudieren haber ocasionado. Con el instructivo que se encuentra en vigencia este informe deberá contener lo siguiente:

- Nombres completos del operador económico, su o sus representante (s) legal (es) debidamente acreditado (s), cédula de ciudadanía, RUC o pasaporte y nombramiento debidamente inscrito, de ser el caso;
- Determinación de la jurisdicción y competencia;
- Antecedentes de la investigación, señalando fechas;
- Señalamiento del mercado o mercados relevantes analizados;
- Determinación del volumen de negocios o su motivación técnica-legal de ser necesario;
- La enumeración y valoración de la información obtenida durante la investigación;
- Diligencias como inspecciones o allanamientos y los elementos de convicción obtenidos con su respectiva valoración jurídica;
- Formas concretas de cómo se encuentra presuntamente demostrada la infracción anticompetitiva, con el señalamiento de las normas legales violentadas.
- Determinación con nombres completos de los presuntos infractores, a quienes se les atribuya la presunta responsabilidad de las infracciones determinadas;

- La propuesta de sanciones que la Intendencia considera que correspondieren;
- Mención sobre las medidas preventivas, en caso de haberlas aplicado;
- Las medidas correctivas propuestas;
- Las conclusiones;
- Las recomendaciones, entre ellas, que se continúe con el proceso investigativa sancionador o su archivo;
- Cuando el operador económico sea una entidad del sector público con personería jurídica; sea una compañía de economía mixta; o, una persona jurídica de derecho privado que cuente con recursos públicos, se dispondrá que se notifique con copia certificada del informe de cargos, anexos y la denuncia al Procurador General del Estado, conforme a la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado; y,
- La firma digital u ológrafa del Director y Analista a cargo.

Una vez presentado el Informe de Resultados al Intendente, éste tiene el término de 10 días a fin de emitir la respectiva resolución existiendo las siguientes 2 opciones:

- (i) Archivo por falta de cargos si el informe concluye que no se han encontrado o determinado infracciones anticompetitivas, dispondrá el archivo del caso. En caso de archivo de la investigación el informe deberá contener los mismos requisitos y deberá ser notificado a las partes dentro del término de 3 días. Sobre la resolución de archivo la parte que no esté conforme con la misma, podrá proponer recursos horizontales y de reposición quien será conocido y resuelto por el mismo Intendente. Si se presentare recurso de apelación será conocido y resuelto por el Superintendente conforme a la LORCPM.
- (ii) En caso de que el Informe de Resultados establezca o haya determinado infracciones anticompetitivas, y en el caso particular el presunto cometimiento de prácticas desleales, el Intendente Formulará Cargos y mediante resolución ordenará el inicio de la fase de sustanciación y deberá notificar a las partes con copia del Informe de Resultados y la Formulación de Cargos, a fin de que deduzcan sus respectivas

excepciones en el término de quince días. Con la presentación de las excepciones o en rebeldía en el término de 3 días el Intendente ordenará la apertura de la prueba por 60 días término el cual podrá ser prorrogado por el término de 30 días adicionalmente.

La fase de sustanciación esencialmente se basa en el término de prueba en cual las partes, e inclusive la Dirección Nacional de Investigación de la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, podrían solicitar se practiquen prueba documental, pericial y testimonial con apego a la Constitución, la LORCPM y como norma supletoria el Código Orgánico General de Procesos (COGEP).

Cuando se trate de pruebas documentales las mismas no se podrán aceptar en copias simples.

Cuando se trate de declaración o testimonio sin juramento que se deba receptor en la Intendencia a los representantes legales y otros empleados de los operadores económicos con el fin de obtener información directa, se tomará en cuenta los siguientes parámetros:

- Las declaraciones o testimonios se receptorán, a pedido de la Intendencia o por disposición de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, en cualquier etapa del procedimiento de la investigación; e incluso antes de ella; Estas diligencias se podrán realizar en las instalaciones de la Intendencias nacionales, zonales o en cualquier lugar donde se efectúe la investigación.
- El Intendente o la Comisión de Resolución de Primera Instancia dentro de los procesos investigativos podrá ordenar la declaración o el testimonio del representante legal de la empresa u operador económico, sus empleados o a quien haya sido requerido como testigo, la cual se realizará mediante providencia señalando lugar, día y hora en el que debe asistir el pedido de la autoridad en forma personal o por mandatario debidamente acreditado; y siempre que así lo autorice el Intendente respectivo.
- Si quien ha sido requerido para rendir su testimonio no asistiere el día y hora señalados, el Intendente o la Comisión de resolución de Primera Instancia insistirá en el acatamiento de su disposición para lo cual, luego de haberse sentado la razón respectiva, mediante providencia y bajo prevenciones



legales, por falta de colaboración, señalará nuevos día y hora para la realización de la diligencia. Si el requerido no asistiere en el segundo señalamiento, de ser el caso, se aplicará la multa coercitiva prevista en el artículo 85 literal c) de la LORCPM, sin perjuicio de la adopción de otras medidas de ejecución forzosa, según lo dispuesto en el artículo 38 numeral 4 ibídem.

- El Intendente en la declaración o testimonio que recepte, podrá realizar las preguntas pertinentes que estimare necesario las que se sujetarán a los principios legales y constitucionales. El declarante, en uso de sus facultades que le confiere la Constitución de la República y la Ley, podrá hacer reconocimiento de infracciones previstas en la LORCPM en forma libre y voluntaria, excepto cuando genere responsabilidad penal o cuando viole su deber de guardar reserva o secreto en razón de su estado u oficio, empleo o profesión.
- Para la recepción de la declaración o de los testimonios se observarán los principios de respeto, cortesía, ética profesional y legalidad que permita un desarrollo efectivo de la diligencia.
- A todo declarante que en su testimonio altere los hechos o falte a la verdad, en tal sentido que induzcan al error procesal a las autoridades de la SCPM, se dispondrá la aplicación de las sanciones previstas en la LORCPM.

Para la práctica de la diligencia de la declaración o del testimonio, se podrá utilizar cualquier de los mecanismos establecidos en la Ley, de manera especial los contemplados en el Código Orgánico General de Procesos.

Una vez concluida el término probatorio el Intendente emitirá de forma motivada el informe final, conforme a lo estipulado en el artículo 70 del RLORCPM.

El informe final deberá al menos contener lo siguiente:

- Nombres completos del operador económico, su o sus representante (s) legal (es) debidamente acreditado (s), cédula de ciudadanía, RUC o pasaporte y nombramiento debidamente inscrito, de ser el caso;
- Determinación de la jurisdicción y competencia;
- Antecedentes de la investigación, señalando fechas;

- Señalamiento del mercado o mercados relevantes analizados;
- Determinación del volumen de negocios;
- La enumeración y valoración de la información obtenida durante la investigación;
- Diligencias como inspecciones o allanamientos y los elementos de convicción obtenidos con su respectiva valoración jurídica;
- Formas concretas de cómo se encuentra presuntamente demostrada la infracción anticompetitiva, con el señalamiento de las normas legales violentadas;
- Determinación con nombres completos de los presuntos infractores, conforme a la LORCPM, a quienes se les atribuya la presunta responsabilidad de las infracciones determinadas;
- Mención sobre las medidas preventivas, en caso de haberlas aplicado;
- Pruebas presentadas y actuadas durante el término de prueba y su valoración técnica legal.
- Análisis del impacto real o potencial de la conducta anticompetitiva investigada:
- Las medidas correctivas propuestas;
- Las conclusiones y recomendaciones;
- Cuando el operador económico sea una entidad del sector público con personería jurídica; sea una compañía de economía mixta; o, una persona jurídica de derecho privado que cuente con recursos públicos, se dispondrá que se notifique con copia certificada del informe de cargos, anexos y la denuncia al Procurador General del Estado, conforme a la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado; y,
- La firma digital u ológrafa del Intendente.

Una vez emitido el Informe Final, éste deberá ser remitido junto con el expediente original a la Comisión de Resolución de Primera Instancia dando inicio a la fase

denominada de Resolución o en caso de no existir méritos el Intendente mediante providencia debidamente motivada ordenará el archivo.

### **Procedimiento en la Comisión de Resolución de Primera Instancia**

Una vez recibido el informe final y el expediente la Comisión de Resolución de Primera Instancia (CRPI) deberá:

- En el término de 3 días, correr traslado con el informe las partes, las que podrán presentar alegatos ante dicho órgano en el término de 10 días, conforme el artículo 71 de RLORCPM.
- La CRPI elaborará un plan de trabajo en el término de 3 días, en el que se definan las fechas estimadas de resolución.
- Con los alegatos o sin ellos, la CRPI, mediante auto de sustanciación podrá señalar lugar, día y hora en los cuales se efectuará una audiencia pública, conforme a lo previsto en el artículo 76, numeral 7, literal c) de la Constitución de la República, artículo 60 de la LORCPM y artículo 71 del RLORCPM.
- La resolución del caso será emitida dentro del plazo de 90 días, la cual en forma motivada contendrá, entre otros, todos los elementos determinados en el artículo 71 del LORCPM.
- La misma Comisión Resolución de Primera Instancia, resolverá los recursos horizontales que se interpusieren.
- Para los casos de apelación que se dirijan a la Comisión Resolución de Primera Instancia, ésta deberá analizar que los mismos se hayan presentado dentro del término legal previsto en el artículo 67 de la LORCPM, en caso de ser extemporáneos mediante providencia los inadmitirá y en caso de ser admitido a trámite, mediante providencia se pondrá el recurso en conocimiento del Superintendente.

La Comisión de Resolución Primera Instancia podrá en caso de creerlo necesario solicitar a la Intendencia hasta en el término de 15 días presente informe relacionado sobre la práctica de actuaciones, este término podrá ser ampliado de acuerdo a la necesidad y a la naturaleza de las nuevas actuaciones probatorias.

### **3.1.2. Procesos de investigación por solicitud de otro órgano de administración pública.**

Cualquier órgano de la Administración Pública que tuviera conocimiento directo o indirecto de conductas susceptibles de constituir infracción deberá solicitar a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el inicio de un procedimiento en contra del presunto o presuntos responsables. Para el efecto acompañará toda la información que estime relevante para justificar el inicio del procedimiento.

Si la Superintendencia encuentra que es procedente, a través del órgano de sustanciación, abrirá un expediente y conducirá una investigación preliminar, cuyo informe no podrá ser expedido en más de ciento ochenta días de haber resuelto el inicio de la investigación.

Una vez emitido el Informe de Investigación preliminar se notificará al presunto o presuntos responsables sobre la existencia de presunciones de haber incurrido en una infracción o cometimiento de una práctica desleal.

El presunto o presuntos responsables podrán presentar explicaciones en el término de 15 días de notificado, la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, deberá pronunciarse en el término de 10 días sobre el inicio de la investigación de conformidad con el artículo 56 de la LORCPM o podrá ordenar el archivo del expediente en caso de encontrar satisfactorias las explicaciones presentadas por los presuntos responsables.

En caso de darse inicio a la siguiente fase de investigación formal a través de resolución debidamente motivada, la misma será notificada a la parte o partes investigadas y a partir de esta fase seguirá el mismo trámite establecido para el trámite por denuncia.

### **3.1.3. Procesos de investigación iniciados de oficio.**

El procedimiento se iniciará de oficio por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado tras haber tenido conocimiento directo o indirectamente de las conductas susceptibles de constituir infracción; o como consecuencia de los resultados de estudios económicos o del examen permanente de las restricciones conferidas en virtud de la Ley.

La Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales abrirá un expediente mediante providencia y conducirá una investigación preliminar; cuyo informe no podrá ser expedido en más de 180 días término, de haber resuelto el inicio de la investigación.

Una vez emitido el Informe de Investigación preliminar se notificará al presunto o presuntos responsables sobre la existencia de presunciones de haber incurrido en una infracción o cometimiento de una práctica desleal.

El presunto o presuntos responsables podrán presentar explicaciones en el término de 15 días de notificado, la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, deberá pronunciarse en el término de 10 días sobre el inicio de la investigación de conformidad con el artículo 56 de la LORCPM o podrá ordenar el archivo del expediente en caso de encontrar satisfactorias las explicaciones presentadas por los presuntos responsables.

En caso de darse inicio a la siguiente fase de investigación formal a través de resolución debidamente motivada, la misma será notificada a la parte o partes investigadas y a partir de esta fase seguirá el mismo trámite establecido para el trámite por denuncia.

En el caso de iniciar un proceso de investigación en la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, sea por solicitud de otro órgano de la administración pública o de oficio se origina una etapa pre procesal que, a pesar de no estar contemplada en la LORCPM o en su reglamento el Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado Fase de Barrido.

La fase de Barrido está comprendida de 30 días términos dentro de los cuales la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales debe recabar la mayor cantidad de información posible, para verificar la posibilidad de iniciar o no un proceso de investigación, la manera de recopilar dicha información es a través de oficios que son remitidos a los operadores económicos del sector investigado.

Esta investigación previa es de naturaleza indagatoria con fines de búsqueda y no propiamente procesal y está ubicada dentro de la categoría de estudio de posibles distorsiones competitivas en un mercado concreto. Por esta razón se realizará mediante mecanismo de simple requerimiento de información a través de oficios de cooperación, recopilación, orden cronológico, sanción en caso de no entrega la

información y valoración documental selectiva final, sea de prosecución o de archivo.

Cuando se presuma la existencia en forma directa o indirecta de conductas anticompetitivas, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado deberá realizar una fase pre procesal de acuerdo al siguiente procedimiento:

**De oficio.-** La fase de barrido se iniciará cuando llegue a conocimiento del órgano de investigación el presunto cometimiento de una infracción por parte de un operador u operadores económico (s), informará sobre la pertinencia de iniciar la fase de barrido al Intendente General en el término de 24 horas para su conocimiento y continuación del trámite.

Con la autorización del Intendente General, el órgano de investigación iniciará la fase de barrido y asignará un nombre de fantasía. Se entiende por nombre de fantasía a aquel nombre con el cual se denominará al caso y será de conocimiento de los técnicos a cargo del proceso, también llamado nombre supuesto y que no debe guardar relación con el caso. La fase de barrido y el análisis de la información obtenida serán recogidas en un informe, que se emitirá dentro del término de 30 días posteriores contados a partir de la autorización del Intendente General, con lo que concluirá dicha fase. De ser procedente dentro del término de 3 días posteriores se dará inicio a la fase de investigación preliminar, caso contrario se informará al Intendente General el archivo por falta de méritos.

**A solicitud de otro órgano de la Administración Pública.-** La fase de barrido se iniciará cuando ingrese la solicitud a Secretaría General o ante quien haga sus veces en las Intendencias Zonales la cual se remitirá al Intendente General en el término de 24 horas. El Intendente General en el término de 24 horas distribuirá la documentación al Intendente respectivo, para que examine en el término de 10 días.

El órgano de investigación deberá asignar un nombre de fantasía; el análisis de la información obtenida será recogido en un informe, que se emitirá dentro del término de 30 días posteriores a la disposición del Intendente General, con lo que concluirá la fase.

El Director de la Intendencia en 3 días término elaborará un informe de barrido que decurrirá dentro del referido término de 3 días, con lo cual concluirá la fase.

De ser procedente dentro del término de 3 días posteriores se dará inicio a la fase de investigación preliminar; caso contrario, se informará al Intendente General el archivo por falta de méritos.

### **3.2. Comisión de Resolución de Primera Instancia.**

La Comisión de Resolución de Primera Instancia tiene como misión conocer, corregir, sancionar y eliminar, en primera instancia, las conductas contrarias a la competencia en los mercados, previstas en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado; así como autorizar, subordinar o denegar las operaciones de concentración económica.

Está conformada por tres comisionados quienes son designados por el Superintendente, recayendo en uno de ellos la presidencia y la representación de la Comisión de Resolución de Primera Instancia.

Responsable: Presidente de la Comisión de Resolución de Primera Instancia.

Atribuciones y responsabilidades:

- (i) Dirigir la audiencia previa a la resolución de primera instancia;
- (ii) Imponer las sanciones de conformidad a lo establecido en la Ley orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado;
- (iii) Ordenar las medidas correctivas de conformidad con la LORCPM y el Reglamento;
- (iv) Ordenar, de conformidad a lo establecido en la LORCPM, las medidas adicionales en caso de incumplimiento de las medidas correctivas impuestas previamente;
- (v) Adoptar las medidas preventivas de conformidad con la LORCPM y su Reglamento;
- (vi) Disponer, a sugerencia del órgano de investigación o a pedido de parte, la suspensión, modificación o renovación de las medidas preventivas dispuestas en virtud de circunstancias sobrevinientes o que no pudieron ser conocidas al momento de emitir la resolución.
- (vii) Autorizar, denegar o subordinar la autorización de una operación de concentración económica al cumplimiento de ciertas condiciones;

- (viii) Ordenar medidas de desconcentración, medidas correctivas o el cese de control por un operador económico sobre otro u otros operadores cuando el caso lo amerite;
- (ix) Imponer las multas coercitivas cuando corresponda de conformidad a lo establecido en la LORCPM;
- (x) Aprobar, modificar o rechazar la propuesta de compromiso presentada por el o los operadores económicos investigados;
- (xi) Requerir informes, actuaciones complementarias, y/o acciones operativas a las unidades ejecutoras y/o de control de la SCPM u órganos de la administración pública, quienes tienen la obligación de cumplir lo requerido en las condiciones y términos dispuestos por el órgano de resolución.
- (xii) Las demás que sean asignadas por el Superintendente.

Entre las actividades destinadas a la Comisión de Resolución de Primera Instancia y que se encuentran definidas en el Estatuto orgánico:

- (i) Providencia de avoco conocimiento;
- (ii) Providencia de notificación a las partes con el Informe final de Investigación;
- (iii) Providencia de convocatoria a audiencia y acta de audiencia;
- (iv) Resoluciones sobre infracciones a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado;
- (v) Resoluciones sobre medidas correctivas;
- (vi) Resoluciones sobre medidas correctivas adicionales;
- (vii) Resolución sobre medidas preventivas;
- (viii) Resolución que ordenan la suspensión, modificación, o revocación de las medidas preventivas;
- (ix) Resoluciones para autorizar, denegar o subordinar operaciones de concentración económica;



- (x) Resoluciones para ordenar medidas de desconcentración económica, medidas correctivas o el cese de control por un operador económico sobre otro;
- (xi) Resoluciones para imponer las multas coercitivas/ sancionatorias;
- (xii) Resoluciones para aprobar, modificar o desestimar la propuesta de compromisos de cese;
- (xiii) Resoluciones para aceptar o denegar medios de impugnación;
- (xiv) Resolución de aceptación o desestimación de acuerdos de pago;
- (xv) Resolución para suspender y corregir, de ser el caso, los efectos nocivos de las acciones del estado y las ayudas públicas; e
- (xvi) Informe de gestión.

Los requisitos para ser comisionados no están estipulados ni en la LORCPM, en el Reglamento o en algún instructivo. Las personas designadas se les asignan nombramiento de libre remoción y son funcionarios o personas que gozan de la confianza del Superintendente.

### **3.3. Requisitos de los Compromisos de Cese.**

La propuesta de compromiso de cese puede ser presentado por el operador económico, aunque no existan procedimientos de investigación formalmente iniciados en la Superintendencia. Para los casos en los que no existan procedimientos de investigación abiertos y los operadores económicos presenten compromiso de cese con la documentación respectiva.

A fin de efectivizar los principios de simplicidad, seguridad jurídica, celeridad y eficacia legal, los operadores económicos que decidan presentar propuestas de compromisos de cese, lo deberán hacer en los siguientes términos:

Se debe presentar ante la Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, estableciendo los comparecientes estableciendo si el operador económico: es persona jurídica de derecho público, o privado, o es persona natural (nombres y apellidos), debe estar firmado por el Representante legal (Apoderado), con cédula de ciudadanía o identidad No., su dirección, teléfono y correo electrónico empresarial o personal

según corresponda, objeto de la Petición, amparados en los artículos 89 al 93 de la LORCPM, y en los artículos 114 al 121 del Reglamento para la Aplicación de la misma Ley, y en las normas reglamentarias de la Superintendencia aplicables que regulan los compromisos de cese; en forma libre y voluntaria presento esta PROPUESTA DE COMPROMISO DE CESE conforme a lo siguiente: antecedentes; La propuesta de compromiso de cese debe incluir la descripción detallada y precisa (desde la posición del operador), de la presunta conducta investigada; tipificación de la conducta investigada según la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y su Reglamento; las fechas en las que infringió la ley, desde cuándo se ha infringido; aceptación y reconocimiento expreso de la conducta; estableciendo en el texto lo siguiente:

En mi calidad de representante legal del operador económico, ..... Y debidamente autorizado, acepto y reconozco que he infringido las siguientes normas legales y reglamentarias". Que he realizado,..... (Conducta) determinada en los Art., de la LORCPM y su reglamento, desde el (fecha) (Ecuador, Asamblea Nacional, 2011)

La Propuesta de Compromiso de Cese debe contener:

En mi calidad de representante legal del operador económico, ....., declaro que al momento de suscribir esta propuesta he dejado de realizar las conductas señaladas en el numeral anterior, comprometiéndose a no reincidir en las mismas, para lo cual acepto que la Intendencia realice el seguimiento y control de cumplimiento correspondiente. (Ecuador, Asamblea Nacional, 2011)

Medidas Correctivas y Complementarias; Con el fin de dar cumplimiento a lo expuesto en la declaración contenida en el numeral sexto, el operador económico debe proponer: MEDIDAS CORRECTIVAS (detallar todas las necesarias) y MEDIDAS COMPLEMENTARIAS (detallar todas las pertinentes).

Como Subsanación de los Daños y Perjuicios; el operador económico se debe comprometer a subsanar de ser el caso los daños, perjuicios o efectos que hayan producido, que produzcan o que puedan producir a la sociedad; para lo cual acepto la determinación de la subsanación económica que realice la Comisión de Resolución de Primera Instancia, en forma legal, técnica y motivada; conforme a la normativa técnica de la Superintendencia. Esto sin perjuicio de las acciones que podrán ejercer las personas naturales o jurídicas que tuvieren derecho, conforme a los artículos 25 y 71 de la LORCPM.

Los abogados patrocinadores deben litigar con lealtad procesal y actuarán con responsabilidad y lealtad procesal, en la sustanciación del expediente de propuesta de compromiso de cese.

En caso que el o los abogados comparezcan, solicitando por escrito un término para legitimar su intervención, la Comisión de Resolución de Primera Instancia concederá tres (3) días para tal legitimación, bajo prevenciones legales.

Defensor y notificaciones se deberá designar defensor a un abogado, así como la casilla judicial y el correo electrónico donde el operador económico recibirá futuras notificaciones. Deben constar los nombres y la firma del representante legal a su apoderado.

### **3.4. Trámite para la admisión de los Compromisos de Cese.**

La propuesta una vez ingresada a la Secretaría General de la SCPM, y esta será remitida a la Comisión de Resolución de Primera Instancia, el presidente en el término de tres días aperturará el expediente respectivo.

El operador económico deberá reconocer firma y rúbrica en la fecha, día y hora señalado por la Comisión de Resolución de Primera Instancia y se dará inicio a la sustanciación.

La Comisión de Resolución de Primera Instancia, avocará conocimiento en el término de tres días y calificará el contenido de la misma de forma motivada y fundamentada. Si la propuesta no cumple los requisitos establecidos se otorgará al operador económico el término de cinco días para que la complete. En caso de incumplimiento se rechazará la propuesta.

De ser necesario dispondrá la suspensión del expediente principal de investigación y sustanciación hasta por un término de 45 días hasta que se resuelva la petición de compromiso de cese.

Notificará a las partes para que presenten sus alegaciones en el plazo de quince días de conformidad con el artículo 115 del Reglamento de Aplicación de la LORCPM.

Dispondrá que la Intendencia respectiva proceda a elaborar un informe técnico sobre la propuesta de compromiso de cese dentro del término máximo de quince días.

El informe presentado por la Intendencia deberá contener lo siguiente:

- Deberá ser dirigido al Presidente de la Comisión de Resolución de Primera Instancia.
- Fecha de la emisión del informe
- Introducción
- La identificación de la propuesta de compromiso de cese y su alcance
- La identificación de las partes que resulten obligadas por la propuesta de compromiso de cese.
- Antecedentes resumidos, preciso y concretos del proceso
- Fundamentos Técnicos y legales.
- La recomendación sobre la propuesta de compromiso de cese; esto es que se acepte , modifique o rechace si recomienda la aceptación o modificación deberá pronunciarse sobre:
  - ✓ Las medidas correctivas
  - ✓ Las medidas complementarias
  - ✓ Los plazos de cumplimiento
  - ✓ El régimen de vigilancia de cumplimiento de los compromisos
  - ✓ Propuesta de subsanación
- Importe de subsanación
- Especificar si existieron reuniones de trabajo.
- Otras consideraciones (se acepta, se modifica o se rechaza)
- Conclusiones y recomendaciones
- Firma del Intendente

El informe técnico emitido por la Intendencia no será vinculante por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, debiendo analizarlo y en caso de ser procedente solicitar su ampliación o modificación.

Dentro del término de tres días de recibido el Informe técnico de la Intendencia, la Comisión de Resolución de Primera Instancia correrá traslado al operador económico para que presente las observaciones que considere necesarias a dicho informe en el término de tres días.

La Comisión de Resolución de Primera Instancia expedirá la resolución dentro del término legal la cual contendrá lo siguiente:

- (i) Destinatario de la resolución
- (ii) Origen de la petición.
- (iii) La identificación de las partes que resulten obligados por los compromisos de cese.
- (iv) Antecedentes del procedimiento en forma resumida, precisa y concreta.
- (v) Fundamentos técnicos y legales.
- (vi) Consideraciones o análisis de las causas y efectos de la propuesta de compromiso de cese.
- (vii) Estructura de la parte resolutive:
  - 1.- Aceptar, desestimar o modificar la propuesta de compromiso de cese,
  - 2.- La subsanación económica o su exoneración, siguiendo la guía prevista en este Instructivo.
  - 3.- Las medidas correctivas.
  - 4.- Las medidas complementarias.
  - 5.- Los plazos de cumplimiento.
  - 6.- El régimen de vigilancia de cumplimiento de los compromisos.
  - 7.- Firma de los Comisionados.

Lo compromisos de cese tanto en la facultad de presentarlos por parte de los operadores económicos como en la potestad de aceptarlos, modificarlos o rechazarlos y/o desestimarlos por parte de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, están sometidos a lo dispuesto en la Constitución de la República del Ecuador, los tratados y convenios internacionales, la LORCPM, el Reglamento para

la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y las demás normas aplicables.

Los expedientes de las propuestas de compromisos de cese, son de carácter confidencial. A los cuales solo las partes procesales tendrán acceso y será asequible a terceros solamente en vía judicial, con excepción de los textos mismos de las propuestas de compromiso de cese aceptadas o desestimadas por la Comisión de Resolución de Primera Instancia en la Resolución respectiva.

El objeto de los compromisos de cese es alcanzar con agilidad la simplificación del procedimiento administrativo, mediante una propuesta de compromiso de cese libre y voluntario presentado por el operador económico, cuya conducta anticompetitiva sea susceptible de estos compromisos el artículo 90 de LORCPM manifiesta:

Para evaluar la solicitud de compromiso de cese, y en ejercicio de una facultad discrecional, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado tomará en consideración el cumplimiento concurrente de las siguientes condiciones:

1.- Que la totalidad o una parte de los operadores económicos investigados efectúe un reconocimiento de todos o algunos hechos de la denuncia o de los cargos imputados. Dicho reconocimiento debe resultar verosímil a la luz de los medios de prueba que obren en el expediente principal o que hayan sido aportados por las partes en el marco del procedimiento de aprobación del compromiso de cese:

2.- Que los operadores económicos investigados ofrezcan medidas correctivas que permitan verificar el cese de la práctica anticompetitiva denunciada y que garanticen que no serán reincidentes. Adicionalmente, podrán ofrecerse medidas complementarias que evidencien el propósito de enmienda de los infractores. (Ecuador, Asamblea Nacional, 2011)

En la parte práctica la propuesta del compromiso de cese debe ser plasmada por escrito, presentada en la Secretaría General de la SCPM y dirigida a la Comisión de Resolución de Primera Instancia que es la dependencia encargada de su final aprobación.

### **3.5. Trámite para la aprobación de los Compromisos de Cese.**

- (i) Una vez que el compromiso de cese sea presentado ante la Comisión de Resolución de Primera Instancia con todos los requisitos contemplados en la ley.

- (ii) Se deberá por parte del representante legal reconocer firma y rúbrica.
- (iii) Mediante providencia se lo admitirá al trámite que tendrá el término de 45 días.
- (iv) Se solicitará el Informe a la Intendencia respectiva para lo cual se le concede el término de 15 días que podrán ser ampliados a petición del órgano sustanciador debidamente justificado.
- (v) Una vez que haya sido presentado el informe si el mismo contiene la recomendación de modificar la propuesta de compromiso de cese, se le correrá traslado al operador económico a través de providencia a fin de que presente la propuesta de compromiso de cese modificada concediéndole el término de hasta 15 días.
- (vi) Si el operador económico presenta la propuesta de compromiso de cese modificada, la Comisión de Resolución de Primera Instancia, mediante providencia solicita a la Intendencia respectiva que se pronuncia mediante informe de la propuesta de compromiso de cese, dicho informe deberá contener los mismos requisitos que el Informe inicial, tomando en cuenta obviamente las modificaciones, por lo general se le concede el término de 5 días que podrán ser ampliados sujeto a la necesidad del requerimiento de la Intendencia.
- (vii) Una vez que se reciba el Informe de la Intendencia sobre la propuesta de compromiso de cese modificada y si en sus recomendaciones está la de aceptar el compromiso de cese, mediante resolución la Comisión de Resolución de Primera Instancia, acepta el compromiso de cese y se convocará a una rueda de prensa dando a conocer la suscripción y aceptación del compromiso.

### **3.6. Publicidad de la Resolución de la Aceptación de los Compromisos de Cese.**

Luego de suscribirse la resolución de compromiso de cese se notificará al solicitante en el correo electrónico o casilla judicial fijada para el efecto. Adicionalmente, en el texto de la resolución se señalará día y hora para que comparezca el operador económico a la Comisión de Resolución de Primera Instancia, a quien se le

entregará una copia certificada de la resolución y se cumplirá con lo dispuesto en el artículo 3 de la resolución SCPM-DS-079-2014 del 10 de diciembre del 2014.

La Intendencia correspondiente realizará el seguimiento del cumplimiento de las medidas correctivas y/o complementarias, debiendo establecer la modalidad, tiempo y demás requisitos de este seguimiento e informará a la Comisión de Resolución de Primera Instancia. El operador económico asumirá los costos relacionados al seguimiento por parte de la Intendencia correspondiente.

Actualmente la Comisión de Resolución de Primera Instancia, convoca a rueda de prensa para así comunicar al público en general de la suscripción y aceptación del compromiso de cese.



## **Conclusión**

Sobre la base de lo tratado, se puede concluir que de persistir el criterio que mantiene la Comisión de Resolución de Primera Instancia, referente a la aceptación de los hechos más todas las conductas sujetas a investigación, por parte del operador o los operadores económicos, se podría caer en el doble juzgamiento, institución que se encuentra prohibida por nuestra Constitución. Es necesario que se deba establecer un procedimiento correcto para así concluir y archivar el procedimiento de investigación.

Esa es la disyuntiva que se presenta con los Compromisos de Cese y la condición de aceptar todas las conductas más no solamente los hechos que originaron la investigación, tal como dice la LORCPM, disyuntiva que a mi criterio personal si violenta el debido proceso y la seguridad jurídica del o de los operadores económicos involucrados.

### **Recomendación**

Como recomendación para la solución del problema planteado en la presente tesis, es presentar un criterio de consulta a la Corte Constitucional, cuyos miembros del pleno podrán analizar si el requerimiento de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, es pertinente referente a aceptar todas las conductas materia de la investigación, o basta únicamente con la aceptación de los hechos para poder aprobarse un compromiso de cese. Siendo este organismo el único que puede realizar la interpretación constitucional de las leyes y demás normativa que se encuentran vigentes en el Ecuador, este es el camino para prever que los compromisos de cese en algún momento determinado no se convierta en un doble juzgamiento por los mismos hechos al mismo operador económico, recordando que los mismos pueden generar varias conductas sujetas a investigación y a una posible sanción.

### **Posible consulta al Corte Constitucional**

Por ser la Corte Constitucional el único ente que puede interpretar las leyes y declarar la inconstitucionalidad de una ley o de un artículo, inclusive de un acto administrativo, ante este ente se deberá realizar la siguiente consulta constitucional, teniendo en cuenta el ejemplo anterior es pertinente solicitar la consulta en el siguiente sentido:

Quito, 26 de enero del 2018.

Señor Doctor

**PRESIDENTE**

**Corte Constitucional del Ecuador**

En su despacho.-

De mi consideración:

Mediante el presente, me permito formularle la siguiente consulta jurídica, contenida en los siguientes términos:

1. El señor Doctor Presidente de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, mediante memorando Nro. de 11 de enero del 2018, solicitó a la Coordinación Jurídica, emita un criterio jurídico en los siguiente términos:

“Respecto de la aceptación de los compromisos de cese, siempre y cuando estas acepten la totalidad de las conductas investigadas dentro de las investigaciones más los hechos que derivaron a estas conductas, o automáticamente al reconocer los hechos se debería subsumir en las demás conductas, en virtud de que las conductas son una derivación de la hechos que habría realizado el operador”.

2. El señor Coordinador General de Asesoría Jurídica, mediante memorando Nro. de 20 de enero de 2018, realiza un análisis jurídico confrontado con el cual concluye: “Por lo expuesto, se evidencia la existencia de una duda sobre el procedimiento para la aceptación de los compromisos de cese respecto de que el operador económico reconozca los hechos y todas las conductas o sólo los hechos que generaron dichas conductas”, y sugiere hacer una Consulta.
3. Por lo antes expuesto, amprado en el Art. 428 de la Constitución de la República, solicito absolver la siguiente consulta:
  - a) ¿Es constitucional o violenta el principio del debido proceso el criterio institucional que mantiene la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, referente a los compromisos de cese cuando devienen de investigaciones que tienen dos o más conductas sujetas a control, y si dentro del contenido o propuesta de compromiso de cese el operador económico está aceptando directamente los hechos (tal cual refiere la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado), la CRPI podría exigir la aceptación de todas las conductas, cuando las mismas son el resultado de los hechos que ya fueron aceptadas?.
  - b) ¿Es doble sanción para el operador económico pagar por una parte el pago de importe de subsanación de daños y por otra parte el pago de una multa por los mismos hechos?.

Seguro de contar con su invaluable apoyo, le antelo mi agradecimiento, al tiempo que aprovecho la ocasión para desearle éxitos en su gestión.

Atentamente,

**Superintendente de Control del Poder de Mercado**

## Bibliografía

- España, Tribunal Supremo, Recurso 428/1996 (Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, Sección 4a 12 de Julio de 2001).
- España, Tribunal Supremo, Recurso 1908/2006 (Sala de lo Penal, Sección 1a 11 de Enero de 2007).
- Colombia, Sentencia C417/09, Expediente D-7483 (Corte Nacional de Justicia Colombiana 26 de Junio de 2009).
- Colombia, Sentencia C417/09, Expediente D-7483 (Corte Nacional de Justicia Colombiana 26 de Junio de 2009).
- Ecuador, Sentencia No. 012-14 SEP-CC, 0529-12-EP (Corte Constitucional del Ecuador 28 de Febrero de 2012).
- Ecuador, Sentencia No. 012-14 SEP-CC, No. 529-12-EP (Corte Constitucional 28 de Febrero de 2012).
- España, Sentencia del Tribunal Supremo, 2038/2012, antecedente de hecho núm. 2 (Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso 15 de Diciembre de 2014).
- España, Tribunal Supremo., 2038/2012 antecedente de hecho núm. 2 (Sala de lo Contencioso-Administrativo 15 de diciembre de 2014).
- Alvear, P. (2006). *Derecho de Corrección Económica: Defensa de la Competencia y Competencia Desleal*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Arribas, A. (2015). *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia: y a los procedimientos sobre organización y procedimientos de la Ley de Creación de la Comisión Nacional de los mercados y la competencia*. Madrid : Civitas.
- Cabanellas, G. (2005). *Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia*. Buenos Aires: Editorial Heliasta.
- Calloz, P., Manzarbeitia, J., & Roca, J. (2015). La Terminación Convencional en Procedimientos Sancionadores por Conductas restrictivas de la Competencia. *Revista cuatrimestral de las facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, 13-36.
- Castrejón García, G. E. (2012). Derecho Administrativo Internacional. *Revista Virtual de la UNAM*, 75-81.
- Chile, Congreso Nacional. (2000). *Código Procesal Penal*. Santiago: Diario Oficial Ley 19.696 publicado el 12 de octubre de 2000.
- Colombia, Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá, D.C.: Gaceta Constitucional Nro. 114 del 4 de julio de 1991.
- Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos. (7 al 22 de Noviembre de 1969). *Convención Interamericana sobre Derechos Humanos Pacto de San José de Costa Rica*.

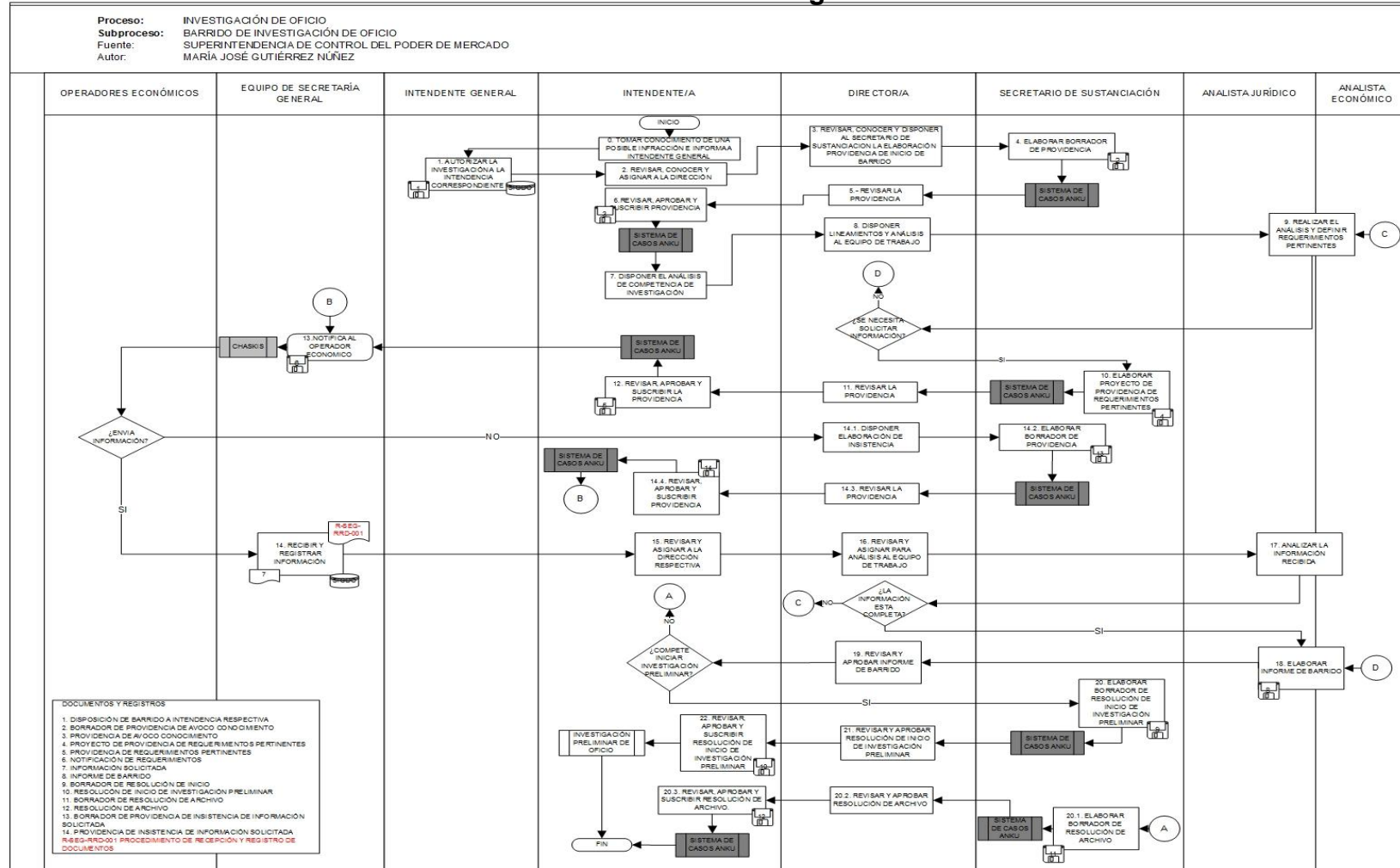
Recuperado el 22 de Noviembre de 2017, de Convención Interamericana sobre Derechos Humanos: <https://www.oas.org/es/cidh/docs/enlaces/conferencia%20interamericana.pdf>

- Díez Estella, F. (2015). *La Terminación Convencional en el Derecho de la Competencia*. Villanueva: Centro Universitario Villanueva.
- Díez Estella, F. (2015). La Terminación Convencional en el Derecho de la Competencia, UNA SOLUCION ADECUADA A UN PROCEDIMIENTO SANCIONADOR. *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, 13-36.
- Ecuador, Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Registro Oficial N° 449 del 20 de octubre de 2008.
- Ecuador, Asamblea Nacional. (2011). *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*. Quito: Registro Oficial N° 555 del 13 de octubre de 2011.
- Ecuador, Presidencia de la República . (2011). *Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*. Quito: Registro Oficial N° 697 del 7 de mayo de 2011. Modificada 1 de junio de 2015.
- Ecuador, Superintendencia de Control del Poder de Mercado. (2015). *Resolución SCPM-DS-079-2014*. Quito: Registro Oficial Nro. 515.
- Ecuador, Superintendencia de Control del Poder de Mercado. (7 de Abril de 2017). *Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado SCPM-DS-012-2017*. Recuperado el 20 de Octubre de 2017, de Registro oficial Edición Especial No. 998: <https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial-web/publicaciones/ediciones-especiales/item/9066-edici%C3%B3n-especial-no-998.html>
- España Ministerio de Hacienda y Función Pública. (s.f.). *I.A.8. Comunicación de CNC sobre la terminación de expedientes sancionadores*. Recuperado el 23 de octubre de 2017, de [http://www.minhAFP.gob.es/Documentacion/Publico/SGT/LEYES/DEFENSA\\_COMPETENCIA/IA8\\_terminaci%C3%B3n\\_%20convencional.htm](http://www.minhAFP.gob.es/Documentacion/Publico/SGT/LEYES/DEFENSA_COMPETENCIA/IA8_terminaci%C3%B3n_%20convencional.htm)
- España, Congreso Español. (3 de Julio de 2007). *Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia*. Recuperado el 1 de Diciembre de 2017, de Boletín Oficial del Estado: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-12946>
- Estados Unidos, Delegados de la Convención de Filadelfia. (1788). *Constitución de los Estados Unidos*. Pensilvania: Archivos Nacionales, Washington D. C. de 21 de junio de 1788.
- México, Congreso Constituyente. (5 de Febrero de 1917). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Ciudad de México: Diario Oficial de la Federación, Nro. 30, 4ta Época, 5 de febrero de 1917.
- Perú, Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (s.f.). *Anteproyecto de la Ley que refuerza el sistema de promoción y defensa de la libre competencia*. Recuperado el 10 de octubre de 2017, de [https://hiperderecho.org/wp-content/uploads/2015/09/RES119\\_PREVIA\\_CLC\\_1034.pdf](https://hiperderecho.org/wp-content/uploads/2015/09/RES119_PREVIA_CLC_1034.pdf)

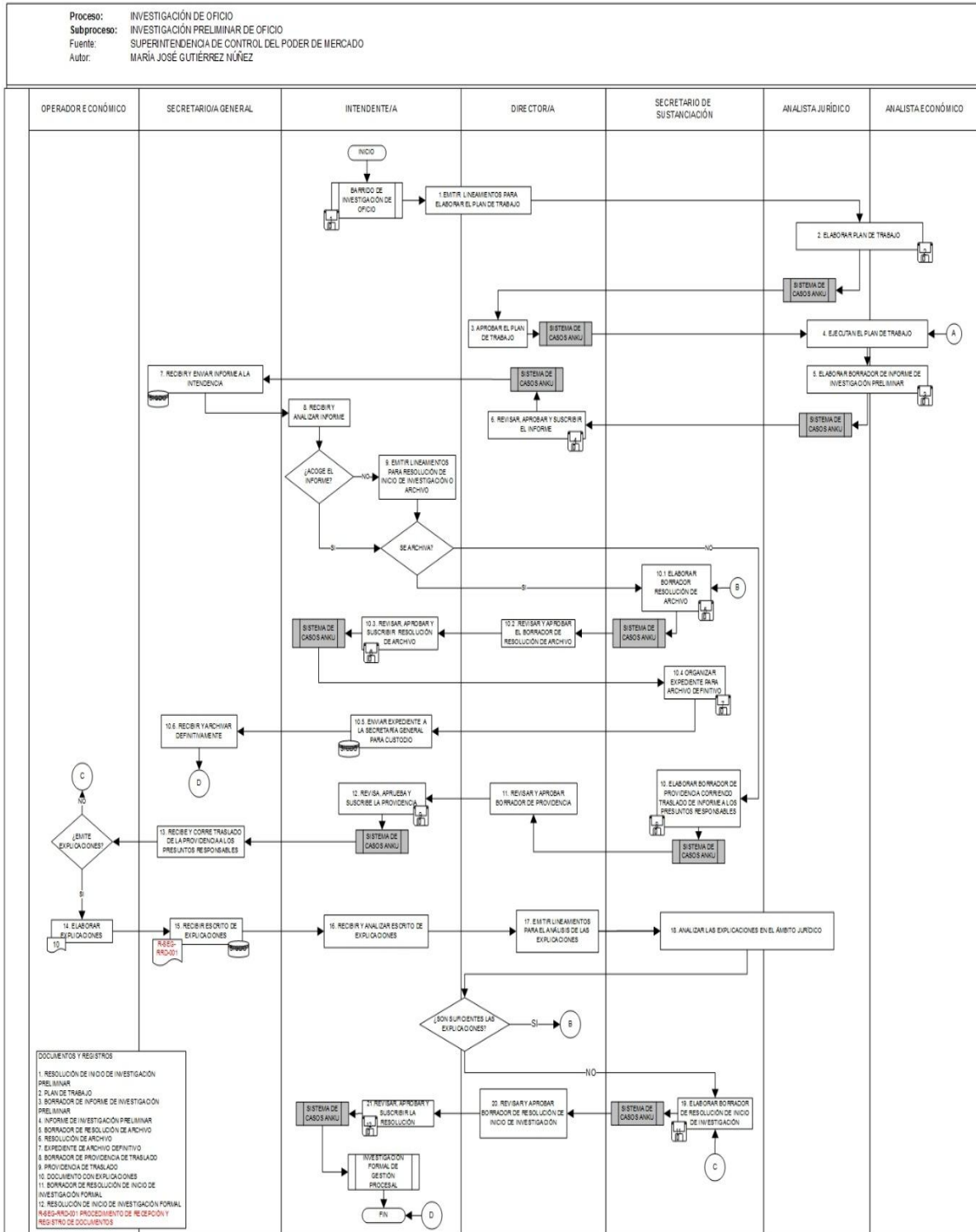
- Perú, Congreso Constituyente Democrático. (1993). *Constitución Política del Perú*. Lima: Diario Oficial El Peruano, 29 de diciembre de 1993.
- Perú, Congreso de la República. (7 de noviembre de 1991). *Decreto Legislativo contra las prácticas antimonopólicas controlistas y restrictivas de la libre competencia. Decreto Legislativo 701*. Recuperado el 8 de diciembre de 2017, de Diario oficial El Peruano:  
<https://www.indecopi.gob.pe/documents/51771/196578/dl701.pdf/e179e02c-be5e-4bc4-acf6-a3d2f721e7bb>
- Perú, Congreso de la República. (1 de abril de 2005). *Ley Sobre la Facultades de las comisiones y oficinas del INDECOPI, Decreto Legislativo Nro. 807*. Recuperado el 18 de Diciembre de 2017, de Diario oficial El Peruano:  
<https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/143803/dl807.pdf>
- Perú, Congreso de la República. (20 de diciembre de 2007). *Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas*. Recuperado el 15 de Diciembre de 2017, de Decreto Legislativo No.1034:  
<https://www.indecopi.gob.pe/documents/51771/196578/dl1034.pdf/66c0472e-46de-4eb3-b872-7369c5279583>
- Perú, Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. (1 de Abril de 2005). *Informe No. 005-2005-Indecopi/ST-CLC*. Recuperado el 15 de Noviembre de 2017, de <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/143803/Inf005-2005.pdf>
- Perú, Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (2017). *Guía del Programa de Clemencia*. Lima: Diario Oficial El Peruano.
- Rodríguez Paniagua, J. (1987). Derecho Constitucional y Derechos Humanos en la Revolución Norteamericana y en la Francesa. *Revista Española de Derecho Constitucional No. 19*, 53-74.
- Stucchi López, R. P. (2008). El nuevo diseño de control de conductas para la defensa de la libre competencia: apuntes sobre el Decreto Legislativo 1034- Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. *Revista de Derecho*, 56.

# ANEXOS

## Anexo 1: Barrido de Investigación de Oficio

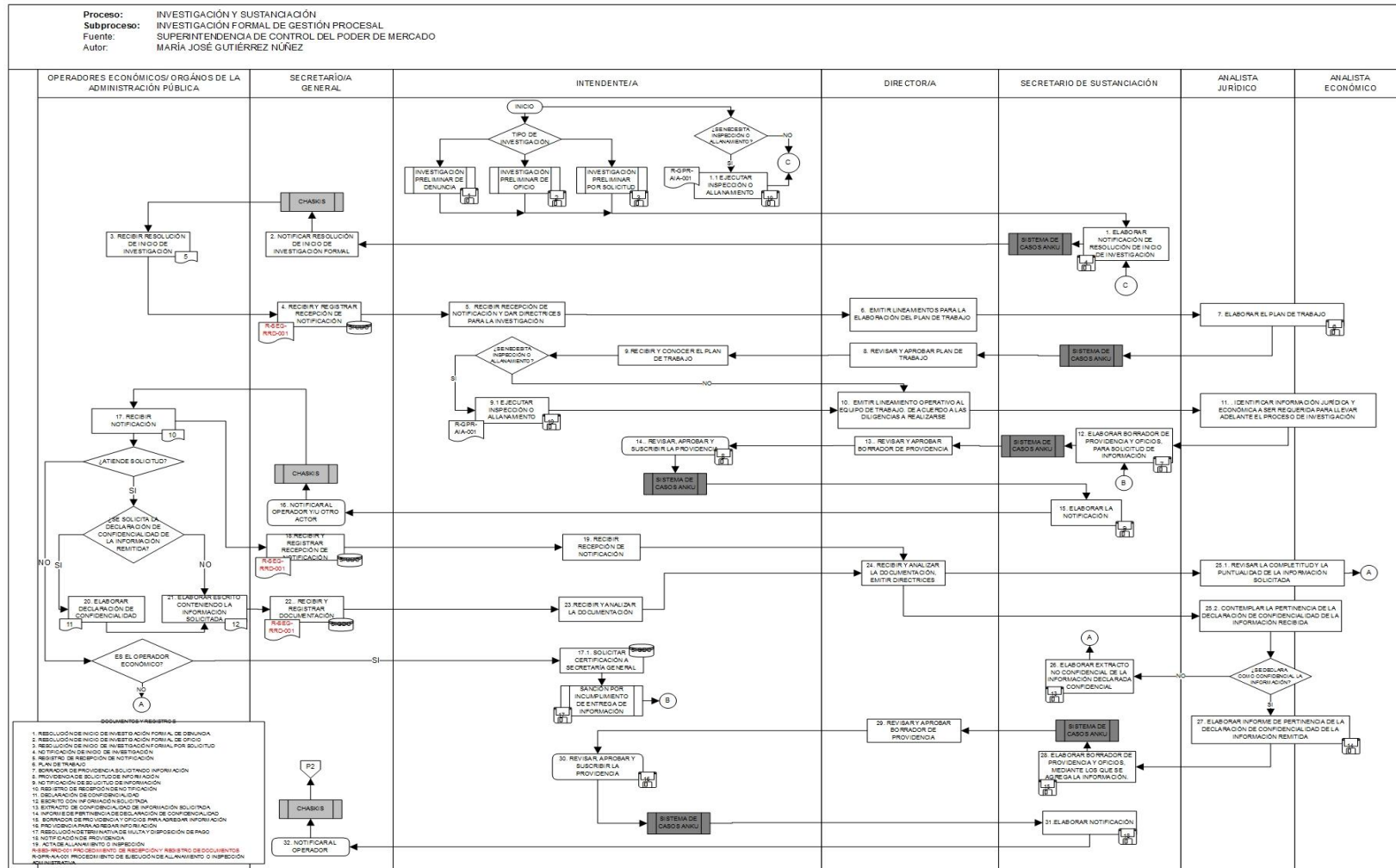


## Anexo 2. Investigación Preliminar de Oficio

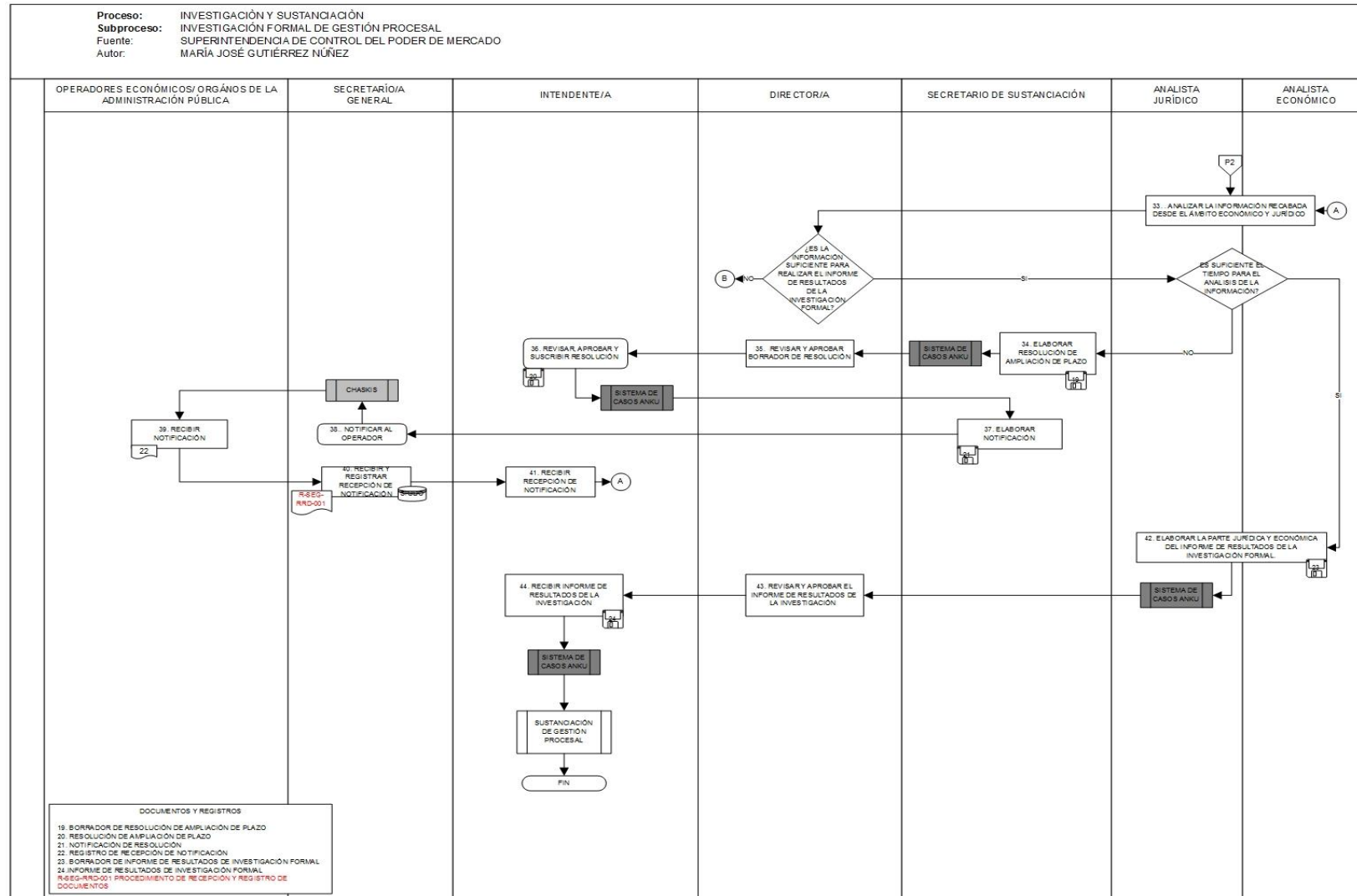




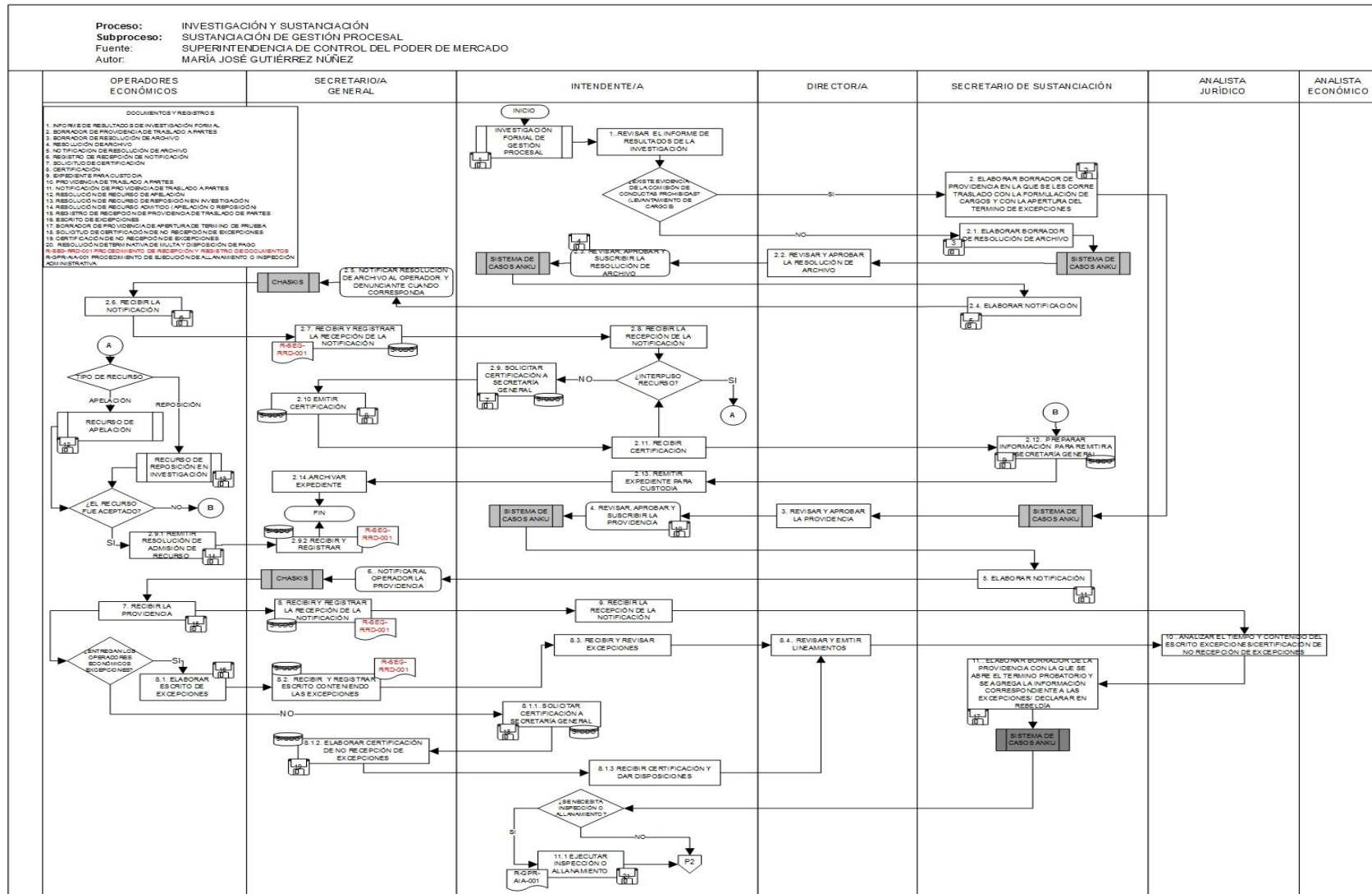
### Anexo 3. Investigación Formal de Gestión Procesal



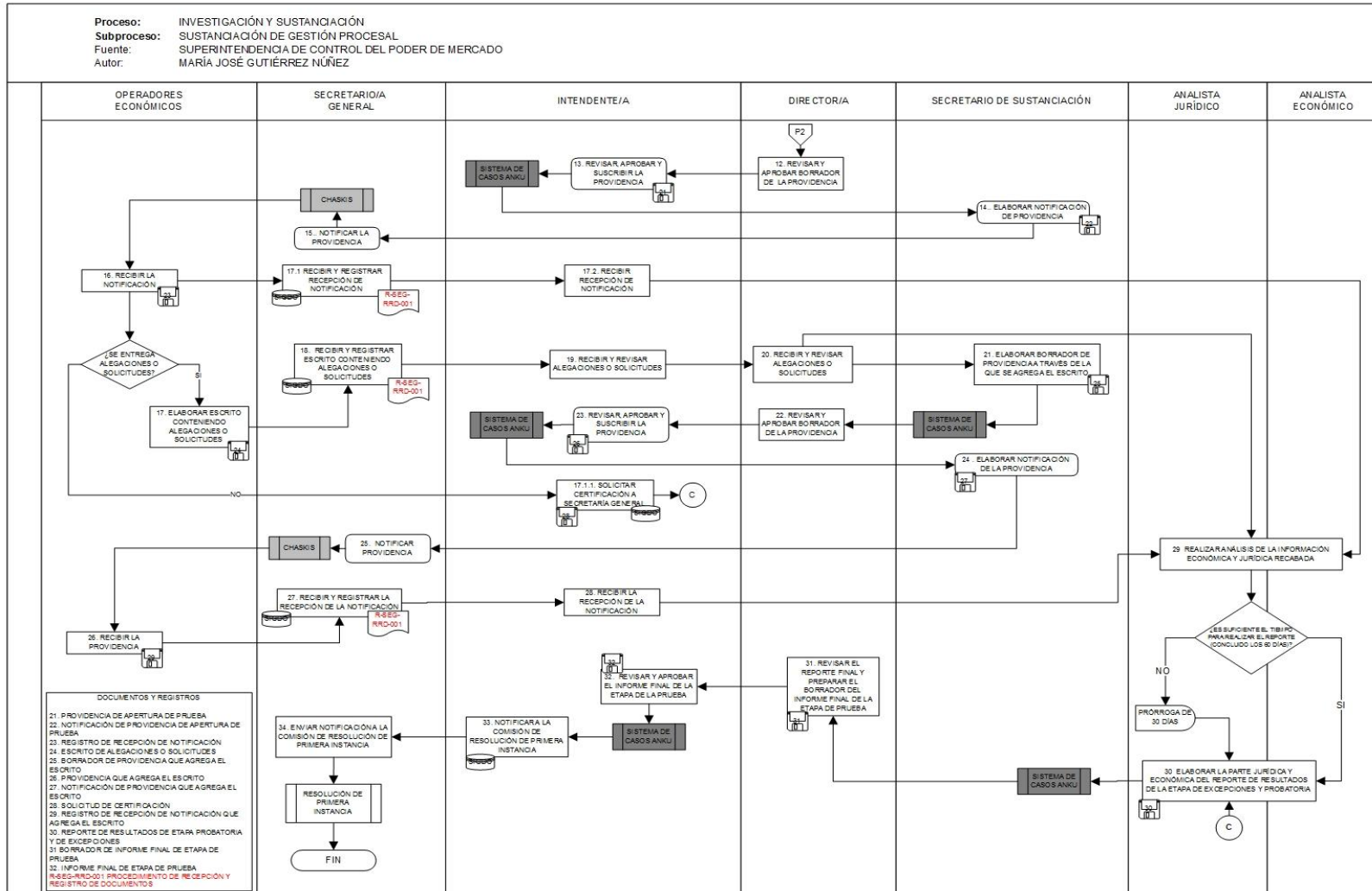
### Anexo 4: Investigación Formal de Gestión Procesal



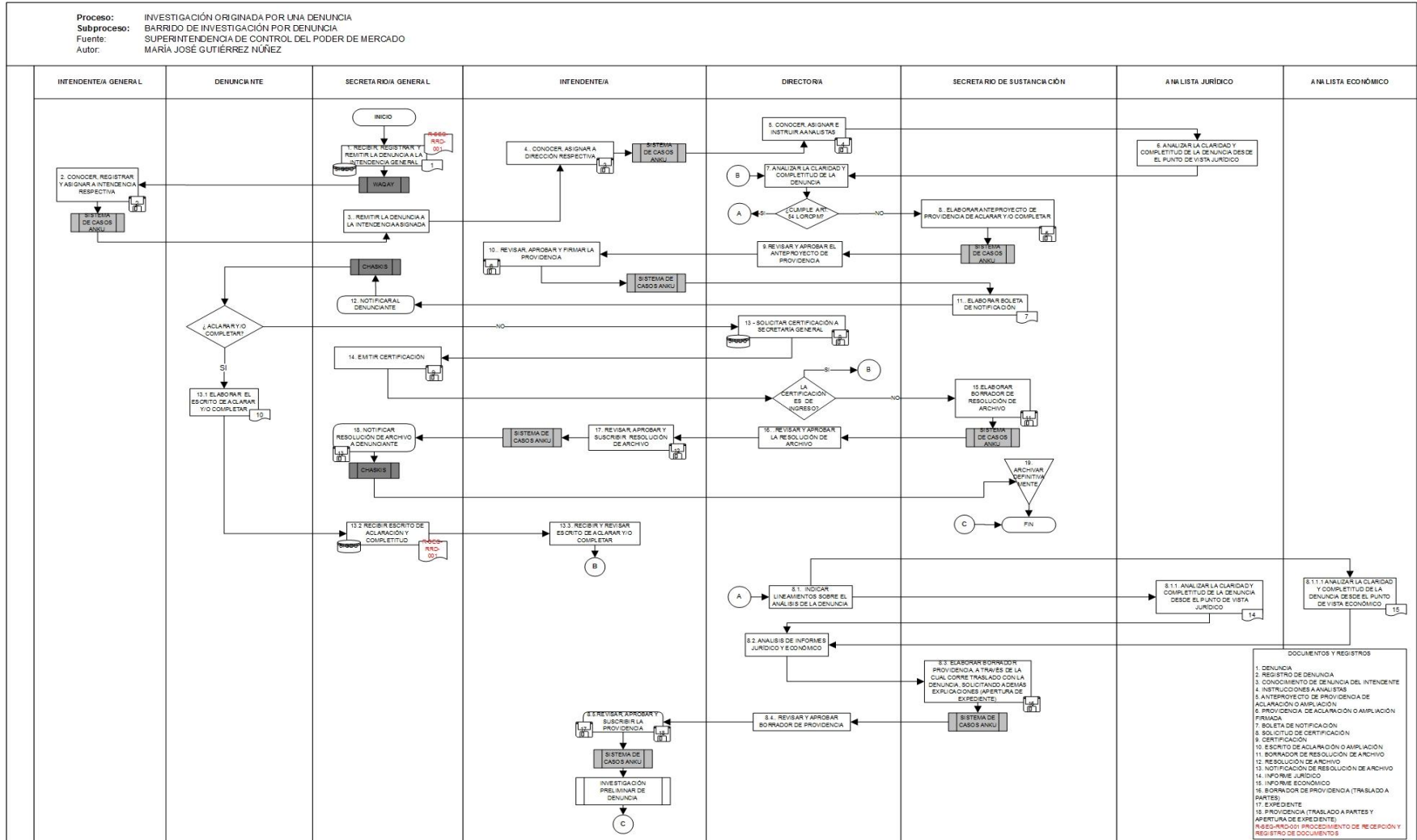
### Anexo 5: Sustanciación de Gestión Procesal



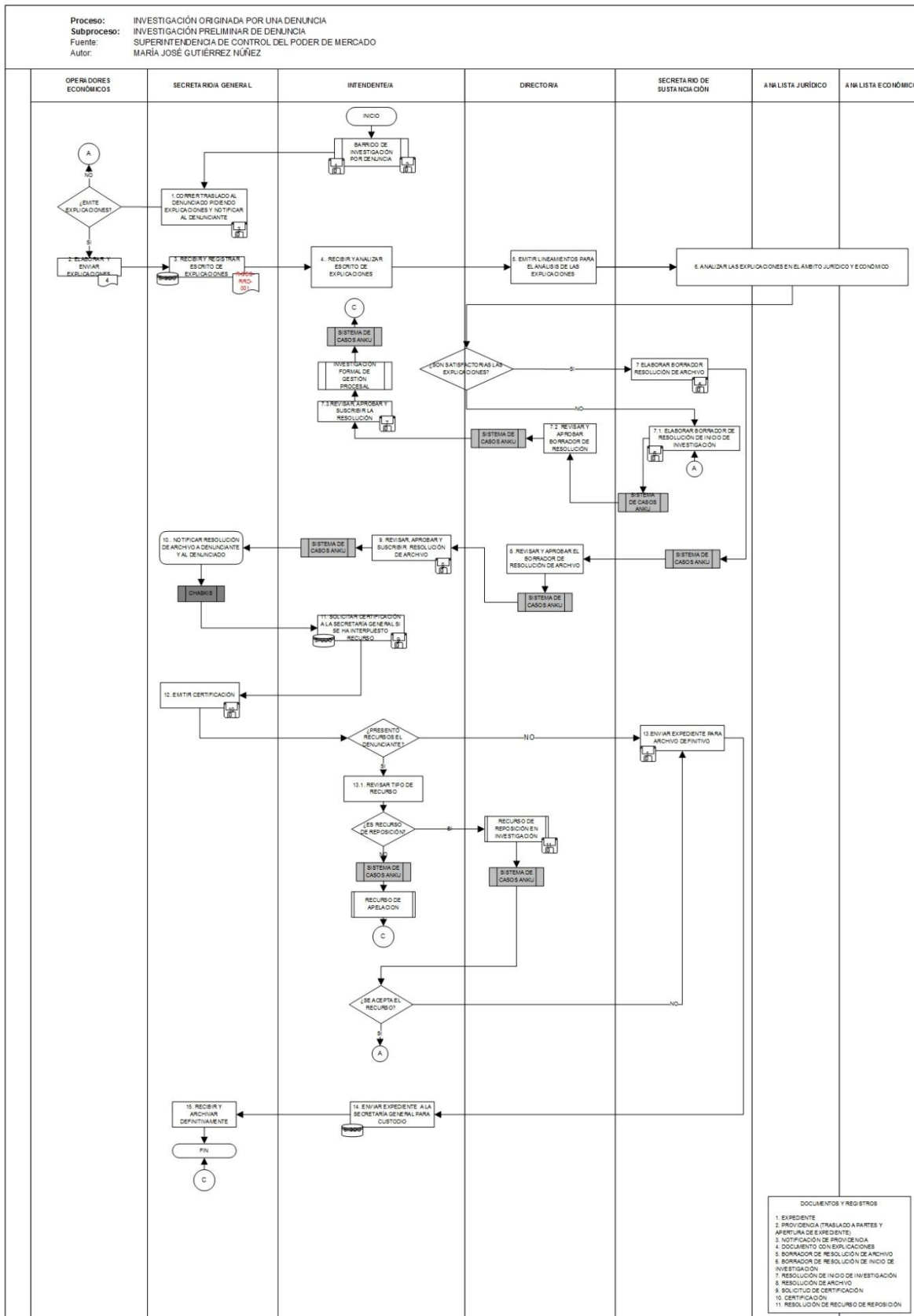
### Anexo 6: Sustanciación de Gestión Procesal



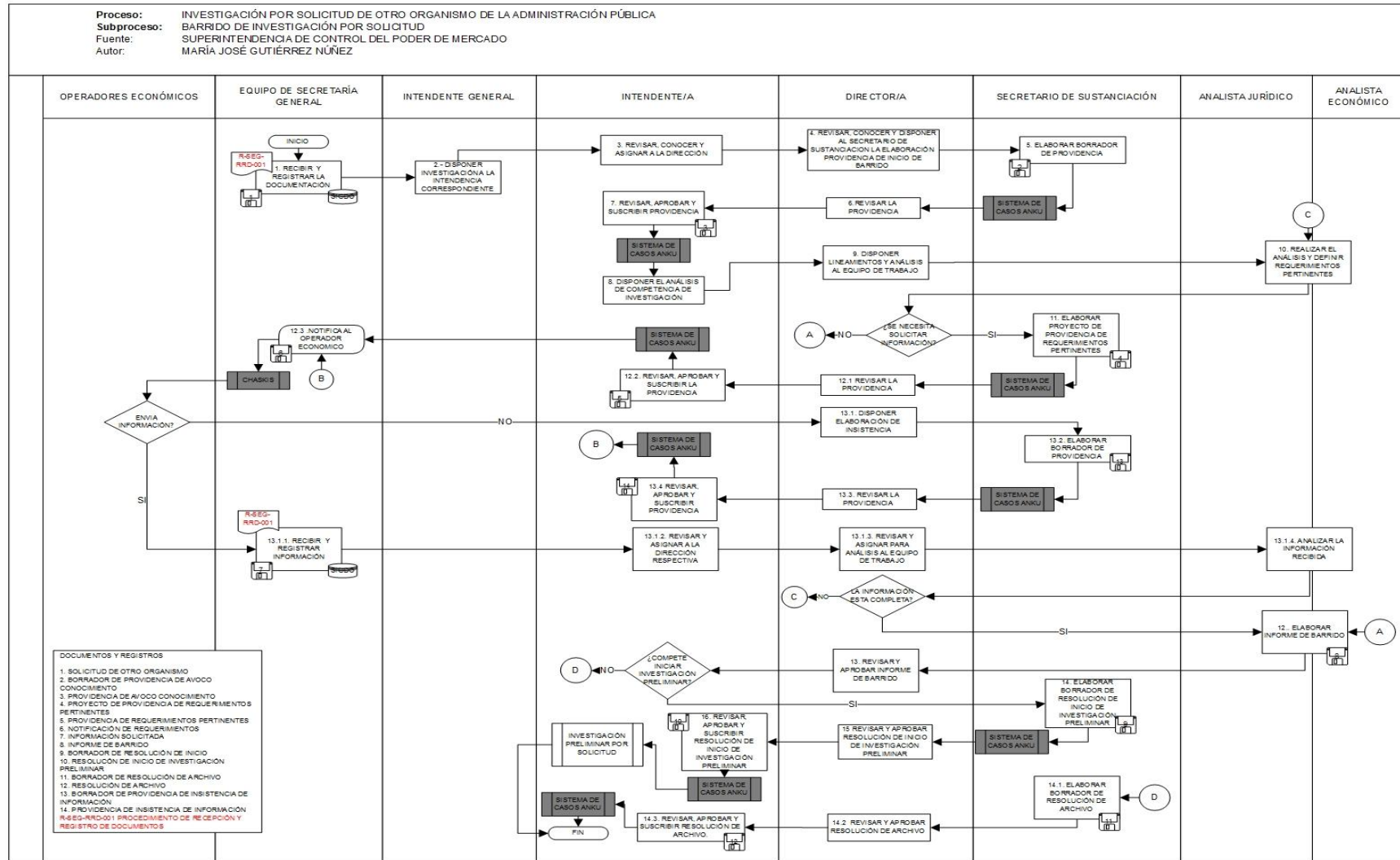
### Anexo 7: Barrido de Investigación por Denuncia



## Anexo 8: Investigación Preliminar de Denuncias



## Anexo 9: Barrido de Investigación por Solicitud de la Administración Pública



### Anexo 10: Investigación Preliminar por Solicitud de la Administración Pública

