

Unclassified

Spanish - Or. English

7 September 2026

**DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS
COMPETITION COMMITTEE**

Latin American and Caribbean Competition Forum

FOROLATINOAMERICANO Y DEL CARIBE DE COMPETENCIA - Sesión III: Resolución anticipada de casos de carteles en América Latina y el Caribe

- Contribución de Ecuador -

14 y 15 de octubre de 2026

Se hace circular el documento adjunto elaborado por Ecuador PARA SU DEBATE en la Sesión III del Foro Latinoamericano y Del Caribe de Competencia que se llevará a cabo los días 14 y 15 de octubre de 2026, en Buenos Aires, Argentina.

Sr. Pablo Ramírez Ayala (PabloEmmanuel.RamirezAyala@oecd.org).

JT03591988

Sesión III: Resolución anticipada de casos de carteles en América Latina y el Caribe

– Contribución de Ecuador –*

Queda expresamente prohibida la reproducción, distribución, difusión o utilización, total o parcial, del contenido del presente artículo, por cualquier medio o procedimiento, sin la previa autorización expresa y formal de su autor. Todos los derechos reservados.

1. Introducción

1. Los compromisos de cese son una herramienta efectiva, para conductas anticompetitivas que no revistan de alta nocividad para el mercado, así como restablecer las condiciones competitivas, y por el contrario no deberían ser aplicadas para aquellas conductas, como los cárteles cuya sanción es imperiosa con el afán disuasivo que debe tener toda autoridad de competencia.

2. En Ecuador, esta figura no tiene una limitación conductual para su aplicación, es decir, puede ser activada para conductas de abuso de poder de mercado, conductas desleales, acuerdos y prácticas restrictivas. Sin embargo, queda a discreción de la autoridad de competencia, la factibilidad de la aceptación de esta figura de acuerdo a los hechos del caso, naturaleza y gravedad de la conducta, aceptación de hechos cometidos y la imposición de medidas tendientes a corregir la competencia.

3. La normativa secundaria que ampara el proceso de los compromisos de cese, ha ido evolucionando a lo largo de la existencia de la autoridad de competencia, con el objetivo de brindar seguridad jurídica para los operadores económicos interesados en ser beneficiados de esta figura; entre sus principales avances se encuentran la incorporación de reglas destinadas a garantizar la confidencialidad de la información presentada durante el procedimiento, evitar su utilización en perjuicio del operador económico dentro de investigaciones relacionadas con los mismos hechos, y establecer criterios objetivos para la determinación de los montos de subsanación asociados al compromiso de cese.

4. Finalmente, la autoridad de competencia ecuatoriana desde 2018, ha adoptado el criterio de no aceptar compromisos de cese en investigaciones relacionadas con acuerdos colusorios, considerando que los cárteles constituyen una de las conductas más nocivas para la competencia. En ese sentido, la Autoridad ha considerado que la aplicación de esta figura podría resultar incompatible con los objetivos de detección y sanción efectiva, conforme a los más altos estándares de la doctrina y jurisprudencia internacional.

2. Aproximación a los compromisos de cese y su aplicabilidad para conductas nocivas

5. Los compromisos de cese constituyen un mecanismo de terminación anticipada de procedimientos investigativos llevados a cabo por la autoridad de competencia, a través del cual la empresa investigada ofrece voluntariamente cesar la conducta, subsanar los daños, perjuicios o efectos que haya producido en el mercado, y ofrecer medidas correctivas;

* Contribución preparada por la Superintendencia de Competencia Económica de Ecuador.

siendo así estos compromisos son aceptados por la autoridad y se convierten en vinculantes para los solicitantes¹.

6. En línea de lo referido con anterioridad, el Reglamento No. 1/2003 emitido por el Consejo de la Unión Europea en su artículo 9², consagra este paraguas de aplicación de los compromisos de cese, ratificando que a través de ellos ya no existirían motivos para la intervención de la Comisión.

7. Ahora bien, cabe considerar que los compromisos de cese, no podrían ser aplicados para casos cuya implicancia en el mercado, sean lo suficientemente graves para que no pueda ser beneficiada de una aplicación de un compromiso; en este caso específico no serían aplicables para los cárteles, donde la imposición de multas es el eje central de la actividad de aplicación de la autoridad de competencia³.

8. En este sentido, cabe hacer referencia al caso Alrosa, que si bien es cierto, no atendía a una conducta de acuerdos y prácticas restrictivas, sino más bien a un abuso de posición dominante, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dejó por sentado ciertos criterios rectores que son importantes analizar al momento de valorar su aplicación en casos cuya afectación a la competencia sea nociva.

9. El Tribunal distinguió entre las decisiones sancionadoras y las decisiones de compromisos, señalando que estas últimas no tienen por objeto declarar una infracción ni imponer una sanción, sino resolver las preocupaciones de competencia identificadas por la autoridad; así como también que la Comisión, no está obligada a demostrar que el compromiso constituye la medida menos restrictiva posible, sino únicamente a verificar que sea adecuado para eliminar dichas preocupaciones⁴.

10. En línea con lo anterior, el caso Alrosa es relevante porque delimita el alcance del principio de proporcionalidad aplicable a la evaluación de los compromisos de cese. Conforme a esta sentencia, el análisis de la autoridad de competencia no consiste en ponderar la gravedad de la conducta investigada frente a los compromisos ofrecidos, sino en verificar que estos sean idóneos, suficientes y eficaces para eliminar las preocupaciones de competencia identificadas en la investigación.

3. La normativa Ecuatoriana de los compromisos de cese

11. En Ecuador los compromisos de cese se encuentran previstos en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado⁵ (en adelante LORCPM), Ley Orgánica de Regulación contra la Competencia Desleal, el Reglamento para la Aplicación de la Ley

¹ Comisión Europea. Antitrust: commitment decisions – frequently asked questions. 2013, pág.1.

² Consejo de la Unión Europea. Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado. Documento 32003R0001. Artículo 9.

³ Wouter P. J. Wils, “The Use of Settlements in Public Antitrust Enforcement: Objectives and Principles”. World Competition: Law and Economics Review, Vol. 31, No. 3 (2008), 7.

⁴ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso. C-441-/07P. ECLI: ECLI:EU:C:2010:377, apartado 40 y 41. 29 de junio de 2010.

⁵ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Registro Oficial 555 de 13 de octubre de 2011. Reformado en el Séptimo Suplemento del Registro Oficial Nro. 333 de 24 de julio de 2026.

Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado⁶, así como en el Instructivo para la gestión y ejecución de los compromisos de Cese⁷. Estos cuatro cuerpos legales, guardan armonía entre sí, y son el eje central de la aplicabilidad de esta figura jurídica en el derecho de competencia ecuatoriano.

12. La aplicación del compromiso es una atribución discrecional de la autoridad de competencia, que debe aplicarse de manera motivada y razonable, quien es la encargada de revisar la solicitud de compromiso de cese y de manera motivada decidir respecto de su aceptación o negación.

13. Desde una interpretación literal y sistemática, de la LORCPM en el caso de carteles, no existe disposición alguna que distinga y/o limite la aplicación de los compromisos de cese a investigaciones por abuso de poder de mercado, acuerdos y prácticas restrictivas, o incluso prácticas desleales de la competencia. La ley utiliza la expresión amplia “prácticas anticompetitivas”, sin distinción, por lo que jurídicamente la figura resulta aplicable para todos los tres escenarios conductuales.

3.1. La discrecionalidad en la aprobación de los compromisos de cese

14. El régimen de compromisos de cese previsto en la LORCPM presenta una particularidad en cuanto a su aprobación. El artículo 90 de la LORCPM establece expresamente que, para evaluar y resolver las solicitudes de compromiso de cese, la Superintendencia de Competencia Económica (en adelante SCE) ejercerá su facultad discrecional. De esta manera, el propio legislador reconoce que la decisión sobre la procedencia de la solicitud no constituye una potestad exclusivamente reglada, sino que corresponde a la autoridad administrativa valorar si la propuesta presentada por el operador económico resulta idónea para cumplir las finalidades previstas en la ley.

15. Esta previsión legal constituye una manifestación de la potestad discrecional de la administración. Al respecto, se trata de un supuesto de remisión legal, mediante el cual la norma incorpora otras disposiciones para completar el régimen jurídico aplicable al ejercicio de la potestad y de sus condiciones de ejercicio a una estimación administrativa, sólo que no realizada por vía normativa general, sino analíticamente, caso por caso, mediante una apreciación de circunstancias singulares, realizable a la vez que precede al proceso aplicativo⁸.

16. En el régimen de compromisos de cese, dicha discrecionalidad se manifiesta en la valoración que debe realizar la SCE respecto del contenido de la propuesta presentada por el operador económico. Si bien la ley establece los requisitos mínimos que debe contener la solicitud de compromiso de cese y los objetivos que ésta debe perseguir, no determina de manera exhaustiva cuándo una propuesta debe considerarse apta para cumplir tales objetivos. Corresponde, por tanto, a la autoridad administrativa apreciar las circunstancias particulares de cada caso para determinar si los compromisos ofrecidos son suficientes para poner fin a la conducta investigada, prevenir la producción de sus efectos o reparar aquellos ya ocasionados, según corresponda, y resolver sobre su aprobación. En ese contexto, la decisión de la autoridad constituye una manifestación de su potestad discrecional, pues

⁶ Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Registro Oficial No. 697 de 07 de mayo de 2012, reformado en el tercer suplemento del Registro Oficial No. 171 del 19 de octubre de 2022. Artículo 8.

⁷ Instructivo para la gestión y ejecución de los compromisos de Cese. Resolución No. SCPM-DS-2022-18. Registro Oficial No. 47 de 21 de abril de 2022.

⁸ García de Enterría, E., Fernández, T, R. Curso de Derecho Administrativo. (16.ª ed., Tomo. I). Thomson-Civitas, 2006, pág. 492.

debe optar entre distintas alternativas jurídicamente admisibles, siendo que la decisión discrecional es aquella que se toma entre dos o más soluciones, todas igualmente válidas para el Derecho.⁹

17. En este contexto, la doctrina distingue entre potestades regladas y potestades discrecionales de la Administración Pública. Las primeras son aquellas en las que el ordenamiento jurídico determina de manera previa el contenido de la actuación administrativa frente a un caso concreto¹⁰. En cambio, las potestades discrecionales confieren a la autoridad un margen de apreciación para elegir, entre diversas alternativas jurídicamente admisibles, aquella que resulte más adecuada para satisfacer el interés público y las finalidades previstas en la ley¹¹.

18. La potestad conferida por la LORCPM, en materia de compromisos de cese, combina potestades regladas y discrecionales. Los aspectos reglados están determinados por la propia LORCPM, que establece la oportunidad para presentar la solicitud, su contenido mínimo, el procedimiento para su evaluación y las consecuencias derivadas de su aprobación o incumplimiento. Por su parte, el margen discrecional, que otorga textualmente la propia norma, se manifiesta en la valoración que debe realizar la SCE respecto de la idoneidad, suficiencia y eficacia de los compromisos propuestos para alcanzar las finalidades previstas en la ley. En consecuencia, la discrecionalidad no recae sobre la posibilidad de aprobar libremente los compromisos de cese, sino sobre la apreciación técnica y jurídica de si la propuesta presentada satisface los presupuestos legales que justifican su aprobación.

19. No obstante, la discrecionalidad conferida por la LORCPM no constituye una potestad absoluta. Conforme al ordenamiento jurídico ecuatoriano, su ejercicio debe sujetarse al principio de juridicidad¹²; así como al principio de interdicción de la arbitrariedad¹³, de manera que toda decisión adoptada por la autoridad encuentre fundamento en el ordenamiento jurídico y responda a los fines para los cuales dicha potestad fue conferida.

20. Esta distinción también ha sido desarrollada por la Corte Constitucional del Ecuador. En la sentencia No. 0458-14-EP, el máximo órgano de control constitucional precisó que "la discrecionalidad no es arbitrariedad", puesto que ambos conceptos son antagónicos: mientras la arbitrariedad responde a la mera voluntad de la autoridad y se manifiesta cuando esta actúa por desviación o exceso de poder, la discrecionalidad encuentra respaldo, límites y fundamento en el propio ordenamiento jurídico.¹⁴

21. En el mismo sentido, la doctrina ha señalado que la discrecionalidad administrativa debe contener ciertos elementos para su validez, entre ellos destacan la existencia misma

⁹ Tron Petit, J. C. El control de la discrecionalidad administrativa en sede jurisdiccional. En Procedimiento y justicia administrativa en América Latina. Fundación Konrad Adenauer Stiftung e Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. 2009, pág. 416.

¹⁰ Agustín Gordillo. Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas. (1.ª ed., Tomo. I). Fundación de Derecho Administrativo. 2017. Capítulo 10, apartado 11.

¹¹ *Ibíd.*

¹² Código Orgánico Administrativo. Registro Oficial No. 31 de 07 de julio de 2017, reformado en la Edición Constitucional del Registro Oficial No. 149 del 13 de enero de 2026. Artículo 14.

¹³ Código Orgánico Administrativo. Registro Oficial No. 31 de 07 de julio de 2017, reformado en la Edición Constitucional del Registro Oficial No. 149 del 13 de enero de 2026. Artículo 18.

¹⁴ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 202-16-SEP-CC, Caso No. 0458-14-EP. Juez ponente: Alfredo Ruiz. 22 de junio de 2016, pág. 14.

de la potestad atribuida por la ley, su extensión, la competencia de la autoridad para ejercerla y la finalidad para la cual fue conferida.¹⁵

22. Por otro lado, como ya se manifestó, esta discrecionalidad no es absoluta, y por tal requiere de límites jurídicos para evitar la arbitrariedad, por cuanto en ningún momento se puede pensar actualmente que una porción de la actividad administrativa pueda estar fuera o por encima del orden jurídico.¹⁶ Entre tales límites, se identifica la razonabilidad, la finalidad pública, la buena fe y el principio de igualdad.¹⁷

23. Estos elementos doctrinarios, se encuentran plenamente vistos en los compromisos de cese del régimen ecuatoriano, ya que es la propia LORCPM que otorga esta potestad discrecional a la SCE, para la evaluación de la propuesta a fin de verificar si resulta idónea para cumplir las finalidades que la propia ley establece, que en este caso específico es proteger el bien jurídico, la competencia económica.

24. Aplicado al régimen de compromisos de cese, ello implica que la SCE no puede limitarse a afirmar que la propuesta presentada por el operador económico resulta suficiente o idónea para alcanzar las finalidades previstas en los artículos 89 y 90 de la LORCPM, sin cumplir con la debida motivación que lo avale.

25. En observancia del deber de motivación previsto en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, la autoridad debe exponer de manera objetiva las razones jurídicas y fácticas por las cuales considera que los compromisos ofrecidos satisfacen o no los presupuestos legales para su aprobación, permitiendo de esta forma el control administrativo y jurisdiccional posterior, de su decisión y garantizando que el ejercicio de la facultad discrecional prevista expresamente por la LORCPM se mantenga dentro de los límites del principio de juridicidad.

26. Dicho de otro modo, la discrecionalidad reconocida expresamente por la LORCPM no recae sobre la posibilidad de aprobar libremente los compromisos de cese, sino sobre la valoración de si la propuesta presentada por el operador económico resulta idónea para cumplir las finalidades previstas en la misma ley. Dicha valoración debe efectuarse dentro de los límites impuestos por el principio de juridicidad y encontrarse debidamente motivada, de modo que sea posible verificar que la decisión administrativa responde al ejercicio legítimo de una potestad discrecional y no a una actuación arbitraria.

3.2. Los requisitos y proceso de los compromisos de cese en Ecuador

3.2.1. Los requisitos

27. El compromiso de cese, a diferencia de su aplicación en otras jurisdicciones a nivel mundial, exige ciertos requisitos para que puedan ser aceptados, mismos que son acumulativos entre sí, es decir, si uno de ellos no se cumple, la autoridad de competencia dentro de su análisis negará la solicitud.

¹⁵ Eduardo García de Enterría. La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos). Revista de Administración Pública, 1962, pág. 38.

¹⁶ Agustín Gordillo. Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas. (1.ª ed., Tomo. I). Fundación de Derecho Administrativo. 2017. Capítulo X apartado 15.

¹⁷ Roberto Dromi. Tratado de Derecho Administrativo (1998), citado por Moreta, A. (2019), Procedimiento administrativo y sancionador en el COA. Ediciones Continente, 1998, pág. 6-9.

28. El primer requisito es que los operadores económicos sujetos de investigación, reconozcan todos o alguno de los hechos de los cuales han sufrido la imputación de cargos; este reconocimiento debe ser verosímil si se lo compara con los elementos de prueba que consten en el expediente¹⁸.

29. En la legislación ecuatoriana, el reconocimiento de los hechos guarda armonía con los estándares internacionales, como es el caso de la Unión Europea¹⁹, que asemeja su figura a los acuerdos transaccionales o settlements, para los casos de cárteles.

30. El reconocimiento de hechos exigido por la LORCPM introduce un elemento que puede guardar semejanza funcional con ciertos procedimientos transaccionales; sin embargo, no debe confundirse el compromiso de cese con un settlement²⁰ de cárteles. En este último, la resolución anticipada mantiene la declaración de infracción y la imposición de una multa, mientras que una decisión de compromisos responde a una lógica distinta de cierre del caso.

31. El proceso de transacción ampara el ejercicio efectivo del derecho de las partes a ser oídas sobre la veracidad y pertinencia de los hechos e imputaciones alegados por la autoridad de competencia, así como sobre la autenticidad e interpretación de los medios de prueba²¹.

32. El reconocimiento de los hechos, representa especial relevancia teniendo en consideración que, podrían existir casos de cárteles en los cuales no todos los implicados podrían aceptar la comisión de la conducta y/o someterse a un compromiso de cese.

33. Este requisito, permite a la autoridad ponderar por un lado si los hechos reconocidos guardan relación con las pruebas obrantes en el expediente, y poder llegar a la conclusión que es pertinente la suscripción de un compromiso, en aras de dar por finalizada una investigación, en beneficio de ambas partes²² (el investigador y el investigado).

34. En otro orden de ideas, el segundo requisito²³ es que los operadores económicos presenten ante la autoridad medidas correctivas, y que estas garanticen por un lado el cese de la conducta y por otra la no reincidencia, además que pueda ser factible la presentación de medidas complementarias.

35. Las medidas correctivas que el régimen de competencia ecuatoriano tiene vigentes, se encuentran previstas en el artículo 73 de la LORCPM, y pueden consistir en: i) cese de

¹⁸ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Registro Oficial 555 de 13 de octubre de 2011. Reformado en el Séptimo Suplemento del Registro Oficial Nro. 333 de 24 de julio de 2026. Artículo 90 numeral 1.

¹⁹ Unión Europea. Comunicación de la Comisión de sobre el desarrollo de los procedimientos de transacción con vistas a la adopción de decisiones con arreglo a los artículos 7 y 23 del Reglamento (CE) n o 1/2003 del Consejo en casos de cártel (Texto pertinente a efectos del EEE). 2008/C 167/01. 02 de julio de 2008.

²⁰ Es una forma de terminación convencional de expedientes sancionadores por una infracción de cártel en materia de defensa de la competencia que se plantea como una alternativa a la tramitación contradictoria que constituye el procedimiento ordinario. En este procedimiento, se ofrece a las partes la posibilidad de optar por reconocer su participación y su responsabilidad en un cártel y, a cambio, beneficiarse de una reducción de la multa.

²¹ María Luisa Tierno. El procedimiento de transacción comunitario para asuntos de cártel. Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución, núm. 1, Iustel, 2009. Pág. 373.

²² Wouter P. J. Wils, “The Use of Settlements in Public Antitrust Enforcement: Objectives and Principles”, World Competition: Law and Economics Review, Vol. 31, No. 3 (2008). 13-18.

²³ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Registro Oficial 555 de 13 de octubre de 2011. Reformado en el Séptimo Suplemento del Registro Oficial Nro. 333 de 24 de julio de 2026. Artículo 90 numeral 2.

la conducta; ii) realización de actividades o suscripción de contratos para restablecer el proceso competitivo; y, iii) inoponibilidad de cláusulas anticompetitivas²⁴.

36. Las medidas correctivas contempladas en la legislación ecuatoriana, en muchas ocasiones no son suficientes para cesar la conducta y/o garantizar la no reincidencia de los infractores, como se verá en líneas subsecuentes, a lo largo de la historia de la Superintendencia de Competencia Económica, las investigaciones de cárteles se han centrado en procesos de contratación pública.

37. Cabe hacer énfasis que, dentro de la legislación ecuatoriana los acuerdos colusorios en procesos de contratación pública, son conductas por objeto²⁵, las más nocivas para el derecho de competencia²⁶. En este sentido, cabe prestar especial atención que el cometimiento de estas prácticas en contratación pública, no permiten la liberación de recursos que podrían ser dirigidos para cubrir otras inminentes necesidades, y limitan la obtención de un mayor valor por el dinero público invertido²⁷.

38. Siendo así, no cabría un cese de una conducta; así como tampoco la inoponibilidad de cláusulas anticompetitivas, al menos en estos casos de colusión en contratación pública en específico, cabría como último apéndice y con el afán de evitar una reincidencia en una conducta, la medida correctiva de realizar actividades o contratos²⁸, pero no para restablecer el proceso competitivo sino para evitar una nueva comisión de conducta.

39. Ahora bien, las medidas complementarias, dentro del régimen de competencia ecuatoriano, no existe una norma que defina o limite la aplicabilidad de las mismas, lo cual queda a la discrecionalidad de la autoridad su autorización, dentro del planteamiento que realicen los operadores económicos, en su solicitud de compromiso de cese.

40. En síntesis, estos dos requisitos son los que el régimen de competencia ecuatoriano, exige a todo operador económico que, requiera beneficiarse de un compromiso de cese, es decir, es el paraguas normativo que permite su aplicabilidad.

3.2.2. *El procedimiento*

41. Ahora bien, el proceso de los compromisos de cese, permite hasta dos reuniones informativas previas a la presentación formal del compromiso entre la autoridad, y el operador requirente²⁹.

42. La oportunidad procesal que tienen los operadores para presentar una solicitud, es en cualquier etapa del procedimiento investigativo hasta antes de la emisión de la

²⁴ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Registro Oficial 555 de 13 de octubre de 2011. Reformado en el Séptimo Suplemento del Registro Oficial Nro. 333 de 24 de julio de 2026. Artículo 73.

²⁵ Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Registro Oficial No. 697 de 07 de mayo de 2012, reformado en el tercer suplemento del Registro Oficial No. 171 del 19 de octubre de 2022. Artículo 8.

²⁶ Comisión Europea. Comunicaciones Procedentes de las Instituciones, Órganos y Organismos de la Unión Europea. Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal. 2023/C 259/01). Apartados. 23, 24, 25, 26

²⁷ Superintendencia de Industria y Comercio. Radicado No. 19-250007. Resolución No. 36450 mayo de 2026. Pág. 10.

²⁸ La práctica de la Superintendencia de Competencia Económica, en compromisos de cese, frecuentaba el uso de declaraciones juramentadas, encaminadas a que los operadores que se sometían a un compromiso de cese, no vuelvan a cometer las conductas colusorias.

²⁹ Instructivo para la gestión y ejecución de los compromisos de Cese. Resolución No. SCPM-DS-2022-18. Registro Oficial No. 47 de 21 de abril de 2022. Artículo 3.

resolución por parte del órgano de resolución³⁰. Presentada la solicitud, el órgano de resolución, procede con la apertura de un expediente independiente, al cual solo tiene acceso el solicitante con el afán de garantizar la confidencialidad del mismo³¹, y verificar el cumplimiento de los requisitos analizados previamente; para determinar la continuación de la tramitología correspondiente.

43. En caso de que se encuentre completa la solicitud, se notifica la misma al resto de operadores investigados a fin de que, conforme el debido proceso y derecho a la defensa, puedan deducir las alegaciones que consideren pertinentes.^{32, 33}

44. Posteriormente al cumplimiento de esta fase procesal, el órgano de resolución, remite la solicitud y las alegaciones de los no solicitantes, al órgano de investigación a fin de que elabore un informe técnico y emita su pronunciamiento, respecto de la aceptación o negación del compromiso de cese; en este punto cabe considerar que este informe, que contiene el criterio del órgano de investigación, no es vinculante al momento de resolver^{34, 35}.

45. Finalmente, el órgano de resolución, en caso de emitir un pronunciamiento favorable a la solicitud, podrá dar por finalizada la investigación o la denuncia, misma que surtirá efectos únicamente sobre los hechos o conductas aceptadas por los operadores solicitantes³⁶. Así como dispondrá al área investigativa dar seguimiento al cumplimiento efectivo del compromiso y las medidas respectivas.

3.2.3. La subsanación

46. Hasta este punto, el procedimiento abarcaría la primera parte de los compromisos de cese, orientada a cesar la conducta y/o no reincidir en la misma; por lo que, el Instructivo también se encarga de establecer un capítulo específico orientado a la subsanación de los daños, perjuicios o efectos de las prácticas anticompetitivas, estableciendo una metodología para el cálculo del importe de subsanación³⁷. Existen dos fórmulas de cálculo, una para el reconocimiento de los hechos de la denuncia, y otra para el reconocimiento de los cargos formulados producto de la investigación.

47. La existencia de estas dos fórmulas, tiene su fundamento en que un proceso investigativo, producto de una denuncia es menor al tiempo que puede usar la unidad investigativa, en casos iniciados de oficio o a solicitud de otro órgano de la investigación³⁸.

³⁰ En Ecuador, el órgano de resolución, es la Comisión de Resolución de Primera Instancia, un órgano colegiado ad hoc de 5 comisionados, quienes deliberan y emiten las resoluciones motivadas.

³¹ Instructivo para la gestión y ejecución de los compromisos de Cese. Resolución No. SCPM-DS-2022-18. Registro Oficial No. 47 de 21 de abril de 2022. Artículo 6, 8.

³² Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Registro Oficial No. 697 de 07 de mayo de 2012, reformado en el tercer suplemento del Registro Oficial No. 171 del 19 de octubre de 2022. Artículo 115.

³³ Conforme el artículo 8 del Instructivo para la gestión y ejecución de los compromisos de Cese, es la única notificación que se realizará a quien no sea el solicitante.

³⁴ Es pertinente tener en consideración que de acuerdo a la discrecionalidad del órgano de resolución, puede suspender el cómputo de términos y plazos hasta por 120 días término.

³⁵ Sentencia del TJUE de 29 de junio de 2010, Asunto C-441/07P - Alrosa vs. Comisión, párrafo 95.

³⁶ Instructivo para la gestión y ejecución de los compromisos de Cese. Resolución No. SCPM-DS-2022-18. Registro Oficial No. 47 de 21 de abril de 2022. Artículo 8.

³⁷ Instructivo para la gestión y ejecución de los compromisos de Cese. Resolución No. SCPM-DS-2022-18. Registro Oficial No. 47 de 21 de abril de 2022. Artículo 12.

³⁸ En Ecuador existen tres formas de inicio de una investigación. i) por denuncia: dura 180 días plazo prorrogables 180 días adicionales, ii) de oficio; y, iii) a solicitud de otro órgano de la investigación, tiene una

Los parámetros usados para el cálculo de la subsanación, toman en cuenta tres variables: i) el tiempo transcurrido entre la investigación y la presentación de la solicitud; ii) el volumen de negocios del infractor en el mercado en el que se cometió la conducta; y, iii) la gravedad de la infracción que puede ser leve, grave y muy grave, para establecer el monto de subsanación.

48. Siendo así, los operadores solicitantes de la aplicación en su favor de un compromiso de cese, pueden verse beneficiados del pago de una subsanación económica que, puede ser muy inferior a una multa en caso de que la autoridad, acredite la comisión de una conducta de cártel.

49. En conclusión la normativa ecuatoriana, abarca por un lado el cese y/o reincidencia de la conducta, y el resarcimiento de los daños ocasionados producto de la práctica anticompetitiva. Cabe nuevamente señalar que, como se verificará en líneas subsecuentes, los compromisos de cese han dejado de ser aplicados para casos de cárteles entendiendo que los operadores involucrados, no deberían beneficiarse de esta figura, cuando cometen prácticas tan nocivas para la competencia. Desde esta óptica, la inadecuación de los compromisos de cese para cárteles no impide adoptar mecanismos alternativos que reconozcan la infracción, mantengan sanciones disuasorias y preserven los incentivos de la clemencia.

50. A manera de síntesis la normativa ecuatoriana, no contempla ninguna figura en la cual un operador económico, pueda beneficiarse de la figura del compromiso de cese, sin admitir los cargos o las conductas, y sin aceptar condiciones, por cuanto su solicitud sería rechazada, puesto que, son los dos requisitos indispensables para que opere la figura.

4. La evolución de normativa secundaria para compromisos de cese

51. La evolución secundaria para los compromisos de cese en Ecuador, se la puede dividir en tres etapas: i) Diseño inicial; ii) aplicación de descuentos e incentivos; y, iii) consolidación en 2022.

4.1. Diseño Inicial

52. En Ecuador la normativa secundaria para compromisos de cese ha ido en constante evolución, y data desde el 04 de diciembre de 2013, en el cual se expidió el “Manual de procedimientos para la aplicación de compromisos de cese”³⁹, mismo que abarcaba un procedimiento relativamente laxo de la forma y ante que órgano de la Superintendencia, debía presentarse una solicitud, así como el término para su resolución que era de 45 días, sin embargo no abarcaba temas importantes como es el monto de la subsanación.

53. Corrigiendo el vacío normativo referido preliminarmente, la autoridad de competencia el 09 de enero de 2014, emitió la “Guía para el cálculo del importe de subsanación de la propuesta de compromisos de cese”⁴⁰, en la misma se estandarizaron tres metodologías para el cálculo del importe de subsanación: i) sin haber sido notificado de una investigación; ii) habiendo sido notificado del inicio de una investigación; y, iii) sin

fase previa de 180 días término, y luego la fase investigativa de 180 días plazo prorrogables 180 días adicionales.

³⁹ Superintendencia de Competencia Económica. Resolución SCPM-DS-067 de 04 de diciembre de 2013.

⁴⁰ Superintendencia de Competencia Económica. Resolución SCPM-DS-003-2014 de 09 de enero de 2014.

haber sido notificado de una investigación, pero que se estuvieren desarrollando investigaciones paralelas en otro órgano de investigación.

54. Los escenarios 1 y 3, presentaban incongruencias con respecto al artículo 89 de la LORCPM⁴¹ (vigente a la época), y el artículo 114 del Reglamento⁴² (vigente a la época), en el sentido que, la norma jerárquicamente superior establece hasta ahora que, los compromisos de cese se presentan solo por los investigados, relacionados o denunciados.

55. En ese contexto, para que un operador económico, pueda considerarse investigado o denunciado, al menos debería existir un expediente investigativo ya en marcha, y al menos haberse requerido explicaciones a la denuncia, o abierto una investigación formalmente; por el contrario, estos dos escenarios planteaban un escenario *sui generis*, que un operador presente un compromiso de cese, sin tener investigación y cesar una conducta de la cual ni siquiera era investigado, contrariando las normas jerárquicamente superiores.

56. Estos escenarios eran tan discrepantes con la normativa que, dejaban a entrever incluso que los operadores podrían –de algún modo- enterarse de otras investigaciones en curso en su contra, y así plantear un compromiso de cese, esto violando la reserva y confidencialidad de las investigaciones.

57. Posteriormente se hicieron reformas al manual de compromisos de cese⁴³, para finalmente condensar en un solo cuerpo normativo tanto el manual como para la guía del cálculo de subsanación, en el primer “Instructivo para la gestión y ejecución de los compromisos de cese en la Superintendencia de Control del Poder de Mercado”⁴⁴, este cuerpo legal, por primera ocasión protege la confidencialidad de la información, otorga facultades de seguimiento a las áreas investigativas, y aborda la discrecionalidad administrativa que tiene la autoridad de competencia, para aceptar o rechazar un compromiso de cese. Sin embargo, no corrige los errores de los escenarios 1 y 3 para el cálculo de la subsanación, que se establecieron en el guía de inicios de 2014.

58. Con el paso del tiempo se emitió un nuevo cuerpo normativo⁴⁵, que tampoco corrige los escenarios 1 y 3 para la subsanación, y sin embargo habilita expresamente la posibilidad de presentar compromisos de cese, aun cuando no haya ninguna investigación⁴⁶, y concede la potestad a que sean los órganos investigativos que recién en ese momento abran un expediente y analicen, de ser el caso, la pertinencia del compromiso de cese, en apenas 15 días, lo cual continuaba vulnerando la ley y el reglamento de la época.

59. Cabe considerar en este punto que, esta reforma al menos entre líneas, asemejaba un poco el procedimiento de compromiso de cese, a uno de delación o clemencia, donde es el único en el que sí es posible, presentar una solicitud de delación sin tener abierta una investigación, por cuanto, este es el fin mismo de esta figura, lo contrario a lo que involucra un compromiso de cese.

⁴¹ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Registro Oficial No. 555 de 13 de octubre de 2011, artículo 89.

⁴² Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Registro Oficial No. 697 de 02 de mayo de 2012.

⁴³ Superintendencia de Competencia Económica. Resolución SCE-DS-006-2014 de 14 de enero de 2014.

⁴⁴ Superintendencia de Competencia Económica. Resolución SCPM-DS-062-2014 de 19 de septiembre de 2014.

⁴⁵ Superintendencia de Competencia Económica. Resolución SCPM-DS-029-2015 de 16 de abril de 2015.

⁴⁶ Ibid. Artículos 7 y 8.

4.2. Aplicación de descuentos e incentivos

60. Este cuerpo normativo, sufrió una reforma⁴⁷, que instauró como novedad una tabla de descuentos a la subsanación económica; -el primer operador en presentar 70%, el segundo 30%, y, el tercero 10%-; conforme el orden de presentación de los compromisos, y dentro de la fase de investigación preliminar.

61. Estos descuentos tenían dos problemáticas; la primera desde el punto de vista procesal, en la fase de investigación preliminar, aún no hay investigados puesto que, recién se están encontrando elementos conductuales para determinar si existe una conducta anticompetitiva, y determinar si es procedente abrir formalmente una investigación; es decir, la única manera que un operador presente un compromiso de cese en esta fase, era absolutamente imposible; y la segunda problemática, guarda relación con la disuasión que debe tener una autoridad de competencia, al menos para cárteles la sanción debe ser imperiosa, por lo que, aparte de no declarar infractor a un cartelista, otorgarle más descuentos significaba favorecer al infractor.

62. A finales de 2015, se emitió un nuevo instructivo⁴⁸, que mantiene la figura de los compromisos de cese, para casos aún no iniciados, pero que corrige el yerro de aceptarlos durante la investigación preliminar, y además reduce los porcentajes de descuento -el primer operador en presentar 50%, el segundo 15%, y, el tercero 5%.

63. Este instructivo, tuvo una nueva reforma⁴⁹, en la cual se crearon específicamente escenarios de cálculo de subsanación para cada infracción sea leve, grave o muy grave; y también para el momento de presentación de los compromisos, que contemplan escenarios para presentaciones en fases de barrido, preliminar, investigación, resolución⁵⁰. Es decir, con esta reforma no solo que no se solucionaron los problemas de los escenarios 1 y 3 creados en 2014, sino que se añadieron otros que causaron más inseguridad jurídica.

4.3. Consolidación normativa de 2022

64. Finalmente en 2022, se expide el instructivo vigente hasta la época⁵¹, que instaura la posibilidad de que se susciten reuniones previas entre la autoridad y el solicitante, se salvaguarda la confidencialidad de la información en caso de ser necesario, y se prohíbe el uso de la información presentada en la solicitud dentro de un expediente investigativo. A su vez corrige los errores, respecto al momento en que debe presentarse un compromiso de cese, haciendo que guarde armonía con la ley y su reglamento, para estandarizar que el momento de presentación solo puede darse con expediente abierto y hasta antes de la resolución de determinación de infracción.

65. Finalmente, elimina la tabla de descuentos por orden de presentación de la solicitud de compromisos de cese, que al menos para el caso de cárteles no guardaba armonía con la naturaleza de la conducta y la nocividad de la misma.

⁴⁷ Superintendencia de Competencia Económica. Resolución SCPM-DS-033-2015 de 20 de mayo de 2015.

⁴⁸ Superintendencia de Competencia Económica. Resolución SCPM-DS-078-2015 de 19 de noviembre de 2015.

⁴⁹ Superintendencia de Competencia Económica. Resolución SCPM-DS-041-2016 de 13 de julio de 2016.

⁵⁰ A la época de la reforma en la Superintendencia de Competencia Económica, los expedientes tenían cinco fases: barrido de 30 días, donde se analizaban hechos circunstanciales para determinar si se abre una investigación (no hay investigados). Luego una fase preliminar donde se buscan indicios que ameriten una investigación formal.

⁵¹ Superintendencia de Competencia Económica. Resolución SCPM-DS-2022-18 de 29 de marzo de 2022.

66. En síntesis, la normativa secundaria de compromisos de cese, ha ido evolucionando a lo largo del tiempo con aciertos y desaciertos, pero que se ha ido actualizando con el afán de generar mayor seguridad jurídica para los operadores económicos y para la administración que, debe ser la encargada de aplicar la misma con la suficiente motivación y discrecionalidad que cada uno de los casos amerite.

67. Ahora bien, esto no limita que dicha normativa, pueda ser revisada por la autoridad, y de ser el caso y conforme la realidad actual del mercado pueda ser reformada, buscando que los compromisos de cese, puedan ofrecer un restablecimiento de las condiciones competitivas.

5. La aplicación de compromisos de cese para cárteles

68. En este sentido, la doctrina y jurisprudencia especializada, han establecido con claridad que, los compromisos de cese no deberían ser aceptados para el caso de conductas realmente nocivas para el derecho de competencia.

69. Así lo ha reseñado la Comisión Europea en su comunicación sobre buenas prácticas, en la cual se ha establecido que en caso que la infracción exija una multa como es el caso de los cárteles, debe aplicarse irremediamente el artículo 7 del Reglamento 1/2003, en lugar de un compromiso⁵².

70. En el régimen europeo, las decisiones de compromisos del artículo 9 no son apropiadas cuando la Comisión se dispone a imponer una multa; en esos supuestos, la constatación y cese de la infracción se articula mediante una decisión bajo el artículo 7 del Reglamento 1/2003

71. Doctrinariamente se ha determinado que es perjudicial para los fines de las normas antitrust, utilizar este tipo de compromisos cuando se ha detectado una infracción tan grave como lo son los cárteles⁵³.

72. Con este preámbulo hasta 2018, se aceptaron 11 solicitudes de compromisos de cese que, guardaban relación con cárteles en procesos de contratación pública, lo cual difiere con la doctrina y jurisprudencia internacional.

73. La experiencia previa a 2018 permite identificar una lección institucional: en casos de colusión en contratación pública, las medidas orientadas al cese presentaban utilidad limitada cuando la conducta ya había desplegado sus efectos, mientras que una subsanación inferior a la multa potencial podía debilitar los incentivos disuasorios. Esta experiencia contribuyó a la revisión de la política de aceptación de compromisos.

74. En el examen efectuado por la OCDE al Ecuador, también dejó por sentado que, la aplicabilidad de los compromisos de cese debe enfocarse en las conductas menos nocivas para el derecho de competencia y no para los cárteles⁵⁴.

⁵² Fernando Cachafeiro García. Terminación Convencional de los expedientes sancionadores por la infracción del Derecho de la Competencia. en José María Beneyto Pérez (dir.), Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 189.

⁵³ Eugenio Olmedo Peralta, Las decisiones de compromisos «commitment decisions» y la terminación convencional de los procedimientos en el derecho de la competencia europeo y español (Pamplona: Editorial Aranzadi, 2020), RB-2.19.

⁵⁴ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. Exámenes Inter-pares sobre el derecho y política de competencia: Ecuador. 2021, pág. 84, 86.

75. Siendo así, desde 2018 hasta la presente fecha la autoridad de competencia, ha generado un vuelco a la interpretación de la aplicación de los compromisos de cese, evitando que los mismos puedan ser aplicados para este tipo de conductas.

76. Conforme se analizó en líneas precedentes, la normativa no prohíbe la aplicación de esta figura para cárteles, pero con la discrecionalidad administrativa, la autoridad tiene la potestad de determinar en qué conducta aceptar o negar este tipo de solicitudes.

77. Este cambio de paradigma que ha generado la autoridad de competencia, tiene su fundamento en replicar las mejores prácticas internacionales, así como dar prioridad a la ejecución del programa de clemencia⁵⁵, que si es efectivo para este tipo de conductas.

78. En este sentido, cabe considerar que este tipo de conspiraciones desvía recursos de los compradores y los contribuyentes, disminuye la confianza del público en el proceso competitivo y socava los beneficios de un mercado competitivo⁵⁶.

79. Los acuerdos y prácticas restrictivas, son conductas nocivas por excelencia y que traen consecuencias directas en el mercado, como generar precios artificiales y una merma de las posibilidades de elección del consumidor⁵⁷. En este sentido, el cártel es el acuerdo anticompetitivo por excelencia, del que por definición no se deriva ninguna ventaja competitiva en el mercado. Consiguientemente, existe un principio universalmente reconocido de que los cárteles no deben quedar sin sanción⁵⁸.

80. En síntesis, aceptar un compromiso de cese para un caso de cártel, y por ende no imponer una multa a estas conductas que generan daños a la competencia, afecta negativamente al efecto disuasorio de la legislación antitrust. Si las empresas piensan que los expedientes en materia de defensa de la competencia culminan habitualmente sin sanción, es más probable que incurran en comportamientos anticompetitivos que si tienen el convencimiento de que la intervención de competencia va acompañada habitualmente de sanciones significativas.

81. Bajo este razonamiento y haciendo uso de la discrecionalidad administrativa, es que la autoridad de competencia ecuatoriana, analiza caso a caso cada solicitud de compromiso de cese, con el afán de determinar el momento que dicha figura si es aplicable dentro del mercado, y cuando la misma debe rechazarse tomando en cuenta, el tipo de conducta, el mercado y la afección a la competencia.

6. Conclusiones

82. La normativa ecuatoriana, no plantea una restricción para aplicar la figura de compromisos de cese para los casos de cárteles, sin embargo las conductas más nocivas para la competencia - los acuerdos – no pueden quedar sin sanción, porque minimizarían el efecto disuasorio del derecho de competencia.

⁵⁵ Superintendencia de Competencia Económica. Instructivo para el otorgamiento de beneficios de exención o reducción del importe de la multa. Resolución SCE-DS-2019-38. Registro Oficial No. 52 de 02 de octubre de 2019.

⁵⁶ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en Licitaciones Públicas. 2009. Pág. 2.

⁵⁷ Comisión Europea. Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel. 2006/C 298/11, apartados 1 – 4.

⁵⁸ Fernando Cachafeiro García. Terminación Convencional de los expedientes sancionadores por la infracción del Derecho de la Competencia. en José María Beneyto Pérez (dir.), Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 204.

83. Aunque la LORCPM no contiene una exclusión expresa para cárteles, la práctica de enforcement desde 2018 opera sobre una presunción de inadecuación de los compromisos frente a cárteles duros, dada la necesidad de preservar la declaración de infracción, la sanción y el efecto disuasorio. Cualquier excepción exigiría una motivación reforzada y circunstancias extraordinarias claramente identificables

84. A partir de 2018, el ente de competencia de Ecuador, en el ejercicio de su potestad discrecional, ha generado un cambio total en la aceptación de compromisos de cese para el caso de cárteles, y ya no se encuentran decisiones de concesión de esta solicitud para este tipo de conductas, aplicando con ello la doctrina y jurisprudencia internacional, que prevé que las conductas más nocivas no pueden beneficiarse de esta figura.

85. La normativa secundaria – instructivos – en Ecuador, ha ido avanzando a lo largo de los años, hasta la última reforma de 2022, que encuentra como principales novedades la concesión de hasta 2 reuniones previas para los solicitantes con la autoridad, así como la confidencialidad de la información del solicitante – en caso que lo solicite – y, finalmente evitando que la autoridad pueda usar la información entregada dentro del expediente investigativo.

86. La inadecuación de los compromisos de cese para cárteles no implica renunciar a toda forma de resolución anticipada. Ecuador podrá evaluar mecanismos diferenciados que, a diferencia de los compromisos, preserven el reconocimiento de la infracción, una sanción suficientemente disuasoria y la compatibilidad con los incentivos del programa de clemencia.