



LW
LP

U^QFQ

LAW WORKING PAPERS





LAW WORKING PAPERS

La Discrecionalidad en el Régimen de Compromisos de Cese Ecuatoriano: Transgresión a los Fines de la LORCPM

María José Félix

2022 / 01

USFQ Law Working Papers

Colegio de Jurisprudencia
Universidad San Francisco de Quito USFQ
Quito, Ecuador

En contestación a: n/a

Recibido: 2021 / 12 / 11

Difundido: 2022 / 01 / 11

Materias: derecho de competencia

URL: <https://ssrn.com/abstract=4006692>

Citación sugerida: Félix, María José. “La Discrecionalidad en el Régimen de Compromisos de Cese Ecuatoriano: Transgresión a los Fines de la LORCPM”. *USFQ Law Working Papers*, 2022/01, <https://ssrn.com/abstract=4006692>.

© María José Félix

El presente constituye un documento de trabajo (*working paper*). Puede ser descargado bajo acceso abierto en: <http://lwp.usfq.edu.ec>. Sus contenidos son de exclusiva responsabilidad de los autores, quienes conservan la titularidad de todos los derechos sobre su trabajo. USFQ Law Working Papers no ostenta derecho o responsabilidad alguna sobre este documento o sus contenidos.

Acerca de

USFQ Law Working Papers

USFQ Law Working Papers es una serie académico-jurídica de difusión continua, con apertura autoral para profesionales y de acceso abierto. Introduce en Ecuador un novedoso tipo de interacción académica que, por sus características particulares, tiene el potencial de ser pionero en rediseñar el discurso público del Derecho. Su objetivo es difundir documentos de trabajo (*working papers*) con impacto jurídico, que pueden abarcar cualquier asunto de las ramas de esta ciencia y sus relaciones con otras áreas del conocimiento, por lo que está dirigida a la comunidad jurídica y a otras disciplinas afines, con alcance nacional e internacional.

USFQ Law Working Papers difunde artículos académicos y científicos originales, entrevistas, revisiones o traducciones de otras publicaciones, entre otros, en español o inglés. Los contenidos son de exclusiva responsabilidad de sus autores, quienes conservan la titularidad de todos los derechos sobre sus trabajos. La difusión de los documentos es determinada, caso a caso, por el Comité Editorial. Se prescinde de la revisión por pares con el fin de dar a toda la comunidad académica la oportunidad de participar, mediante la presentación de nuevos trabajos, en la discusión de todos los contenidos difundidos.

USFQ Law Working Papers nace, se administra y se difunde como una iniciativa de la profesora Johanna Fröhlich (PhD) y un grupo de *alumni* del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito USFQ (Ecuador). Su difusión se realiza gracias al apoyo del Instituto de Investigaciones Jurídicas USFQ (Ecuador).

Más información: <http://lwp.usfq.edu.ec>

**LA DISCRETIONALIDAD EN EL RÉGIMEN DE COMPROMISOS DE CESE ECUATORIANO:
TRANSGRESIÓN A LOS FINES DE LA LORCPM¹**

**DISCRETIONALITY IN THE ECUADORIAN COMMITMENT DECISIONS REGIME:
TRANSGRESSION TO THE GOALS OF THE LORCPM**

María José Félix²
majofelix@hotmail.com

RESUMEN

Uno de los desafíos al que se enfrentan las agencias de competencia es utilizar eficientemente sus escasos recursos. Los compromisos de cese son mecanismos que ofrecen una alternativa convencional a los procesos sancionatorios tradicionales. Esta herramienta jurídica permite ahorrar recursos a ambas partes mediante medidas que cesen y subsanen los efectos de la conducta anticompetitiva. La discrecionalidad administrativa es esencial para cumplir con los propósitos del régimen. Sin embargo, en la práctica la SCPM mediante una norma secundaria se ha autoanulado esta potestad y la ha convertido en reglada. Esto ha permitido que conductas tan graves como cárteles se aprovechen de esta figura para evitar ser sancionadas. Lo cual dificulta la lucha contra cárteles y reduce la eficacia de los programas de clemencia y la delación compensada. Los bienes jurídicos protegidos por el Derecho de competencia están en riesgo al igual que el alcance de los fines de la ley.

PALABRAS CLAVE

Discrecionalidad administrativa, compromisos de cese, agencias de competencia, Derecho de Competencia, Ecuador.

ABSTRACT

One of the challenges that competition agencies face is the efficient use of their scarce resources. Commitment decisions are a mechanism that offer a conventional alternative to traditional punitive processes. This legal tool allows to save resources for both parties through measures that cease and remedy the effects of antitrust behavior. Administrative discretion is essential to comply with the purposes of the regime. However, in practice the SCPM by means of a secondary rule has canceled this power and has made it regulated. This has allowed behaviors as serious as cartels to take advantage of this mechanism to avoid sanctions. This makes it hard to fight cartels and reduces the effectiveness of leniency programs and compensated denunciation. Legal assets protected by competition law are at risk as well as the scope of the purposes of the law.

KEYWORDS

Administrative discretion, commitment decisions, competence agencies, Competition Law, Ecuador.

Fecha de lectura: 14 de mayo de 2020

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Mario Navarrete.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. - 2. LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA COMO UN MECANISMO DE APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA DE LOS COMPROMISOS DE CESE. - 2.1 LA DISCRECIONALIDAD Y LA SEGURIDAD JURÍDICA. - 2.2 LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA COMO CONTRAPUNTO DE LA ARBITRARIEDAD. - 2.3 LA DISCRECIONALIDAD APLICADA EN COMPROMISOS DE CESE: EXPERIENCIAS EXTRANJERAS - 3. LA NORMATIVA DE COMPROMISOS DE CESE EN ECUADOR. - 3.1 LA LIMITACIÓN IRREFLEXIVA DE LAS FACULTADES DISCRECIONALES DE LA SCPM. - 3.2 EL RESULTADO DEL SISTEMA EN RECIENTES DECISIONES DE LA SCPM: EN CONTRAVÍA CON LOS FINES DE LA LORCPM. - 4. CONCLUSIÓN

1. Introducción

Por su naturaleza los recursos son escasos. Todas las instituciones tienen un presupuesto definido para ejercer sus labores, por ende, es necesario que lo optimicen. Los entes de control de la competencia no son la excepción, teniendo límites tanto en recursos financieros como también técnicos y humanos³. Sin embargo, la misión de estas agencias de controlar el cumplimiento de las normas jurídicas en favor del interés público contempla un número infinito de mercados y operadores económicos⁴ por el dinamismo que los caracteriza. Esto da como resultado que las autoridades de competencia no tengan la suficiente capacidad para investigar y sancionar todas las conductas anticompetitivas cometidas por los operadores económicos⁵. Por lo que existen casos valiosos que no son perseguidos, u ocasiones en las que los agentes reguladores no pueden intervenir a tiempo en conductas peculiarmente gravosas para el mercado y los consumidores.

Con el objetivo de remediar el impacto provocado por esta realidad, un gran número de órganos reguladores priorizan sus actividades. Tal como se demuestra en una encuesta realizada por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD por sus siglas en inglés) a 46 agencias de competencia de países miembros y no miembros de la OECD, el 87% de los entes reguladores prioriza su trabajo identificando actividades, por ejemplo, captura de cárteles;

³ Ver, Nicolas Petit. “How much discretion do, and should, competition authorities enjoy in the course of their enforcement activities? A multi-jurisdictional assessment”, *Concurrences Review* N° 1-2010, Art. N° 30047 (2009), 45.

⁴ *Id.*

⁵ Ver, Philip Lowe. “The design of competition policy institutions for the 21st century — the experience of the European Commission and DG Competition”, *Competition Policy Newsletter*, Número 3 (2008), 2.

y sectores, como la industria de la construcción, en las cuales concentrar sus recursos⁶. Establecer prioridades permite a los órganos reguladores emplear eficientemente sus recursos en sectores específicos⁷ que han sido identificados por ser de gran importancia en el país.

Liderar con la investigación de una infracción de las normas *antitrust* es una labor cada vez más voraz en términos de recursos administrativos⁸. Una forma de afrontar los pocos recursos y ordenar prioridades de investigación son los acuerdos convencionales entre la autoridad de competencia y el operador económico. La detección y captura de cárteles ha sido por excelencia una prioridad compartida internacionalmente⁹. Debido a esto surgieron los *settlements* de cárteles¹⁰. Este tipo de procedimiento administrativo permite cerrar un caso en menor tiempo, ya que el operador económico debe cooperar con la agencia de competencia y reconocer su responsabilidad al ser o haber sido parte de un cartel¹¹. La multa que recibe el infractor es reducida¹² a cambio de admitir su ilícito. Este mecanismo fomenta la efectividad y disuasión, al mismo tiempo que restablece la competencia en el mercado donde se produjeron los daños.

La legislación ecuatoriana ha adoptado un tipo de acuerdo que busca poner fin de una manera rápida y efectiva a una práctica anticompetitiva como a sus efectos, los cuales son conocidos como compromisos de cese. Estos mecanismos posibilitan, a petición y por iniciativa del operador económico, finalizar el proceso de investigación que se encuentre en curso. Se incurre en un menor gasto para ambas partes y se evita un procedimiento de sanción largo¹³. Este compromiso debe ser considerado satisfactorio para el interés público y cumplir la finalidad que persigue para ser aceptado por el agente regulador. A diferencia del proceso adversarial no se imponen condiciones

⁶ Ver, Evaluation of Competition Enforcement and Advocacy Activities: the results of an OECD survey. Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), DAF/COMP/WP2(2012)7/FINAL, 20 de febrero de 2013, párrs. 34 – 35.

⁷ Ver, Hilary Jennings, “Prioritisation in Antitrust Enforcement – a Finger in Many Pies”, *Competition Law International*. Vol. 11, No 1 (2015), 30.

⁸ Ver, Nicolas Petit. “How much discretion do, and should, competition authorities enjoy in the course of their enforcement activities? A multi-jurisdictional assessment”, *Concurrences Review* N° 1-2010, (2009), 50.

⁹ Ver, Hilary Jennings, “Prioritisation in Antitrust Enforcement – a Finger in Many Pies”, *Competition Law International*. Vol. 11, No 1 (2015), 36.

¹⁰ No todas las jurisdicciones reconocen esta institución jurídica. Por ejemplo, si bien Ecuador ha incorporado en su legislación los compromisos de cese, estos no son iguales a los *settlements* o acuerdos de cárteles.

¹¹ Ver, Jerónimo Maillou. “EU Cartel Settlement procedure: an assessment of its results 10 years later”. *Instituto Universitario de Estudios Universitarios Europeos*. Universidad de San Pablo. CEU (2017), 2.

¹² La Comisión Europea otorga un 10% de reducción de la multa. Reglamento No. 622/2008 de la Comisión Europea por el que se modifica el Reglamento No. 773/2004 en lo que respecta al desarrollo de los procedimientos de transacción en casos de cartel, 30 de junio de 2008.

¹³ Ver, 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.

al operador, sino que se llega a un convenio a través de una negociación¹⁴. Siendo uno de los objetivos que las autoridades de competencia aligeren su carga administrativa y puedan enfocar mayores recursos en la búsqueda, remediación y sanción de conductas más graves para el mercado y los consumidores.

La Superintendencia de Control de Poder de Mercado (SCPM) es el órgano administrativo que tiene la potestad de aceptar, modificar o desestimar una propuesta de compromiso de cese bajo el marco del régimen constitucional, convencional, legal y reglamentario¹⁵. Tal como prescriben el artículo 90 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado¹⁶ (LORCPM) y el artículo 116 del Reglamento a la LORCPM (RLORCPM), durante la evaluación de la propuesta de un compromiso la SCPM tiene la potestad de hacer uso de su discrecionalidad. El ejercicio de esta potestad es un elemento vital en la aplicación de los compromisos, puesto que cada práctica anticompetitiva presenta particularidades y circunstancias propias, es necesario el margen de flexibilidad que es posible a través de la discrecionalidad.

La correcta aplicación de la discrecionalidad permite a la SCPM determinar si la infracción es susceptible de resolverse mediante un compromiso de cese en función de que las medidas propuestas garanticen el cese de la conducta anticompetitiva y la subsanación de los daños ocasionados. Es decir, otorga un espacio de operación prudente que permite aplicar el régimen a distintas circunstancias de hecho. Igualmente, la discrecionalidad protege las prioridades de la SCPM.

Así como los compromisos de cese proporcionan múltiples beneficios, el mal uso de estos puede tener efectos nocivos para el mercado, e incluso, irse en contra de la *ratio legis* del Derecho de Competencia. Los compromisos de cese deben ser empleados únicamente en los casos donde la terminación temprana de un proceso no acarree una falta de sanción proporcional para una conducta manifiestamente seria y grave, como los cárteles, y simultáneamente la pérdida de disuasión ante otros operadores¹⁷. Los compromisos no caben en todos los casos y la SCPM no debe utilizar este mecanismo a menos que de manera motivada lo demuestre. Es así como la

¹⁴ *Id.*, 16.

¹⁵ *Ver*, Artículo 1, Instructivo para la gestión de los Compromisos de Cese en la SCPM. R. O. 651, de 17 de diciembre de 2015, reformado por última vez el 28 de noviembre de 2017.

¹⁶ *Ver*, Artículo 90, Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado [LORCPM]. R. O. Suplemento 555, de 13 de octubre de 2011, reformada por última vez el 9 de diciembre de 2016.

¹⁷ *Ver*, 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). 14-15.

discrecionalidad administrativa es un punto central de este sistema al ser la potestad que garantiza el alcance teleológico de los compromisos de cese.

La discrecionalidad en la sustanciación de los compromisos de cese ecuatoriano se practica de forma equivocada. Esta potestad se ha visto reemplazada por una aplicación mecánica de las normas, lo que otorga una falsa noción de seguridad jurídica y a la vez contraviene los fines de la LORCPM. Asimismo, causa desorden en las prioridades de la SCPM y, aún peor, dificulta la lucha contra los cárteles. Si bien el actual régimen presenta varios problemas que se materializan en la aplicación práctica de los compromisos de cese, el defectuoso ejercicio de la facultad discrecional es uno de los más importantes y que merece atención.

Ilustrar sobre la importancia del correcto uso de la discrecionalidad administrativa en el régimen de compromisos de cese en el Ecuador es fundamental. El actual diseño de las normas ecuatorianas de la materia anula el ejercicio de esta potestad impidiendo alcanzar la finalidad para el que fue creado este sistema. Más aún, en la praxis los cárteles, que doctrinariamente se ha enfatizado que deben ser excluidos del uso de compromisos de cese, han encontrado en este mecanismo una salida al procedimiento sancionador. Para demostrarlo, en primer lugar, se analizará a la discrecionalidad administrativa como el instrumento central para correcta aplicación y evaluación de los compromisos de cese y, en segundo lugar, las limitaciones impuestas a esta potestad y los resultados perjudiciales que ha tenido en la práctica como se evidencia de las resoluciones de la SCPM.

2. La discrecionalidad administrativa como un mecanismo de aplicación e interpretación teleológica de los compromisos de cese

En su entendimiento convencional, el concepto de discreción es la capacidad de una agencia de competencia de hacer una “elección” sobre un “aspecto significativo de un problema”¹⁸. Esto quiere decir que la potestad discrecional es multifacética. Nicolas Petit¹⁹ menciona que algunas de las razones por las que se confiere discrecionalidad a las autoridades de competencia se basan en diferentes puntos de vista:

¹⁸ J. Bell, “*Discretionary Decision-Making: A Jurisprudential View*”, en *The Uses of Discretion*. Ed. De Keith Hawkins (Oxford Press: Clarendon, 1992), 90-93 (traducción no oficial).

¹⁹ Ver, Nicolas Petit. “How much discretion do, and should, competition authorities enjoy in the course of their enforcement activities? A multi-jurisdictional assessment”, *Concurrences Review* N° 1-2010, Art. N° 30047 (2009), 45.

- A) Administrativo: conocimiento especializado y experticia de la agencia de competencia, especialmente comparada con otros órganos gubernamentales o políticos electos²⁰.
- B) Legal: la discrecionalidad de las agencias de competencia es a menudo vista como consecuencia de su independencia²¹. Otorgar discrecionalidad establece impedimentos contra los riesgos de interferencia indebida de otros órganos administrativos.

En el régimen de compromisos de cese la discrecionalidad administrativa se encuentra de forma meridiana en la aplicación e interpretación teleológica de los mismos. En este contexto, la discrecionalidad hace referencia a la capacidad de deliberación que es otorgada al órgano regulador de competencia para decidir sobre la idoneidad de un compromiso de cese. La SCPM debe realizar una valoración a la luz de cada caso específico, verificando si se cumple la cesación de la conducta y la subsanación de sus efectos. Si bien existe un espacio de negociación entre el operador económico y la autoridad; el uso, procedencia y configuración de un compromiso es decisión únicamente de la administración. De suerte que se restrinja a los casos en los cuales los beneficios de estos no impliquen una sanción subóptima que contravenga los fines de la legislación en esta materia.

Autorizadas voces en la doctrina han sugerido que los compromisos de cese únicamente deben ser aceptados, reemplazando al proceso sancionatorio, en los casos que las ganancias de una terminación convencional más rápida de la investigación y el ahorro procedimental sean mayores a los beneficios que se obtienen de un procedimiento con una declaración de prohibición²², entre los cuales se puede mencionar: sanción a las infracciones, disuasión, restitución de las ganancias producto del ilícito y facilidad para reclamar daños²³. Un compromiso de cese no es el mecanismo adecuado para terminar un proceso de investigación de cárteles. Los cárteles al ser conductas tan perjudiciales para la libre competencia deben ser sancionadas efectivamente a través de multas²⁴ que son la principal forma de disuasión de infracciones a futuro.

²⁰ Ver, Anthony Ogus. "Regulatory Institutions and Structures". *Annals of Public and Cooperative Economics*, Vol. 73, (2002). 627- 648.

²¹ Ver, Nota de la secretaria de la Conferencia de la Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD por sus siglas en inglés) acerca de la Independencia y rendición de cuentas de las autoridades encargadas de la competencia, TD/B/COM.2/CLP/67, 14 de mayo de 2008, numeral 6.

²² Ver, 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), 10-11.

²³ Ver, Wouter P. J. Wils, "Settlements of EU Antitrust Investigations: Commitment Decisions under Article 9 of Regulation No 1/2003". *World Competition: Law and Economics Review*, Vol. 29, No. 3 (2006), 7-9.

²⁴ Ver, Cento Veljanovski, "Cartel fines in Europe - Law, Practice and Deterrence", *World Competition*, Vol. 29 (2007), 8-10.

La generalidad de la ley no permite regular todos los casos concretos en los que se presente un compromiso de cese; es decir, la solución estricta no se encuentra contemplada ni en la LORCPM ni en el RLORCPM. Por lo que la SCPM cuenta con un espectro amplio de libertad de elección que no ha sido autoimpuesta por el propio organismo administrativo, sino que le ha sido otorgada positivamente por el legislador²⁵ con el fin de que en una materia determinada toma una decisión prudente y dentro del margen de legalidad como el mejor modo de proteger el interés público y a los consumidores. La discrecionalidad de la SCPM en este régimen responde también a los criterios valorativos propios de sus funciones y de su experticia en esta materia. La procedibilidad de un compromiso de cese depende del caso puntual, dado que, en algunas conductas anticompetitivas, especialmente en cárteles, no puede resultar conveniente para el bienestar social y económico.

Como ha precisado Sesin: “Actuar dentro del orden jurídico para satisfacer el interés público, no es lo mismo que aplicar automática o ciegamente el contenido de la norma por cuanto debe tenerse presente el ordenamiento entero en el cual se inserta y adquiere su verdadero sentido”²⁶. La discrecionalidad es imprescindible para darle sentido al régimen de compromisos de cese. En el Ecuador, como veremos más adelante, el problema pragmático que presenta el ejercicio de discrecionalidad es que se ve reemplazada por una potestad reglada²⁷. Nos encontramos frente al fenómeno donde los funcionarios públicos, por temor a vulnerar el principio de seguridad jurídica o la impugnación judicial de sus actos, reemplazan la discrecionalidad por un cumplimiento mecánico e irreflexivo de las normas.

2.1 La discrecionalidad y la seguridad jurídica

La seguridad jurídica en nuestro ordenamiento es reconocida como un derecho en el artículo 82 de la Constitución de la República²⁸. Si bien en la jurisdicción ecuatoriana la misma es considerada un derecho constitucional, en otras jurisdicciones se la considera un principio general

²⁵ Ver, Jorge Bermúdez Soto, “El control de la discrecionalidad administrativa”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* XVII (1996), 276-280.

²⁶ Domingo J. Sesin. “El control judicial de la discrecionalidad administrativa”. *Revista Praxis de la Justicia Penal y Administrativa* (2011), 3.

²⁷ Ver, Art. 90: “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...”, LORCPM (énfasis añadido).

²⁸ Ver, Art. 82, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O. Suplemento 181 de 15 de febrero de 2018.

del derecho que se encuentra de forma transversal y universal en la legislación. Su importancia radica en ser un límite a las facultades de la administración pública, así como también proporcionar certeza y brindar predictibilidad en las diferentes situaciones jurídicas.

Aunque existe un riesgo evidente de transgresión de la seguridad jurídica por la aplicación y el ejercicio de la discrecionalidad, se debe tomar en cuenta que ciertas realidades jurídicas complejas actuales exigen un margen de decisión de las autoridades judiciales y extrajudiciales, siempre y cuando el legislador otorgue esta facultad²⁹, como es el caso del régimen de compromisos de cese.

Para entender con mayor precisión el alcance de la discrecionalidad, resulta útil compararla con la potestad reglada debido a que, al menos de manera inicial, son polos opuestos. Por un lado, los actos reglados de la administración tienen un margen de valoración prácticamente nulo porque la norma contiene de manera predeterminada todos los elementos de la potestad³⁰. Por otro lado, los actos discrecionales tienen un margen de interpretación más amplio e imprescindible para una entendimiento y valoración más justo en la aplicación de la norma porque no se encuentran determinados todos los elementos³¹. Este espacio de mayor libertad también implica un acto prudencial, su fundamento reside en la propia ley y las demás fuentes de derecho y bajo el respeto al principio de legalidad.

Pese a la irrefutable necesidad de atribuir potestad discrecional, también se debe mencionar que esto conlleva riesgos de falencias institucionales graves³². Algunas de ellas son la captura de la decisión pública proveniente de entes privados con intereses propios, políticas de aplicación inútiles e iniciativas impulsadas por el populismo³³. Para alivianar estas preocupaciones, la discrecionalidad de las agencias de competencia está delimitada por restricciones ex ante y ex post. Los mecanismos ex ante son criterios de decisión, obligaciones sustantivas y procedimentales o

²⁹ Ver, Ramón Ruiz, "Sobre la discrecionalidad judicial en un Estado Constitucional". *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, ISSN: 1138-9877, No. 20, (2010), pp. 119-132

³⁰ Ver, María Navarro, "Discrecionalidad Administrativa". *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, ISSN 2253-6655, No. 3, (2013), 200-204.

³¹ *Id.*, 201-203.

³² Ver, Nicolas Petit. "How much discretion do, and should, competition authorities enjoy in the course of their enforcement activities? A multi-jurisdictional assessment", *Concurrentes Review* N° 1-2010, Art. N° 30047, (2009), 45.

³³ *Id.*

incentivos que buscan dirigir, influir o frenar la discrecionalidad³⁴. Mientras que los mecanismos ex post son, por ejemplo, la revisión judicial o informes.

En los compromisos de cese los mecanismos de control ex ante se encuentran en las fuentes principales y auxiliares del Derecho. El artículo 90 de la LORCPM da lineamientos que marcan de grosso modo el territorio de la discrecionalidad. Este artículo debe ser tomado dentro del contexto de las fuentes del derecho e interpretado en conformidad con las mismas. Debido a que si bien no existe una norma jurídica que explícitamente prohíba la aceptación de compromisos de cese para casos de cárteles, a través de un análisis completo de las fuentes del derecho y de la experiencia internacional de los órganos reguladores de la competencia se ha demostrado que los compromisos de cese en estos casos no son solo inadecuados, sino que tienen efectos contrarios a los fines de las normas *antitrust*³⁵. De ahí la importancia de no radicarse únicamente en lo prescrito por la LORCPM y la necesidad de que los funcionarios realicen una interpretación integral de las fuentes del derecho.

La razón por la que este régimen ha sido parcialmente normado se debe a que el legislador ha preferido, en lugar de disponer una regulación exhaustiva³⁶, entregar la potestad discrecional a la SCPM para que evalúe la idoneidad de las propuestas de compromisos de cese caso por caso. Sin embargo, el Instructivo para la gestión y ejecución de los compromisos de cese (en adelante el Instructivo) suprime la potestad discrecional justificando que lo hace con el objetivo de “... otorgar seguridad jurídica en el procedimiento, el contenido, la aceptación o la desestimación (...) de las propuestas de compromisos de cese”³⁷. Es decir, la excesiva reglamentación del régimen de compromisos de cese a través de esta norma secundaria no deja cavidad para el ejercicio de la discrecionalidad, anulando completamente esta potestad de la SCPM, porque este órgano prefirió convertirla en una potestad reglada.

Una conducta que genera preocupaciones competitivas en la agencia de competencia – o en una valoración propia³⁸ – es el hecho determinante que acciona el régimen de compromisos de

³⁴ Ver, Madalina Busuioc, “Accountability, Control and Independence: The Case of European Agencies”, *European Law Journal*, Vol. 15, No. 5 (2009), 12-14.

³⁵ Ver, 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-2.16.

³⁶ Ver, Jorge Bermúdez Soto, “El control de la discrecionalidad administrativa”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* XVII (1996), 276.

³⁷ Artículo 2, Instructivo para la gestión de los compromisos de cese.

³⁸ Ver, Artículo 7: “Las propuestas de compromisos de cese proceden, aunque no existan procedimientos de investigación formalmente iniciados en la Superintendencia”, Instructivo para la gestión de los compromisos de cese.

cese. Corresponde a la SCPM decidir si esta realidad configura los presupuestos señalados en la ley, e incluso si se subsumen a la norma, así como determinar si es apropiada una terminación convencional del proceso de investigación que no acarree el detrimento del interés general, además de que efectivamente remedie los daños causados. La discrecionalidad a cargo de la autoridad administrativa implica la utilización de criterios técnicos que no pueden ser reemplazados por la potestad reglada. Lo que da seguridad al régimen es la imposibilidad del órgano regulador de determinar las condiciones prescritas en la ley, dado que estas no pueden ser objeto de discrecionalidad³⁹. El objeto de la discrecionalidad es la valoración de la realidad; es decir, los supuestos de hecho del caso específico subsumidos a lo prescrito en legislación y apoyado en la jurisprudencia y la práctica de la SCPM.

La SCPM prefiere ceñirse lo más que puede a las disposiciones legales para aplicar las normas relativas al compromiso de cese haciendo uso de una potestad reglada que no es apropiada para la evaluación y valoración de un compromiso de cese. Esto otorga un falso sentido de seguridad a costa del interés general que la administración representa, subsumiendo de manera irreflexiva la realidad con los supuestos de hecho proporcionados por el legislador. Es más peligroso y contrario a los fines de la ley y del régimen de compromisos de cese que no se emplee la discrecionalidad, dado que esta es la forma más adecuada de asegurar la correcta aplicación de un compromiso de cese para el caso específico.

2.2 La discrecionalidad administrativa como contrapunto de la arbitrariedad

De manera inicial, el límite entre la discrecionalidad y la arbitrariedad es fino, puesto que ambas hacen referencia al uso de poder. Empero existe una primera clara diferencia: la discrecionalidad es legítima, mientras que la arbitrariedad está prohibida y es reprochada⁴⁰. Principalmente, un aspecto que marca la oposición entre ellas se da en función de la motivación. Mientras que la potestad discrecional debe tener la capacidad de manifestar la motivación detrás de su decisión, esto no se le puede requerir a la arbitrariedad, la cual al encontrarse fuera de los

³⁹ Ver, Jorge Bermúdez Soto, “El control de la discrecionalidad administrativa”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* XVII (1996), 278.

⁴⁰ Ver, María José Alemán, “Acerca de las diferencias entre discrecionalidad y arbitrariedad en la actuación de la administración”. *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, No. 24 (1997), 112-114.

lineamientos del ordenamiento jurídico la decisión carece de motivos legítimos⁴¹. Adicionalmente, la discrecionalidad inherentemente posee una dimensión de prudencia.

La potestad discrecional es una herramienta legítima de interpretación y aplicación de las leyes en los casos prescritos por la propia ley. No obstante, debido a que el abuso de la discrecionalidad se puede devenir en arbitrariedad muchos doctrinarios han enfatizado en el control judicial como el mecanismo que establece y delimita sus límites⁴². El control judicial opera para proteger el principio de interdicción de arbitrariedad⁴³ o prohibición de que los funcionarios actúen por fuera de sus facultades y competencias. El derecho argentino ha designado esta función del juez como “control de razonabilidad”⁴⁴. La discrecionalidad se encuentra supeditada al propósito del acto administrativo.

Al ser los compromisos un acuerdo convencional en el que ambas partes negocian su contenido, la SCPM no puede imponer de manera unilateral las condiciones porque derivaría en una imposición arbitraria. La SCPM puede modificar el contenido de la propuesta, pero estos cambios deben ser notificados al operador económico quien no está obligado a aceptarlos. De hecho, todos los cambios que realice la autoridad deben ser consentidos por el operador económico para que el compromiso surta efectos. Esto quiere decir que, si no llegan a un acuerdo la administración y el administrado, se debe continuar en el proceso principal.

Si bien la discrecionalidad es esencial para la evaluación de los compromisos de cese, si esta potestad es absoluta pueda llevar a que se corrompa el sistema. Por esta razón, muchas agencias de competencia han publicado guías que contienen delimitaciones al ejercicio de la discrecionalidad con el fin de que no se use erróneamente este mecanismo⁴⁵. El objetivo de estas guías es orientar la actuación de la autoridad para que los casos en cuyas circunstancias sería más apropiado seguir un proceso sancionatorio, como en las prácticas restrictivas por su objeto anticompetitivas, no puedan hacer uso de esta figura. Pese a que la SCPM es parte de este grupo

⁴¹ Ver, María Navarro, “Discrecionalidad Administrativa”. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, No. 3 (2013), 200-205.

⁴² Ver, Juan Carlos Cassagne, “La discrecionalidad administrativa”. *Foro Jurídico* 09 (2009), 82-91; Domingo J. Sesin. “El control judicial de la discrecionalidad administrativa”. *Revista Praxis de la Justicia Penal y Administrativa* (2011), 3.

⁴³ Ver, Artículo 18, Código Orgánico Administrativo [COA]. R. O. Suplemento 31 de 7 de julio de 2017.

⁴⁴ *Id.*, 83.

⁴⁵ Ver, 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-2.16.

de agencias que decidió emitir un instructivo⁴⁶ para limitar la discrecionalidad absoluta, el contenido de este es demasiado exhaustivo. Se puede asumir que, por temor a tomar decisiones arbitrarias, la SCPM mermó por completo su actuación autoimponiéndose limitaciones absurdas a través de esta norma secundaria.

2.3 La discrecionalidad aplicada en compromisos de cese: experiencias extranjeras

A nivel mundial existe la inclinación de otorgar un amplio espacio de discrecionalidad a las autoridades de competencia en la evaluación y aplicación de los compromisos de cese. Esto para evitar que se impongan remedios subóptimos a conductas que merecen una sanción el fin de que se vean disuadidos de reincidir en el incumplimiento de la ley. Por ejemplo, la Comisión Europea establece que, a pesar de que las condiciones para el uso de los compromisos de cese son flexibles, existen tres criterios que deben ser considerados para terminar un procedimiento investigativo y aceptar un compromiso⁴⁷:

1. Las empresas que se encuentran en procedimientos de investigación ofrezcan compromisos que logren efectivamente cesar sus conductas y subsanar los daños.
2. No sea un caso en el que sería adecuado y conveniente imponer una multa⁴⁸.
3. Se justifique por razones de eficiencia⁴⁹.

El poder que concede la legislación a la Comisión es una extensión lógica del derecho que tiene este órgano a priorizar los casos que se le presentan⁵⁰. Los requisitos mencionados deben ser tomados en cuenta en el ejercicio de la discrecionalidad, dado que estos delimitan el marco de decisión de la autoridad. Por lo tanto, los criterios son interpretados por la Comisión Europea dependiendo del caso concreto y por medio de la materialización de su potestad discrecional.

La discrecionalidad implica también la decisión de cerrar un caso bajo investigación donde la Comisión considera que el interés en continuar con el caso ha desaparecido como resultado de

⁴⁶ Ver, Instructivo para la gestión de los compromisos de cese.

⁴⁷ Los compromisos de cese en la legislación de la Unión Europea se conocen como “Commitment Decisions”.

⁴⁸ Este criterio se encuentra recogido en la parte final del numeral 13 del preámbulo de la Regulación 1/2003 emitida por el Consejo de la Unión Europea el 16 de diciembre de 2002, en su parte pertinente dice lo siguiente: “No procederá la adopción de decisiones relativas a los compromisos cuando la Comisión se disponga a imponer una multa”.

⁴⁹ Ver, Comisión Europea, Commitment decisions (Article 9 of Council Regulation 1/2003 providing for a modernised framework for antitrust scrutiny of company behaviour), MEMO/04/217, Brussels, 17 de septiembre de 2004.

⁵⁰ Ver, Melchior Wathelet, “Commitment Decisions and the Paucity of Precedent”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 6 (2015), 553–555.

un remedio ofrecido por la empresa investigada⁵¹. Incluso antes de la Regulación 1/2003, la Comisión no parece haber tenido ningún obstáculo legal para aplicar compromisos informales que ahora se considerarían decisiones de compromisos. De hecho, la amplia potestad discrecional que actualmente tiene la Comisión también la tenía en el pasado.

A la luz del segundo criterio se excluye aceptar un compromiso de cese en infracciones graves y manifiestamente ilícitas como son los cárteles. Dado que el principal objetivo, en estos casos, debe ser la disuasión por medio de la determinación de la conducta anticompetitiva y la imposición de una sanción⁵². Los compromisos de cese también son inapropiados para casos insólitos, ya que se corre el riesgo de las ventajas de un compromiso no sobrepasen los beneficios de la aplicación de una sanción⁵³ especialmente tomando en cuenta que la experiencia y la jurisprudencia son fuentes muy importantes para la autoridad al usar esta figura.

En el contexto jurídico de Estados Unidos, los *consent orders* o *consent decrees* son una figura análoga a los compromisos de cese y a los *commitment decisions* de la UE⁵⁴. Esta institución es una herramienta procesal importante, ya que permite que las agencias y las partes de la disputa lleguen a un acuerdo manera efectiva, rápida y exhaustiva. El acuerdo es aceptable cuando se prueba que la conducta anticompetitiva está siendo abordada de forma que evite su repetición y elimine el daño. En los casos que no se logre cumplir estos objetivos⁵⁵ la agencia optará por no aplicar un acuerdo y seguir un procedimiento de investigación con el fin de alcanzar un resultado efectivo.

El proceso para conceder un compromiso de cese en Estados Unidos es público, ya que terceros pueden participar en el proceso. Otra particularidad es que la decisión de la agencia de competencia debe ser evaluada por una corte del distrito federal. El papel de la corte es necesariamente muy limitado. Los jueces únicamente determinan si la decisión de la autoridad administrativa está dentro del alcance del interés público. La autoridad de competencia es quien tiene “una amplia discreción para llegar a un acuerdo con el operador económico investigado

⁵¹ Ver, Wouter P. J. Wils, “Settlements of EU Antitrust Investigations: Commitment Decisions under Article 9 of Regulation No 1/2003”. *World Competition: Law and Economics Review*, Vol. 29, No. 3 (2006), 7-9.

⁵² Ver, 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.

⁵³ *Id.*

⁵⁴ Ver, Wouter P. J. Wils, “Ten Years of Commitment Decisions Under Article 9 of Regulation 1/2003: Too Much of a Good Thing?”, *Concurrences Journal 6th International Conference 'New frontiers of antitrust'* (2015), 3-5.

⁵⁵ En Estados Unidos hay dos órganos reguladores de la competencia: The United States Department of Justice Antitrust Division (DOJ) y la Federal Trade Commission (FTC).

dentro del alcance del interés público”⁵⁶. Mediante un proceso adversarial es más difícil obtener un remedio que se adapte a las necesidades de las partes a la vez que restablezca la competencia como si es posible con un acuerdo. Los compromisos permiten negociar a profundidad el alcance de las medidas que se impondrán teniendo en cuenta las circunstancias específicas del caso.

Ahora bien, es de especial relevancia mencionar la experiencia de Perú y Argentina. No solo porque estas legislaciones son más cercanas, sino también porque ambas sirvieron como fuente de referencia para el régimen ecuatoriano. Perú sigue la misma línea de las jurisdicciones antes mencionadas, pero va aún más allá dado que la decisión de la Comisión no es susceptible de apelación⁵⁷. Lo que se busca es proteger el margen de discrecionalidad otorgado a la Comisión en la valoración de cada caso. A pesar de que los lineamientos establecidos en la legislación peruana fueron tomados por el régimen ecuatoriano, en Perú no impiden la materialización de la discrecionalidad.

Por su parte, la jurisdicción argentina⁵⁸, considera que las conductas más graves no deben ser tramitadas por un proceso de compromisos de cese; al contrario, deben seguir un proceso de investigación que acarree una sanción adecuada con el fin de que el infractor no reincida en el ilícito. En concreto el proceso No. S01:0468538/2010 Dictamen N.718 mencionada que la aplicación de un compromiso de cese es reservada para los casos en los que si trata de infracción poco relevante y que no haya causado daños al interés público⁵⁹. Únicamente bajo este supuesto la autoridad judicial argentina recomienda hacer uso de los compromisos de cese.

Como se puede apreciar, a nivel internacional existe la tendencia de otorgar una amplia discrecionalidad a la agencia de competencia para que sea esta quien determine la idoneidad de un compromiso de cese en cada caso. Si bien algunos regímenes son más categóricos al impedir que se aplican estos compromisos a cárteles, las jurisdicciones que no tienen disposiciones expresas que prohíban su aplicación en cárteles permiten que mediante la potestad discrecional se disponga

⁵⁶ Directorate for financial and enterprise affairs Competition Committee. Commitment decisions in antitrust cases. Note by the United States. DAF/COMP/WD (2016), 4. (Traducción no oficial).

⁵⁷ Ver, Artículo 25.5 del decreto legislativo Nro. 1205 denominado “Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas”, emitido por el Congreso de la República del Perú el 23 de septiembre de 2015 que modifica el decreto legislativo Nro. 1034 emitido por el Congreso de la República del Perú.

⁵⁸ Ver, Artículo 36, Ley 25.156 de Defensa de la Competencia sancionada el 25 de agosto de 1999 por el Congreso de la Nación Argentina y promulgada por el decreto Nro. 1019 el 16 de septiembre de 1999. (De la legislación argentina el régimen ecuatoriano adoptó la posibilidad de presentar un compromiso de cese hasta antes de la resolución final del órgano competente).

⁵⁹ Ver, Ministerio de Economía y Finanzas Públicas. Expediente No. S01:0468538/2010 (C.1369) FP/VR-JB-VB-MC. Buenos Aires (2010), Dictamen N.718.

la conveniencia de un compromiso de cese, no solo aludiendo a lo prescrito en la ley, sino también lo dispuesto en la jurisprudencia, la doctrina y la práctica de la propia autoridad. Esta actividad se va perfeccionando a través de la experiencia y la evidencia económica que pueden llegar a fijar otros criterios limitantes.

3. La normativa de compromisos de cese en Ecuador

Las normas ecuatorianas que regulan los compromisos de cese son la LORCPM, haciendo una primera mención de este régimen en el artículo 63⁶⁰, y luego en el capítulo VII, que va del artículo 89 al 93, y el RLOCPM, artículo 114 y subsiguientes. Adicionalmente, como norma complementaria se encuentra el Instructivo emitido por la SCPM⁶¹ para proveer acerca del procedimiento y la sustanciación de estos mecanismos, así como también establecer el contenido de la propuesta de un compromiso, los parámetros para el cálculo del importe de subsanación, las medidas correctivas y complementarias, entre otras cuestiones.

Si bien, en principio, el Instructivo podría generar mayor predecibilidad y transparencia en el régimen, la realidad es que la SCPM ha autorregulado su discrecionalidad al punto de que anularla por completo. Sin embargo, la discrecionalidad es un elemento central en la aplicación de los compromisos de cese porque permite abordar el problema más grave: el empleo de este mecanismo para cárteles. A pesar de que ni la LORCPM como tampoco el RLOCPM prescriben en qué casos es más adecuado usar esta figura, la razón de otorgar discrecionalidad a la SCPM es que esta sea esta autoridad quien determine la idoneidad para cada caso puntual.

Adicionalmente, la normativa que regula los compromisos de cese tomó como referencia tanto a la Ley de Defensa de la Competencia argentina⁶² como a la ley de Represión de Conductas Anticompetitivas de Perú⁶³. Dado que no fue una implantación completa de ninguna de las mencionas legislaciones, sino que solo se tomaron parcialmente ciertos elementos de ambas, se

⁶⁰ Ver, Artículo 63: “Hasta antes de la emisión de la resolución por parte del órgano de resolución de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, *el presunto o presuntos responsables podrán ofrecer un compromiso referido al cese* inmediato o gradual de los hechos investigados o a la modificación de aspectos relacionados con ellos, de conformidad con esta Ley.”, LORCPM (énfasis añadido).

⁶¹ Ver, Instructivo para la gestión y ejecución de compromisos de cese.

⁶² Ver, Artículo 36: “Hasta el dictado de la resolución del artículo 34 el presunto responsable podrá comprometerse al cese inmediato o gradual de los hechos investigados o a la modificación de aspectos relacionados con ello”. Ley 25.156 de Defensa de la Competencia argentina.

⁶³ Ver, Decreto legislativo Nro. 1205 denominado “Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas”, emitido por el Congreso de la República del Perú el 23 de septiembre de 2015 que modifica el decreto legislativo Nro. 1034 emitido por el Congreso de la República del Perú.

generaron discordancias entre disposiciones dentro de la misma ley, así como también complicaciones que se manifiestan claramente en la práctica.

3.1 La limitación irreflexiva de las facultades discrecionales de la SCPM

Los parámetros de aplicación de la discrecionalidad administrativa que tiene la SCPM son dos:

1. En función de las pruebas presentadas en el proceso principal, los operadores económicos deben reconocer “todos o algunos de los hechos de la denuncia o de los cargos imputados”⁶⁴. Este reconocimiento debe ser realizado en concordancia con las pruebas incorporadas al proceso principal.
2. Los operadores económicos deben ofrecer medidas correctivas y complementarias, con aras de demostrar su voluntad de cesar las conductas anticompetitivas y garanticen su no repetición.⁶⁵

De estos dos criterios confluentes e imprescindibles prescritos tanto en la LORCPM como en el RLORCPM, artículo 90 y 116 respectivamente, se pueden inferir varias cosas. Del primer requisito el reconocimiento que realiza el operador económico debe ser verosímil con la prueba aportada por las partes y de la información que levante la SCPM. Esto con el fin de que los remedios sean coherentes con la conducta imputada y logren corregir efectivamente la infracción, al igual que no quede al arbitrio del administrado la aceptación de cualquier cargo o el que le sea más conveniente.

Las disposiciones contenidas en el Instructivo interpretaron de manera excesiva e inflexible a los requisitos antes señalados. Por ejemplo, la primera condición menciona que se debe reconocer los hechos “o” los cargos imputados. El uso de esta conjunción demuestra la intención de que sea el operador económico investigado quien decida entre admitir la responsabilidad del incumplimiento de la ley o reconocer haber efectuado ciertos hechos que suscitan la preocupación de la SCPM. Sin embargo, el Instructivo⁶⁶ es concluyente al señalar que una propuesta de compromiso de cese debe necesariamente precisar la conducta violatoria a la LORCPM. Por lo cual, la discrecionalidad de la SCPM se ve suprimida dado que la verificación de este requisito se

⁶⁴ Ver, Artículo 90, LORCPM.

⁶⁵ *Id.*

⁶⁶ Ver, Artículo 3 y 4, Instructivo para la gestión de compromisos de cese.

vuelve mecánica dependiendo únicamente de si reconoce efectivamente el operador su conducta ilícita y dejando a un lado que tipo de conducta es y su gravedad para el mercado y los consumidores, así como los daños que ha causado a los mismos.

En lo que atañe al segundo requisito la autoridad debe aceptar un compromiso que asegure la no reincidencia de la conducta ilícita. 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 cárteles⁶⁷. Es imperativo que la SCPM rechace las prácticas restrictivas derivadas en cárteles y no puedan ser tramitadas por esta vía. En estos casos no se puede asegurar la no repetición, ya que los operadores económicos no son sancionados por su conducta y en un análisis costo-beneficio pueden determinar que es rentable cartelizar. A los operadores económicos que han cartelizado se les debe imponer una sanción para disuadir y disciplinar su conducta⁶⁸.

Se entiende que los compromisos de cese solamente son aceptables cuando la conducta ilícita sea de tal naturaleza que se pueda corregir; es decir, la cesación a la conducta sea eficaz. Como se ha indicado los cárteles no tienen incentivos suficientes para cesar la conducta, al contrario, les resulta más atractiva la posibilidad de utilizar al régimen de compromisos de cese como un salvoconducto para continuar realizando prácticas restrictivas continuamente porque, en caso de que se inicie un proceso de investigación en su contra, pueden optar por un compromiso de cese que implica un resarcimiento económico ínfimo en comparación al monto que acarrearía la imposición de una multa. De igual manera, los efectos disuasorios a otros operadores económicos y a conductas futuras que van de la mano de una sanción económica alta se ven suprimidos al permitir que los cárteles pongan fin convencionalmente al proceso principal.

La aplicación de la discrecionalidad de la SCPM también es necesaria en el momento procesal en el que el operador económico decida presentar su propuesta de compromiso. Los operadores económicos tienen la facultad de presentar un compromiso hasta antes de la resolución del órgano competente⁶⁹. Esto provoca que no haya un incentivo para acudir a este mecanismo de manera rápida y oportuna como es lo ideal. Al contrario, el operador investigado podría esperar

⁶⁷ Ver, 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.

⁶⁸ *Id.*

⁶⁹ Ver, Artículo 89, LORCPM.

hasta que el proceso principal haya avanzado y en función de que tan probable sea una decisión sancionatoria optar por un compromiso. En este caso no habría un ahorro de recursos ni tampoco una solución más expedita que son los fines últimos de los compromisos de cese.

Adicionalmente, la guía para el cálculo del importe de subsanación tiene una deficiencia que desincentiva aún más la presentación un compromiso de cese lo antes posible. El artículo 15 del Instructivo⁷⁰ toma como una de las variables al tiempo transcurrido, como consecuencia el monto, como concepto de importe de subsanación, puede resultar menor en fases más cercanas a la resolución que en fases tempranas como la de investigación. Asimismo, la fórmula del importe de subsanación permite a los operadores económicos infractores determinar los costos de violar la LORCPM frente al beneficio de la conducta ilícita, lo que fácilmente resulta en un abuso del régimen. En estos casos a pesar de que los infractores propongan medidas complementarias, no existe un ánimo de enmienda. Si premeditadamente y como una estrategia esperaron hasta fases avanzadas del proceso para presentar un compromiso es evidente que se está explotando a este mecanismo. Reforzando el argumento de que es importante que la SCPM en dichos casos opte por un proceso sancionatorio.

Es razonable que la SCPM haya emitido un instructivo con el fin dar más transparencia al proceso. Sin embargo, lo que no se justifica es que, a través de esta norma secundaria, en lugar de modular la actuación de los funcionarios y delimitar la discrecionalidad absoluta, lo que ha sucedido es la limitación por completo de esta potestad. Por lo tanto, pese que la intención detrás del instructivo puede ser dar directrices sólidas y criterios para que la autoridad estime cual es la opción más adecuada⁷¹, en la praxis se puede apreciar que ha tenido el efecto contrario. De igual manera, el Instructivo menciona que su objetivo es brindar mayor seguridad jurídica; sin embargo, lo que ha provocado es la aplicación automática de los requisitos generales sin tomar en cuenta las circunstancias particulares del caso, con lo que se está vulnerando el interés general y transgrediendo los fines de la LORCPM.

De la experiencia internacional se puede apreciar que los criterios valorativos que emiten las agencias de competencia para autolimitarse sirven para orientar y guiar la actuación que se busca

⁷⁰ Ver, Artículo 15, Instructivo para para la gestión y ejecución de los compromisos de cese

⁷¹ Ver, 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-3.18.

que tenga la autoridad⁷². En el Ecuador los criterios fijados en el instructivo no resultan de utilidad en la evaluación de los casos específicos para determinar en qué casos es recomendable aceptar un compromiso de cese. Incluso, al privarse del margen de discrecional se está dando el mensaje a los operadores económicos que sin importar la gravedad de la infracción existe la opción de adoptar un compromiso de cese que no acarrea una sanción⁷³; es decir, los objetivos de la disuasión y de la no reincidencia se ven eliminados por completo. Una vez más, demostrando que es completamente inadecuado utilizar los compromisos de cese para cárteles.

Por consiguiente, es necesario reformar el Instructivo porque disgrega los requisitos legales y no captura adecuadamente el sentido de las normas relativas a los compromisos de cese, a más de ser demasiado exhaustivo en la interpretación de las limitaciones a la potestad discrecional amparándose en la necesidad de una norma clara que proporcione certeza práctica del derecho. Los dos objetivos básicos que debería contener esta norma secundaria para determinar si los compromisos de cese son el mecanismo más adecuado según en el caso son: no disminuir la disuasión y verificar que los compromisos de cese contengan medidas efectivas para corregir y cesar las conductas violatorias al derecho de competencia, así como garantizar el principio de proporcionalidad⁷⁴.

3.2 El resultado del sistema en recientes decisiones de la SCPM: en contravía con los fines de la LORCPM

La falta de una correcta aplicación de la discrecionalidad administrativa ha tenido específicamente tres efectos negativos en la práctica: i) medidas correctivas y complementarias que no han sido eficaces para restaurar la competencia y subsanar los daños, ii) no se ha garantizado la no repetición y, el más grave, iii) se ha aceptado los compromisos de cese en cárteles.

De los expedientes públicos de compromisos de cese⁷⁵ se puede apreciar que las prácticas desleales son las conductas en las que más se emplea esta figura. De un total de 30 operadores económicos que presentaron un compromiso, la mayoría por haber cometido actos de engaño, 23 fueron aceptados y 7 fueron desestimados. En prácticas desleales los compromisos pueden ser

⁷² *Id.*

⁷³ *Id.*

⁷⁴ *Id.*

⁷⁵ Estos expedientes constan del año 2013 al 2019 en la página web de la SCPM.

suficientemente aptos para restablecer la competencia en el mercado y superar los efectos perjudiciales que pudo haber tenido la conducta, especialmente porque no son prácticas que afectan gravemente a la competencia⁷⁶. Por lo tanto, si la SCPM adoptase remedios estructurales y conductuales que resuelvan sus preocupaciones podría haber un ahorro de recursos y tiempo, a diferencia de lo que acarrearía continuar con el procedimiento sancionador.

En la praxis las medidas adoptadas por la SCPM son, en su mayoría, insuficientes para reestablecer la competencia en el mercado. Normalmente las medidas consisten en pedir disculpas por la conducta realizada a través de medios de comunicación, realizar campañas publicitarias a favor de los consumidores y publicaciones mediante las cuales se resalten las bondades de la libre competencia y la necesidad de existencia de regulación contra actos anticompetitivos. En menor medida en ciertos casos se ordenó cambiar la etiqueta del producto y también rediseñar la publicidad de este y, en pocas ocasiones, se prohibió la venta y comercialización de productos “light”⁷⁷. Solamente en un caso se ordenó la implementación del 50% de descuento final al consumidor en puntos de venta⁷⁸. Solo en este último caso los descuentos realmente devolvieron la dinámica de competencia en ese mercado.

Por otra parte, existe una fórmula deficiente para el cálculo del importe de subsanación lo que, a más de ser un salvoconducto de sanciones más altas en el caso de cárteles, también ha generado inseguridad jurídica en las prácticas desleales. Como es el caso del importe de subsanación impuesto a la Corporación La Favorita. En la resolución⁷⁹ que acepta el compromiso de cese presentado por esta empresa no se ordena el pago de importe de subsanación alguno. Sin embargo, poco después por concepto de cálculo rectificado se le ordena pagar \$1.889,60⁸⁰. Posteriormente, la SCPM alega que en ese monto también hubo un error de cálculo y la cantidad rectificada es de \$13.125,74⁸¹. De ese valor se le descuenta el primer valor pagado por la empresa y se otorga el 30% de descuento lo que dio como resultado final \$7.298,42⁸². Si bien el Instructivo

⁷⁶ Ver, 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-2.16.

⁷⁷ Ver, los expedientes de compromisos de cese No. SCPM-CRPI-2014-053, SCPM-CRPI-2015-024 y SCPM-CRPI-2016-001 sustanciados por la Comisión de Resolución de Primera Instancia (CRPI) de la SCPM.

⁷⁸ Ver, expediente No. SCPM-CRPI-2016-010.

⁷⁹ Ver, expediente No. SCPM-CRPI-2014-017.

⁸⁰ Ver, expediente No. SCPM-CRPI-2014-017.

⁸¹ Ver, expediente No. SCPM-CRPI-2014-017.

⁸² *Id.*

emitido por la SCPM tiene como finalidad evitar situaciones como la mencionada, no ha sido efectivo.

Los compromisos no han garantizado la no repetición de la conducta anticompetitiva. Un claro ejemplo es la empresa Marketing Worldwide. Este operador económico ha presentado tres compromisos de cese distintos: uno en el 2014⁸³, otro en el 2016⁸⁴ y el último en el 2019⁸⁵. En todas las ocasiones reconoció haber realizado actos de engaño y aprovechamiento del consumidor. Las medidas correctivas que se le han impuesto son rediseñar la publicidad de su producto, el retiro de la publicidad objeto de la investigación, realización de una auditoria de competencia y la contratación de un programa de Compliance de competencia y la remisión de un informe semestral respecto a la publicidad de los productos objeto de la investigación. Mientras que las medidas complementarias consistieron en realizar campañas publicitarias con relación al derecho de la competencia y el pago a un experto para que realice una conferencia. Incluso en el expediente SCPM-CRPI-066-2017 se impuso la medida de no reincidir en la conducta investigada, ni otra de las establecidas en la LORCPM. Sin embargo, volvió a realizar actos de engaño. Es evidente que hay operadores económicos que están abusando de su derecho a presentar compromisos de cese generando perjuicios a los consumidores que no han sido debidamente reparados.

Pese a que la doctrina es clara al excluir a los cárteles de tramitación por medio de este mecanismo⁸⁶, en el Ecuador los cárteles ocupan el segundo lugar de las conductas que más han hecho uso de este mecanismo, lo que evidencia una errónea aplicación del régimen que contraviene sus objetivos y los de la LORCPM. De los 12 operadores que presentaron compromisos de cese, especialmente por amañamiento de la oferta pública, 8 fueron aceptadas y 4 desestimadas. Esto demuestra que las prácticas restrictivas que afectan significativamente a la competencia y los consumidores están siendo eximidas de las sanciones correspondientes, creando una suerte de impunidad a los cárteles.

Ahora bien, primero se analizarán los casos de cárteles que propusieron compromisos de cese y fueron desestimados por la SCPM. Primero, uno de estos casos fue el del operador

⁸³ Ver, expediente No. 028-SCPM-CRPI-2014.

⁸⁴ Ver, expediente No. SCPM-CRPI-066-2017.

⁸⁵ Ver, expediente No. SCPM-CRPI-010-2019.

⁸⁶ Ver, 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.

económico Ecuaccesorios S. A⁸⁷ quien participó junto con NationalTire Experts S. A⁸⁸ en varios procesos de contratación pública. Dentro de la etapa de investigación se encontraron varios indicios de la participación conjunta como la vinculación accionaria y administrativa, a más de la participación desde la misma dirección IP. La razón por la que la propuesta de compromiso de cese de NationalTire Experts S.A fue aceptada y la de Ecuaccesorios S.A fue desestimada, se debe a que este último no realizó un reconocimiento expreso de la conducta.

En uno de estos procesos de contratación pública donde ambos participaron y NationalTire fue el ganador de la oferta, el monto de adjudicación fue por el valor de \$102.000,00⁸⁹. Mientras que el importe de subsanación que debió pagar NationalTire fue de \$7.239,38 después de descontarle el 40% al monto original por ser el primer operador económico en proponer un compromiso⁹⁰. Esto indica cómo la SCPM aplica mecánicamente los requisitos generales establecidos en el instructivo, ya que si hiciera uso de su potestad discrecional determinaría que no es adecuado el compromiso de cese tampoco para NationalTire, pese a que este sí aceptó los cargos imputados.

Los compromisos de cese que también fueron desestimados fueron propuestos por la cartelización de las farmacéuticas: Sionpharm⁹¹, Ginsberg Ecuador⁹² y Limerickpharma⁹³. De los expedientes respectivos se puede apreciar que las tres compañías presentaron sus respectivos compromisos de cese el mismo día, siendo este el 22 de febrero de 2016. Este hecho demuestra que con la intención de evadir una sanción incluso colaboraron entre sí para la rendición. En las resoluciones, la Comisión de Resolución de Primera Instancia (CRPI) hace un análisis de la importancia de las contrataciones públicas como herramienta de desarrollo y la necesidad de optimizar los recursos de Estado a través de un gasto eficiente del presupuesto público. Además, indica que las medidas impuestas por este régimen serán insuficientes frente a la gravedad de la conducta y el grado de complejidad del mercado⁹⁴.

⁸⁷ Ver, expediente No. SCPM-CRPI-0042-2018.

⁸⁸ Ver, expediente No. SCPM-CRPI-040-2018.

⁸⁹ Ver, Gobierno de Pichincha, Resolución de Adjudicación No. 1266-DGCP-2014, SIE-264-DGCP-14, 21 de octubre de 2014 (Adquisición de llantas para los vehículos livianos de la institución).

⁹⁰ Ver, expediente No. SCPM-CRPI-040-2018.

⁹¹ Ver, expediente No. SCPM-CRPI-2016-008.

⁹² Ver, expediente No. SCPM-CRPI-2016-007.

⁹³ Ver, expediente No. SCPM-CRPI-2016-009.

⁹⁴ Ver, expediente No. SCPM-CRPI-2016-008.

Si bien es acertada y correcta la decisión de continuar con la investigación dada la gravedad de la conducta, lastimosamente este caso no sirvió como un referente para la autoridad de competencia. Posteriormente, la CRPI aceptó todos los compromisos de cese de operadores económicos que aceptaron haber realizado acuerdos para falsear la competencia en un proceso de compras públicas. Es importante destacar que en ningún otro expediente se volvió a realizar el análisis acerca de la importancia de tener un mercado transparente y competitivo en los procesos de contratación pública. Es decir, la autoridad no utiliza su experiencia en la evaluación de los compromisos de cese, pese a que esta fuente es necesaria para la creación de precedentes administrativos que permita perfeccionar la aplicación del régimen y alcanzar los fines de la LORCPM.

En los 8 casos que la autoridad aceptó un compromiso de cese en cárteles, las medidas correctivas y complementarias han sido las mismas una y otra vez. La medida correctiva en todos los casos fue la cesación inmediata de la conducta anticompetitiva y cumplir con las normas de la LORCPM. Mientras que en solo dos ocasiones también se impone la presentación de una declaración juramentada en la que se compromete el operador económico a no tomar contacto entre competidores infractores⁹⁵. Respecto a la medida complementaria más empleada es la organización de un taller acerca de las buenas prácticas comerciales y la necesidad de la regulación de prácticas anticompetitivas⁹⁶, o en su defecto, la asistencia a un taller que determine la Intendencia de Abogacía de la Competencia sobre las conductas ilícitas realizadas por el infractor⁹⁷.

A pesar de que en todos los casos se ha impuesto un monto de subsanación, esta cantidad de dinero es relativamente baja y no tiene el efecto disuasorio de una sanción. Además, los cárteles han pagado montos significativamente menores a los valores económicos que han pagado los operadores económicos que incurrieron en actos de engaño. El monto de subsanación más alto fue la suma de \$61.701.75 en el caso del operador económico ADOLCIT S.A por haber infringido a la LORCPM en varios procesos de contratación pública en el año 2015⁹⁸. Como referencia en un proceso de contratación con el mismo objeto y realizado por el mismo ministerio el monto de

⁹⁵ Ver, expedientes No. SCPM-CRPI-2015-028 y SCPM-CRPI-040-2018.

⁹⁶ Ver, expedientes No. SCPM-CRPI-2015-028, SCPM-CRPI-2016-025, SCPM-CRPI-023-2017, SCPM-CRPI-040-2018.

⁹⁷ Ver, expedientes No. SCPM-CRPI-026-2017, SCPM-CRPI-027-2017, SCPM-CRPI-028-2017.

⁹⁸ Ver, expediente No. SCPM-CRPI-2015-028.

adjudicación fue de \$ 657.372,00 ⁹⁹. El importe de subsanación frente a este valor es mínimo, es decir, el daño no se ve subsanado ni tampoco se generan efectos disuasorios como si lo tuviese una sanción severa.

En un acuerdo para pactar el precio de la oferta en un proceso de contratación pública donde participaron 4 personas naturales, todas presentaron un compromiso de cese. Dos miembros del cartel, Margoth Soraya y Rosa Ichina, presentaron su propuesta de compromiso de cese el mismo día¹⁰⁰. Este hecho demuestra que no solo colaboraron en el amañamiento de la oferta pública, sino también en el empleo de este régimen. Es decir, acordaron beneficiarse de las ganancias obtenidas ilícitamente de la concertación y, posteriormente, eximirse de la sanción correspondiente del proceso sancionatorio explotando al régimen de compromiso de cese.

A lo anterior, se debe agregar que las 4 personas naturales que conforman el cártel no era la primera vez que cooperaban. De los hechos presentados en los expedientes correspondientes consta que han participado entre 3 y 6 procesos de contratación pública diferentes¹⁰¹. Por consiguiente, las medidas que fueron impuestas a todos que consistieron en el cese inmediato de la conducta, asistir a un taller sobre conductas anticompetitivas y el pago de un importe de subsanación de cantidades entre \$333,51¹⁰² y \$5.661,71¹⁰³ serán insuficientes para asegurar la disuasión. Incluso, en todos los casos se ha otorgado un descuento adicional atendiendo a qué orden propusieron los cartelistas el compromiso, lo que genera incentivos perversos para preferir este mecanismo y no los programas de clemencia que son los adecuados para tramitar cárteles que han decidido colaborar con la autoridad.

Por lo tanto, no se está ejerciendo la política sancionadora que busca disuadir a los demás operadores económicos de cometer infracciones futuras, a la vez que se reduce la eficacia de los programas de clemencia o la delación compensada y del procedimiento sancionador. Es decir, la admisión de cárteles por esta vía ha pervertido al régimen de compromisos de cese y ha distorsionado los efectos que políticas más útiles y adecuadas en estos casos, como es la política

⁹⁹ Ver, Ministerio de Educación, Coordinación Zonal de Educación Zona 4, Resolución No. 23-SIE-CZ4-005-2014, 20 de agosto de 2014, sección I.

¹⁰⁰ Ver, los expedientes No. SCPM-CRPI-026-2017 y SCPM-CRPI-027-2017.

¹⁰¹ Ver, expedientes No, SCPM-CRPI-023-2017, SCPM-CRPI-026-2017, SCPM-CRPI-028-2017 y SCPM-CRPI-027-2017.

¹⁰² Ver, expediente No. SCPM-CRPI-026-2017.

¹⁰³ Ver, expediente No. SCPM-CRPI-023-2017.

de delación¹⁰⁴. Mientras que también se ve perjudicado el efecto disuasorio que se logra mediante una sanción lo suficientemente alta para que sea una amenaza real y superior a las posibles ganancias que pueden tener los operadores económicos al realizar actos colusorios¹⁰⁵. Al igual que este mecanismo ha permitido a cárteles fácilmente evitar sanciones, también ha eliminado incentivos para que uno de los miembros del cártel delate a las demás empresas que fueron parte del acuerdo¹⁰⁶. Por lo tanto, la falta de ejercicio de la potestad discrecional ha dificultado la lucha contra cárteles.

Como se evidencia, las medidas correctivas y complementarias en compromisos de cese para casos de cárteles no difieren en gran medida de las impuestas para casos de prácticas desleales. Por lo que apenas tienen un poder correctivo mínimo, por no decir nulo, y marginal en la restitución de la competencia. Los remedios más empleados a más del importe de subsanación son naturalmente el cese de la conducta y la realización o asistencia a un taller sobre conductas anticompetitivas. Las medidas impuestas parecen una suerte de modelo que se usa reiteradamente sin tomar en cuenta características particulares del operador económico como su cuota de poder de mercado, el mercado relevante, el alcance del daño a los consumidores y a otros operadores económicos debido a la práctica restrictiva. Como se ha mencionado, al ser los cárteles la infracción más grave a las normas *antitrust* debe ser sancionados, contrarrestar sus ganancias ilícitas obtenidas por esta práctica y producir un efecto disuasivo del cometimiento de esta conducta en el futuro.

Es preciso señalar que pese a que no hay una norma específica que prohíba el uso de compromisos de cese en cárteles (ni en Ecuador ni en otros lugares del mundo), por medio de un análisis integral de las fuentes de derecho, así como los fines de normativa de competencia se sobreentiende que este tipo de conductas ni siquiera deberían poder pasar el primer filtro prescrito en la ley; es decir, la presentación de una propuesta de compromiso de cese porque no se cumple con los fines del régimen. Existe un consenso implícito para no admitir por esta vía a las

¹⁰⁴ Ver, 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-3.18.

¹⁰⁵ Ver, Foro latinoamericano de competencia Sesión I: Criterios para la imposición de multas por infracciones a la ley de competencia. Directorate for financial and enterprise affairs competition committee. Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), DAF/COMP/LACF (2013)4/REV, 28 de Agosto de 2013.

¹⁰⁶ Ver, 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-3.18.

infracciones más graves del Derecho de Competencia¹⁰⁷. Si la SCPM emplease su potestad discrecional no permitiría que los cárteles utilicen esta vía para exonerarse de la imposición de una sanción cuya finalidad es salvaguardar el interés público¹⁰⁸.

Tampoco se ha dado la debida apreciación de la potencialidad de cada propuesta de compromiso de cese para subsanar efectivamente los daños y perjuicios causados que apunten a la restitución de la competencia en el mercado y el bienestar de los consumidores. Asimismo, la autoridad no realiza un razonamiento profundo acerca de las razones jurídicas y económicas que justifiquen la terminación convencional del proceso principal, tampoco indica cómo las medidas sean efectivas para cesar la conducta anticompetitiva en el mercado relevante. En consecuencia, los compromisos de cese en cárteles han sido insignificantes para proteger los bienes jurídicos precautelados por la LORCPM que buscan el bienestar general. La falta de ejercicio de la potestad discrecional ha impedido cumplir con los fines del Derecho de la Competencia entre los que se encuentra proteger la libre competencia de los mercados, la innovación, uso eficiente de los recursos, entre otros.

Debido a que la evaluación de la idoneidad de una propuesta de compromisos de cese se ha vuelto mecánica e irreflexiva en lugar de ser discrecional, en la práctica los operadores económicos pueden recurrir con demasiada facilidad a la terminación convencional de un proceso sancionatorio. Esto ha puesto en riesgo a la adecuada y conveniente aplicación no solo de los compromisos de cese, sino también del Derecho de la competencia. Junto con esto se puede percibir que en varias ocasiones la SCPM adopta estos compromisos por comodidad. Esto es altamente criticado en la doctrina, ya que evidentemente implica seguir una política de resoluciones cortas, sin la debida motivación y fundamentación que por su naturaleza requieren estos actos administrativos¹⁰⁹. Además, que las medidas resultan insuficientes por la complejidad de los mercados relevantes y la gravedad de la infracción.

Las decisiones de compromisos de cese del año pasado, publicadas por la SCPM en promedio tienen una extensión de 9 páginas, mientras que las resoluciones de infracciones a la LORCPM del mismo año tienen en promedio 63 páginas porque en estas últimas hay un mayor

¹⁰⁷ *Id.*

¹⁰⁸ *Id.*

¹⁰⁹ Ver, 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-2.18.

desarrollo y fundamentación de los argumentos jurídicos y económicos que llevaron a la autoridad a tomar su decisión. Desde esta perspectiva, se obtiene una resolución de “menor calidad de la que se obtendría de una terminación formal del procedimiento con una declaración de prohibición”¹¹⁰. El uso constante de los compromisos de cese significa una reducción de decisiones sancionatorias.

En la práctica la admisión de compromisos de cese en cárteles ha demostrado el nulo ejercicio de discrecionalidad de la SCPM. Sin embargo, la necesidad de hacer uso de esta facultad es inminente considerando la gran cantidad de intereses en juego. No es suficiente con que la autoridad revise el cumplimiento de los requisitos generales porque, cómo se ha visto, se debe tomar en cuenta si es que la conducta debe ser sancionada por su gravedad, el efecto disuasorio y si las medidas van a ser suficientes para remediar los daños. En las resoluciones que aceptan los compromisos de cese para operadores económicos que han cartelizado, la SCPM no puede justificar a profundidad porque prefirió esta opción en lugar de un proceso sancionatorio y, por ello, en las resoluciones se ve una argumentación precaria e insuficiente.

4. Conclusión

Los compromisos de cese son un mecanismo jurídico que empleado correctamente garantiza el cumplimiento de las normas de competencia de manera efectiva, proporcionando una solución más rápida a las preocupaciones identificadas por las autoridades de competencia, reemplazando el proceso de investigación y sanción¹¹¹. Asimismo, conduce a ganancias en términos de restauración más temprana de la competencia y de ahorros de costos administrativos. Sin embargo, hay un riesgo de pérdida de sanciones y castigos más severos, disuasión, reparación de los daños, devolución de ganancias ilícitas, entre otras¹¹². Por lo tanto, a través de un análisis de legislación comparada, así como doctrinario existe un consenso generalizado y claro de excluir a las prácticas restrictivas provenientes de cárteles de ser tramitadas por esta vía.

Si bien en el régimen ecuatoriano existen varias áreas de mejora que merecen atención, de la falta de ejercicio de la discrecionalidad administrativa es de donde derivan los problemas más graves que se manifiestan notoriamente en la práctica. Del resultado de este análisis se ha podido evidenciar que los cárteles están explotando el sistema para lograr evitar sanciones de conductas

¹¹⁰ *Id.*, RB-2.16.

¹¹¹ *Ver*, Caso Alrosa, C- 441/07, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 29 de junio de 2009, párr. 35

¹¹² *Ver*, Wouter P. J. Wils, “Ten Years of Commitment Decisions Under Article 9 of Regulation 1/2003: Too Much of a Good Thing?”, *Concurrences Journal 6th International Conference 'New frontiers of antitrust'* (2015), 3-5.

especialmente graves. La discrecionalidad administrativa debe ser considerada como un elemento central en la valoración de los compromisos de cese. Esta discrecionalidad otorga un margen de maniobra sensato que permite aplicar el régimen a distintas circunstancias de hecho. No obstante, la autoridad prefirió reemplazar ese espacio por una aplicación mecánica de la ley. En ese intento, en lugar de aportar seguridad jurídica, creó un régimen que no captura el sentido de la LORCPM y contraviene sus fines. Es así como en la mayoría de las ocasiones no se han cumplido adecuadamente los fines de cesación y subsanación, al igual que no se ha garantizado la no repetición y la disuasión.

Por lo tanto, pese a que los compromisos de cese buscan ser una forma de afrontar los recursos limitados de la SCPM y ordenar sus prioridades de investigación, el incorrecto uso de la discrecionalidad administrativa desordena las prioridades mermando fines de la ley, a cambio de una falsa seguridad jurídica. La priorización objetiva y clara es primordial a fin de que los órganos de competencia operen de forma efectiva, cumpliendo sus objetivos empleando eficientemente los escasos recursos con los que cuenta. La falta de orden en la priorización tiene un impacto en las labores actuales de la SCPM, pero también en el progreso y crecimiento a futuro de los mercados y en el desarrollo del régimen de competencia del país.