

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho de la Empresa

**Análisis del futuro de los programas de clemencia en Ecuador, a partir
de la Resolución Nro. 2006 de la Secretaría General de la Comunidad
Andina de Naciones**

Evelyn Fernanda Vásquez Alarcón

Tutor: Patricio Francisco Pozo Vintimilla

Quito, 2020



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis de maestría

Yo, Evelyn Fernanda Vásquez Alarcón, autora de la tesis titulada Análisis del futuro de los programas de clemencia en Ecuador, a partir de la Resolución Nro. 2006 de la Secretaría General de la Comunidad Andina de Naciones. Mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de (magíster) en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico.

Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.

2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

16 de junio de 2020

Firma: _____

Resumen

En Estados Unidos y la Unión Europea los programas de clemencia han funcionado de tal manera que se ha vuelto un modelo digno de ser imitado, con el fin de obtener óptimos resultados en la detección de carteles.

La Secretaría General de la Comunidad Andina de Naciones el 28 de mayo de 2018, emitió la resolución nro. 2006, en donde se sancionó a empresas que previamente, a nivel nacional, se acogieron a programas de clemencia.

Por lo tanto, es necesario realizar un análisis para determinar la repercusión y riesgo que corre el sistema de delación compensada, sin olvidar que los carteles son secretos y los sistemas de persecución, por lo general, ineficaces.

Los carteles son acuerdos inestables e ilegales de difícil detección, por lo que, el generar incentivos que beneficien a quienes delaten el actuar anticompetitivo ante las autoridades de control facilitará el descubrimiento, desarticulación e imposición de sanciones al resto de miembros del cartel.

Se considera que el tema planteado es de incumbencia local, porque siendo el Ecuador parte de la Comunidad Andina de Naciones y la resolución nro. 2006, emitida por la Secretaría General del órgano comunitario, es jurisprudencia que puede ser aplicada a futuro en casos similares, por lo que se considera importante analizar el efecto que producirá en los programas de clemencia, principalmente, como incentivo de delación de carteles.

Pues, no va a importar si una empresa se somete a un programa de clemencia en un país miembro, si posteriormente la autoridad de competencia en el caso de Ecuador, la Superintendencia de Control de Poder del Mercado, al no tener los expedientes el carácter expreso de confidenciales, puedan ser notificados a la Secretaría General de la Comunidad Andina de Naciones, bajo la presunción de que un operador económico, esté adecuando su comportamiento a las infracciones tipificadas en la normativa andina y olvidando por completo el objetivo real del programa, que es incentivar a la delación.

Ante esto, las empresas involucradas en carteles no tendrán motivo alguno para auto denunciarse, pues incluso al hacerlo, todo lo dicho y entregado como testimonios y documentación, podrá usarse en una futura investigación por parte de la Secretaría General, y la multa que se buscaba evitar en un principio con la delación, se evaporará por la resolución sancionatoria que puede emitir la Secretaría General de la Comunidad Andina de Naciones.

El presente trabajo de investigación lo dedico a mis padres y hermanas, quienes desde el día que decidí venir a Quito a estudiar la maestría que hoy finalizo, fueron mi fuerza, apoyo y ayuda incondicional. Quienes me han alentado y empujado ahora y siempre a conseguir lo que me he propuesto.

Agradecimientos

Agradezco a Dios, a mi familia y a los amigos que hice durante este trayecto, por su compañía, apoyo y amistad.

A todos aquellos que me empujaron a culminar este proyecto de tesis; y, a mi tutor, por su ayuda y colaboración.

Tabla de contenidos

| | |
|---|-----------|
| <i>Introducción</i> _____ | 13 |
| <i>Capítulo primero Los programas de clemencia como importante herramienta para detectar carteles</i> _____ | 17 |
| 1. Definición _____ | 18 |
| 2. Origen y evolución de los programas de clemencia _____ | 20 |
| 2.1 Estados Unidos y su <i>leniency policy</i> _____ | 21 |
| 2.2 Europa y su política comunitaria _____ | 25 |
| 2.3 Referente Andino: Perú _____ | 31 |
| 3. Aspectos generales de los programas de clemencia. _____ | 36 |
| 3.1 Factores que incentivan a la denuncia de un cartel _____ | 39 |
| 4. El programa de clemencia en Ecuador _____ | 42 |
| 4.1 Funcionamiento y problemas del sistema en Ecuador _____ | 44 |
| <i>Capítulo segundo Análisis de la Resolución Nro. 2006 de la Secretaría General de la Comunidad Andina de Naciones</i> _____ | 55 |
| 1. Breve descripción del caso analizado. _____ | 55 |
| 2. Principales aspectos de las alegaciones de las partes sobre los programas de clemencia. _____ | 56 |
| 2.1 La competencia de la Secretaría General de la Comunidad Andina de Naciones. _____ | 56 |
| 2.2 La presunta violación del debido proceso y del derecho de defensa _____ | 58 |
| 3. Alcance del principio <i>non bis in idem</i> en el derecho comunitario _____ | 62 |
| 4. La legalidad de que el programa de clemencia sea aplicado por la Secretaría General de la Comunidad Andina de Naciones _____ | 71 |
| 5. Afecciones que podrían sufrir los programas de clemencia a partir de la Resolución Nro. 2006 de la Secretaría General de la Comunidad Andina de Naciones en el Ecuador _____ | 74 |
| <i>Conclusión</i> _____ | 87 |
| <i>Recomendaciones</i> _____ | 89 |
| <i>Bibliografía</i> _____ | 91 |
| Fuentes normativas _____ | 91 |
| Fuentes doctrinarias _____ | 94 |

Introducción

A nivel mundial los programas de clemencia han sido reconocidos como un mecanismo efectivo de ayuda a las autoridades de competencia, los cuales tienen como finalidad incentivar a los operadores económicos para que se auto incriminen y delaten la conducta anticompetitiva de la cual han formado parte, en conjunto con otros operadores económicos, a través de la formación de un *cartel*.

Es así, que se han convertido en una herramienta idónea en la detección de carteles, apoyando a la autoridad de competencia en su actividad investigadora, para sancionar, descubrir y evitarlos, aportando información y brindando apoyo para acreditar los hechos y conductas investigadas.

El 28 de mayo de 2018, la Secretaría General de la Comunidad Andina de Naciones –SGCAN–, dicta la resolución nro. 2006, mediante la cual se sancionó a las empresas colombianas Kimberly Colpapel S.A. y Productos Familia S.A.; y, a las empresas ecuatorianas Kimberly Clark del Ecuador S.A. y Productos Familia Sancela del Ecuador S.A., por haber incurrido en la conducta anticompetitiva tipificada en el literal a) y en el literal c) del artículo 7 de la Decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones –CAN– que textualmente dice: “Se presumen que constituyen conductas restrictivas a la libre competencia, entre otros, los acuerdos que tengan el propósito o el efecto de: a) Fijar directa o indirectamente precios u otras condiciones de comercialización; [...] c) Repartir el mercado de bienes o servicios [...]”¹.

Las empresas alegaron haberse sometido a programas de clemencia, con el fin de evitar una multa y cooperar con la autoridad competente para sancionar a los demás partícipes del cartel; sin embargo, a la luz de la presente resolución de la SGCAN, de nada sirvió el haberse acogido a este programa, pues la Secretaría General alega que el programa de clemencia al cual las infractoras se habían acogido en cada país miembro no es un mecanismo regulado por la normativa comunitaria, sino de carácter interno de los países, y al haber sido la investigación regional no tiene relevancia alguna.

Ante lo manifestado, nace la preocupación respecto de qué fin van a tener realmente los programas de clemencia y cómo repercutirá la resolución tomada por la SGCAN en ellos.

¹ Comunidad Andina de Naciones, *Decisión 608 Normas para la Protección y Promoción de la Libre Competencia en la Comunidad Andina*, Gaceta Oficial 1180, 29 de marzo de 2005, art. 7 literales a) y c).

Se evidencia como resultado la inobservancia por parte de este órgano supra regional respecto del verdadero significado y objetivo que buscan conseguir los programas de clemencia, que es básicamente la disuasión de las empresas a incurrir en el cometimiento de conductas anticompetitivas (carteles).

Frente a esto, es de vital importancia hacer referencia al carácter reservado y de confidencialidad del cual se supone que gozan los expedientes de delación, pues contienen documentos sensibles que auto incriminan a un operador económico.

En el presente caso, la Superintendencia de Control de Poder de Mercado del Ecuador –SCPM– sostiene haber remitido un expediente de investigación de oficio y no el que corresponde al de una exención de multa; sin embargo, debido al resultado obtenido en la resolución de la SGCAN es indispensable analizar si el actuar de la Superintendencia fue conforme a ley o no; esto en virtud de mantener el incentivo y la eficacia de los programas de clemencia como herramienta para sancionar, descubrir y evitar carteles.

Por lo manifestado, la presente tesis busca analizar el futuro de los programas de clemencia en Ecuador, a partir de la Resolución Nro. 2006 de la SGCAN, teniendo en consideración la importancia –como incentivo– de este programa y el hecho que las empresas alegaron haberse sometido a programas de clemencia, con el fin de evitar una multa y cooperar con la autoridad competente para sancionar a los demás partícipes del cartel; sin embargo, a la luz de la resolución de la SGCAN, de nada sirvió el haberse acogido a este programa, naciendo la preocupación respecto de qué fin van a tener realmente los programas de clemencia y cómo esta resolución podría afectar a la eficacia del mismo.

Los programas de clemencia han ganado fuerza como herramienta de uso vital para el descubrimiento, sanción y prevención de los carteles. Sin embargo, hay que tener presente que para poder prevenirlos es necesario contar con un efecto disuasivo, el mismo que debe ser suficiente, por ende, el decidir delatar ante las autoridades a un cartel debe ser más rentable para las empresas y las personas que seguir infringiendo la ley.

Para conseguir este objetivo, el presente trabajo de investigación se ha dividido en dos capítulos. En el primero se determinará la importancia de los programas de clemencia en la detección de carteles, explicar la eficacia que han tenido en la normativa estadounidense y la europea, así como el tratamiento que se ha dado en otro país de la región andina, tomando como referencia a Perú, para luego establecer, cómo podría replicarse en Ecuador, a través

de la detección de problemas que pudiera presentar la normativa actual al amparo de lo resuelto por la SGCAN en su resolución nro. 2006.

Posteriormente, en el capítulo segundo, se analizará al programa de clemencia, desde un estudio del alcance del principio *non bis in idem* en el derecho comunitario y el *trade off* entre el programa de clemencia y la legalidad de ser aplicado por la SGCAN en conjunto con el carácter de la confidencialidad que es de vital importancia en este tipo de programa. Finalmente, se establecerán las conclusiones y recomendaciones que surgieren del proceso de investigación.

Capítulo primero

Los programas de clemencia como importante herramienta para detectar carteles

Los programas de clemencia desde sus inicios –con el *antitrust* estadounidense– hasta la actualidad han ido evolucionando y adaptándose a la realidad de los lugares en donde han sido aplicados, buscando siempre perfeccionarse para llegar a cumplir su fin último, el detectar, sancionar y/o evitar la conformación de carteles empresariales, los cuales resultan ser uno de los fallos de mercado más dañinos y que le importa principalmente al derecho de la competencia.

Estos programas han sido a nivel mundial reconocidos como mecanismos utilizados e introducidos por las diferentes legislaciones de los países, para incentivar la delación de la conducta anticompetitiva cometida por operadores económicos; y es así que, se ha convertido en una herramienta idónea de detección de carteles, sirviendo de incentivo para que los infractores auto incriminados apoyen a la autoridad en su actividad investigadora, por contar con la capacidad para acreditar los hechos y conductas que son investigadas².

Según Barry Rodger y Angus MacCulloch, un cartel es: “*a group of conspirators pooling their production resources.*”³ Es decir, operadores económicos que con la finalidad de maximizar sus ganancias deciden juntar sus recursos de producción en lugar de competir entre sí para conseguirlo, confiando en el curso de acción acordado entre ellos, lo que lleva a la reducción de sus incentivos para proporcionar productos y servicios nuevos o mejores a precios competitivos, sin importarles que esto se da a costa del perjuicio de sus consumidores, quienes terminarán pagando un precio mayor por algo de menor calidad, afectando de esta manera la competencia.

Así también estos autores indican, que su mayor preocupación es que un grupo de productores conspiren o acuerden realizar un acto en conjunto que a la final termina produciendo el mismo efecto que un monopolio, es decir, obtiene dominio en el mercado, lo

² Patricia Pérez Fernández, “La problemática relación entre los programas de clemencia y las acciones derivadas de resarcimiento de los daños derivados de ilícitos antitrust”, *Indret Revista para el Análisis del Derecho*, n.º. 1, (Barcelona: Universidad de Castilla – La Mancha, 2013), 5, <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/262214/349396>

³ Traducción: “Un grupo de conspiradores que reúnen sus recursos de producción”. Barry Rodger y Angus MacCulloch, *Competition Law and policy in the European Community and United Kingdom*, (Londres: Cavendish Publishing Limited, 1999), 3.

que por lo general lleva a explotar y abusar de su posición de dominio, como obviamente se esperaría que lo hagan.⁴

1. Definición

Para un mejor entendimiento es indispensable comenzar indicando qué son los programas de clemencia. De esta manera, una vez se conozca su definición, podremos continuar ahondando en su importancia y relevancia para el derecho de la competencia, como herramienta de las autoridades e incentivo de los operadores económicos en la detección y/o delación de carteles.

Según la doctrina, los programas de clemencia son una “forma de cooperación que destaca por su desarrollo y generalización”⁵, esto debido a que “fomenta la colaboración de los propios infractores en la investigación del hecho ilícito, reconociéndoles, según el caso, una exención del pago de la multa o una reducción de su importe [...]”⁶, para lo cual, los operadores económicos están obligados a colaborar con las autoridades competentes y delatar a los demás partícipes, detallando las conductas anticompetitivas del cartel del cual formaba parte.

Wouters P. J. Wils sostiene que los programas de clemencia implican la concesión de inmunidad de las penas o la reducción de las sanciones, por la comisión de actividades anticompetitivas a cambio de la cooperación con las autoridades de competencia. La cooperación a la que se hace referencia puede consistir en informar, dar a conocer y/o proveer de pruebas respecto de las violaciones cometidas, y/o en reconocer y aceptar dichas violaciones para obtener la reducción de la pena⁷.

Por su parte, para Gary Becker la *disuasión* es una acción que involucra a la pena y a la probabilidad de ser atrapado. Por lo tanto, si el miedo al castigo aumenta también podría aumentar la disuasión. Se considera, que tal efecto podría lograrse a través de los programas

⁴ *Ibíd.*, 3.

⁵ Fernando de la Vega García, *La clemencia (leniency) en el derecho de la competencia (antitrust). Exención o reducción de multas en caso de cártel*, (Madrid: Dykinson S.L., 2017), 17.

⁶ *Ibíd.*, 17.

⁷ Wouter P. J. Wils, “The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages”, *World Competition Law and Economics*, vol. 32, No. 1, (2009), 4 <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=093116088071091125067087065091104089033069066016061000078027121065003103123097017000063039024035109012028121105020001004073020012000008073033120005110116083030080009014076064121025108110008070103112012023016118068019118096080101102081067012107074081&EXT=pdf>

de delación compensada, los cuales consisten en un conjunto propio de normas que prevén un trato más favorable e indulgente para los miembros del cartel que decidan presentarse y confesar sus actividades anticompetitivas ante la autoridad de competencia que corresponda⁸.

Es necesario indicar, que la eficacia de esta herramienta depende de las características específicas integradas en su diseño. Pues es de suma importancia tener en cuenta al momento de redactar un sistema de programas de clemencia no solo los factores que lo conformarán, sino también la forma en que estos factores se traducen en normas jurídicas e incentivos económicos.

Varios autores indican que para que un programa de clemencia sea beneficioso son necesarios tres elementos.

Primero, se requiere que exista una real eficacia e impulso por parte de las autoridades competentes para investigar, descubrir y sancionar a los carteles, pues si no existe una amenaza real el mecanismo no funcionará⁹.

Segundo, se debe contar con un sistema de sanciones, el cual debe ser lo suficientemente motivador como para que los infractores se vean en la necesidad de delatarse y acogerse a la clemencia, antes que continuar infringiendo la ley¹⁰.

En tercero y último lugar, el diseño mismo del programa de clemencia que se implemente, el cual implica el número de participantes que podrían beneficiarse de la clemencia, el porcentaje de reducción de las multas, hasta cuándo podría ser solicitado, la transparencia, confidencialidad y seguridad para someterse al programa, así como la protección del infractor frente a terceros, la misma que debe ser correctamente pensada y creada para conseguir la eficacia que se busca¹¹.

Para la introducción de esta herramienta, la cual ha sido muy útil en otras legislaciones, es importante determinar la contrapartida que existe entre la detección de carteles por parte de las autoridades de competencia y la disuasión que se puede incentivar a los partícipes de un cartel. En este sentido, existen dos características importantes que se

⁸ Gary Becker, "Crime and Punishment: An Economic Approach", *The Journal of Political Economy*, vol. 76, Nro. 2, (1968), 169–217. Citado en: Nicolo Zingales, "European and American Leniency Programmes: Two Models Towards Convergence?", *The Competition Law Review*, Vol. 5, No. 1, (2008), 6, <http://new.clasf.org/CompLRev/Issues/Vol5Iss1Art1Zingales.pdf>

⁹ Fernando de la Vega García, *La clemencia (leniency) en el derecho de la competencia (antitrust)*, 19-21.

¹⁰ *Ibíd.*, 19-21.

¹¹ *Ibíd.*, 19-21.

presentan en la persecución de carteles: primero, que la naturaleza misma de estas organizaciones llevan a que en la participación siempre haya más de un culpable y, segundo, que las autoridades de competencia tienen dificultad para detectar y obtener información completa de los carteles¹².

Siendo así, nace una necesidad por parte de las autoridades de competencia de incentivar a los partícipes de un cartel para que se auto incriminen y de esta manera obtener *ayuda* de primera fuente, la cual provendría de alguien que estuvo involucrado en uno de ellos y cuenta con toda la información, documentos y conocimiento de cómo operaba y/o lo continúa haciendo.

En definitiva se puede concluir, que los programas de clemencia son mecanismos, herramientas, instrumentos que se incorporan en las normativas de los países y que son utilizados por las autoridades de competencia, con el fin de generar un incentivo para los partícipes de carteles económicos y así propender a la auto incriminación de los infractores, todo esto a cambio de exenciones o rebajas en las sanciones que cada ordenamiento jurídico prevea para el ilícito cometido, consiguiendo de esta forma detectar, sancionar e inclusive disuadir la formación de carteles.

2. Origen y evolución de los programas de clemencia

En la actualidad existen dos programas de clemencia que son los más importantes a nivel mundial, —el estadounidense y el europeo— pues han desarrollado a través de los años y las experiencias un sistema operativo, funcional y que ha dado buenos resultados.

Estos sistemas han tenido éxito; sin embargo, cada uno tiene sus características particulares, las cuales dependen y se basan en el objetivo que busca el derecho de la competencia en cada una de estas naciones¹³.

Para lograr una correcta comprensión, se considera pertinente adentrarnos y explicar en qué consiste cada sistema en conjunto con sus particularidades; para luego analizar un sistema andino y compararlo con el ecuatoriano.

¹² Nicolo Zingales, “European and American Leniency Programmes: Two Models Towards Convergence?”, *The Competition Law Review*, Vol. 5, No. 1. (2008), 7, <http://new.clasf.org/CompLRev/Issues/Vol5Iss1Art1Zingales.pdf>

¹³ Carlos Alfredo Trujillo, “Análisis de la figura “Programa de Clemencia” en Derecho de competencia comparado. Parámetros para la aplicación en Ecuador”, *Foro Revista de Derecho*, n° 26, (Quito: UASB, 2016), 88, <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5806/1/07-TC-Trujillo.pdf>

2.1 Estados Unidos y su *leniency policy*

Los Estados Unidos fue el primer país en introducir un coherente sistema de competencia, más conocido como sistema *antitrust*.

Su normativa está básicamente conformada por tres normas: *The Sherman Act* de 1890, legislación promulgada para frenar las concentraciones de poder que interferían con el comercio y reducían la competencia económica, considerada la más importante; en 1914 el congreso aprobó dos medidas legislativas que respaldaban *The Sherman Act*, una de ellas fue *The Clayton Act*, la cual detallaba las disposiciones generales de *The Sherman Act* y especificaba muchas prácticas ilegales que contribuían o resultaban de la monopolización; la otra norma fue *The Federal Trade Commission Act*, la cual creó la Comisión Federal de Comercio, una agencia que tiene el poder de investigar posibles violaciones de la normativa *antitrust* y emitir órdenes que prohíben las prácticas de competencia desleal¹⁴.

The Sherman Act, –promulgada en 1890– cuenta con dos principales disposiciones, una de ellas prohíbe todos los contratos, combinaciones y conspiraciones que restrinjan irrazonablemente el comercio interestatal y el comercio exterior. Esta prohibición aplica también a cualquier acuerdo que se celebre con el fin de fijar precios, limitar la producción, repartirse mercados o excluir la competencia; mientras que la segunda disposición establece que serán ilegales todos los intentos por monopolizar cualquier parte del comercio en los Estados Unidos.

Se dice que un monopolio es ilegal cuando una sola empresa llega a obtener control del mercado de un producto o servicio, pero ese poder de mercado no es porque la calidad del producto o servicio sea superior, sino porque el operador económico ha eliminado la competencia a través de una conducta anticompetitiva.

La norma ha dispuesto que las empresas que violen la ley pueden ser disueltas por orden judicial; además, se les pueden dictar medidas cautelares para prohibir las prácticas ilegales. Las infracciones que involucran acuerdos entre competidores por lo general se castigan como delitos penales, con multa y prisión, pudiendo inclusive terceros que hayan

¹⁴ Barry Rodger y Angus MacCulloch, *Competition Law and policy in the European Community and United Kingdom*, 16.

resultado lesionados por la conducta anticompetitiva demandar por el triple de la cantidad de los daños y perjuicios causados¹⁵.

Posteriormente, en 1914 se promulga *The Clayton Act* –modificada sustancialmente en 1950– con el fin de respaldar y como una revisión de la legislación antimonopolio existente, *The Sherman Act*, la cual, por la cantidad de lagunas jurídicas que tenía, permitía que las grandes corporaciones participen en ciertos acuerdos restrictivos que, aunque no eran ilegales *per se*, daban como resultado concentraciones que tenían un efecto contraproducente en la competencia, pues las grandes empresas habían seguido creciendo y el control del dinero y el crédito en el país era tal, que unos pocos tenían el poder de hundir a la nación en un pánico financiero¹⁶.

Por esto, mientras que *The Sherman Act* solo declaró a los monopolios como ilegales, *The Clayton Act* se encargó de definir como ilegales ciertas prácticas comerciales que conducen a la formación de monopolios o que resultan de ellas, prohibiendo las fusiones o adquisiciones que puedan disminuir la competencia. Esta norma es de carácter civil que no establece sanciones penales.¹⁷

En el mismo año que se emitió *The Clayton Act* se dictó *The Trade Commission Act*, norma que prohíbe las conductas anticompetitivas en el comercio interestatal y a través de la cual se constituyó la Comisión Federal de Comercio –FTC– una agencia independiente del gobierno federal de los Estados Unidos, la cual se encarga de prevenir conductas comerciales ilegales, injustas o engañosas, como los acuerdos restrictivos de la competencia. Esta comisión no tiene autoridad para sancionar a los infractores, pero puede supervisar el cumplimiento de las leyes, realizar investigaciones, emitir acuerdos de cese y desistimiento, convocar a audiencias públicas, presentar demandas civiles y garantizar que se cumplan las órdenes judiciales¹⁸.

¹⁵ The Editors of Encyclopaedia Britannica, “Sherman Antitrust Act”, *Encyclopaedia Britannica*, <https://www.britannica.com/event/Sherman-Antitrust-Act>

¹⁶ George J. Stigler, “The Origin of the Sherman Act.”. *The Journal of Legal Studies*, 14, no. 1, (1985) 1-12, <http://www.jstor.org/stable/724314>.

¹⁷ The Editors of Encyclopaedia Britannica, “Clayton Antitrust Act”, *Encyclopaedia Britannica*, <https://www.britannica.com/event/Clayton-Antitrust-Act#ref282972>

¹⁸ Colleen Connolly-Ahern, “Federal Trade Commission”, *Encyclopaedia Britannica*, <https://www.britannica.com/topic/Federal-Trade-Commission>

Estas tres normas son las que rigen el derecho de competencia en los Estados Unidos; es decir, la normativa que se aplica cuando se dan casos de conductas anticompetitivas contrarias a la ley.

2.1.1 Características

En la sección primera de *The Sherman Act* se prohíbe las prácticas concertadas que restrinjan de forma irrazonable la competencia. Por ello, los acuerdos que involucran la fijación de precios, de ofertas, repartición de productos y mercados a través de un cartel, no tienen justificación alguna de eficiencia; por lo tanto, las autoridades de competencia consideran que sus conductas son irrazonables, es decir contrarias *per se* a la ley, esto debido a que "siempre o casi siempre tienden a restringir la competencia y a disminuir la producción"¹⁹.

Según la definición del diccionario Merriam Webster, *per se rule* es: “una norma que considera que un particular acuerdo restrictivo del comercio es manifiestamente contrario a la competencia y, por lo tanto, no requiere una investigación sobre el daño o las razones de su propósito para que un caso de estos sea declarado ilegal”²⁰ es decir, la conducta será sancionada automáticamente con independencia de sus efectos.

El sistema *antitrust* ha logrado el éxito con el que cuenta debido a la experiencia y a ciertas prácticas que han adoptado y aplicado, por lo que los Estados Unidos hace uso de tres medios de aplicación de la normativa *antitrust*:

- Acciones penales y civiles interpuestas por la División Antimonopolio del Departamento de Justicia;
- Acciones civiles presentadas por la Comisión Federal de Comercio; y,
- Demandas presentadas por terceros privados que afirman reclamos por daños ocasionados que pueden ser tres veces más de los daños reales.

¹⁹ Supreme Court of the United States, “Sentencia 485 U.S. 717, 723 (1988)”, caso *Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp.*, 19 de enero de 1988, citado en “Sentencia 551 U.S. 877 (2007)”, caso *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 3, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/551/877/> Traducción libre, texto original en inglés: “that would always or almost always tend to restrict competition and decrease output.”

²⁰ Merriam Webster, “per se rule”, *Law Dictionary*, <https://www.merriam-webster.com/legal/per%20se%20rule> Traducción libre, texto original en inglés: “a rule that considers a particular restraint of trade to be manifestly contrary to competition and so does not require an inquiry into precise harm or purpose for an instance of it to be declared illegal.”

Es así, que el control de las actividades anticompetitivas se ha dividido en las que lleva la División Antimonopolio del Departamento de Justicia, –DOJ–²¹ y las que lleva la Comisión Federal de Comercio, –FTC–²², agencias que comparten autoridad y que suelen tomar la iniciativa para investigar las fusiones de ciertas industrias, con la única finalidad: hacer cumplir la Sección 7 de *The Clayton Act*.

No se puede negar que entre ambas organizaciones existe cierta superposición de competencias, por lo tanto, suelen investigar los casos de acuerdo a la experticia de cada una²³. El Departamento de Justicia se dedica por ejemplo, a los casos de empresas de servicios financieros, telecomunicaciones e industrias agrícolas, mientras que la Comisión Federal de Comercio investiga las industrias de defensa, farmacéutica y de *retail*²⁴.

Pese a la posible superposición de competencias respecto de las investigaciones, cada una tiene las suyas propias. El Departamento de Justicia, i) puede solicitar se impongan sanciones penales; ii) tiene autoridad exclusiva para hacer cumplir *The Sherman Act*;²⁵ iii) comparte su autoridad para ejercer el cumplimiento de la normativa con las partes privadas,²⁶ iv) inicia las acciones directamente en el tribunal del distrito federal; y, v) puede solicitar medidas cautelares, pero no puede iniciar procedimientos administrativos²⁷.

Mientras que la Comisión Federal de Comercio i) puede remitir a las autoridades competentes pruebas para el inicio de procesos penales;²⁸ ii) puede regular algunas de las

²¹ Por lo general el Departamento de Justicia tiene autoridad sobre lo contemplado en: Estados Unidos, *15 US Code: Chapter 1: Monopolies and Combinations in Restraint of Trade*, § 21, <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/21>

²² Por lo general el Comisión Federal de Comercio tiene autoridad sobre lo contemplado en: Estados Unidos, *15 US Code “Chapter 1: Monopolies and Combinations in Restraint of Trade*, § 25, <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/25>

²³ Estados Unidos Federal Trade Commission, *How Mergers are Reviewed*, <https://www.ftc.gov/news-events/media-resources/mergers-and-competition/merger-review>

²⁴ CQ Press, *Washington Information Directory: 2013-2014*, (Estados Unidos: CQ Press, 2013), 474-477,

https://books.google.com.ec/books?id=GytzAwAAQBAJ&pg=PA477&lpg=PA477&dq=FTC+investigate+defense+industries+pharmaceuticals+and+retail.&source=bl&ots=TyluwLWVWP&sig=MJ5yyKebFs8aweyLN_GM49P9qUTs&hl=es&sa=X&ved=2ahUKewj3nOrf0t3cAhUEylMKHTxuCDIQ6AEwB3oECAyQAQ#v=onepage&q=FTC%20investigate%20defense%20industries%20pharmaceuticals%20and%20retail.&f=false

²⁵ Estados Unidos, U.S. Code, Title 15: Commerce and Trade, Chapter 1: Monopolies and Combinations in Restraint of Trade, §§ 1, 2, 4, <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/chapter-1>

²⁶ *Ibid.*, § 15 (a), <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/15>

²⁷ *Ibid.*, §§ 4, 25, <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/chapter-1>

²⁸ Estados Unidos, *15 US Code Chapter 2: Federal Trade Commission; Promotion of Export Trade and Prevention of Unfair Methods of Competition, Subchapter I: Federal Trade Commission*, § 46 (k), <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/46>

mismas conductas sancionadas por *The Sherman Act*, a través de acciones civiles;²⁹ iii) *The Federal Trade Commission Act* no contempla la posibilidad de plantear acciones civiles desde la iniciativa privada;³⁰ iv) regula los métodos de competencia desleal, actos o prácticas injustas o engañosas, etiquetado de productos así como temas de protección al consumidor;³¹ y, v) tiene la capacidad de iniciar los procesos con un procedimiento administrativo interno³².

Por lo indicado, el sistema amerita la aplicación de ciertas prácticas que han llevado a los Estados Unidos a consolidar su sistema *antitrust* como uno digno de ser imitado.

2.2 Europa y su política comunitaria

En el derecho comunitario europeo, las primeras apariciones de control de la competencia se dieron en el tratado de París, que regulaba exclusivamente los mercados del carbón y acero. Sin embargo, las principales disposiciones sobre competencia aparecen realmente con el Tratado de Roma de 1957, en donde se estableció la comunidad económica europea, a la cual actualmente se la conoce como comunidad europea, que posteriormente adoptó el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –TFUE– de 1992.³³

La comunidad europea se creó con el fin de evitar una nueva guerra y desde el punto de vista económico, buscó al menos unir a las personas, formando un mercado común de interdependencia entre los estados europeos. Para contar con un ambiente de competencia unificado y más o menos igualitario, se crearon reglas, que en parte sirven para prevenir que compañías establezcan barreras comerciales.

En la Unión Europea, el sistema de clemencia inicial nace inspirado en los programas estadounidenses, los cuales habían sido muy exitosos, es así que en el año 1996, se dicta la comunicación de la comisión relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los casos de cárteles, la cual no otorgaba suficiente certeza e inmunidad a las empresas³⁴.

²⁹ *Ibíd.*, § 45, <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/45>

³⁰ Véase: "Judicial Refusal to Imply a Private Right of Action under the FTCA." *Duke Law Journal*, Nro. 2, (Duke University School of Law, 1974), 506-25, <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2490&context=dlj>

³¹ Estados Unidos, *15 US Code Chapter 2: Federal Trade Commission; Promotion of Export Trade and Prevention of Unfair Methods of Competition, Subchapter I: Federal Trade Commission*, § 45, 45a, 45b, 45c, <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/chapter-2/subchapter-1>

³² Véase: *Ibíd.*, 45 (b), <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/45>

³³ *Ibíd.*, 18.

³⁴ Marta Cantero Gamito, "Leniency programmes in the antitrust fight", *Private Enforcement of Competition Law*, (España: UE/Gobierno de España/Instituto de Estudios Europeos/Lex Nova, 2011), 676 –

En el año 2002, la comunicación indicada fue sustituida por la comunicación de la comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en el caso de cartel, en la cual se incorpora que para acceder a la exención de la multa, la autoridad no debía conocer absolutamente nada respecto de la existencia del cartel, o si lo conocía, no contara con las pruebas suficientes para probar la infracción, las mismas que el denunciante debía aportar. Además, era necesario que el denunciante cooperara a un nivel absoluto con la comisión³⁵.

En el año 2015, con la reforma de la comunicación emitida en el año 2006, mejoró la transparencia y certidumbre de los programas, tornándose más eficaces, obteniendo así el programa de clemencia que actualmente rige en esta región.

Los programas de clemencia son un sistema utilizado por la Unión Europea como una de las mejores herramientas para combatir contra los carteles. El programa ofrece inmunidad total o una reducción en la multa administrativa, a quienes estén involucrados en un cartel – infracciones del artículo 101 del TFUE³⁶ – y lo denuncien, entregando evidencia del mismo, situación que difiere del sistema americano.

679,

https://books.google.com.ec/books?id=AdrAFwOTeioC&printsec=frontcover&dq=La+aplicaci%C3%B3n+privada+del+Derecho+de+la+competencia&hl=es&source=gbs_book_similarbooks#v=onepage&q&f=false

³⁵ *Ibíd.*

³⁶ Artículo 101 (antiguo artículo 81 TCE) 1. Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en: a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones; c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento; d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos. 2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho. 3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a: — cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas, — cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas, — cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que: a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos; b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate. Unión Europea, *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*, ESC 326/88, Diario Oficial de la Unión Europea, 26 de octubre de 2012.

En la Comunidad Europea se permite una reducción de la multa a otros participantes que, no siendo los primeros en denunciar, puedan aportar otras pruebas importantes a la investigación de la comisión.

Los programas de clemencia también son beneficiosos para la Comunidad Europea, pues permiten internarse en el seno de un cartel –los cuales son secretos– así como obtener información de la infracción del mismo. Además, que la política de clemencia tiene un efecto disuasivo en la formación de un cartel, pues puede desestabilizar su funcionamiento, porque genera desconfianza y sospecha entre los miembros del mismo.

Programa Modelo de Clemencia de la *European Commission*³⁷

La *European Commission* con la finalidad de contar con un procedimiento base, con elementos principales, debido a las competencias que ejercen paralelamente, tanto la Comisión Europea como las diferentes autoridades nacionales de competencia y la falta de armonización normativa, ha desarrollado un programa modelo de clemencia.

Este procedimiento busca que se otorgue seguridad jurídica a los potenciales delatores –aplicantes a un programa de clemencia– quienes pueden desanimarse al existir al respecto un sin número de discrepancias entre las naciones, pues la variedad de marcos normativos, procedimientos y sanciones en toda la Unión Europea hace que sea difícil adoptar un sistema uniforme.

Si un cartel comete una infracción en varios países la aplicación a un programa de clemencia debe hacerse en cada país que cuente con la competencia para aplicar el artículo 101 del TFUE; es decir, existirán múltiples aplicaciones, por lo que, el programa modelo busca otorgar un mayor grado de previsibilidad para los posibles solicitantes.

La experiencia de varios años de las diferentes autoridades de competencia ha sido la base del programa modelo, el cual tiene dos objetivos principales.

- i. Armonizar poco a poco los programas de clemencia existentes y ayudar a que sea fácil la adopción de estos en los países que no cuentan con el sistema; y,
- ii. Proporcionar un formato uniforme de aplicación, que sea corto, diseñado para disminuir la carga a las empresas y a las autoridades de competencia, frente a las múltiples aplicaciones que se dan en casos de carteles transfronterizos.

³⁷ European Competition Network, *ECN Model Leniency Programme*, 2012, http://ec.europa.eu/competition/ecn/mlp_revised_2012_en.pdf

Por lo que, a la presente fecha, la normativa vigente establece reglas para el uso e intercambio de la información entre la comisión y las autoridades de competencia de los países miembros.

Si una autoridad nacional inicia una investigación por una solicitud de clemencia, deberá informar a la Comisión y a otros miembros de la red. Sin embargo, la información proporcionada no podrá ser usada por otros países miembros, ni por la Comisión, para iniciar una investigación propia.

Finalmente, el programa modelo de clemencia es aplicable solo para empresas y no para sanciones respecto de personas naturales.

2.2.1 Características³⁸

La Comisión Europea, en el marco de aplicación del artículo 101 del TFUE:

1. Tiene la capacidad discrecional para decidir sobre qué y cómo llevar a cabo las investigaciones de un determinado caso, en base de si el mismo tiene o no interés comunitario³⁹ o si debe ser analizado por las autoridades nacionales; y,⁴⁰
2. Los procedimientos de investigación no están sometidos a un plazo de tramitación establecido, por lo que, una vez iniciada formalmente una investigación, la Comisión Europea puede dedicar a la misma todo el tiempo y todos los recursos que considere necesarios.

Por otro lado, es necesario señalar que en la Comunidad Europea con respecto a las acciones por daños, el programa de clemencia no protege a los solicitantes de las consecuencias civiles de su participación en el cartel.

La *Directiva 2014/104 / UE*⁴¹ sobre las acciones de daños por efectos de la cartelización tiene el propósito de asegurar que cada víctima del cártel pueda ejercer

³⁸ Directorate General for Competition European Commission, International Competition Network, “Cartel Leniency”, video de YouTube, canal de ICN Training on Demand, 2012, <https://www.youtube.com/watch?v=T-tNDvnrEIQ&t=15s>

³⁹ Unión Europea, *Comunicación de la Comisión sobre la tramitación de denuncias por parte de la Comisión al amparo de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea*, (2004/C 101/05), párr. 41, <http://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/sites/all/themes/competencia/files/pdfs/17.pdf>

⁴⁰ Unión Europea, *Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia*, (2004/C 101/03), [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0427\(02\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0427(02)&from=EN)

⁴¹ Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, *Relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea*, DIRECTIVA 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del

efectivamente su derecho de compensación. La *Directiva* confirma la responsabilidad de los solicitantes de clemencia; sin embargo, establece que solo quien recibe la inmunidad está exenta de responsabilidad solidaria por toda la infracción. Por lo tanto, responderá solidariamente solo ante sus clientes o proveedores directos o indirectos⁴². La *Directiva* también recoge la preocupación de la Comisión Europea por la protección de los expedientes de clemencia; en su artículo 6 numeral 6 literal a) prohíbe la exhibición de las declaraciones en el marco de un programa de clemencia a efectos de las acciones por daños.

Si bien la normativa no prohíbe que terceros presenten demandas por daños y perjuicios, el tema radica en quienes pueden hacerlo y si en los juicios podrán contar con las pruebas que los operadores económicos entregaron bajo un programa de clemencia, es así que con la reforma del año 2015 a la Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cartel, se incluyó, mediante el numeral 3, lo siguiente:

35 bis. En consonancia con el apartado 26bis de la Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE para la aplicación de los artículos 101 y 102 del Tratado, la Comisión no transmitirá en ningún momento a los órganos jurisdiccionales nacionales declaraciones de clemencia formuladas por empresas para su uso en las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Tratado (*). El presente apartado se entenderá sin perjuicio de la situación a que se hace referencia en el artículo 6, apartado 7, de la Directiva 2014/104/UE.⁴³

Es decir, la normativa se reformó para incluir una protección indispensable a los partícipes de un programa de clemencia, pues la reserva de información respecto de terceros que presenten demandas por daños y perjuicios garantiza una seguridad jurídica completa a quienes cooperan con la comisión, lo que otorga fuerza a los programas de delación compensada.

La normativa de la Comunidad Europea⁴⁴ indica que, para acceder a un programa de clemencia con inmunidad, el delator – que solo pueden ser empresas – debe:

Consejo, Diario Oficial de la Unión Europea L349/1, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014L0104&from=ES>

⁴² *Ibíd.*, art. 11 n 4 a)

⁴³ Unión Europea, *Modificación de la Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cartel*, Diario Oficial de la Unión Europea C 256/1, 5 de agosto de 2015, numeral 3, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015XC0805\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015XC0805(01)&from=EN)

⁴⁴ DIRECTIVA 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, Diario Oficial de la Unión Europea L349/1, art. II. A y B

1. Ser el primero en delatar al cartel, esto debido a que es la esencia de la inmunidad. En caso de no ser el primero y no calificar para la inmunidad, las empresas podrán acceder a una reducción de las multas,⁴⁵ dependiendo el orden de delación y la utilidad de la evidencia entregada. La reducción de la multa para el primero en cooperar será del 30% al 50%, para el segundo del 20% al 30% y para las empresas posteriores hasta el 20%⁴⁶.

En el sistema de la Comunidad Europea no existe un límite de empresas que puedan aplicar a un programa de clemencia y aportar con información que cuente con *valor añadido significativo –VAS–*⁴⁷

Además, que en la Unión Europea no existe sanción penal por infracciones a la normativa de competencia, la inmunidad a la que se refiere en el programa de clemencia es respecto de la multa administrativa que de otro modo habría sido impuesta.

Es preciso recalcar que en la Unión Europea no existen sanciones administrativas para los funcionarios de las empresas cartelizadas.

2. Proporcionar información a la Comisión para que esta pueda realizar inspecciones específicas o le permita evidenciar las infracciones cometidas a la normativa de competencia de la Unión Europea.

La información que se facilite debe brindar un VAS respecto de la que consta en el expediente de la Comisión al momento de su presentación; y,

3. Revelar su participación dentro del cartel, lo cual implica que el delator termine con la actividad infringida. En ciertos casos, la autoridad de competencia puede considerar necesario solicitar que el delator siga dentro de la organización para que continúe cooperando con la Comisión, esto con la finalidad de obtener evidencia que involucre al cartel, para lo cual toda actividad que realice el delator debe ser reportada;

⁴⁵ *Ibíd.*, art. III. A y B

⁴⁶ *Ibíd.*, art. III. A. (26)

⁴⁷ Valor Añadido Significativo – VAS - Se considera que las pruebas tienen un VAS cuando la información que se entrega, refuerza la capacidad de la Comisión para demostrar la infracción. Al respecto, cabe señalar, que es un criterio subjetivo, de carácter vago y difícil de valorar, el cual inclusive puede variar de caso en caso. Andrew Amos, “Impact of the European Commission’s Leniency Policy in Relation to Cartels”, *The New Jurist*, 12 de agosto de 2016, párr. 15-18, <http://newjurist.com/impact-of-the-european-commission-leniency-policy-in-relation-to-cartels.html>

además, que no debe destruir información ni revelar su solicitud de haberse acogido a un programa de clemencia.

En la Unión Europea, la identidad de los solicitantes de clemencia se mantiene en confidencialidad durante el procedimiento hasta que se emitan los cargos, pero una vez que la Comisión Europea emita la decisión final, las identidades serán dadas a conocer al público en general.

Así también, se establece que los tribunales nacionales no pueden ordenar la divulgación de las declaraciones bajo un programa de clemencia, y respecto de la información que se les facilite, deberán considerar: si el reclamo está respaldado por hechos y pruebas disponibles que justifiquen la solicitud de divulgación, el alcance y los costos de la divulgación; y, si la evidencia contiene información confidencial y qué arreglos existen para proteger dicha información⁴⁸.

2.3 Referente Andino: Perú

Es necesario hacer mención a una legislación de la región andina que se ha desarrollado en este ámbito, pues como se ha señalado previamente, los programas de clemencia nacieron en los Estados Unidos y en Europa, volviéndose un modelo digno de ser imitado en el resto del mundo.

Es así, que los países latinoamericanos han optado por imitar e introducir este sistema de clemencia en las legislaciones, siendo que me referiré al sistema aplicado en Perú, miembro de la Comunidad Andina de Naciones.

El derecho de competencia en el Perú se ha ajustado a las mejores prácticas internacionales, por lo que cuenta con dos organismos encargados de regular la competencia, el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones –OSIPTEL– el cual se encarga de los temas relacionados con el sector de las telecomunicaciones en el ámbito del derecho de competencia, y el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual –INDECOPI– que se encarga de regular el derecho de

⁴⁸ Matthew Levitt, Christopher Thomas and Falk Schöning, Hogan Lovells, “Cartel leniency in EU: overview Confidentiality and disclosure”, *Thomson Reuters Practical Law*, 3 de Agosto de 2020, [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/0-517-4976?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/0-517-4976?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1)

competencia respecto del resto de sectores de la economía del país y que se ha centrado principalmente en la persecución de los carteles.

Según la historia, las primeras apariciones del control de la competencia se dieron con la creación del INDECOPI, organismo de derecho público, con autonomía económica, técnica y administrativa que promueve el libre mercado y protege a los consumidores, quien se mantuvo con el decreto legislativo nro. 701⁴⁹ por casi 15 años, para en el año 2008 emitir la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, norma que ha sufrido varias reformas para llegar a la que tienen en la actualidad y que en el artículo primero se establece su finalidad, que dice: “La presente Ley prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores”⁵⁰.

La Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI se encarga de velar por el fiel cumplimiento de las leyes de competencia⁵¹. En el 2015, tras varias reformas a la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas se definió las principales características y reforzó al programa de clemencia; y con el fin de garantizar transparencia y seguridad jurídica al sistema de clemencia, el INDECOPI en el 2017, emitió una guía⁵² que establece plazos, reglas, condiciones y restricciones, que permite a los agentes económicos contar con las herramientas que maximizan los incentivos para que se acojan al programa de clemencia.

La norma en mención ha establecido tres ámbitos de aplicación, el subjetivo, objetivo y territorial, los cuales se encuentran regulados en los siguientes artículos de la ley:

El ámbito de aplicación subjetivo, regulado en el artículo 2, establece como agentes económicos a las: a) Personas naturales o jurídicas de derecho público o privado que oferten o demanden bienes o servicios, b) Las personas naturales que actúan en nombre y por encargo de las personas jurídicas, y, c) Las personas naturales o jurídicas, incluidos servidores

⁴⁹ Perú, *Eliminan las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia*, Decreto Legislativo 701, noviembre de 1991, <https://www.indecopi.gob.pe/documents/51771/196578/dl701.pdf/e179e02c-be5e-4bc4-acf6-a3d2f721e7bb>

⁵⁰ Perú, *Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas*, Decreto Legislativo 1034, 24 de junio de 2008, art. 1, <https://www.indecopi.gob.pe/documents/404159/3986900/D.S.+030-2019-PCM.pdf/c19b174e-59fa-7b02-acbd-5b2929d3c0f1>

⁵¹ Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas; y, la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico.

⁵² INDECOPI, *Guía del Programa de Clemencia*, (Perú: 2017), <https://www.indecopi.gob.pe/documents/1902049/3761587/Gu%C3%ADa+del+Programa+de+Clemencia.pdf/0a0d49ba-167d-f9f3-e878-b21c326b31ff>

públicos, que actúen como planificadores, intermediarios o facilitadores de una infracción de prohibición absoluta⁵³.

El ámbito de aplicación objetivo, regulado en el artículo 3, indica que no se someten a la ley aquellas conductas que resultan como consecuencia de la aplicación de una ley, sin perjuicio de los informes que se puedan emitir por parte del organismo encargado al respecto⁵⁴.

El ámbito de aplicación territorial, regulado en el artículo 4, sostiene que se aplicará la ley a las conductas que produzcan efectos anticompetitivos en todo o en parte del Perú, aun si se originó en el extranjero.

Específicamente, a más de los ámbitos indicados respecto de los programas de clemencia, el numeral 26.1 del artículo 26, indica:

Artículo 26.- exoneración de sanción: 26.1. Antes del inicio de un procedimiento administrativo sancionador, cualquier persona podrá solicitar a la Secretaría Técnica que se le exonere de sanción a cambio de aportar pruebas que ayuden a detectar y acreditar la existencia de una práctica colusoria, así como a sancionar a los responsables⁵⁵.

La normativa ha establecido un procedimiento claro para aplicar a los programas de clemencia; y conforme el numeral 26.2 del artículo 26 de la misma ley, deberá iniciarse con una solicitud por escrito, que tendrá el carácter de confidencial; luego de todo un proceso de calificación, en caso de existir varios solicitantes se indicará la prelación; y, si consideran que el solicitante ha aportado elementos relevantes, se negociará la firma de un compromiso de exoneración de sanción, en el cual se establecerá el alcance de la cooperación del solicitante, el compromiso de exoneración de la sanción, el deber de confidencialidad del organismo de control respecto de la identidad del solicitante, que si se incumple acarreará responsabilidades administrativas y penales al funcionario⁵⁶.

La norma prevé tres tipos de clemencias, estableciendo diferentes porcentajes de exoneración, según lo siguiente:

1. Si el agente económico es el primero en solicitar los beneficios y otorga indicios relevantes con los que no contaba el órgano de control será exonerado con el 100% de la multa aplicable, siendo además, que ninguna otra autoridad

⁵³ Perú, *Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas*, art. 2.

⁵⁴ *Ibíd.*, art. 3.

⁵⁵ *Ibíd.*, art. 26 numeral 26.1.

⁵⁶ *Ibíd.*, art. 26 numeral 26.2

administrativa podrá iniciar un nuevo procedimiento por infracción a las normas de libre competencia en relación con las conductas materia del beneficio⁵⁷.

2. Si el agente económico es el primero en solicitar los beneficios, estos serán en función de la utilidad de la información que se otorgue, frente a la información que posea el ente de control cuando se hace la solicitud; la exoneración podrá ir del 50% al 100% de la multa aplicable y siempre que se la presente antes de iniciado el procedimiento administrativo sancionador⁵⁸.
3. Si el agente económico delata el cartel ofreciendo información adicional a la presentada por solicitantes anteriores, que cuenten con valor agregado significativo, podrá obtener una exoneración de hasta el 50% de la multa aplicable y podrá presentarse incluso luego de iniciado el procedimiento administrativo sancionador, conforme el siguiente artículo:

26.3 (...) Otros agentes económicos que aporten información relevante podrán ser beneficiados con la reducción de la multa, si dicha información aporta un valor agregado significativo a las actividades de instrucción y sanción de la Secretaría Técnica y la Comisión.

La Secretaría Técnica analizará en cada caso la pertinencia de la reducción de la multa, de acuerdo con los siguientes rangos:

- a) El segundo solicitante de exoneración de sanción podrá recibir una reducción entre el treinta y el cincuenta por ciento (30 - 50%) de la multa que hubiese resultado aplicable.
- b) El tercer solicitante podrá recibir una reducción entre el veinte y el treinta por ciento (20 - 30%) de la multa que hubiese resultado aplicable.
- c) Los subsiguientes solicitantes podrán recibir una reducción máxima del veinte por ciento (20%) de la multa que hubiese resultado aplicable.⁵⁹

Por otra parte, es relevante hacer mención a la responsabilidad civil de los carteles, si bien la norma nos establece confidencialidad y exoneración de multas para aquellos que colaboren con la autoridad encargada, el numeral 26.6 del artículo 26 de la ley, sostiene: “26.6. La exoneración o reducción de la sanción aplicable no elimina ni limita la responsabilidad civil de los imputados por los daños y perjuicios ocasionados, de ser el caso”⁶⁰.

Es así, que la misma norma faculta al INDECOPI interponer demandas colectivas de daños y perjuicios en nombre de los consumidores; sin embargo, conforme lo sostiene la guía

⁵⁷ INDECOPI, *Guía del Programa de Clemencia*, 17.

⁵⁸ *Ibíd.*, 17

⁵⁹ Perú, *Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas*, art. 26, numeral 26.3 literales a), b), c).

⁶⁰ *Ibíd.*, art. 26 numeral 26.6.

del programa de clemencia, debe mantenerse la confidencialidad tanto del delator – colaborador como de la información que proporciona dentro del expediente de solicitud de beneficios, pues tiene como finalidad proteger al delator de represalias y evitar que la información aportada se use de manera que se vea expuesto a situaciones peores a si no hubiera delatado⁶¹.

El artículo 34 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas sostiene que solo la parte investigada que haya presentado denuncia de parte o terceros con interés legítimo podrán acceder al expediente de investigación, siempre que no haya sido calificado como confidencial. Sin embargo, luego de notificada la resolución final a los interesados, la información no confidencial de la resolución y del informe técnico serán públicas⁶².

Por su parte, el artículo 35 de la ley, sostiene que a solicitud de parte se podrá declarar la reserva de información que tenga el carácter de confidencial, ya sea un secreto comercial o industrial, también podrá declararse de oficio la reserva de la información que afecte la intimidad personal o familiar que pueda perjudicar a su titular y aquella que establezca la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Perú⁶³.

Al respecto de lo manifestado, la mentada guía de programas de clemencia establece la obligatoriedad de mantener expedientes independientes; es decir, la solicitud de beneficios –programa de clemencia– se deberá tramitar en un expediente confidencial distinto del expediente de investigación y en caso de incumplimiento, los funcionarios a cargo responderán por las responsabilidades administrativas y penales previstas para el caso.

En lo que respecta a las sanciones⁶⁴, se ha establecido que la forma en la cual la calculan no es del todo óptima, pues según la Organización para el Desarrollo Económico y la Cooperación –OCDE–:

Al calcular el monto de una multa, el Perú depende en gran medida del beneficio ilícito que se supone que el infractor ha obtenido como resultado de su conducta anticompetitiva. Es extremadamente difícil calcular el beneficio ilícito con precisión y aumenta el costo de los procedimientos, así como la exitosa defensa judicial de las decisiones. Como consecuencia

⁶¹ INDECOPI, *Guía del Programa de Clemencia*, 20.

⁶² Perú, *Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas*, art. 34.

⁶³ *Ibíd.*, art.35.

⁶⁴ *Ibíd.*, art. 46 y 47

de ello, la mayoría de las jurisdicciones a menudo se basan en un proxy simple como el valor de las ventas o los ingresos en el mercado relevante⁶⁵.

Finalmente, la OCDE considera que “el programa de clemencia de Perú ha despegado en los últimos años como resultado de reformas legales adoptadas luego de años de estancamiento. Estos desarrollos deben protegerse, en particular, preservando la integridad del programa y garantizando la confidencialidad de la información presentada”⁶⁶.

3. Aspectos generales de los programas de clemencia.

La conformación de los carteles implica cooperación entre los miembros, por lo que las autoridades del derecho de competencia han visto que enfrentar a los miembros a través de incentivos privados (programas de clemencia) los lleva a encontrarse en una situación lo más cercana al *dilema del prisionero*⁶⁷, lo que los desestabiliza, logrando de cierto modo que la relación que se supone sería a largo plazo entre estos, no sea permanente, pues existe el riesgo que uno de ellos delate al otro en busca de su propio beneficio.

Para que un cartel se sostenga en el tiempo y cumpla sus objetivos requiere de la cooperación de sus miembros, la misma que puede llegar a ser difícil de establecer y mantener.

El *dilema del prisionero*, es “un ‘juego’ particular entre dos capturados prisioneros que ilustran por qué la cooperación es difícil de mantener incluso cuando es mutuamente beneficioso”⁶⁸.

⁶⁵ OCDE, “Exámenes Inter-Pares de la OCDE y el BID sobre el Derecho y Política de Competencia”, (Perú: 2018), 2, <https://www.oecd.org/daf/competition/OECD-BID-examenes-inter-pares-derecho-y-politica-de-competencia-peru-2018-aspectos-clave.pdf>

⁶⁶ *Ibíd.*, 2.

⁶⁷ Dilema del prisionero: Es un problema de la teoría de juegos (economía), en donde se pone a dos sujetos en las mismas condiciones a analizar los incentivos entre dos opciones, cada jugador conoce lo fuerte que es el incentivo de romper lo pactado, lo que les lleva a buscar la mejor solución individual, pese a que su situación podría ser mejor si mantuvieran lo pactado. Juan Ventura Victoria, *Análisis estratégico de la empresa*, (España: Editorial Paraninfo, 2008), 105 - 107, https://books.google.com.ec/books?hl=es&lr=&id=geR_9VTPOM4C&oi=fnd&pg=PP1&dq=dilema+del+prisionero&ots=k3zynYYQy0&sig=q3WfpIwBMTNaHSQ2-Mwp45Q9gQI#v=onepage&q=dilema%20del%20prisionero&f=false

⁶⁸ N Gregory Mankiw, *Principles of Microeconomics*, (Estados Unidos: CENGAGE Learning, 2015), 353. Traducción libre, texto original en inglés: “a particular “game” between two captured prisoners that illustrates why cooperation is difficult to maintain even when it is mutually beneficial.”

Los miembros de un cartel frente a la situación descrita podrán establecer su *estrategia dominante*⁶⁹ por la conducta ilícita cometida; pues al existir programas de clemencia que incentivan a la delación, los partícipes se ven en la necesidad de establecer su estrategia para definir que es más beneficioso para sí mismos; sin embargo, si se mantuvieron en la cooperación podría resultarles más favorable.

Dentro de esta paradoja, pueden los miembros del cartel haber acordado no delatarse, sin embargo, la lógica del interés propio es más fuerte; llegando a establecer su estrategia dominante frente a lo que creen que hará la contraparte; por lo que, confiesan en busca del beneficio propio, pues al existir un incentivo que permite *inmunidad*, es lógico que se pretenda usarlo. En resumen, la estrategia dominante de cada miembro del cartel es delatar, a pesar de que lo que, en agregado, conviene a los miembros del cartel es que nadie delate.

Cuando entre empresas competidoras se dan acuerdos colusorios, generándose consecuencias negativas sobre la eficiencia económica, los intereses de los consumidores se ven afectados. La colusión da lugar a precios elevados, disminución de la innovación y merma en la calidad de los productos que, si hubiera competencia, no se diera.

El resultado del cartel es conjuntamente racional al momento de su nacimiento; sin embargo, cada miembro tiene un incentivo –programas de clemencia– para hacer trampa y delatar, llevando a un resultado inferior a las partes involucradas.

En la paradoja del *dilema del prisionero*, el interés propio impulsa a los prisioneros a confesar, que en el caso del cartel es ese mismo interés propio el que dificulta que se mantenga el resultado por la cooperación, la cual implica una baja producción, con precios altos y las ganancias de un monopolio⁷⁰.

Desde el punto de vista de los consumidores se espera la falta de cooperación entre los miembros del cartel, pues si bien puede ser bueno para ellos, es malo para quienes consumen los productos.

⁶⁹ Estrategia Dominante: Consiste en una estrategia que es mejor para un jugador en un juego independientemente de estrategias elegidas por los otros jugadores. N Gregory Mankiw, *Principles of Microeconomics*, 354.

⁷⁰ Ejemplo: El cartel de la OPEP, quienes a través de los años han venido acordando respecto de sus niveles de producción para mantener un precio alto por el petróleo, sin embargo, cada miembro del cartel se ve tentado a aumentar su producción para obtener una mayor participación en el beneficio total, pero, pese al acuerdo siempre terminan incumplidos.

La competencia entre los operadores económicos es la mejor opción para obtener una maximización del excedente total⁷¹; es decir, se asigna recursos de manera eficiente solo cuando los mercados son competitivos, y por ende, las empresas no coluden entre sí.

Es así, que al momento de establecer programas de clemencia eficaces se vuelve clave identificar los factores disuasivos de las empresas para la formación de carteles; o en su defecto, cuando existe uno, cuáles son los factores que actúan como incentivos que lleven a uno de sus miembros a que lo delaten. Desde el punto de vista económico, las empresas decidirán dependiendo si los beneficios de la colusión superan los costes de esta; así como, por el temor de que otro de los operadores del cartel lo haga antes.

Como se ha indicado previamente, los programas de clemencia nacen como una necesidad de las autoridades de clemencia de contar con una herramienta que permita el incentivo a los miembros de un cartel de delatar al mismo, a cambio de un beneficio para sí.

Es así que, debido a la dificultad en la detección de un cartel, dada la ilicitud de la conducta y las sanciones que las empresas participantes deben afrontar en el supuesto de que se pruebe su participación en el acuerdo colusorio, el programa de clemencia tiene como ventaja, facilitar a las autoridades de competencia la detección de carteles y evitar los perjuicios que ocasionan al mercado; es decir, incentiva la denuncia.

Además, también se puede considerar como ventaja el hecho que los programas de clemencia pueden generar disuasión respecto de la formación inicial de un cartel, esto debido a que cualquiera de sus miembros puede, en un determinado momento, decidir cooperar con las autoridades de competencia.

Por lo manifestado, es importante identificar el impacto de los programas de clemencia respecto de su percepción de efectividad en la desarticulación de carteles, como una herramienta de disuasión masiva con la que cuentan las autoridades de control contra las formas más perjudiciales de colusión entre empresas rivales en el mercado⁷².

⁷¹ Excedente Total: la suma del excedente del consumidor y del productor. El excedente total en un mercado es el valor total para los compradores de los bienes, que se mide en razón de su disposición a pagar, menos el costo total para los vendedores por proporcionar esos bienes. N Gregory Mankiw, *Principles of Microeconomics*, 145.

⁷² Revisar más en: Joan Ramón Borrell; Juan Luis Jiménez y Carmen García, “Evaluating Antitrust Leniency Programs”, *Journal of Competition Law & Economics*, nro. 10, (HeinOnline, 2014), 107 – 136.

3.1 Factores que incentivan a la denuncia de un cartel

Los programas de clemencia deben ser eficaces, por lo que los factores que incentivan a la denuncia deben corresponder a:⁷³

3.1.1 Eficacia de las autoridades administrativas responsables

Este elemento es indispensable a la hora de conseguir la delación, pues la empresa miembro de un cartel para que tenga el incentivo de delatar debe percibir una real probabilidad de ser detectado y sancionado.

La reputación de la eficacia de las autoridades de competencia es fundamental dentro de este sistema, aunque puede costar tiempo ganársela, implica el factor que lleva a la real percepción de su lucha contra los acuerdos colusorios, viéndose viable la disuasión de nuevos cárteles y la desestabilización de los ya existentes.

3.1.2 Las sanciones

En la lucha de las autoridades contra los cárteles son importantes los tipos de sanciones a las que se pueden ver enfrentadas las empresas que coluden y la gravedad de dichas sanciones, seguidas de una posible exención o reducción.

En lo que respecta a los tipos de sanciones, podemos considerar que dependiendo del sistema que se aplique (estadounidense o europeo), pueden ser de carácter económico y/o penal; y, aplicables a las empresas y/o a sus directivos (persona natural).

Las multas económicas implican los rubros establecidos por la autoridad del derecho de competencia de acuerdo a la normativa de cada región. Sin embargo, existen sanciones intangibles como el desprestigio y la pérdida de la reputación respecto de los productos de los miembros del cartel; y, sanciones penales, en la cual se debe asumir personalmente el riesgo de la conducta.

En lo que respecta a la gravedad de la sanción, cuantía, para que se acojan a un programa de clemencia y esta sea eficaz, debe ser considerada y calculada desde el punto de vista que la multa a imponerse no sea inferior al beneficio extraordinario obtenido de la colusión, pues esta es cierta y la multa no.

⁷³ J. A. Varela González, “Características y situación actual de la política de clemencia”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, n° 38, (2008), 203-247, <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/revistas/revistas38.pdf>

Sin embargo, en la práctica es diferente, pues si se aplicara la sanción óptima, que puede ser extremadamente alta, podría llevar incluso a la desaparición de la empresa, situación que no se busca por parte de las autoridades de competencia.

3.1.3 El propio diseño del programa de clemencia

La sola incorporación de un sistema de clemencia en la normativa de cada país lleva a que de plano exista desconfianza entre los miembros de un cartel. Sin embargo, una administración bien estructurada favorecería su inestabilidad.

El programa de clemencia debe ser implementado correctamente, pues como se mencionó previamente, su éxito dependerá de la real percepción de su eficacia.

En estos programas son relevantes características como:⁷⁴

i. Cuántos miembros pueden acogerse al programa de clemencia

Es indispensable determinar el número de miembros que puedan acogerse al programa, pues en caso de otorgarse a todos los que acudieran a solicitarlo, el programa perdería total eficacia, siendo necesario poner un límite de beneficiarios.

De los sistemas de clemencia estudiados previamente, se tiene que, se puede otorgar:

- Exención solo al primer miembro que delata (sistema estadounidense); lo que implica hasta cierto punto, que se pierde la posibilidad de acceder a más información valiosa que podrían proporcionar otros miembros, facilitando de esta forma el trabajo de las autoridades, lo cual justifica la siguiente viñeta.
- Exención al primer miembro que delata y reducción gradual de las sanciones a los siguientes que aporten con información que cuente con *valor agregado significativo*. (sistema europeo)

ii. Cuantía (exención o reducción)

Cuando el programa de clemencia permite que más de un miembro pueda acogerse al mismo es pertinente que se establezca un esquema de gradación de la reducción de las multas.

Estos programas fueron incorporados con la finalidad de buscar la primera delación, por lo que, quien lo haga deberá recibir un beneficio mayor, diferenciado de los siguientes, sino resultaría ineficaz, pues no habría el incentivo de ser *el primero* en delatar.

⁷⁴ *Ibíd.*, 215

En caso que existieran posteriores delaciones para compensar la información efectiva y de relevancia que se aporte a las autoridades, se establece una reducción progresiva del porcentaje de la sanción según el orden en el que se suman al programa hasta cuando el valor de la información que se entregue sea nulo.

iii. Hasta qué momento se pueden acoger a los beneficios del programa

Este punto resulta subjetivo, pues se ha considerado que el *momento* es aquel en el cual la autoridad de competencia ya dispone de información suficiente.

Siendo que los miembros de un cartel pueden acogerse al programa de clemencia antes que se inicie una investigación (primer denunciante) y luego de iniciada, con el límite que la autoridad considere; es decir, hasta que cuente con información suficiente.

iv. Transparencia y seguridad jurídica⁷⁵

Son elementos indispensables al momento de buscar el éxito y eficacia de un programa de clemencia, pues los denunciantes deben conocer de antemano las reglas del juego; es decir, deben tener la certeza respecto de lo que van a hacer y lo que ello implica.

Este ítem es uno de los elementos que la OCDE considera que un programa de clemencia debe tener para ser eficaz, y expresamente señala al respecto:

Las empresas deben ser capaces de prever con un alto grado de certeza, los beneficios disponibles y las obligaciones que asumirían a cambio de su exoneración total o parcial. Las empresas deben conocer de antemano, entre otras cosas: i) los requisitos para entrar en el programa y si existe o no un sistema de marcadores disponible; ii) si los beneficios (la exoneración total o parcial) son automáticos o están sujetos a algún tipo de evaluación por parte del organismo; iii) la cantidad de información o de pruebas que el organismo necesita para conceder los beneficios; iv) las garantías de confidencialidad disponibles para los solicitantes de clemencia⁷⁶.

Sin embargo, este aspecto resulta difícil, esto debido a que la autoridad de competencia valora cada una de las pruebas, quedando a su criterio si la información aporta un verdadero valor o en qué grado suma valor a la información con la que ya cuenta.

⁷⁵ Union Europea, *Commission Notice on Immunity from fines and reduction of fines in cartel cases*, 2006/C 298/11, art. IV, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:298:0017:0022:EN:PDF>

⁷⁶ Secretaría de la OCDE, “Programas de clemencia en América Latina y el Caribe: Experiencias recientes y lecciones aprendidas”, *Organización para el Desarrollo Económico y la Cooperación*, DAF/COMP/LACF(2016)5, 7 de abril de 2016, [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF\(2016\)5&docLanguage=Es](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF(2016)5&docLanguage=Es)

Es relevante la confidencialidad del expediente de delación, pues el miembro del cartel que reconoce su culpabilidad y entrega información incriminatoria, de no existir la reserva del caso, tendría muy difícil su defensa si se la usara en su contra.

En definitiva, el programa de clemencia será eficaz siempre y cuando exista la transparencia y seguridad para las empresas; es decir, saber que al delatar los actos colusorios, recibirá el beneficio ofrecido, así como que los expedientes mantendrán la reserva respectiva.

v. Cuándo se da la exención o reducción de la sanción

Al ser necesaria la transparencia y seguridad jurídica respecto del programa de clemencia, es necesario que la autoridad de competencia comunique a los beneficiarios de la exención o reducción de multa lo antes posible.

vi. Respetto de las reclamaciones de terceros por daños y perjuicios

Los programas de clemencia son exitosos por el monto del beneficio al cual acceden los delatores, pero la exención o reducción de la sanción afecta solo en la vía administrativa, no respecto de daños y perjuicios a terceros (competidores y consumidores), los cuales pueden ser exigidos por la vía civil.

Por lo general, los daños y perjuicios respecto de terceros no están protegidos por los programas de clemencia, llevando a que en caso de demandas, tengan que reconocer indemnizaciones por el actuar anticompetitivo que causó los daños, pudiendo considerarse no suficiente como para delatar y auto incriminarse.

Un principio fundamental para el éxito de los programas de clemencia es que la delación de buena fe de un miembro jamás sea más perjudicial que el no haberlo hecho.

4. El programa de clemencia en Ecuador

En el caso de Ecuador se incorpora el programa de clemencia a través de lo regulado en la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado – LORCPM –, la misma que en el artículo 83 indica:

Exención del pago de la multa. - [...] la Superintendencia de Control del Poder de Mercado eximirá a una persona natural o jurídica del pago de la multa que hubiera podido imponerle cuando:

- a. Sea la primera en aportar elementos de prueba que [...] le permitan ordenar el desarrollo de una inspección [...] siempre y cuando en el momento de aportarse aquellos no se disponga de elementos suficientes para ordenar la misma; o,

- b. Sea la primera en aportar elementos de prueba que, [...] le permitan comprobar una infracción del artículo 11, siempre y cuando, [...] no disponga de elementos de prueba suficiente para establecer la existencia de la infracción y no se haya concedido una exención a una empresa u operador económico o persona física en virtud de lo establecido en la letra a.

Para [...] conceda la exención [...] la empresa u operador económico o, en su caso, la persona natural que haya presentado la correspondiente solicitud, deberá [...]:

1. Cooperar plena, continua y diligentemente [...]
2. Poner fin a su participación en la presunta infracción en el momento en que facilite los elementos de prueba [...] excepto [...] la Superintendencia de Control del Poder de Mercado estime necesario que dicha participación continúe con el fin de preservar la eficacia de una inspección.
3. No haber destruido elementos de prueba relacionados con la solicitud de exención ni haber revelado, directa o indirectamente, a terceros distintos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, su intención de presentar esta solicitud o su contenido.
4. No haber adoptado medidas para obligar a otras empresas u operadores económicos a participar en la infracción.

La exención del pago de la multa concedida a una empresa u operador económico beneficiará igualmente a sus representantes legales, o a las personas integrantes de los órganos directivos y que hayan intervenido en el acuerdo o decisión, siempre y cuando hayan colaborado con la Superintendencia de Control del Poder de Mercado⁷⁷.

Continúa la regulación respecto de los conocidos programas de clemencia en el artículo 84 de la norma ibídem, la misma que señala:

Reducción del importe de la multa. - La Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá reducir el importe de la multa correspondiente en relación con aquellas empresas u operadores económicos o personas naturales que, sin reunir los requisitos establecidos en el inciso primero del artículo anterior:

- a. Faciliten elementos de prueba de la presunta infracción que aporten un valor añadido significativo con respecto a aquéllos de los que ya disponga la Superintendencia de Control del Poder de Mercado; y,
- b. Cumplan los requisitos establecidos en los números 1, 2, 3 y 4 del artículo anterior [...]

La aportación por parte de una empresa u operador económico o persona natural de elementos de prueba que permitan establecer hechos adicionales con repercusión directa en el importe de la multa será tenida en cuenta por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado al determinar el importe de la multa correspondiente a dicha empresa u operador económico o persona natural [...]⁷⁸

En el artículo 11 de la LORCPM se han establecido de forma abierta un sin número de posibles conductas colusorias, sin embargo, el artículo 8 del Reglamento General de

⁷⁷ Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*, Registro Oficial Suplemento 555, 13 de octubre de 2011, art. 83.

⁷⁸ *Ibíd.*, art. 84.

aplicación de la ley, establece de forma taxativa cuatro casos, en los cuales no existirá duda que se ha dado un acuerdo, decisión o práctica concertada que restrinja la competencia, los cuales son:

1. Fijar o manipular los precios de venta de mercado;
2. Repartir, restringir, limitar o controlar la producción, distribución y comercialización de productos;
3. Repartirse los clientes, proveedores o áreas geográficas; y,
4. Acuerdos entre proveedores del Estado en cualquiera de los procesos de contratación pública, buscando el beneficio propio o de otro.

Sin perjuicio de los casos mencionado, el artículo permite que se analice si otras conductas diferentes de las señaladas producen un efecto negativo en la eficiencia económica o el bienestar general.

4.1 Funcionamiento y problemas del sistema en Ecuador

La normativa ecuatoriana ha desarrollado un sistema híbrido, en el cual ha incorporado particularidades del sistema americano, como que es aplicable tanto para empresas como para personas naturales y del sistema europeo que las sanciones que se aplican son solo de carácter civil y no penal, entre otras⁷⁹.

Como se ha indicado previamente, los sistemas de clemencia deben cumplir ciertos parámetros para ser considerados eficaces, para el caso ecuatoriano, tomaremos como referencia los del numeral anterior del presente trabajo de investigación.

4.1.1 Eficacia de las autoridades administrativas responsables

En el Ecuador, la LORCPM, norma que regula el derecho de competencia en el país, entró en vigencia en el año 2011. Siendo que a partir de ese año, bajo el amparo de los artículos 83 y 84 de la norma en mención, se incorporan a nuestra legislación los programas de clemencia o delación compensada.

Como se ha manifestado previamente, la reputación de las autoridades de competencia es indispensable para que los carteles vean en ella una amenaza, una potencial aplicación de sanción por las conductas anticompetitivas que pudieran efectuar.

⁷⁹ Carlos Alfredo Trujillo, “Análisis de la figura “Programa de Clemencia” en Ecuador”, 87-105.

A la presente fecha en Ecuador, el órgano competente en la materia es la SCPM, la misma que ha realizado muy pocas investigaciones o descubrimientos de carteles, por lo que la experiencia, así como la reputación del organismo, aún está en desarrollo.

Además, cabe precisar que a partir de la resolución nro. 2006, emitida por la SGCAN, la SCPM del Ecuador indudablemente ha perdido credibilidad, ocasionando que los operadores económicos pierdan la confianza, consideren que no hay transparencia y menos aún seguridad jurídica en el actuar de la institución respecto de las conductas de las empresas en temas de derecho de competencia. Es decir, se ha dejado en una situación vulnerable y débil la eficacia del programa.

4.1.2 Las sanciones

En el Ecuador, la normativa vigente establece diferentes tipos de sanciones pecuniarias frente a las conductas anticompetitivas de los infractores, sean personas naturales o personas jurídicas.

De conformidad con el artículo 78 de la LORCPM, las infracciones pueden ser leves, graves y muy graves.

Para el caso que nos ocupa, son consideradas infracciones graves aquellas cometidas por carteles conformados por operadores económicos que no son competidores entre sí; y, son infracciones muy graves, las cometidas por carteles conformados por operadores competidores entre sí.

Estas organizaciones coluden respecto de las conductas establecidas en el artículo 11 de la norma en mención, siendo que para las infracciones graves, el literal b) del artículo 79 de la norma ibídem, contempla la sanción de una multa de hasta el 10% del volumen de negocios o entre 2.001 a 40.000 remuneraciones básicas unificadas – RBU –; y, el literal c) del mismo artículo 79, para las infracciones muy graves, contempla la sanción de una multa de hasta el 12% con multas superiores a las 40.000 RBU.

En caso que se diera la reincidencia, esta es considerada como agravante y el valor a pagar deberá ser nuevamente al menos el mismo valor de la multa.

Si los beneficios obtenidos como resultado de una conducta anti competitiva son superiores a los umbrales señalados se sancionará al infractor con un monto idéntico al del beneficio.

Las sanciones indicadas son aplicables a los operadores económicos; sin embargo, la normativa establece la imposición de multas personales de hasta 500 RBU a cada uno de los administradores, directores y representantes legales que intervinieron en la conducta anti-competitiva.

La LORCPM en su artículo 85 contempla las multas coercitivas, aplicables en caso de incumplimiento por parte de los infractores, sin perjuicio de las medidas de ejecución forzosa que permite el ordenamiento jurídico la SCPM del Ecuador tiene la atribución de imponer multas de hasta 200 RBU diarias hasta que se dé el cumplimiento de la sanción impuesta.

4.1.3 El propio diseño del programa de clemencia

i. ¿Cuántos miembros pueden acogerse al programa de clemencia?

En el caso de la normativa ecuatoriana, de la lectura de los artículos 83 y 84 de la LORCPM se puede colegir que nuestro país ha acogido el sistema europeo; es decir, que una sola persona natural o jurídica puede aspirar a una exención de multa; sin embargo, la norma no limita al número de operadores económicos o personas naturales que puedan acceder a una reducción de multa, eso sí, siempre y cuando la información aportada sea relevante y aporte con un *valor añadido significativo* a más de la entera colaboración para con el órgano de control.

ii. Cuantía (exención o reducción)

El artículo 83 de la LORCPM sostiene que: “la Superintendencia de Control del Poder de Mercado *eximirá a una* persona natural o jurídica del pago de la multa que hubiera podido imponerle [...]”⁸⁰, teniendo en consideración que la exoneración de la multa será solamente para la primera persona jurídica o natural que acuda ante la autoridad a denunciar la conducta anticompetitiva.

En el artículo 84 de la misma ley, se hace mención a una reducción de la multa para las personas jurídicas o naturales que aporten con información que contenga un *valor añadido significativo*, y señala como se calculará el porcentaje de reducción de la multa, siendo un descuento del 30% al 50% para el primero; del 20% al 30% para el segundo; y, de hasta el 20% para las sucesivas empresas o personas naturales⁸¹.

⁸⁰ Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*, Art. 83.

⁸¹ *Ibíd.*, Art. 84.

Es decir, la cuantía variará dependiendo de la posición en la cual se delate y se aporte con la información, mientras más *tarde* se acuda ante el ente de control menor será el porcentaje de reducción del importe de la multa, con el peligro de incluso no acceder a reducción alguna por no aportar información de importancia para la SCPM del Ecuador.

Es necesario referir que la normativa ecuatoriana ha considerado en el artículo 80 de la ley criterios para la determinación del porcentaje del importe de las multas, en el cual ha señalado taxativamente los siguientes:

- a. La dimensión y características del mercado afectado por la infracción.
- b. La cuota de mercado del operador u operadores económicos responsables.
- c. El alcance de la infracción.
- d. La duración de la infracción.
- e. El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos.
- f. Los beneficios obtenidos como consecuencia de la infracción.
- g. Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurran en relación con cada una de las empresas u operadores económicos responsables⁸².

iii. Hasta qué momento se pueden acoger a los beneficios del programa

Como se ha manifestado previamente, el momento hasta el cual se pueden acoger al beneficio, en el caso ecuatoriano, puede darse hasta antes de la emisión del informe de resultados de la etapa de investigación por parte de la SCPM; sin embargo, resulta subjetivo, pues la redacción de los artículos de la norma permiten la discrecionalidad de la autoridad para que sea el funcionario de turno quien determine si la información que se entrega por el delator, siendo el primero, aporta elementos de prueba que permitan ordenar una inspección⁸³ o comprobar una infracción,⁸⁴ siempre y cuando en el momento de aportarse los elementos la SCPM no disponga de elementos de prueba suficiente.

De igual manera sucede en lo que respecta al momento para acceder a la reducción del importe de la multa, pues al no ser los primeros, pueden acudir ante el órgano de control hasta cuando la autoridad de competencia considere que cuenta con la información suficiente y que la misma aporta con valor añadido significativo.

En resumen, existen dos momentos en los que los miembros de un cartel pueden acogerse al programa de clemencia, antes que inicie una investigación; y, cuando ya se ha

⁸² *Ibíd.*, Art. 80

⁸³ *Ibíd.*, Art. 83 literal a)

⁸⁴ *Ibíd.*, Art. 83 literal b)

iniciado, hasta cuando la autoridad considere que cuenta con información con valor añadido significativo suficiente.

iv. Transparencia y seguridad jurídica

La transparencia y seguridad jurídica luego de la resolución nro. 2006 de la SGCAN, como consecuencia del actuar de la SCPM del Ecuador, se encontraban en el limbo y respecto de lo cual se dieron varias críticas.

La normativa ecuatoriana, a la presente fecha, contempla en el artículo 47 de la LORCPM lo referente a la confidencialidad de los expedientes y dice que todos aquellos funcionarios que por sus labores tuvieren o llegaren a tener conocimiento de un expediente, están obligados a guardar confidencialidad⁸⁵.

Por su parte, el artículo 3 del Reglamento a la ley establece el principio de confidencialidad, que señala:

Confidencialidad de la información. - La información y documentos que haya obtenido la Superintendencia de Control del Poder de Mercado en la realización de sus investigaciones podrán ser calificados de reservados o confidenciales, de oficio o a solicitud de parte interesada. La Superintendencia establecerá el instructivo para su tratamiento en el marco de la Constitución y la ley⁸⁶.

El artículo transcrito remite a un instructivo, el Código de Ética de la SCPM, que en su artículo 3 incluye entre sus valores y principios, el literal k) Protección de datos de los usuarios, que señala: “Velar por el buen uso de los datos personales de los sujetos de control y de sus empleados, a guardar la confidencialidad o reserva de los mismos, utilizándolos solo para los fines institucionales previstos.”⁸⁷; y, el literal m), sigilo, del mismo artículo, sostiene:

Las servidoras y los servidores de la SCPM, utilizarán la información a la que tienen acceso en razón de su trabajo, única y exclusivamente para los fines permitidos por la ley dentro del ámbito laboral; no revelarán ni difundirán sin autorización expresa, información clasificada como reservada o confidencial, planes, programas, rutinas de trabajo u otros aspectos que estén vinculados con la gestión y control; no podrá disponer, guardar, archivar o reproducir información electrónica y documental con fines ajenos al ejercicio de sus funciones [...]”⁸⁸.

De conformidad con los artículos transcritos existe una obligación de confidencialidad, pues incluso, el artículo 65 del Reglamento a la ley, sostiene: “las partes

⁸⁵ *Ibíd.*, Art. 47

⁸⁶ Ecuador, *Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*, Decreto Ejecutivo 1152, Registro Oficial 697, 07 de mayo de 2012, reformado el 14 de julio de 2017, Art. 3

⁸⁷ Ecuador, *Código de Ética de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado*, Resolución SCPM-DS-065-2014, Registro Oficial 406, 30 de diciembre de 2014, Art. 3 literal k)

⁸⁸ *Ibíd.*, Art. 3 literal m)

podrán acceder al expediente y obtener copias individualizadas de todos los documentos que lo integren, a excepción de los secretos comerciales de otros interesados o terceros, así como de cualquier otra información confidencial.”⁸⁹

Pese a que la normativa prevé la confidencialidad respecto de la información, también se puede evidenciar la discrecionalidad que existe, pues queda al arbitrio y antojo del órgano de control qué se considera *información confidencial*, pudiendo esta serlo o no para quien le interesa su reserva.

Como hemos podido analizar previamente, para que los programas de clemencia puedan surtir el efecto que se busca, el sistema debe otorgar seguridad jurídica a quienes deciden concurrir y auto – delatarse. Estamos hablando de confesar una conducta ilícita, contraria a la normativa, que implica sanciones pecuniarias altísimas que podrían llevar incluso a la quiebra de ciertas empresas.

La seguridad jurídica de conformidad con lo que establece el artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador es aquella que otorga la previsibilidad, la certeza del derecho en el actuar administrativo, contar con normas previas, claras y públicas, las cuales permitan conocer de antemano el marco jurídico, los límites y consecuencias del actuar de los administrados.

Sin embargo, en la normativa ecuatoriana contamos con artículos que nos permiten establecer el alcance de la confidencialidad y reserva de los expedientes de forma general y luego de lo sucedido con la SGCAN y su resolución nro. 2006, el 8 de agosto de 2019 la autoridad de control emitió un nuevo instructivo para el otorgamiento de beneficios de exención o reducción del importe de la multa de la SCPM, en la cual, en su artículo 3 se ha incorporado norma expresa al respecto.

Por lo tanto, es indispensable que los posibles delatores sepan a ciencia cierta las reglas antes de delatarse, los programas de clemencia son de aquellos sistemas en los cuales es necesario contar con una tipificación a priori, pues además hablamos de derecho sancionatorio, que implica la imposición de multas pecuniarias frente a infracciones, las cuales deben ser previamente conocidas por los administrados.

Es pertinente señalar que este numeral está íntimamente relacionado con la responsabilidad respecto de las reclamaciones de terceros por daños y perjuicios ocasionados

⁸⁹ Ecuador, *Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*, Art. 65.

por las conductas anti – competitivas que sean sancionadas, lo cual será abordado en el numeral siguiente.

v. Respeto de las reclamaciones de terceros por daños y perjuicios.

En la parte pertinente del artículo 47 de la LORCPM, se dice que:

Quienes tomaren parte en la realización de investigaciones o en la tramitación de procedimientos o expedientes previstos en esta Ley o conocieren tales expedientes por razón de su cargo, labor o profesión [...] Sólo podrán informar sobre aquellos hechos o circunstancias a los Jueces, Tribunales y Órganos competentes de la Función Judicial y sólo por disposición expresa de juez o de los jueces que conocieren un caso específico, Función que mantendrá la confidencialidad de la información⁹⁰.

Por su parte, el artículo 71 de la misma ley establece:

Responsabilidad civil. - Las personas naturales o jurídicas que hubieren sufrido perjuicio por la comisión de actos o conductas prohibidas por esta Ley, podrán ejercer la acción de resarcimiento de daños y perjuicios conforme las normas del derecho común. La acción de indemnización de daños y perjuicios será tramitada en vía verbal sumaria, ante el juez de lo civil y de conformidad con las reglas generales y prescribirá en cinco años contados desde la ejecutoria de la resolución que impuso la respectiva sanción⁹¹.

Complementando lo transcrito, el artículo 79 del Reglamento de la LORCPM sostiene:

Responsabilidad civil.- El juez que dictamine sobre las acciones civiles previstas en el artículo 71 de la Ley, fundamentará su fallo en los hechos y calificación jurídica ya establecidos en la resolución que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado emita respecto a los asuntos que hubiere conocido⁹².

Es decir, de la lectura de los artículos se puede verificar que la exención o reducción de la sanción que contempla la normativa y que han sido explicados previamente afectan solo en la vía administrativa, no respecto de daños y perjuicios a terceros (competidores y consumidores), los cuales pueden ser exigidos por la vía civil, inclusive ordenando que el juez de la justicia ordinaria fundamente su sentencia condenatoria, en caso de serlo, en lo establecido en la resolución de la SCPM del Ecuador.

En el caso ecuatoriano, los programas de clemencia no protegen a los delatores respecto de posibles demandas de daños y perjuicios por parte de terceros afectados, pues puede llegar a tenerse que reconocer indemnizaciones por el actuar anticompetitivo que causó los detrimentos.

⁹⁰ Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*, Art. 47.

⁹¹ *Ibíd.*, Art. 71.

⁹² Ecuador, *Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*, Decreto Ejecutivo 1152, Registro Oficial 697, 07 de mayo de 2012, reformado el 14 de julio de 2017, Art. 79.

Además, que conforme lo que establece el artículo 87 de la LORCPM; y, 113 del Reglamento a la ley, las sanciones son públicas y dice que se pondrá en conocimiento la cuantía, nombre del infractor y la infracción cometida; es decir, no existe reserva alguna.

Sin embargo, queda la duda de si lo indicado aplica a aquellos que se han acogido a un programa de clemencia o solo respecto de aquellos infractores que nunca consideraron colaborar con la autoridad a través de esta herramienta de detección de carteles.

Así también, surge la pregunta de si por un lado tenemos normas de confidencialidad de los expedientes, ¿hasta qué punto llega esa confidencialidad?, pues a la final es la autoridad de competencia quien califica la reserva de los expedientes y de oficio los desclasifica; además, frente a la orden de un juez, no tienen otra opción que remitir la información.

La normativa ecuatoriana si bien cuenta con artículos que regulan la confidencialidad de los expedientes, los legisladores no midieron la importancia de incorporar expresamente el carácter de confidencialidad, hecho importantísimo que motiva los programas de delación compensada; es decir, que cuando una empresa se auto delata, el expediente conocido como *corporate statement*, documento donde se reconoce por parte de los infractores su conducta anticompetitiva,⁹³ no puede ser objeto de revelación (*disclosure*)⁹⁴.

vi. Cuando se da la exención o reducción de la sanción.

En la LORCPM, queda abierto al criterio de la autoridad la posibilidad de otorgar una exención o reducción de multa, dependiendo de si fue el primero en delatar o se considera que la información es relevante.

Se debe tener en consideración lo sucedido con el caso *Kimberly Clark y Productos Familia*, en el cual por no existir la seguridad jurídica que debería, se entregó a la SGCAN por parte del ente de control del Ecuador, información que ha *criterio* de la SCPM del Ecuador no calificaba para acogerse a un programa de clemencia.

Es así, que esto llevo a la decisión de imposición de multa a las empresas, cuando una de ellas efectivamente se acogió a un programa de clemencia en nuestro país, circunstancia

⁹³WouterP. J. Wils, “The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages”, 23 - 24.

⁹⁴ Carlos Alfredo Trujillo, “Análisis de la figura “Programa de Clemencia” en Ecuador”, 103.

obviada por los responsables, llevando a que en la actualidad este sistema haya perdido la confianza y seguridad que requiere.

Sin embargo, si nos remitimos al texto de los artículos de la LORCPM, podemos encontrar, que:

A. Para el caso de la exención de la multa, el momento dependerá de los siguientes supuestos:

1. Ser el primero en acudir ante la autoridad competente.
2. Que la información de prueba que se otorgue a la SCPM del Ecuador sea la primera; y:

3.1.4 Permita ordenar el inicio de una inspección al amparo de los artículos 48⁹⁵ y 49⁹⁶; y, respecto de una infracción del artículo 11⁹⁷, todos de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado.

⁹⁵ Art. 48.- Normas generales. - La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, antes de iniciar el expediente o en cualquier momento del procedimiento, podrá requerir a cualquier operador económico o institución u órgano del sector público o privado, los informes, información o documentos que estimare necesarios a efectos de realizar sus investigaciones, así como citar a declarar a quienes tengan relación con los casos de que se trate. [...] Sin embargo, en el caso de los acuerdos y prácticas prohibidas de conformidad con el artículo 11 de la presente Ley, si un operador económico o persona negare, dificultare o impidiere el acceso a información; dañare ocultare u omitiere información o entregase información falsa, fraudulenta, engañosa, falaz, fingida, artificiosa, irreal o dolosa requerida o relacionada al operador económico o persona en una investigación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, se invertirá la carga de la prueba a dicho operador económico o persona, sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en la ley.

⁹⁶ Art. 49.- Facultad de investigación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, a través de sus órganos internos, tendrá las siguientes facultades investigativas, las mismas que se ejercerán en el marco de la Constitución, la ley y el respeto a los derechos y garantías de los ciudadanos: 1. Exigir que se le presenten, para su examen, todos los valores, libros, comprobantes de contabilidad, correspondencia, registros magnéticos o informáticos, incluyendo sus medios de lectura, y cualquier otro documento relacionado con la conducta investigada o con las actividades inspeccionadas, sin que se pueda aducir reserva de ninguna naturaleza. 2. Notificar, examinar y receptor declaración o testimonio, a través de los funcionarios que se designen para el efecto, a las personas materia de investigación o a sus representantes, empleados, funcionarios, asesores, dependientes y a terceros, [...] Para ello, la declaración se efectuará con la presencia de un abogado [...]. 3. Realizar inspecciones, con o sin previa notificación, en los establecimientos, locales o inmuebles de las personas naturales o jurídicas [...] Cuando el lugar donde se realice la inspección sea el domicilio de una persona natural, se requerirá autorización judicial, [...] De ser necesario el descerrajamiento en el caso de locales o establecimientos que estuvieran cerrados, se deberá contar con autorización judicial en los términos de esta Ley. Cualquier otra información no relevante o ajena a la investigación, será mantenida hasta su devolución, con estricta reserva por parte de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado y sus funcionarios, siendo por tanto responsables del sigilo en que debe mantenerse en observancia del derecho a la intimidad de las personas.

⁹⁷ Se debe tener en cuenta, que se aplica a los 21 numerales del artículo 11, el cual establece que “[...]Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, y en general todos los actos o conductas realizados por dos o más operadores económicos, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o

- 3.1.5 Permita comprobar una infracción del artículo 11, siempre que la SCPM del Ecuador no cuente ya con información suficiente y no haya concedido una exención previa.
3. Además, el delator deberá:
- i. Cooperar con la autoridad de control de manera plena, continua y diligente durante todo el procedimiento administrativo.
 - ii. Finalizar su participación en el cartel, a menos que la SCPM del Ecuador considere que debe continuar infiltrado.
 - iii. No haber destruido evidencia respecto de la solicitud de exención ni haber revelado su intención de delatar a terceros; y,
 - iv. No haber obligado a terceros a cometer la infracción.
- B. Para el caso de la reducción del importe de las multas se deberá considerar los siguientes supuestos:
1. No haber sido el primero en delatar.
 2. Entregar información con valor significativo añadido respecto de la que ya tiene la SCPM del Ecuador; y,
 3. Cumplan con todo lo señalado en el literal A, numeral 3.

Por lo indicado, se puede concluir que existe un alto grado de subjetividad y discrecionalidad del ente de control para establecer a ciencia cierta el momento en el cual se otorga al delator su beneficio.

el bienestar general. Son nulos de pleno derecho los acuerdos, prácticas, decisiones y recomendaciones que, estando prohibidos en virtud de lo dispuesto en este artículo, no estén amparados por las exenciones previstas en la presente Ley [...]"

Capítulo segundo

Análisis de la Resolución Nro. 2006 de la Secretaría General de la Comunidad Andina de Naciones

1. Breve descripción del caso analizado.

Este caso, sustentado en la normativa contemplada en la Decisión 608 de la Comisión de la Comunidad Andina, consiste en que la SGCAN resuelve respecto de la petición de investigación realizada por la SCPM del Ecuador, quien adujo que existía un supuesto acuerdo entre dos grupos empresariales de alcance regional, Grupo Kimberly Clark (Colombiana Kimberly Colpapel S.A.; y, Kimberly Clark del Ecuador S.A) y Grupo Familia (Productos Familia S.A.; y, Productos Familia Sancela del Ecuador S.A.), para fijar precios y repartirse el mercado de papeles suaves en Ecuador y Colombia.

Al respecto, es necesario indicar que la SCPM del Ecuador recibió la delación del Grupo Kimberly Clark por haber acordado con el Grupo Familia fijar precios y repartirse el mercado; sin embargo, el 20 de octubre de 2016 la autoridad de control ecuatoriana decide remitir a la SGCAN el caso, por considerarlo a su criterio de alcance regional, procediendo a desclasificar de oficio información entregada por el operador económico bajo un programa de clemencia, ignorando las reglas de confidencialidad, así como los procedimientos básicos de la clemencia.

El actuar de la SCPM no tiene justificación ni motivación alguna, pues se procedió a desclasificar información confidencial, incriminatoria, inobservando la normativa interna ecuatoriana, considerada en la LORCPM. Además su proceder, puede incluso derivar en una posible reclamación de daños y perjuicios al ente del Estado por parte de las empresas perjudicadas.

Durante el proceso ante la SGCAN las autoridades de competencia de Perú y Colombia presentaron objeciones a la imposición de la multa e indicaron que previamente en cada país miembro los operadores económicos se habían acogido al beneficio de un programa de clemencia; no obstante, el equipo técnico de la Comunidad Andina de Naciones las ignoró, incluso recomendó que se les impusiese una sanción por el monto máximo permitido por sus estatutos, resultando en una cuantiosa imposición de multas por un total de más de \$34 millones de dólares contra el Grupo Kimberly Clark y Grupo Familia.

2. Principales aspectos de las alegaciones de las partes sobre los programas de clemencia.

Es necesario realizar un análisis de los argumentos de las partes en el desarrollo del caso, esto con la finalidad de determinar el alcance y afección de la resolución tomada por la SGCAN a los programas de clemencia.

Al respecto, fue la SCPM del Ecuador quien denunció a los operadores económicos ante la SGCAN, por presumir que se había dado un acuerdo para fijar precios (artículo 7 literal a) de la Decisión 608)⁹⁸ y repartirse el mercado de papeles suaves (artículo 7 literal c) de la Decisión 608)⁹⁹.

2.1 La competencia de la Secretaría General de la Comunidad Andina de Naciones.

Las empresas sancionadas adujeron que la SGCAN no era el órgano competente para conocer la causa, pues tanto la autoridad de control en la materia de Colombia; así como la de Ecuador, son los entes competentes para conocer y juzgar a los carteles conformados en cada país.

Ambos operadores, Grupo Kimberly Clark y Grupo Familia, manifestaron que en las conductas objeto de la investigación no se verificó la concurrencia del ámbito objetivo, pues no existió incidencia ni efecto real en el ámbito regional; es decir, las infracciones cometidas no traspasaron fronteras.

Además, que una vez que las autoridades de control, Superintendencia de Industria y Control de Colombia –SIC– y la Superintendencia de Control de Poder del Mercado de Ecuador – SCPM – asumieron la competencia en sus respectivos países, “la Comisión no debe interferir en la jurisdicción de las autoridades locales cuando estas enfrenten conductas anticompetitivas originadas en un país y que produzcan efectos en ese mismo país [...] aún si algunas de las compañías investigadas son las mismas en diferentes países andinos”¹⁰⁰.

⁹⁸ Decisión de la CAN - Artículo 7.- Se presumen que constituyen conductas restrictivas a la libre competencia, entre otros, los acuerdos que tengan el propósito o el efecto de: a) Fijar directa o indirectamente precios u otras condiciones de comercialización;

⁹⁹ Decisión de la CAN - Artículo 7.- Se presumen que constituyen conductas restrictivas a la libre competencia, entre otros, los acuerdos que tengan el propósito o el efecto de: c) Repartir el mercado de bienes o servicios;

¹⁰⁰ Comunidad Andina de Naciones, Secretaría General, *Resolución Nro. 2006*, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 3292, 28 de mayo de 2018, párr. 233.

Por su parte, la SGCAN sostuvo que era competente en virtud que la denuncia de la SCPM del Ecuador contenía argumentos y elementos probatorios, que a primera vista los consideraron suficientes respecto de la existencia de una supuesta conducta anticompetitiva, pues en base de la Decisión 608, la SGCAN puede iniciar de oficio o a petición de parte una investigación cuando existan indicios de una infracción en materia de libre competencia¹⁰¹.

Además, respecto del argumento de que las conductas fueron independientes y produjeron efectos exclusivamente en cada país, la SGCAN motivó que las mismas responden a temas sustantivos que deben ser resueltos luego de la respectiva investigación y en caso que no se pudiera verificar el alcance regional de las infracciones se procederá a declarar sin lugar la denuncia, más no procede la declaratoria de incompetente cuando existen indicios de una posible conducta anticompetitiva de alcance andino.

Finalmente, sostienen que los órganos nacionales de control, en legítimo uso de sus facultades soberanas, cedieron la competencia a la SGCAN al momento de denunciar y solicitar que sea este órgano quien proceda con la investigación de las supuestas infracciones cometidas por los operadores económicos en el sector de los papeles suaves, por considerar que la conducta cometida en Ecuador podría tener injerencia en otro país, teniendo presente además, que la norma andina tiene supremacía sobre la nacional.

Se considera, que en base de lo argumentado tanto por los operadores económicos como lo motivado por la SGCAN, con base en los artículos 5 literal a)¹⁰², 7¹⁰³, 10¹⁰⁴, de la

¹⁰¹ Comunidad Andina de Naciones, *Decisión 608 Normas para la Protección y Promoción de la Libre Competencia en la Comunidad Andina*, Gaceta Oficial, 29 de marzo de 2005, art. 10.

¹⁰² Decisión 608 CAN - Artículo 5.- Son objeto de la presente Decisión, aquellas conductas practicadas en: a) El territorio de uno o más Países Miembros y cuyos efectos reales se produzcan en uno o más Países Miembros, excepto cuando el origen y el efecto se produzcan en un único país [...]

¹⁰³ Decisión 608 CAN - Artículo 7.- Se presumen que constituyen conductas restrictivas a la libre competencia, entre otros, los acuerdos que tengan el propósito o el efecto de: a) Fijar directa o indirectamente precios u otras condiciones de comercialización; b) Restringir la oferta o demanda de bienes o servicios; c) Repartir el mercado de bienes o servicios; d) Impedir o dificultar el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado; o, e) Establecer, concertar o coordinar posturas, abstenciones o resultados en licitaciones, concursos o subastas públicas. Se excluyen los acuerdos intergubernamentales de carácter multilateral.

¹⁰⁴ Decisión 608 CAN - Artículo 10.- La Secretaría General podrá iniciar investigación de oficio o a solicitud de las autoridades nacionales competentes en materia de libre competencia o de los organismos nacionales de integración de los Países Miembros, o de las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, organizaciones de consumidores u otras entidades cuando existan indicios de que éstos han realizado conductas que pudieran restringir de manera indebida la competencia en el mercado.

Decisión 608; y, los artículos 93¹⁰⁵ y 94¹⁰⁶ del Acuerdo de Cartagena, se otorga la facultad y competencia a la SGCAN para poder investigar y sancionar si fuere el caso.

Si bien el órgano andino fue competente para conocer el caso, conforme lo sostuvo en la resolución nro. 1908,¹⁰⁷ esto no implica que el actuar de la SCPM del Ecuador, al haber desclasificado información que en amparo del artículo 83 de la LORCPM Kimberly Clark entregó dentro de un programa de clemencia, haya sido el correcto.

El ente de control ecuatoriano pudo haber denunciado, pero jamás haber remitido la documentación que fue entregada bajo un programa de clemencia, pues al hacerlo violó derechos como la confidencialidad y el no auto incriminarse.

Sin embargo, la SGCAN resolvió en base de información considerada *confidencial* y que fue indebidamente desclasificada, irrespetando el principio de confidencialidad y el derecho de no auto incriminación, ocasionando un grave daño no solo a los operadores económicos en concreto, sino a todo un sistema implementado que tiene la finalidad de incentivar a la delación de carteles.

2.2 La presunta violación del debido proceso y del derecho de defensa

Las partes investigadas en su argumentación sostienen que existe una violación al debido proceso y derecho a la defensa.

Lo defienden debido a que la SCPM del Ecuador, en un primer momento, luego de archivar varios expedientes investigativos sobre la actividad anti competitiva delatada por Kimberly Clark bajo un programa de clemencia; emite la resolución nro. SCPM-IG-DES-001-2016, en la cual el Intendente General de la SCPM decide desclasificar información

¹⁰⁵ Acuerdo de Cartagena - Artículo 93.- Antes del 31 de diciembre de 1971 la Comisión adoptará, a propuesta de la Secretaría General, las normas indispensables para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la Subregión, tales como “dumping”, manipulaciones indebidas de los precios, maniobras destinadas a perturbar el abastecimiento normal de materias primas y otras de efecto equivalente. En este orden de ideas, la Comisión contemplará los problemas que puedan derivarse de la aplicación de los gravámenes y otras restricciones a las exportaciones. Corresponderá a la Secretaría General velar por la aplicación de dichas normas en los casos particulares que se denuncien.

¹⁰⁶ Acuerdo de Cartagena – Art. 94.- Los Países Miembros no podrán adoptar medidas correctivas sin ser autorizados previamente por la Secretaría General. La Comisión reglamentará los procedimientos para la aplicación de las normas del presente Capítulo.

¹⁰⁷ Comunidad Andina de Naciones, Secretaría General, *Resolución Nro. 1908*, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 2928, 22 de febrero de 2017.

proporcionada por este operador económico, la cual estaba contenida en los varios expedientes administrativos de investigación¹⁰⁸.

Al respecto es preciso señalar, que la desclasificación de las pruebas entregadas de forma voluntaria, característica principal de un programa de clemencia, viola los artículos 66 numeral 19 de la Constitución de la República,¹⁰⁹ artículo 47 de la LORCPM,¹¹⁰ y, artículo 3¹¹¹ y artículo 65¹¹² del Reglamento a la ley, por usar de forma abusiva y arbitraria información incriminatoria sobre un potencial ilícito y entregar en su totalidad a la CAN, habiéndose declarado y entregado bajo el expreso entendido de que se encontraba amparada por el programa de delación compensada.

Luego de emitida la resolución en mención, sin haber sido debidamente notificada a las partes involucradas y posiblemente perjudicadas, la SCPM del Ecuador procede a emitir una denuncia dirigida a la CAN para que investigue sobre supuestas prácticas restrictivas de la libre competencia a nivel regional utilizando los mismos documentos que Kimberly Clark voluntariamente entregó como parte del proceso de un programa de clemencia, lo cual está contemplado en el artículo 83 de la LORCPM y que jamás fue notificado a las partes.

¹⁰⁸ Ecuador Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo Nro. 2 con sede en la ciudad de Guayaquil, “Sentencia”, en *Juicio n°: 09802-2017-00197*, 19 de septiembre de 2018.

¹⁰⁹ Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: 19. El derecho a la protección de datos de carácter personal, que incluye el acceso y la decisión sobre información y datos de este carácter, así como su correspondiente protección. La recolección, archivo, procesamiento, distribución o difusión de estos datos o información requerirán la autorización del titular o el mandato de la ley.

¹¹⁰ Art. 47.- Deber de secreto y reserva- Quienes tomaren parte en la realización de investigaciones o en la tramitación de procedimientos o expedientes previstos en esta Ley o conocieren tales expedientes por razón de su cargo, labor o profesión, están obligados a guardar confidencialidad, reserva y secreto sobre los hechos de que hubieren tenido conocimiento a través de ellos, en aplicación de las normas de este capítulo. La obligación de confidencialidad y secreto se extiende a toda persona que en razón del ejercicio de su profesión, especialidad u oficio, aun cuando no formare parte de la Superintendencia, llegare a conocer de información contenida en los expedientes, investigaciones y denuncias fundadas en las disposiciones de la presente Ley y en las leyes y reglamentos de la materia. Sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales, que pudieren corresponder a los infractores del deber de sigilo, confidencialidad o secreto, la violación de este deber se considerará como causal de destitución. Sólo podrán informar sobre aquellos hechos o circunstancias a los Jueces, Tribunales y Órganos competentes de la Función Judicial y sólo por disposición expresa de juez o de los jueces que conocieren un caso específico, Función que mantendrá la confidencialidad de la información.

¹¹¹ Art. 3.- Confidencialidad de la información. - La información y documentos que haya obtenido la Superintendencia de Control del Poder de Mercado en la realización de sus investigaciones podrán ser calificados de reservados o confidenciales, de oficio o a solicitud de parte interesada. La Superintendencia establecerá el instructivo para su tratamiento en el marco de la Constitución y la ley.

¹¹² Art. 65.- Acceso a información del expediente. - Durante la tramitación del procedimiento en la etapa de investigación, las partes podrán acceder al expediente y obtener copias individualizadas de todos los documentos que lo integren, a excepción de los secretos comerciales de otros interesados o terceros, así como de cualquier otra información confidencial.

Según el artículo 65, inciso primero¹¹³ y la disposición general tercera, inciso segundo¹¹⁴ de la LORCPM un acto administrativo se presume legítimo y está llamado a cumplirse desde su notificación; es decir, requiere de ella para que surta efectos jurídicos y sea eficaz.

En los programas de clemencia, la confianza es el elemento vital para que proceda la delación que la autoridad de control busca, esta confianza, no solo es de carácter personal sino de carácter legal, que se traduce en la seguridad jurídica que contempla el artículo 82 de la Constitución de la República¹¹⁵, norma que otorga a todos la certeza del derecho y que establece los límites del actuar.

Es decir, al existir la tipificación del artículo 83 de la LORCPM, en la cual se establece la posibilidad de delatar un actuar anti competitivo, auto incriminarse respecto de conductas contrarias al derecho de competencia con la seguridad jurídica de al ser el primero en hacerlo obtener una exención total de la multa y en amparo del artículo 47 de la norma *ibídem*, la debida reserva y confidencialidad respecto de todo aquello que se revele.

Por su parte la SCPM del Ecuador, desde mi punto de vista, argumenta y sustenta su ilegítima desclasificación de forma errónea, al sostener:

La Superintendencia de Control de Poder de Mercado al desclasificar la información de uso reservado no ha violentado ningún precepto constitucional, tampoco las normas regionales referidas a los artículos 11 y 24 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, toda vez que, nunca divulgó ninguna información de carácter personal relacionada con su honra o dignidad, ni de su entorno familiar, reputación. La información desclasificada tampoco divulga como ya lo habíamos señalado secretos empresariales y/o comerciales¹¹⁶.

Con lo manifestado por la SCPM del Ecuador se puede colegir el error de concepto de la institución del Estado respecto de la finalidad de los programas de clemencia; y principalmente la motivación que lleva a que existan como herramientas de los órganos de control de la libre competencia.

¹¹³ Art. 65.- Legitimidad, ejecutividad y ejecutoría. - Los actos administrativos emanados de las autoridades de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, sus órganos y funcionarios, se presumen legítimos y están llamados a cumplirse desde su notificación.

¹¹⁴ Disposición General Tercera. - Publicaciones. - [...] Las resoluciones de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado entrarán en vigencia desde su notificación a las partes.

¹¹⁵ Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.

¹¹⁶ Comunidad Andina de Naciones, Secretaría General, *Resolución Nro. 2006*, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 3292, 28 de mayo de 2018, párr. 273.

Como se supo explicar ampliamente en el primer capítulo de este proyecto de investigación, los programas de clemencia o delación compensada, buscan con el incentivo creado de exención total o parcial de multas, conforme las reglas que se aplican, que los miembros de los carteles con conocimiento y seguridad jurídica de las posibles sanciones que pudieran aplicárseles, decidir acudir voluntariamente a delatar los hechos ilícitos de carácter anti competitivos y colaborar en el proceso de investigación para llegar a sancionar y sobre todo desintegrar la organización perjudicial para el mercado, conocidos como carteles.

Es preciso dejar en claro, que mientras se está en el proceso de investigación es evidente que el delator no debe divulgar la denuncia, ni que se encuentra colaborando con el ente de control, esto con la finalidad de descubrir lo denunciado y a los involucrados.

Lo que manifiesta la SCPM del Ecuador, respecto de que no ha revelado secretos empresariales y/o comerciales de la delatora, nada tiene que ver con la desclasificación de documentos auto inculpativos, en los cuales se deja ver conversaciones, contactos y el proceder que evidenciaba el actuar anti competitivo del cartel conformado entre Kimberly Clark y Grupo Familia.

Pues incluso si hablamos de secretos empresariales, el artículo 27 numeral 7 de la LORCPM¹¹⁷ establece la obligatoriedad de mantener reserva respecto de ello; sin embargo, no atañe al caso este tipo de reserva.

Bajo la normativa ecuatoriana existe un programa de exención de multas por conductas anticompetitivas, que por su propia naturaleza protegen la identidad del delator y limita la información que este proporcione, con la finalidad exclusiva para lo cual fue entregada. La confidencialidad es un derecho y un elemento primordial en el cual se basa el efectivo funcionamiento de los programas de delación, el mismo que se ve resquebrajado con el actuar de la SCPM del Ecuador.

Por su parte la SGCAN, argumenta no ser de su competencia conocer la legalidad o no de la entrega por parte de la SCPM del Ecuador de la información desclasificada, pues a la fecha de su resolución no se había resuelto sobre ello en la justicia ordinaria nacional del

¹¹⁷ Art. 27.- Prácticas Desleales. - Entre otras, se consideran prácticas desleales, las siguientes: 7.- Violación de secretos empresariales. - Se considerará como secreto empresarial cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero [...]

Ecuador, por lo tanto, gozaban de validez y vigencia para ser utilizados y analizados como prueba dentro del caso; es decir, se presumían legales.

El órgano comunitario en las resoluciones 1883 de inicio del procedimiento; y, en la 1908 de recurso de reconsideración, sostiene: “3.2.26 La acción de nulidad busca salvaguardar el ordenamiento jurídico comunitario andino, mas no el ordenamiento jurídico ecuatoriano. En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina no es competente para efectuar un control de legalidad de la desclasificación de información sobre la base de normas internas del Ecuador”¹¹⁸

Sosteniendo de esta forma la legalidad del debido proceso dentro del caso, pues si nos remitimos a la literalidad de la normativa aplicable al caso, la SGCAN contaba con la competencia y los argumentos válidos para proceder a juzgar en base de la información presuntamente legal remitida por la SCPM del Ecuador.

3. Alcance del principio *non bis in idem* en el derecho comunitario

El principio *non bis in idem* es un principio general del derecho procesal, el cual se encuentra contemplado en el artículo 76 numeral 7 literal i) de la Carta Magna, que dice:

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: [...] 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: [...] i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto¹¹⁹.

Por lo tanto, nadie puede ser juzgado dos veces por la misma causa; es decir, es la expresión de la cosa juzgada, la cual no puede ser vuelta a plantear una vez que la identidad de sujetos y del hecho han obtenido una resolución al respecto.

El autor Jacobo López Barja de Quiroga, en su libro *El principio non bis in idem*, sostiene que:

En base al principio de seguridad jurídica, el *non bis in idem* impide que pueda existir un doble enjuiciamiento (*bis de eadem re ne sit actio*) sobre el mismo hecho respecto de la misma persona. Se trata de evitar el riesgo de que ocurra la doble sanción y se anticipa la norma evitando el peligro de un nuevo juicio. De ahí que el principio actúe *antes* de que el proceso llegue a sentencia [...] es claro que no puede someterse al ciudadano a una persecución sucesiva por el mismo hecho.

¹¹⁸ Comunidad Andina de Naciones, Secretaría General, *Resolución Nro. 2006*, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 3292, 28 de mayo de 2018, párr. 277.

¹¹⁹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro oficial 449, 20 de octubre de 2008, Art. 76 numeral 7 literal i).

el principio de seguridad jurídica impide que una misma persona por el mismo hecho con el mismo fundamento pueda ser sometida dos veces a enjuiciamiento; este fundamento impide que puedan coexistir y si existió es nulo. Fundamentado el *non bis in ídem* en el principio de seguridad jurídica la no superación del límite de la culpabilidad en el primer enjuiciamiento es indiferente, pues, el fundamento no es la culpabilidad sino la seguridad jurídica y para esta no le afecta aquella [...] ¹²⁰

Además, en otro pasaje de su libro, el autor sostiene: “Cuando la relación es entre Jurisdicciones, la segunda en actuar en el tiempo debe abstenerse de todo enjuiciamiento y ha de estar a lo declarado judicialmente por la primera sentencia, sea de la jurisdicción que sea.” ¹²¹

Al respecto, es pertinente hacer un símil, pues si bien el autor López Barja de Quiroga hace mención a dos jurisdicciones, centrándonos en el caso que se analiza, estaríamos hablando de dos sedes administrativas, por lo tanto, al ser el principio *non bis in ídem* uno de alcance del derecho general, puede ser aplicado en sus diversas áreas, siendo la administrativa una de ellas.

Por otra parte, es preciso e imperioso analizar el principio *non bis in ídem* en el derecho internacional, siendo que no existe norma alguna de carácter general que imponga la obligación internacional de respetarlo, pues su aplicación depende de la convención de los países, es así que puede pactarse a través de convenios o tratados internacionales.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el asunto 14/68, entre *Walt Wilhelm y otros vs. Bundeskartellamt, Berlín*, en la parte pertinente sostuvo:

que la fuerza vinculante del Tratado y de los actos adoptados para su ejecución no puede variar de un Estado a otro, por efecto de actos internos, sin que se perturbe el funcionamiento del sistema comunitario y se ponga en peligro la realización de los objetivos del Tratado; que, por ello, los conflictos entre la norma comunitaria y las normas nacionales en materia de prácticas colusorias deben resolverse aplicando el principio de la primacía de la norma comunitaria [...] ¹²²

Si bien en la normativa de la Comunidad Andina de Naciones no existe expresamente el principio procesal *non bis in ídem*, en el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en el artículo 61 numeral 8, se dice: “Artículo 61.- Excepciones previas. - El Tribunal resolverá, con carácter previo, las siguientes excepciones: [...] 8.

¹²⁰ Jacobo López Barja de Quiroga, *El principio non bis in ídem*, (Madrid: Dykinson, 2004), 57 – 58, <https://elibro.net/es/ereader/uazuay/96904?fs q=non bis in idem&prev=fs>

¹²¹ *Ibíd.*, 59.

¹²² Tribunal de Justicia de la Unión Europea, “Sentencia de 13 de febrero de 1969 (asunto 14/68)”, *caso entre Walt Wilhelm y otros vs. Bundeskartellamt*, 13 de febrero de 1969, parr.6, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61968CJ0014&from=EN>

Cosa juzgada [...]”¹²³, contemplando dentro de un cuerpo procesal de la Comunidad Andina de Naciones la posibilidad de no ser juzgado dos veces por la misma causa.

Es pertinente aclarar que la cosa juzgada nace como una excepción procesal, que se aplica dentro de los procesos jurisdiccionales; mientras que el principio *non bis in ídem* es una garantía de los administrados, que nace como fuente del derecho al ser de carácter general procesal, salvaguardando la seguridad jurídica y el debido proceso.

Por lo tanto, el artículo en mención, haciendo un símil, es plenamente aplicable en todos los procedimientos de la Comunidad Andina de Naciones; es decir, tanto en fase administrativa ante la SGCAN, así como, ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones.

Es pertinente referirnos a la Comunidad Europea y a sus países miembros, lo cual se asemeja a la estructura que mantenemos con la Comunidad Andina de Naciones y los países miembros.

El TJUE, en el asunto Aalborg Portland¹²⁴, estableció que el principio *non bis in ídem* solo puede ser aplicado cuando en los casos exista identidad en cuanto a los hechos, el infractor y el bien jurídico protegido.

Jaime Ossa, en su obra Derecho Administrativo Sancionador, una aproximación dogmática,¹²⁵ sostiene que para que se configure la violación al principio del *non bis in ídem* se debe configurar una triple identidad, la cual consiste en que concurren los siguientes elementos: identidad de sujeto, identidad de hechos; e, identidad de fundamento o causa.

Identidad de sujeto

Este elemento supone que el sujeto investigado debe ser el mismo, sin importar la naturaleza o autoridad que lo juzgue, ya sea administrativa o judicialmente, en el ámbito nacional o en el comunitario.

La SGCAN en la resolución nro. 2006 sostiene su posición e indica que no se ha incurrido en violación al principio *non bis in ídem* en los párrafos pertinentes, que dicen:

¹²³ Comunidad Andina de Naciones, *Decisión 500 Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*, Gaceta Oficial 680, 28 de junio de 2001, art. 61.

¹²⁴ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, “Sentencias de 7 de enero de 2004 (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, EU:C:2004:6)”, *Aalborg Portland y otros/Comisión*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62000CJ0204&from=ES>

¹²⁵ Jaime Ossa Arbeláez, *Derecho Administrativo Sancionador una aproximación dogmática*, Ed. 2da, (Bogotá: Legis Editores, 2009), 295

[403] En el caso nacional adelantado ante la SIC, se tiene como investigados a las siguientes personas jurídicas: Productos Familia S.A., Colombiana Kimberly Colpapel S.A., Papeles Nacionales S.A., C. y P. del R. S.A. y Drypers Andina S.A.

[404] En el caso nacional adelantado ante la SCPM, se tiene como investigados a las siguientes personas jurídicas: Productos Familia Sancela del Ecuador S.A. y Kimberly-Clark del Ecuador S.A.

[405] En el caso regional adelantado ante la SGCAN, se considera como personas involucradas en la investigación a las empresas Colombiana Kimberly Colpapel S.A., Productos Familia S.A., Productos Familia Sancela del Ecuador S.A., Kimberly Clark del Ecuador S.A. y Kimberly Clark Corporation¹²⁶.

La identidad subjetiva hace referencia a que las personas naturales o jurídicas que van a ser investigadas, juzgadas o sancionadas deben ser las mismas, sin olvidar, que este principio es una garantía individual; es decir, solo aquel ante el cual se ha aplicado la potestad sancionadora no puede ser objeto de una nueva o paralela acción.

Desde mi punto de vista, lo que sostiene la SGCAN de conformidad a lo que establece la identidad subjetiva del principio *non bis in ídem*, es incorrecto, pues cuatro empresas de las involucradas y sancionadas por esta secretaría, en la resolución nro. 2006 que corresponden a Colombiana Kimberly Colpapel S.A., Productos Familia S.A., Productos Familia Sancela del Ecuador S.A., Kimberly Clark del Ecuador S.A., presentan identidad subjetiva con los procedimientos seguidos en Ecuador por la SCPM; y, en Colombia por la Superintendencia de Industria y Control; es decir, se cumple con este elemento.

Identidad de hechos

Este elemento se refiere a que los hechos por los cuales se procederá a sancionar a un sujeto deben ser exactamente los mismos, sin perjuicio del alcance de los efectos que produzcan dichos hechos.

De esta forma, a las empresas se les investigó y sancionó tanto a nivel nacional como a nivel internacional por el mismo hecho, el cual se establece en el artículo 11 numerales 1; y 3, de la LORCPM de Ecuador, que dice: “Art. 11.- [...] En particular, las siguientes conductas constituyen acuerdos y prácticas prohibidas: 1. Fijar de manera concertada o manipular precios, [...] 3. El reparto concertado de clientes, proveedores o zonas geográficas. [...]”¹²⁷.

¹²⁶ Comunidad Andina de Naciones, Secretaría General, *Resolución Nro. 2006*, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 3292, 28 de mayo de 2018, párr. 403, 404, 405.

¹²⁷ Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*, art. 11 numeral 1 y 3.

De igual forma, el artículo 47 numerales 1; y, 3 del Decreto 2153, que regula la libre competencia en Colombia, sostiene:

Artículo 47. Acuerdos contrarios a la libre competencia. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos: 1. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios [...] 3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la repartición de mercados entre productores entre productores o entre distribuidores. [...] ¹²⁸

Así como lo que manifiesta el artículo 7 literales a); y, c) de la Decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones, que dice: “Artículo 7.- Se presumen que constituyen conductas restrictivas a la libre competencia, entre otros, los acuerdos que tengan el propósito o el efecto de: a) Fijar directa o indirectamente precios u otras condiciones de comercialización; [...] c) Repartir el mercado de bienes o servicios [...]” ¹²⁹

De lo transcrito en los párrafos anteriores se puede verificar que el hecho investigado a nivel nacional como a nivel regional fue exactamente el mismo, incluso, en la interpretación prejudicial consultante, realizada a la SGCAN respecto de los elementos del ámbito de aplicación objetivo del artículo 5 de la Decisión 608, en el numeral 4.6 literal b), al respecto de este elemento, se indica:

La conducta investigada o sancionada tiene que ser la misma. A modo de ejemplo, no habrá identidad si en un caso se investiga una práctica colusoria horizontal y en el otro una práctica colusoria vertical: o si en un caso se investiga un acuerdo de precios y en el otro un acuerdo de reparto de mercados. Tampoco habrá identidad si a pesar de investigarse en ambos casos un acuerdo de precios (práctica colusoria horizontal), el producto materia del acuerdo es distinto o si el periodo de investigación es diferente. Como puede apreciarse, la identidad del hecho debe ser plena ¹³⁰.

Sin embargo, la SGCAN en los párrafos 406, 407 y 408 de su resolución nada dice al respecto de los hechos cometidos por las investigadas y de forma contraria a la verificación del cumplimiento del elemento fáctico, subsumido a la normativa infringida, indica:

[406] En el caso nacional adelantado ante la SIC, se investigó y sancionó el cometimiento de conductas anticompetitivas ocurridas en Colombia con efectos en el mismo país.

¹²⁸ Colombia, *Decreto 2153*, art. 47 numeral 1 y 3

¹²⁹ Comunidad Andina de Naciones, *Decisión 608 Normas para la Protección y Promoción de la Libre Competencia en la Comunidad Andina*, art. 7 literal a) y c).

¹³⁰ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, “Interpretación Prejudicial Consultante; Sección Primera del Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Bogotá D.C. de la República de Colombia Expediente interno del Consultante: 11001333400520170011700 Referencia: Ámbito de aplicación objetivo del artículo 5 de la Decisión 608”, *proceso 78-IP-2018*, Gaceta Oficial 3383, 1 de octubre de 2018, numeral 4.6.

[407] En el caso nacional adelantado ante la SCPM, se investigó posibles conductas anticompetitivas ocurridas en Ecuador con efectos en el mismo país.

[408] En el caso regional adelantado ante la SGCAN, de conformidad con el artículo 5 de la Decisión 608, se investigan las posibles conductas anticompetitivas practicadas en el territorio de uno o más Países Miembros y cuyos efectos reales se produzcan en uno o más Países Miembros, excepto cuando el origen y el efecto se produzcan en un único país. En ese sentido, no son objeto de esta investigación regional las conductas practicadas en un País Miembro con efectos únicamente en ese mismo país¹³¹.

Sin referirse más que a los efectos que producen los hechos que son investigados y las conductas por las cuales se sanciona, por lo tanto, también se cumple este elemento al existir identidad en los hechos investigados, respecto del producto y de la temporalidad.

Identidad de fundamento o causa

En este elemento se debe analizar si el bien jurídico protegido tanto a nivel nacional como a nivel regional es el mismo; es decir, implica que las medidas sancionadoras no pueden concurrir si responden a una misma naturaleza.

La interpretación prejudicial consultante, respecto de los elementos del ámbito de aplicación objetivo del artículo 5 de la Decisión 608, previamente mencionada, en el numeral 4.6 literal c), indica:

Para que opere esta identidad el bien jurídico protegido en la ley nacional de defensa de la libre competencia debe ser el mismo que el bien jurídico protegido en la Decisión 608. En esta norma andina el bien jurídico protegido de manera inmediata es el proceso competitivo (la libre competencia) y los bienes jurídicos protegidos de manera mediata son la eficiencia económica en los mercados y el bienestar de los consumidores¹³².

Frente a lo manifestado es pertinente determinar cuál es el bien jurídico protegido por las normas nacionales, ecuatoriana y colombiana y así poder establecer si existe o no identidad en este elemento del principio *non bis in ídem*.

En Ecuador, la LORCPM, en su artículo primero, señala:

Art. 1.- Objeto.- El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible¹³³.

¹³¹ Comunidad Andina de Naciones, Secretaría General, *Resolución Nro. 2006*, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 3292, 28 de mayo de 2018, párr. 406, 407, 408.

¹³² Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, “Interpretación Prejudicial Consultante; Ámbito de aplicación objetivo del artículo 5 de la Decisión 608”, 1 de octubre de 2018, numeral 4.6 literal c).

¹³³ Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*, art. 1.

De este artículo se puede extraer que los bienes jurídicos protegidos para la legislación ecuatoriana, son por un lado, la eficiencia del mercado y el comercio justo, llevándonos a determinar que se refiere a una libre competencia; y por otro lado, protege el bienestar general y de los consumidores.

En Colombia, el artículo 1 del Decreto 155 de 1959, que regula temas de derecho de competencia, establece:

ARTICULO 1°. Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar, la libre competencia, con el propósito de determinar o mantener precios inequitativos en perjuicio de los consumidores y de los productores de materias primas¹³⁴ .

De igual forma, de la lectura del artículo transcrito se puede verificar que el bien jurídico protegido por parte de la legislación colombiana es la libre competencia; así como, los consumidores.

La SGCAN, en la parte pertinente de la resolución nro. 2006, sostuvo:

[409] En el caso nacional adelantado ante la SIC, se abrió investigación y formuló pliego de cargos [...] por la presunta contravención de lo dispuesto en las siguientes normas colombianas: el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992.

[410] En el caso nacional adelantado ante la SCPM, las conductas investigadas fueron las establecidas en el artículo 11 numeral 1 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, norma de competencia de la República del Ecuador.

[411] En el caso regional adelantado ante la SGCAN, las conductas objeto de la investigación son las presuntas prácticas restrictivas de la libre competencia consistentes en la existencia de acuerdos para fijar precios y repartir el mercado de papeles suaves contempladas en los literales a) y c) del artículo 7 de la Decisión 608, norma comunitaria de la Comunidad Andina [...] ¹³⁵

La SGCAN refiere respecto del alcance de los efectos que producen los hechos investigados; y, manifiesta:

[413] Al respecto, la investigación realizada por la SGCAN se enmarcó en el artículo 5 literal a) de la Decisión 608. En ese sentido, este informe se circunscribe a las conductas practicadas en un País Miembro con efecto en otro País Miembro.

¹³⁴ Colombia, *Ley 155 de 1959*, Diario Oficial Año XCVI 30138, 22 de enero de 1960, art. 1, <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1652186>

¹³⁵ Comunidad Andina de Naciones, Secretaría General, *Resolución Nro. 2006*, párr. 409 – 411.

[414] En lo que se refiere a la investigación realizada por la SIC, esta se enmarcó bajo su legislación nacional, la cual por lo tanto se circunscribió a las conductas practicadas en Colombia con efecto en Colombia.

[415] Por otro lado, la SCPM en el proceso SCPM-IIAPMAPR-EXP-2014-009 investigó la comisión de conductas anticompetitivas practicadas en Ecuador con efecto en Ecuador. Al final, la SCPM archivó ese expediente y posteriormente, dicha autoridad nacional notó indicios de que las conductas anticompetitivas que afectaban el mercado ecuatoriano fueron practicadas en Colombia¹³⁶.

Concluyendo de forma contraria a la realidad y a lo que establece la doctrina respecto de los tres elementos, lo siguiente:

[416] Por lo demás, la eventual aplicación del principio del *non bis in idem* requeriría que a nivel comunitario haya existido una primera investigación con resultados punitivos o sancionatorios contra las empresas recurrentes en el ámbito del Derecho Comunitario Andino y que se produzca otra sanción posterior, contra las mismas empresas, por el mismo hecho y por los mismos fundamentos, cuestión que no ha ocurrido¹³⁷.

Siendo que la SGCAN se limita a referirse al alcance de los efectos de las conductas anticompetitivas, pero no analiza el bien jurídico protegido, llevándole erróneamente a establecer que no existe identidad en el fundamento y por ende no aplicable el principio *non bis in idem*.

Más es claro que también existe el elemento de fundamento, que prevé la doctrina debe concurrir para que exista la triple identidad del principio y no pueda juzgarse dos veces por lo mismo a alguien.

Finalmente, luego de todo lo manifestado se puede colegir que tanto en la legislación nacional, interna ecuatoriana y colombiana, como en la comunitaria de la Comunidad Andina de Naciones, no queda duda que el bien jurídico que se pretende tutelar y proteger es el derecho a la libre competencia y la protección de los consumidores frente a prácticas concertadas que alteran el mercado y por ende perjudican a la economía.

Al presentarse la vulneración al principio *non bis in idem* con la emisión de la resolución 2006 de la SGCAN, es relevante referirme a quien debe prevenir en el conocimiento del caso, es decir, quien debe ser el competente.

La comunidad europea con la finalidad de solventar el inconveniente con sus estados miembros, emitió el reglamento relativo a la aplicación de las normas sobre

¹³⁶ *Ibíd.*, párr. 413 – 414.

¹³⁷ *Ibíd.*, párr. 416.

competencia previstas en los artículos 81¹³⁸ y 82¹³⁹ del Tratado, norma que en su artículo 11 regula la cooperación entre la comisión y las autoridades de competencia de los estados miembros, y en su numeral 3 indica que cuando los estados miembros estén yendo a actuar en función de las conductas de los artículos 101 y 102 del TFUE deberán informar por escrito a la comisión antes de iniciar las diligencias de investigación o inmediatamente después de iniciadas¹⁴⁰.

Siendo que expresamente en el numeral sexto del artículo 11 del mentado reglamento 1/2003, se establece:

La incoación de un procedimiento por parte de la Comisión con vistas a la adopción de una decisión en aplicación del capítulo III privará a las autoridades de competencia de los Estados miembros de su competencia para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado. Si una autoridad de competencia de un Estado miembro está actuando ya en un asunto, la Comisión únicamente incoará el procedimiento tras consultar con la autoridad nacional de competencia¹⁴¹.

En lo que respecta a los programas de clemencia podemos referirnos a lo que ordena el numeral 2 del artículo 12 de la norma *ibídem*, que dice: “la información intercambiada sólo se utilizará como medio de prueba a efectos de la aplicación del artículo 81 u 82 del Tratado y respetando la finalidad para la cual fue recopilada por la autoridad remitente.”¹⁴²

Para finalmente en el numeral 1 del artículo 13, señalar como deberán proceder las autoridades de competencia nacional y la comisión cuando previenen el conocimiento de un caso, siendo que la norma textualmente indica:

Cuando las autoridades de competencia de varios Estados miembros sean destinatarias de una denuncia o hayan iniciado un procedimiento de oficio contra el mismo acuerdo, la misma decisión de asociación o la misma práctica en virtud del artículo 81 o del artículo 82 del Tratado, el hecho de que una autoridad se encuentre instruyendo el asunto constituirá para las demás autoridades motivo suficiente para suspender su propio procedimiento o desestimar la denuncia. La Comisión podrá igualmente desestimar una denuncia si ya la estuviera tramitando una autoridad de competencia de un Estado miembro¹⁴³.

En definitiva, la comunidad europea tiene debidamente normado el proceder en el ámbito de la competencia, ya sea de las autoridades nacionales, así como, de la comisión,

¹³⁸ Actualmente es el artículo 101 del TFUE.

¹³⁹ Actualmente es el artículo 102 del TFUE.

¹⁴⁰ Unión Europea, *Reglamento (CE) No 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*, Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 1/1, 4 de enero de 2003, art. 11 numeral 3. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R0001&from=ES>

¹⁴¹ *Ibíd.*, art. 11 numeral 6.

¹⁴² *Ibíd.*, art. 12 numeral 2.

¹⁴³ *Ibíd.*, art. 13 numeral 1.

evitando de esta forma que pueda darse una vulneración del principio *non bis in ídem*. A diferencia de lo sucedido en el caso de la resolución 2006 de la SGCAN y lo dispuesto a nivel nacional por Colombia y Ecuador como países miembros de la Comunidad Andina de Naciones.

4. La legalidad de que el programa de clemencia sea aplicado por la Secretaría General de la Comunidad Andina de Naciones

Como se ha venido analizando a lo largo de esta investigación, la doctrina y la empírica, sostienen que los programas de clemencia son un instrumento vital para los órganos de control en la detección de carteles.

Los países involucrados en la resolución nro. 2006 de la SGCAN, Ecuador y Colombia, tienen similitudes en sus normativas internas respecto a los programas de delación compensada.

En Colombia, la normativa interna indica que la Superintendencia de Industria y Comercio otorga una exoneración total al primero en delatar; y los sucesivos solicitantes, teniendo en cuenta el orden de su solicitud, serán beneficiados con reducciones entre el 30% y el 70% de la multa¹⁴⁴.

Por su parte, la SCPM del Ecuador exime del pago de la multa cuando es el primero en delatar y aportar elementos de convicción que le permitan al ente de control ordenar una inspección o comprobar una infracción; y los sucesivos solicitantes, teniendo en cuenta el orden de su solicitud, serán beneficiados con reducciones entre el 20% y el 50% de la multa¹⁴⁵.

Sin embargo, las regulaciones de la Comunidad Andina de Naciones no contemplan los programas de clemencia como una opción a la cual pueden acogerse los infractores.

Frente a esto es necesario determinar si es o no legal la aplicación de los programas de clemencia por la SGCAN.

Comenzaré indicando que el principio de complemento indispensable resulta del principio de supremacía, debido a que se busca proteger la normativa comunitaria de posibles

¹⁴⁴ Colombia, “Beneficios por Colaboración”, *Superintendencia de Industria y Comercio*, accedido 31 de enero de 2020, <http://www.sic.gov.co/beneficios-por-colaboracion>

¹⁴⁵ Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*, Registro Oficial Suplemento 555, 13 de octubre de 2011, art. 83, 84.

modificaciones introducidas por el derecho nacional, por lo cual el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones lo restringe, siendo procedente únicamente cuando sean asuntos no regulados por la Comunidad Andina de Naciones o cuando sea necesario complementar la legislación comunitaria.

El Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones en su artículo 4, indica que:

Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación¹⁴⁶.

Por su parte, en las prejudicialidades que resuelve el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, al respecto del mentado principio, ha expresado lo siguiente:

El desarrollo de la ley comunitaria por la legislación nacional, es empero excepcional y por tanto a él le son aplicables principios tales como el del “complemento indispensable”, según el cual no es posible la expedición de normas nacionales sobre el mismo asunto, salvo que sean necesarias para la correcta aplicación de aquellas. [...] Significa esto que para que tenga validez la legislación interna se requiere que verse sobre asuntos no regulados en lo absoluto por la comunidad, lo cual resulta obvio dentro del espíritu y el sentido natural y lógico de la expresión “régimen común sobre tratamiento” [...] Como lo ha dicho el Tribunal en la interpretación del artículo 84 de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena (caso 2-IP-88), no es posible que la legislación nacional modifique, agregue o suprima normas sobre aspectos regulados por la legislación comunitaria “o que se insista en mantener la vigencia de leyes nacionales anteriores a la norma comunitaria incompatibles con ella”, debiendo únicamente legislar sobre lo no comprendido en la Decisión Comunitaria¹⁴⁷.

En resumen, los países miembros no están facultados a emitir normas sobre asuntos regulados por la Comunidad Andina de Naciones, salvo que sean necesarias para la correcta ejecución de la normativa comunitaria; es decir, solo podrían expedir normas sobre asuntos no regulados por la Comunidad Andina de Naciones.

¹⁴⁶ Comunidad Andina de Naciones, *Decisión 472 Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*, Gaceta Oficial 483, 17 de septiembre de 1999, art. 4, <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/gace483.pdf>

¹⁴⁷ Comunidad Andina de Naciones, “Interpretación Prejudicial expedida el 25 de febrero de 2010”, *Proceso 115-IP-2009*, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 1828, 30 de abril 2010, 17, <http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Procesos/10-IP-94.doc>.

Es así que los países miembros, “sólo podría haber regulado dicho asunto cuando la propia norma comunitaria explícitamente lo hubiera previsto, o cuando sobre dicho asunto hubiese guardado silencio.”¹⁴⁸

Si revisamos la Decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones, norma que regula la libre competencia a nivel comunitario, no encontramos que haya contemplado a los programas de clemencia ni algún otro mecanismo que incentive la delación.

Es más, en el último inciso del artículo 5 se indica que son objeto de la presente decisión las conductas de los literales a) y b); y “Las demás situaciones no previstas en el presente artículo, se regirán por las legislaciones nacionales de los respectivos Países Miembros.”¹⁴⁹

La SGCAN al respecto sostiene en el párrafo 430 de la resolución nro. 2006 lo siguiente:

[430] Por otra parte, debe indicarse que las investigadas hacen una lectura errada del artículo 5 de la Decisión 608 al indicar que en tanto en Colombia y Ecuador existen programas de clemencia y en la norma andina no, la presente situación escapa del ámbito objetivo de la norma andina por el hecho que el referido artículo señala: “Las demás situaciones no previstas en el presente artículo, se regirán por las legislaciones nacionales de los respectivos Países Miembros”. En este sentido debe indicarse que la citada disposición al referirse a “las demás situaciones” está haciendo referencia a aquellas prácticas y conductas tipificadas como anticompetitivas que no están recogidas por la norma y no, como señala la investigada, a los mecanismos para investigar y detener dichas prácticas, tales como los programas de clemencia¹⁵⁰.

Sin embargo, luego de analizadas las prejudicialidades del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones, así como el último inciso del artículo 5; y el artículo 4 de la norma de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones, se establece que al estar los países miembros obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino, en este caso la Decisión 608 que regula la protección a la libre competencia; debo manifestar que conforme el capítulo primero de esta investigación, los programas de clemencia son herramientas creadas en la normativa interna de los países con la finalidad de

¹⁴⁸ Comunidad Andina de Naciones, “Interpretación Prejudicial de 17 de marzo de 1995”, *Proceso 10-IP-94*, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena W 177, de 20 de abril de 1995, 17, <http://intranet.comunidadandina.org/documentos/Procesos/115-IP-2009.doc>.

¹⁴⁹ Comunidad Andina de Naciones, *Decisión 608 Normas para la Protección y Promoción de la Libre Competencia en la Comunidad Andina*, Gaceta Oficial 1180, 29 de marzo de 2005, art. 5.

¹⁵⁰ Comunidad Andina de Naciones, Secretaría General, *Resolución Nro. 2006*, párr. 430.

proteger la libre competencia y evitar la conformación de carteles que rompen con el equilibrio económico y el mercado, afectando principalmente a los consumidores.

Los programas de clemencia creados dentro de los países miembros son herramientas que permiten ejecutar de forma correcta la normativa andina, pues aportan a la desintegración y descubrimiento de carteles a través de un sistema de incentivos, pues los incentivos importan.

Para los doctrinarios Nadler y Tushman los incentivos son mecanismos de apoyo muy importantes para fortalecer conexiones estructurales, pues son instrumentos que permiten motivar comportamientos que se desean, para ello, debe existir un alto grado de integración entre las conexiones estructurales y los incentivos sino se enviará el mensaje equivocado y traerá consigo confusión, frustración y desempeños inadecuados¹⁵¹.

En conclusión, al no haberse contemplado programas de delación compensada dentro de la normativa comunitaria; y al, Colombia y Ecuador haberlo hecho de forma similar en sus ordenamientos jurídicos internos, con el único objetivo de ejecutar correctamente la normativa andina, sin contradecirla, era absolutamente legal que la SGCAN aplicase y respetase el acogimiento a los programas de clemencia de las empresas sancionadas en cada país miembro y no desconocerlo como lo hizo en la resolución nro. 2006 bajo argumentos jurídicos débiles e improcedentes.

La motivación de los actos es una obligación de la autoridad y un derecho de los afectados, siendo que la resolución emitida por la SGCAN indispensablemente debió considerar en su justificación y análisis los elementos de razonabilidad, comprensibilidad y lógica, y no buscar acomodar a su criterio los hechos, las normas y los principios generales del derecho.

5. Afecciones que podrían sufrir los programas de clemencia a partir de la Resolución Nro. 2006 de la Secretaría General de la Comunidad Andina de Naciones en el Ecuador

En la práctica existen un sin número de conductas o actividades que realizan las empresas y que están prohibidas por el derecho de competencia. Los programas de clemencia nacen por la necesidad de los órganos de control, como un auxilio a las autoridades en el

¹⁵¹ David Nadler y Michael Tushman, *El diseño de la organización como arma competitiva*, trad. María del Pilar Carril, (Londres: Oxford University Press, 1999)

arduo trabajo de detección de carteles; siendo un instrumento de incentivo con el cual las consecuencias derivadas de una posible sanción por cometimiento de prácticas anticompetitivas son mayores que los posibles beneficios que pudieran obtener de la delación.

Autores como Robert Baldwin y Julia Black, sostienen que no solo es importante contar con normativa regulatoria de la libre competencia, sino que el órgano que aplique la ley debe estar debidamente capacitado para asegurar la efectividad de dicha regulación. Es decir, no solo basta contar con objetivos claros en la normativa, sino que el órgano ejecutor tenga la preparación necesaria para identificar los riesgos, a los infractores, brindar respuestas apropiadas, aplicarlas, así como evaluar su resultado y modificarlas en caso de ser pertinente¹⁵².

Para mantener la eficacia de un programa de clemencia es indispensable tener en cuenta que los partícipes de los carteles son organizaciones legítimas, por lo que debe mantenerse la mayor protección al primer denunciante, pues es quien brindará la información más relevante al respecto. Un programa de clemencia induce a sus miembros a revelar la existencia de los mismos y proporcionar evidencia de su participación y conspiración, llevados por el incentivo de la exoneración de la multa en caso de ser el primero en denunciar; y, la reducción de esta, si son subsecuentes.

Se entiende, que el objetivo general de los programas de clemencia es mejorar el cumplimiento de la ley de competencia, pues que se dé un incremento de la competencia en el mercado generará prevención de carteles, por ende precios más bajos, mejores servicios y empresas innovadoras, lo cual beneficia a los consumidores¹⁵³.

Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia, países miembros de la Comunidad Andina de Naciones han contemplado dentro de su normativa nacional a los programas de clemencia desde hace algunos años atrás¹⁵⁴, siendo que en Perú y Colombia, este régimen está más avanzado que en los otros dos países.

¹⁵² Robert Baldwin y Julia Black, “Really responsive regulation”, *The modern law review*, N° 71, (2008), 59-94, DOI: 10.1111/j.1468-2230.2008.00681.x, http://eprints.lse.ac.uk/22872/1/Baldwin_Black_Really-responsive-regulation_2008.pdf

¹⁵³ Sean Ennis, “Panel N° 2 Estrategias Efectivas para Desarticular Cárteles en Beneficio de los Ciudadanos”, *Exposiciones*, (Lima: Indecopi, 2017), 34 – 39, https://issuu.com/indecopi/docs/pub_clemencia_exposiciones

¹⁵⁴ Art. 26 del Decreto Legislativo N° 1034 – Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas del Perú, modificado por el Decreto Legislativo N° 1205, de fecha 23 de septiembre de 2015 en el Diario Oficial

La Decisión 608 data del 29 de marzo del 2005, considerando necesaria su actualización; sin embargo, esto no implica que la Comunidad Andina de Naciones obligatoriamente deba incluir en su normativa los programas de clemencia, pero al conocer que la herramienta existe y que todos sus países miembros lo vienen aplicando en mayor o menor medida, la SGCAN debe considerarlos como parte de su labor de integración y cooperación regional.

Pues lo que motivó en un inicio a conformar la Comunidad Andina de Naciones fue lo que establece el artículo 1 del Acuerdo de Cartagena, que en la parte pertinente dice: “con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano.”, así también, se estableció la misión de la Comunidad Andina de Naciones, que se centra en facilitar “una mayor integración y cooperación mutua; con el fin de procurar un mayor desarrollo socioeconómico, equilibrado, armónico y sustentable en la subregión, [...]”¹⁵⁵

Sin embargo, luego de la resolución que se analiza este objetivo se torna difícil alcanzarlo, pues la resolución nro. 2006 puede incentivar a que los estados miembros quieran retirarse de la comunidad; pues evidentemente, el objeto de su conformación respecto de la libre competencia del mercado ha desaparecido.

Con la resolución en cuestión, se ha dejado al descubierto la poca experiencia de la SGCAN, pues los hechos se traducen en una vaga o incluso inexistente estrategia que guíe las actividades de este órgano comunitario; y por ende, contribuya efectivamente al régimen andino de libre competencia, objetivo principal de la Decisión 608, conforme sostiene su artículo 2 al indicar: “La presente Decisión tiene como objetivo la protección y promoción de la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Andina, buscando la eficiencia en los mercados y el bienestar de los consumidores.”¹⁵⁶

El Peruano. Art. 83 de la Ley Orgánica de Regulación de Control del Poder del Mercado del Ecuador, publicada en el Registro Oficial el 13 de octubre de 2011. Art. 14 de la Ley N° 1340 de 2009 de Colombia, el Decreto 2896 de 2010, publicado en el Diario oficial el 5 de agosto de 2010; y, el art. 13 del decreto Supremo N° 29519 de Bolivia del 16 de abril de 2008.

¹⁵⁵ Comunidad Andina de Naciones, “Misión y Visión de la Secretaría General de la CAN”, *Comunidad Andina de Naciones*, párr. 1, <http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=26&tipo=SA&title=secretaria-general-de-la-comunidad-andina>

¹⁵⁶ Comunidad Andina de Naciones, *Decisión 608 Normas para la Protección y Promoción de la Libre Competencia en la Comunidad Andina*, Gaceta Oficial, 29 de marzo de 2005, art. 2.

Sin embargo, al momento la eficiencia y bienestar al que se refiere la norma, se ve amenazado por una resolución, que indudablemente desincentiva la delación, el acogerse a programas de clemencia que durante varios años, en diversos ordenamientos jurídicos alrededor del mundo han sido la herramienta principal de los órganos de control de la competencia para detectar y desarticular los carteles.

Por otra parte, es pertinente mencionar que cuando los países suscribieron el Acuerdo de Cartagena cedieron su soberanía a un organismo supranacional, lo cual luego de lo analizado en este proyecto de investigación ha perdido su justificación, pues si se buscaba una integración, este momento, luego de lo resuelto por la SGCAN en la resolución nro. 2006, se siente desvanecido y la confianza e incentivo se ha perdido.

Un punto relevante dentro de las posibles afecciones de la resolución 2006 es la confidencialidad.

A lo largo de la investigación se ha manifestado la importancia de la confidencialidad de la información aportada por los delatores dentro de un programa de clemencia, pues en caso de no existir esta garantía la eficacia del programa quedaría en entredicho, ya que principalmente tiene como finalidad proteger, tanto al delator como a la información proporcionada de las posibles represalias que se pudieran ejercer en contra de los delatores por colaborar con la autoridad de competencia; y/o que por la documentación facilitada se les exponga a situaciones peores a las que tuvieron si no hubieran delatado.

Es decir, lo aportado por los colaboradores dentro de un programa de clemencia no puede ser utilizado en su contra en otros procesos, pues ello desincentivaría las futuras delaciones, afectando a la credibilidad y predictibilidad, concluyendo en una debilitación de la lucha contra los carteles.

A la presente fecha, la resolución de desclasificación del expediente de delación que la SCPM del Ecuador remitió a la SGCAN ha sido declarada ilegal y nula por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo Nro. 2 con sede en la ciudad de Guayaquil, sentencia dentro de la cual en la parte resolutive, las autoridades han sabido sostener:

se colige que la resolución No. SCPM-IG-DES-001-2016, de 14 de octubre de 2016, emitida por el Ing. Christian Ruiz Hinojosa, MA, Intendente General de la SCPM, con la que se desclasifica la información del expediente No. SCPM-IIAPMAPR-2014-009, contraviene disposiciones legales, no se encuentra debidamente motivada, no cumple el debido proceso ni garantiza el derecho a la defensa y a la seguridad jurídica, consagrados en los artículos 76 y 82 de la Constitución de la República del Ecuador. Por lo expuesto, no siendo necesarias

consideraciones adicionales, este tribunal, de conformidad al artículo 76, numerales 4 y 7 literales a, b, c, h, y l) de la Constitución de la República del Ecuador, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, acepta la demanda presentada por Kimberly Clark Ecuador S.A., en contra de la Superintendencia de Control de Poder del Mercado, y declara la ilegalidad y nulidad de la Resolución No. SCPM-IG-DES-001-2016, de 14 de octubre de 2016, emitida por el Intendente General de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado SCPM¹⁵⁷.

La resolución nro. 2006 fue publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena el 28 de mayo de 2018. Frente a esta resolución, que ponía en entredicho una de las herramientas más eficaces en la desarticulación de carteles; así como, la experiencia de la SGCAN en estos temas y la efectividad de la Decisión 608; las empresas afectadas tomaron acciones y plantearon una demanda interna en el Ecuador en contra de la SCPM por haber resuelto la desclasificación de un expediente con información otorgada dentro de un programa de clemencia.

El proceso en mención ha merecido sentencia favorable, expresando sin lugar a dudas, que la SCPM de forma contraria a la ley procedió a desclasificar un expediente que no debía y que motivó la investigación que desencadenó en la resolución nro. 2006.

En la mentada resolución, la SGCAN en el considerando 422 sostiene:

En ese sentido, siendo que la investigación versa sobre conductas anticompetitivas practicadas en un País Miembro con efecto en otro País Miembro, resulta necesario y pertinente analizar todo medio probatorio que se pueda obtener de los Países Miembros involucrados y que de alguna manera vincule directa o indirectamente con el caso, ello con la finalidad de que este Órgano Comunitario emita un correcto pronunciamiento ajustado a la verdad y a los intereses de los consumidores¹⁵⁸.

Por su parte, en el considerando 425 el Grupo Kimberly Clark señala que: “la investigación de la SGCAN afecta los programas de clemencia reconocidos en Colombia y Ecuador y puede significar un golpe para la política pública de delación de la subregión andina y aún del continente entero. [...]”¹⁵⁹; sin embargo, la SGCAN en el considerando 435 indica:

Sin perjuicio de lo señalado, cabe indicar finalmente que esta Secretaría General reconoce las virtudes y beneficios de los programas de clemencia al interior de los Países Miembros que tienen por objetivo disuadir de las prácticas de conductas anticompetitivas y que facilitan las

¹⁵⁷ Ecuador Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo Nro. 2 con sede en la ciudad de Guayaquil, “Sentencia”, en *Juicio n° 09802-2017-00197*, 19 de septiembre de 2018.

¹⁵⁸ Comunidad Andina de Naciones, Secretaría General, *Resolución Nro. 2006*, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 3292, 28 de mayo de 2018, párr. 422.

¹⁵⁹ *Ibíd.*, párr. 425.

investigaciones sobre las mismas, por lo que no es de interés de este Órgano Comunitario perjudicar tales programas, siendo que el presente caso, se limita, dentro de las competencias conferidas a la SGCAN por la Decisión 608, a determinar la existencia o no de una conducta anticompetitiva practicada en un País Miembro con efecto en otro País Miembro. Dicho ello, queda igual a consideración de los órganos legislativos comunitarios, compuestos por las autoridades nacionales de los Países Miembros, adelantar, si lo consideran necesario, las reformas pertinentes para incorporar en el ordenamiento andino la figura de la delación, y en ese contexto, posibilitar su aplicación dentro de los procedimientos de corte comunitario¹⁶⁰.

Frente a lo indicado, es evidente que a la SGCAN dentro de su investigación no le interesó que los países miembros cuenten con programas de clemencia, pues al no contemplarse este mecanismo en la normativa de la Comunidad Andina de Naciones, no lo acogen ni lo tienen en cuenta al momento de resolver y establecer la sanción.

Esto, es un evidente riesgo que nos lleva a considerar que los programas de clemencia podrían dejar de tener vida, resultando en que los carteles sean mucho más difíciles de detectar de lo que ya son¹⁶¹, pues al no existir ningún tipo de incentivo para los delatores, como han sido los conocidos programas de delación compensada, simplemente no lo arriesgaran a hacerlo, reflejándose una desventaja en el efecto inhibitorio en la formación de carteles¹⁶².

Las empresas sancionadas por la SGCAN se sometieron a programas de clemencia con la esperanza, confianza y finalidad de no ser multadas y con toda la intención de colaborar para poder sancionar a los demás partícipes del cartel.

Sin embargo, la SCPM del Ecuador a su criterio, sostiene que remite a la SGCAN únicamente el expediente investigativo de las empresas en cuestión y no el expediente de delación compensada, fundamentándose en el artículo 10 de la Decisión 608, artículo que permite dar inicio a la investigación ya sea “por medio de solicitud de las autoridades nacionales competentes siempre y cuando existan indicios de que se han realizado conductas que pudieran restringir de manera indebida la competencia en el mercado”¹⁶³, cuando aquellas conductas son practicadas en: a) El territorio de uno o más países miembros y cuyos efectos reales se produzcan en uno o más países miembros, excepto cuando el origen y el

¹⁶⁰ *Ibíd.*, párr. 435.

¹⁶¹ Carlos Alfredo Trujillo, “Análisis de la figura “Programa de Clemencia” en Ecuador” 88 – 105.

¹⁶² OECD. “Using Leniency to Fight Hard Core Cartels”, *Policy Brief*, septiembre 2001, 2, <http://www.oecd.org/corporate/ca/1890449.pdf>

¹⁶³ Comunidad Andina de Naciones, *Decisión 608 Normas para la Protección y Promoción de la Libre Competencia en la Comunidad Andina*, Gaceta Oficial 1180, 29 de marzo de 2005, art. 10.

efecto se produzcan en un único país; y, b) El territorio de un país no miembro de la Comunidad Andina y cuyos efectos reales se produzcan en dos o más Países Miembros¹⁶⁴.

Así también, la SGCAN en el considerando 310 de la resolución nro. 2006 indica que la SCPM del Ecuador desclasificó la información conforme la resolución nro. SCPM-DS-081-2015,¹⁶⁵ actualmente sustituida por la resolución nro. SCPM-DS-012-2017¹⁶⁶ de 16 de marzo de 2017; y, en base del artículo 226¹⁶⁷ de la Constitución de la República.

Al respecto cabe indicar dos situaciones:

Primero, que la SCPM del Ecuador mantiene que el expediente enviado a la SGCAN no corresponde al expediente de clemencia y por ello no cabe el tema de reserva contemplado en el artículo 56 de la LORCPM¹⁶⁸.

Además, que con fundamento en la Decisión 608 se tiene en cuenta lo que ha indicado la SGCAN en el considerando 303 de su resolución nro. 2006, al decir que las investigaciones en temas de libre competencia “[...] lo efectúa de manera coordinada con las autoridades nacionales competentes de los Países Miembros de la CAN, [...] resulta ser una forma de trabajo conjunto para la consecución de un fin, esto es determinar la existencia o no de una conducta anticompetitiva.”¹⁶⁹, siendo desde este punto de vista totalmente procedente el envío de la documentación para la investigación respectiva.

Segundo, según las alegaciones de la empresa delatora, la SCPM del Ecuador violó el principio de irretroactividad al fundamentar el envío del expediente en una norma posterior a la vigente en el momento de la delación, pues cuando Kimberly Clark del Ecuador presenta ante la autoridad de control ecuatoriana, el expediente en el marco de un programa de exención, la norma indicaba que los expedientes investigativos y los del programa de clemencia se lleven en uno solo, entendiéndose que al no existir norma expresa y ser la

¹⁶⁴Ibíd., art. 5.

¹⁶⁵ Ecuador, Superintendencia de Control de Poder del Mercado, *Resolución n° SCPM-DS-081-2015*, Registro Oficial 679, 28 de enero de 2016.

¹⁶⁶ Ecuador, Superintendencia de Control de Poder del Mercado, *Resolución n° SCPM-DS-012-2017*, Registro Oficial Edición Especial 998, 7 de abril de 2017.

¹⁶⁷Art. 226: Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.

¹⁶⁸Art. 56.- Inicio de investigación. - [...] El proceso previo a la investigación, así como la fase investigativa serán de carácter reservado, excepto para las partes directamente involucradas.

¹⁶⁹Comunidad Andina de Naciones, Secretaría General, *Resolución Nro. 2006*, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 3292, 28 de mayo de 2018, párr. 303.

información sometida a clemencia de carácter confidencial, todo el expediente investigativo adquiriría esa característica.

Sin embargo, la SCPM del Ecuador posteriormente a la delación, emite una nueva normativa en la que se indica la necesidad de llevar expedientes separados respecto de la investigación y de los que se acogen a un programa de clemencia, norma en la cual se fundamentan al momento de enviar el expediente a la SGCAN y argumentar que lo remitido corresponde a la investigación y no a la información de delación, siendo su proceder evidentemente contrario a la ley¹⁷⁰.

Sin perjuicio que en el presente caso la empresa Kimberly Clark se encontraba en etapa de investigación ante la SCPM del Ecuador y la documentación entregada tenía el carácter de reservada, cabe señalar que el artículo 47 de la LORCPM, “habla de la reserva de la información y la confidencialidad que los empleados de la Superintendencia deben mantener al momento de manejar información sobre los operadores económicos.”¹⁷¹, pero se debe tener muy en cuenta que los operadores económicos al someterse a un programa de clemencia:

Se declara culpable y entrega a la Superintendencia las pruebas necesarias para esto. [...] una vez que [...] lo declara culpable debe expedir una resolución y en este momento dicha información ya se considera pública, por lo cual, en teoría, podría ser de acceso a terceras partes para iniciar cualquier demanda [...]¹⁷²

Ante esto, es necesario implementar una prohibición expresa en la ley que disponga el carácter confidencial de los *corporate statement*¹⁷³ entregados por las empresas y personas en los programas de clemencia, pues sin ello y más aún con la resolución nro. 2006 de la SGCAN, difícilmente va a existir un incentivo suficiente para aplicar al programa, pues inclusive, como se ha dado en el caso resuelto por esta secretaría, las empresas a más de declararse culpables sufrieron una investigación regional en donde sus propias declaraciones fueron usadas en su contra, terminando en una sanción cuantiosa.

Lo único que nos lleva a preguntarnos ¿para qué se delataron? y de esta manera considerar, que ante la decisión de la SGCAN los programas de clemencia en la Comunidad

¹⁷⁰Ibíd., párr. 306 - 313

¹⁷¹Carlos Alfredo Trujillo, “Análisis de la figura “Programa de Clemencia” en Ecuador”, 101.

¹⁷²Ibíd., 101.

¹⁷³ Documento donde se reconoce por parte de los infractores su conducta anticompetitiva y que no puede ser objeto de revelación.

Andina no tienen importancia, por lo que pierden fuerza respecto del objetivo de las autoridades de detectar y desarticular carteles.

Frente a lo narrado es necesario buscar alguna alternativa a esta situación, pues la empresa Kimberly Clark del Ecuador se vio perjudicada con la resolución de la SGCAN por la delación que realizaron, por lo que corresponde evitar que vuelva a suceder y de esta manera tratar de blindar a los programas de clemencia y lograr mantenerlos como incentivo hacia la detección de carteles.

Antonio Creus, indica que acceder a los expedientes es complicado debido a que cuentan con información delicada que puede ser usada en más de un sentido¹⁷⁴; por lo tanto, estos deberían ser confidenciales; sin embargo, en la práctica los expedientes de clemencia son independientes y reservados de las investigaciones realizadas de oficio por la SCPM del Ecuador.

Conforme indica la normativa –artículo 56 LORCPM y artículo 3 del Reglamento a la ley– las investigaciones mantienen este carácter hasta que se emita la resolución respectiva que tiene el carácter de pública, entendiéndose que en ese preciso momento la información de clemencia proporcionada también se vuelve pública.

Al respecto, se debe indicar que no existía artículo alguno que expresamente prohíba la publicación de la información, inclusive la autoridad competente podía desclasificar la información en etapas previas de considerarlo pertinente, generando dos situaciones, por un lado que los expedientes de clemencia puedan ser remitidos nuevamente a la SGCAN cuando consideren que existen indicios de afectación regional de la libre competencia en dos o más mercados de los países miembros; y, que puedan presentarse en contra de las empresas auto incriminadas una serie de demandas civiles por daños y perjuicios.

Sin embargo, luego de la devastadora resolución 2006 de la SGCAN, las nuevas autoridades de la SCPM del Ecuador, buscando resarcir los errores previos, el 8 de agosto de 2019 emitieron la resolución nro. SCPM-DS-2019-38, – Instructivo para el otorgamiento de beneficios de exención o reducción del importe de la multa de la SCPM – norma que establece como su objeto el establecimiento de las condiciones y procedimientos que la SCPM deberá aplicar cuando una persona natural y/o jurídica decida acogerse a la exención

¹⁷⁴Antonio Creus, *Código de derecho de la competencia*, (Madrid: Ed La Ley, 2006), 133, https://books.google.com.ec/books?id=UvZWnx_jeD0C&printsec=frontcover&source=gbs_vpt_read#v=onepage&q&f=false

o reducción de multa por haber incurrido en una conducta de las descritas en el artículo 11 de la LORCPM¹⁷⁵.

Y es hasta ahora que se tipifica un artículo referente a la confidencialidad de los expedientes de delación compensada, el mismo que dice:

Art. 3.- CONFIDENCIALIDAD.- Durante el procedimiento de exención o reducción del importe de la multa opera a petición del interesado, los funcionarios y servidores públicos de la Superintendencia de Control de Poder del Mercado, que tomen conocimiento de este procedimiento, guardarán absoluta confidencialidad sobre: la identidad de los operadores económicos, el contenido de la solicitud, actuaciones, reuniones, entrevistas, pruebas, evidencias, indicios, informes presentados, entre otros.

La información y documentación que conste en el expediente de exención o reducción será considerada confidencial, salvo los elementos de prueba que el órgano de investigación agregue al expediente de investigación, previa autorización del solicitante, contenida en el acuerdo de colaboración.

En caso de ser necesario remitir información o documentación del expediente de exención o reducción del importe de la multa a una autoridad internacional de competencia, se deberá contar con la autorización expresa del solicitante¹⁷⁶.

La norma transcrita indica la forma como deberán proceder los funcionarios frente a estos expedientes de delación compensada, establece expresamente la obligatoriedad de guardar absoluta confidencialidad e incluso incorpora la necesaria autorización del solicitante para remitir información a una autoridad internacional.

De la revisión de la nueva resolución es evidente que la norma nace de lo sucedido con la resolución 2006 de la SGCAN y que además, busca realizar una expresa protección a los expedientes de clemencia y a sus delatores.

Algo que se debe relieves es que antes de la emisión de la resolución en mención, tanto la administración como los administrados, en caso que se dispusiera el archivo del expediente de delación, no conocían el destino de la información entregada bajo un programa de clemencia, ya sea porque la autoridad consideraba que no debe suscribir un acuerdo o porque el delator decide retirar su denuncia.

Con la emisión del instructivo esta duda queda cubierta, pues en el inciso sexto del artículo 12 se sostiene: “En caso de no suscribir el acuerdo de colaboración, se procederá con el archivo del expediente y se guardará la confidencialidad de la información suministrada

¹⁷⁵ Ecuador, Superintendencia de Control de Poder del Mercado, *Resolución n° SCPM-DS-2019-38*, 8 de agosto de 2019, art. 1.

¹⁷⁶ Ecuador, Superintendencia de Control de Poder del Mercado, *Resolución n° SCPM-DS-2019-38*, 8 de agosto de 2019.

por el solicitante [...]”¹⁷⁷ incluso, el instructivo regula la incorporación de las pruebas del programa de clemencia al expediente de investigación y establece la necesidad de expresa autorización del colaborador para que la autoridad de control pueda proceder a adjuntarlas.

Por último, pese a que el instructivo genera una mayor seguridad jurídica, confiabilidad y certeza respecto de cómo va a operar la autoridad de control frente a una delación, es importante indicar que esta confidencialidad es solo a nivel administrativo, pues en caso de demandas de terceros por daños y perjuicios la protección no se extiende al ámbito jurisdiccional, ya que el inciso tercero del artículo 47 de la LORCPM, dice: “Sólo podrán informar sobre aquellos hechos o circunstancias a los Jueces, Tribunales y Órganos competentes de la Función Judicial y sólo por disposición expresa de juez o de los jueces que conocieren un caso específico, Función que mantendrá la confidencialidad de la información”¹⁷⁸.

Sin embargo, el artículo 19 del instructivo que regula el requerimiento judicial remite al artículo 49 de la LORCPM, la cual norma la facultad de investigación de la SCPM y al respecto establece la necesidad de contar con una autorización judicial para ingresar al domicilio de los investigados y/o descerrajar los establecimientos que estuvieren cerrados, sin normar de forma expresa cómo proceder en caso que la autoridad judicial requiera información de un expediente de delación compensada, por ende, me atrevo a sostener que sigue sin existir una protección a los delatores respecto de demandas de daños y perjuicios por parte de terceros que se consideren afectados, pudiendo darse el caso de tener que responder ante ello.

Frente a lo señalado, existen varias posiciones normativas al respecto del tema; por ejemplo, en el *antitrust* estadounidense las sanciones por cometer infracciones contra la libre competencia, involucran a más de multas e indemnizaciones civiles, sanciones penales, volviendo de por sí bastante atractivo a los programas de clemencia, pues al auto incriminarse se les estaría exonerando de la sanción penal, que es un fuerte elemento disuasorio para los operadores económicos.

En lo que respecta a la indemnización civil, este sistema prevé:

¹⁷⁷ *Ibíd.*, art. 12

¹⁷⁸ Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*, Registro Oficial Suplemento 555, 13 de octubre de 2011, art. 47.

como límite que las empresas que cooperen en el marco del programa de clemencia del Departamento de Justicia tendrán que responder civilmente, en caso de ser demandados, por los daños ocasionados en su cuantía simple, tomando como referencia únicamente las ventas efectuadas por parte de dicha empresa a la parte demandante del resarcimiento, y no tendrá que responder por el triple de los daños (treble damages), tomando como referencia las ventas globales efectuadas por todos los miembros del acuerdo colusorio, como sucede en condiciones normales¹⁷⁹.

Siendo atractivo el hecho de que en caso de llegar a tener demandas civiles, al haberse delatado, solo responderá por el resarcimiento simple de los daños que ocasionó con su actuar anticompetitivo.

En Inglaterra, el abogado general Mazak al respecto de la confidencialidad de los expedientes de los programas de clemencia, manifiesta:

argumenta que las víctimas de los acuerdos colusorios no podrán acceder a las declaraciones auto inculpatorias que presentan las empresas en el marco de un programa de clemencia con el fin de ejercitar una acción civil, ya que este acceso podría afectar a la eficacia del programa de clemencia y, por consiguiente, las autoridades competentes no tendrían conocimiento de tantos acuerdos colusorios como los que se descubren en la actualidad gracias precisamente a los programas de clemencia. Además [...] esta negativa al acceso de la documentación mencionada podría afectar al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo, pero que dicha afectación estaría justificada por la finalidad legítima de garantizar una aplicación efectiva de la normativa anticompetitiva por las autoridades competentes y también por el interés de los particulares en que los acuerdos colusorios sean descubiertos y sancionados¹⁸⁰.

En Austria, la normativa de defensa de la competencia prevé que los perjudicados por el ilícito sólo tendrán acceso a la documentación en poder de la autoridad competente cuando la empresa o empresas afectadas por la investigación lo acepten¹⁸¹.

Así también en Hungría, se ha establecido en la normativa que quienes se acojan a un programa de clemencia, solo responderán por las indemnizaciones de daños y perjuicios a las víctimas afectadas por la conducta anticompetitiva cometida, cuando los daños no puedan ser indemnizados por las demás empresas que también hubiesen participado en el cártel¹⁸².

De esta manera, no se excluye la posibilidad de que el perjudicado demande a todos los involucrados en el cartel, pero se establece *de iure* una responsabilidad subsidiaria para

¹⁷⁹Patricia Pérez Fernández, “La problemática relación entre los programas de clemencia y las acciones privadas de resarcimiento de los daños derivados de ilícitos antitrust”, *InDret Revista para el análisis del derecho*, (Barcelona: Universidad de Castilla-la Mancha, 2013), 17.<http://www.indret.com/pdf/951.pdf>

¹⁸⁰Ibíd., 14.

¹⁸¹Ibíd.

¹⁸²Hungarian Competition Authority, *Act LVII of 1996 on the Prohibition of Unfair and Restrictive Market Practices*, art.88D.http://www.gvh.hu/en//data/cms1033354/Hungarian_Competition_Act_20150901_.pdf

quien se auto incriminó y cooperó con la autoridad de competencia para sancionar a los demás miembros del cartel, siendo que podrá ser demandada civilmente una vez que se compruebe que las demás no pueden pagar la indemnización correspondiente.

El TJUE, el 14 de junio de 2011 resolvió una consulta prejudicial al respecto de la desclasificación de un expediente de exención de multas, solicitado por un juez alemán, quien consultó si la desclasificación de la confidencialidad de las solicitudes de clemencia en procedimientos civiles sería contraria al Derecho comunitario.

El TJUE, indicó que en relación con el derecho comunitario no existe impedimento para levantar la confidencialidad, por lo que cada juez nacional deberá resolver analizando caso por caso, teniendo en consideración los dos intereses contrapuestos: por un lado, el riesgo que al levantar la confidencialidad se dé un desincentivo para la presentación de futuras solicitudes de clemencia y por otro lado, el derecho de todos los interesados de reclamar los daños derivados de infracciones de las normas de defensa de la competencia¹⁸³.

¹⁸³Tribunal de Justicia de la Unión Europea, “Caso C-360/09 Pflaiderer AG v. Bundeskartellamt” de 14 de junio de 2011.

Conclusión

Una vez que se ha investigado y analizado la resolución nro. 2006, así como la normativa interna del Ecuador y al compararla con otras legislaciones, es más que evidente el conflicto que existe a partir de la emisión de la resolución nro. 2006 de la SGCAN.

En virtud del conflicto surgido a partir de la mentada resolución y luego de la presente investigación, se concluye que la normativa interna ecuatoriana, al respecto del tema, es débil y presenta deficiencias, las cuáles en su momento llevaron a una denuncia infundada y mal articulada ante la SGCAN; que terminó con una resolución cuestionable y que ha puesto en tela de duda la estabilidad y efectividad de una herramienta de las autoridades de control en el arduo trabajo de la desarticulación de carteles, los famosos programas de clemencia.

La SCPM evidentemente vulneró derechos de las empresas involucradas al emitir en un primer momento un informe, el cual sustentó la resolución de desclasificación de la información entregada con el carácter de confidencial, al amparo de un programa de clemencia, lo que llevó a la absurda resolución emitida por la SGCAN; y que a la presente fecha ha sido declarado como un acto administrativo ilegal y nulo por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo Nro. 2 con sede en la ciudad de Guayaquil dentro del proceso número 09802-2017-00197.

Frente al desatino cometido por nuestra autoridad de control, SCPM, es necesario rectificarlo y buscar la forma de evitar que vuelva a suceder, por lo que al estar los programas de delación compensada en nuestra normativa tan poco regulados, se considera indispensable su reforma y ampliación.

Como sabemos, los tres pilares indispensables para que un programa de clemencia sea efectivo son sanciones severas, temor a la detección y transparencia en las políticas de cumplimiento. En el caso analizado el segundo y tercer pilar se han visto afectados, pues la autoridad de control ha perdido fuerza, confiabilidad y respeto debido a su actuar ilegítimo y contrario a la norma, el cual atentó a la naturaleza misma de un sistema de clemencia.

Si bien en agosto de 2019 se emite un nuevo instructivo que contempla una regulación más detallada respecto del manejo de los programas de clemencia, es necesario tener en consideración, que hablamos de un acto normativo que al ser emitido por la autoridad de turno de la SCPM, puede ser derogada en cualquier otro momento, por lo tanto considero que el tema de protección de la información; así como, de los delatores, es decir, la

confidencialidad, debe ser incorporada en la ley, la misma que si bien puede sufrir reformas, su proceso requiere de más que solo la voluntad de una autoridad administrativa de turno.

Por otra parte, en los operadores económicos que infringen la ley, existe la inseguridad y falta de confianza respecto de la delación y entrega de toda la información auto-incriminatoria, pues a partir de la resolución nro. 2006 que se analizó, nació la duda de igual no ser eximidos de sanción, inclusive pudiendo llegar a ser sancionados en más de lo que en un inicio les hubiera perjudicado el mantenerse callados y cartelizados.

Por esto, la seguridad jurídica que otorgue la normativa a los operadores económicos es un pilar fundamental de los programas de clemencia, pues es la certeza del derecho frente a posibles actuantes de la administración pública.

Por su parte, se pudo evidenciar deficiencias de cooperación entre la SGCAN y las autoridades de competencias de los países miembros, que al no haberse establecido un objetivo común en la aplicación de la normativa interna y comunitaria, lleva a las discrepancias y criterios diferentes en la resolución de los casos, dando como resultado una sentencia que ha dejado en tela de duda la eficacia de una herramienta indispensable en la detección, delación y desarticulación de carteles.

Recomendaciones

La resolución de la SGCAN es un evidente desincentivo de una de las herramientas más eficaces a nivel mundial en la detección y desarticulación de carteles, por lo tanto, con la finalidad que esto no perjudique a nuestro mercado, y pese a que se ha emitido el instructivo para el otorgamiento de beneficios de exención o reducción del importe de la multa de la SCPM, en agosto de 2019, se recomienda que se reforme la ley y se incluya un detallado procedimiento administrativo para acogerse a los programas de clemencia, tomando en consideración desde la solicitud de exención; hasta el efectivo otorgamiento de los beneficios.

Por lo tanto, considero pertinente y necesario que la normativa interna del Ecuador sea reforzada respecto de los programas de clemencia, ya que nuestra actual ley en dos artículos, se limitan a regular la forma y los porcentajes de las exoneraciones de las multas que un operador económico puede obtener por delatar a su cartel y auto incriminarse, olvidando regular minuciosamente temas de relevancia como son la confidencialidad y el debido proceso en el manejo de información tan delicada, con la finalidad de evitar situaciones similares en el futuro, la cual podría costar la efectividad y funcionalidad de los programas de delación compensada.

Por otro lado, en el ámbito comunitario, debido a que la resolución emitida significa un golpe para la política pública de delación de la subregión andina y aún del continente entero, es la Comunidad Andina de Naciones, quien debe analizar las ventajas y desventajas que trae consigo el incorporar en su normativa un sistema de clemencia, para en futuros casos evitar resoluciones que puedan repercutir en el mercado comunitario.

Pues, al estar la situación como se ha explicado en este proyecto de investigación, existe la posibilidad de que operadores económicos de un país miembro negocie con un país no miembro y de llegar a darse pactos colusorios entre estos y acogerse a programas de clemencia, el operador económico del país no miembro podría verse también afectado económicamente.

Así también, considero necesario que la Comunidad Andina de Naciones establezca una normativa en la cual se pueda transparentar la forma de cooperación en temas de derecho de competencia entre la SGCAN y las autoridades nacionales, con la única finalidad de

establecer un objetivo común, incorporar mecanismos que refuercen la delación y evitar futuras vulneraciones.

Bibliografía

Fuentes normativas

Colombia. *Decreto 2153*. Diario Oficial 40.704, 31 de diciembre de 1992.

Comisión Federal de Competencia Económica. Guía del Programa de Inmunidad y Reducción de Sanciones. México: 2015. https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2017/11/guia_programa_inmunidad.pdf

Comunidad Andina de Naciones. “Interpretación Prejudicial de 17 de marzo de 1995”. *Proceso10-IP-94*. Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena W 177, de 20 de abril de 1995. <http://intranet.comunidadandina.org/documentos/Procesos/115-IP-2009.doc>.

Comunidad Andina de Naciones. *Decisión 472 Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*. Gaceta Oficial 483, 17 de septiembre de 1999. <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/gace483.pdf>

Comunidad Andina de Naciones. *Decisión 500 Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*. Gaceta Oficial 680, 28 de junio de 2001.

Comunidad Andina de Naciones. *Decisión 608 Normas para la Protección y Promoción de la Libre Competencia en la Comunidad Andina*. Gaceta Oficial 1180, 29 de marzo de 2005.

Comunidad Andina de Naciones. “Interpretación Prejudicial expedida el 25 de febrero de 2010”. *Proceso115-IP-2009*. Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 1828, 30 de abril 2010. <http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Procesos/10-IP-94.doc>.

Comunidad Andina de Naciones. Secretaría General. *Resolución Nro. 1908*. Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 2928, 22 de febrero de 2017.

Comunidad Andina de Naciones. Secretaría General. *Resolución Nro. 2006*. Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 3292, 28 de mayo de 2018.

Colombia. *Ley 155 de 1959*. Diario Oficial Año XCVI 30138, 22 de enero de 1960. <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1652186>

Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

Ecuador. *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*. Registro Oficial Suplemento 555, 13 de octubre de 2011.

- Ecuador. *Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Decreto Ejecutivo 1152*. Registro Oficial 697, 07 de mayo de 2012.
- Ecuador. *Código de Ética de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Resolución SCPM-DS-065-2014*. Registro Oficial 406, 30 de diciembre de 2014.
- Ecuador. Superintendencia de Control de Poder del Mercado. *Resolución n° SCPM-DS-081-2015*. Registro Oficial 679, 28 de enero de 2016.
- Ecuador. Superintendencia de Control de Poder del Mercado. *Resolución n° SCPM-DS-012-2017*. Registro Oficial Edición Especial 998, 7 de abril de 2017.
- Ecuador. Superintendencia de Control de Poder del Mercado. *Resolución n° SCPM-DS-2019-38*. 8 de agosto de 2019.
- Ecuador Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo Nro. 2 con sede en la ciudad de Guayaquil. “Sentencia”. En *Juicio n°: 09802-2017-00197*. 19 de septiembre de 2018.
- Estados Unidos. *15 US Code “Chapter 1: Monopolies and Combinations in Restraint of Trade*. <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/21>
- Estados Unidos Federal Trade Commission, *How Mergers are Reviewed*, <https://www.ftc.gov/news-events/media-resources/mergers-and-competition/merger-review>
- Estados Unidos. *15 US Code Chapter 2: Federal Trade Commission; Promotion of Export Trade and Prevention of Unfair Methods of Competition, Subchapter I: Federal Trade Commission*. <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/chapter-2/subchapter-I>
- Estados Unidos Mexicanos. *Ley Federal de Competencia Económica*. Diario Oficial de la Federación, 23 de mayo de 2014. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFCE_270117.pdf
- Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea. *Relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea*. Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo. Diario Oficial de la Unión Europea L349/1. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014L0104&from=ES>

Perú. *Eliminan las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia.*

Decreto Legislativo 701, noviembre de 1991.
<https://www.indecopi.gob.pe/documents/51771/196578/dl701.pdf/e179e02c-be5e-4bc4-acf6-a3d2f721e7bb>

Perú. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad

Intelectual. *Guía del Programa de Clemencia.* 2017.
<https://www.indecopi.gob.pe/documents/1902049/3761587/Gu%C3%ADa+del+Programa+de+Clemencia.pdf/0a0d49ba-167d-f9f3-e878-b21c326b31ff>

Perú. *Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.* Decreto Legislativo 1034, 24 de

junio de 2008. <https://www.indecopi.gob.pe/documents/404159/3986900/D.S.+030-2019-PCM.pdf/c19b174e-59fa-7b02-acbd-5b2929d3c0f1>

Supreme Court of the United States. “Sentencia 485 U.S. 717, 723 (1988)”. *Caso Business*

Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp., 19 de enero de 1988. Citado en “Sentencia 551 U.S. 877 (2007)”. *Caso Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.* <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/551/877/> Traducción libre, texto original en inglés: “that would always or almost always tend to restrict competition and decrease output.”

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. “Sentencia 13 de febrero de 1969 (asunto 14/68)”.

Caso entre Walt Wilhelm y otros vs. Bundeskartellamt. 13 de febrero de 1969.
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61968CJ0014&from=EN>

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. “Sentencias de 7 de enero de 2004 (C-204/00 P,

C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, EU: C: 2004: 6)”.
 Aalborg Portland y otros/Comisión. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62000CJ0204&from=ES>

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. “Interpretación Prejudicial Consultante;

Sección Primera del Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Bogotá D.C. de la República de Colombia Expediente interno del Consultante: 11001333400520170011700 Referencia: Ámbito de aplicación objetivo del artículo 5 de la Decisión 608”. *Proceso 78-IP-2018.* Gaceta Oficial 3383, 1 de octubre de 2018.

- Unión Europea. *Comunicación de la Comisión sobre la tramitación de denuncias por parte de la Comisión al amparo de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea.* (2004/C 101/05). <http://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/sites/all/themes/competencia/files/pdfs/17.pdf>
- Unión Europea. *Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia.* (2004/C 101/03). [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0427\(02\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0427(02)&from=EN)
- Union Europea. *Commission Notice on Immunity from fines and reduction of fines in cartel cases.* 2006/C 298/11. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:298:0017:0022:EN:PDF>
- Unión Europea. *Reglamento (CE) No 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.* Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 1/1, 4 de enero de 2003. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R0001&from=ES>
- Unión Europea. *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.* ESC 326/88. Diario Oficial de la Unión Europea. 26 de octubre de 2012. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=ES>

Fuentes doctrinarias

- Andrew Amos. “Impact of the European Commission’s Leniency Policy in Relation to Cartels”. *The New Jurist*. 12 de agosto de 2016. <http://newjurist.com/impact-of-the-european-commission-leniency-policy-in-relation-to-cartels.html>
- Antonio Creus. *Código de derecho de la competencia*. Madrid: Ed La Ley, 2006. https://books.google.com.ec/books?id=UvZWnx_yeD0C&printsec=frontcover&source=gbv_vpt_read#v=onepage&q&f=false
- Barry Rodger y Angus MacCulloch. *Competition Law and policy in the European Community and United Kingdom*. Lóndres: Cavendish Publishing Limited, 1999.
- Carlos Alfredo Trujillo. “Análisis de la figura “Programa de Clemencia” en Derecho de competencia comparado. Parámetros para la aplicación en Ecuador”. *Foro Revista de*

- Derecho*. No 26. Quito: UASB, 2016.
<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5806/1/07-TC-Trujillo.pdf>
- Colleen Connolly-Ahern. "Federal Trade Commission". *Encyclopædia Britannica*.
<https://www.britannica.com/topic/Federal-Trade-Commission>
- Colombia. "Beneficios por Colaboración". *Superintendencia de Industria y Comercio*,
 accedido 31 de enero de 2020. <http://www.sic.gov.co/beneficios-por-colaboracion>
- Comunidad Andina de Naciones. "Misión y Visión de la Secretaría General de la CAN".
Comunidad Andina de Naciones.
<http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=26&tipo=SA&title=secretaria-general-de-la-comunidad-andina>
- CQ Press. *Washington Information Directory: 2013-2014*. Estados Unidos: CQ Press, 2013
<https://books.google.com.ec/books?id=GytzAwAAQBAJ&pg=PA477&lpg=PA477&dq=FTC+investigate+defense+industries+pharmaceuticals+and+retail.&source=bl&ots=TyluwLWVWP&sig=MJ5yyKebFs8aweyLNGM49P9qUTs&hl=es&sa=X&ved=2ahUKEwj3nOrf0t3cAhUEylMKHTxuCDIQ6AEwB3oECAYQAQ#v=onepage&q=FTC%20investigate%20defense%20industries%20pharmaceuticals%20and%20retail.&f=false>
- David Nadler y Michael Tushman. *El diseño de la organización como arma competitiva*. trad. María del Pilar Carril. Londres: Oxford University Press, 1999.
- Directorate General for Competition European Commission, International Competition Network. "Cartel Leniency". Video de YouTube. Canal de ICN Training on Demand. 2012. <https://www.youtube.com/watch?v=T-tNDvnrElQ&t=15s>
- European Competition Network. *ECN Model Leniency Programme*. 2012.
http://ec.europa.eu/competition/ecn/mlp_revised_2012_en.pdf
- Fernando de la Vega García. *La clemencia (leniency) en el derecho de la competencia (antitrust) Exención o reducción de multas en caso de cártel*. Madrid: Dykinson S.L., 2017.
- Gary Becker. "Crime and Punishment: An Economic Approach". *The Journal of Political Economy*. Vol. 76. Nro. 2. 1968. Citado en Nicolo Zingales. "European and American Leniency Programmes: Two Models Towards Convergence?". *The Competition Law*

Review. Vol. 5. No. 1. 2008.
<http://new.clasf.org/CompLRev/Issues/Vol5Iss1Art1Zingales.pdf>

George J. Stigler. "The Origin of the Sherman Act.". *The Journal of Legal Studies*. 14. N°. 1. 1985. <http://www.jstor.org/stable/724314>.

J. A. Varela González. "Características y situación actual de la política de clemencia". *Cuadernos Europeos de Deusto*. N° 38. 2008. <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/revistas/revistas38.pdf>

Jacobo López Barja de Quiroga. *El principio non bis in ídem*. Madrid: Dykinson, 2004.
https://elibro.net/es/ereader/uazuay/96904?fs_q=non_bis_in_idem&prev=fs

Jaime Ossa Arbeláez. *Derecho Administrativo Sancionador una aproximación dogmática*. Ed. 2da. Bogotá: Legis Editores, 2009.

Joan Ramón Borrell; Juan Luis Jiménez y Carmen García. "Evaluating Antitrust Leniency Programs". *Journal of Competition Law & Economics*. Nro. 10. HeinOnline, 2014.

Juan Ventura Victoria. *Análisis estratégico de la empresa*. España: Editorial Paraninfo, 2008.
https://books.google.com.ec/books?hl=es&lr=&id=geR_9VTPOM4C&oi=fnd&pg=PP1&dq=dilema+del+prisionero&ots=k3zynYYQy0&sig=q3WfpIwBMTNaHSQ2-Mwp45Q9gQI#v=onepage&q=dilema%20del%20prisionero&f=false

"Judicial Refusal to Imply a Private Right of Action under the FTCA". *Duke Law Journal*. Nro. 2. Duke University School of Law, 1974.
<https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2490&context=dlj>

Marta Cantero Gamito. "Leniency programmes in the antitrust fight". *Private Enforcement of Competition Law*. España: UE/Gobierno de España/Instituto de Estudios Europeos/Lex Nova, 2011.
https://books.google.com.ec/books?id=AdrAFwOTeioC&printsec=frontcover&dq=La+aplicaci%C3%B3n+privada+del+Derecho+de+la+competencia&hl=es&source=gbs_book_similarbooks#v=onepage&q&f=false

Matthew Levitt, Christopher Thomas and Falk Schöningh, Hogan Lovells. "Cartel leniency in EU: overview Confidentiality and disclosure". *Thomson Reuters Practical Law*. 3 de Agosto de 2020. [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/0-517-4976?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/0-517-4976?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1)

- Merriam Webster. “per se rule”. *Law Dictionary*. <https://www.merriam-webster.com/legal/per%20se%20rule>
- N Gregory Mankiw. *Principles of Microeconomics*. Estados Unidos: CENGAGE Learning, 2015.
- Nicolo Zingales. “European and American Leniency Programmes: Two Models Towards Convergence?”. *The Competition Law Review*. Vol. 5. No. 1. 2008. <http://new.clasf.org/CompLRev/Issues/Vol5Iss1Art1Zingales.pdf>
- OECD. “Using Leniency to Fight Hard Core Cartels”. *Policy Brief*. Septiembre 2001. <http://www.oecd.org/corporate/ca/1890449.pdf>
- OCDE. “Exámenes Inter-Pares de la OCDE y el BID sobre el Derecho y Política de Competencia” Perú: 2018. <https://www.oecd.org/daf/competition/OECD-BID-examenes-inter-pares-derecho-y-politica-de-competencia-peru-2018-aspectos-clave.pdf>
- Patricia Pérez Fernández. “La problemática relación entre los programas de clemencia y las acciones derivadas de resarcimiento de los daños derivados de ilícitos antitrust”. *Indret Revista para el Análisis del Derecho*. No. 1. Barcelona: Universidad de Castilla – La Mancha, 2013. <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/262214/349396>
- Robert Baldwin y Julia Black. “Really responsive regulation”. *The modern law review*. N° 71. 2008. DOI: 10.1111/j.1468-2230.2008.00681.x. http://eprints.lse.ac.uk/22872/1/Baldwin_Black_Really-responsive-regulation_2008.pdf
- Sean Ennis. “Panel N° 2 Estrategias Efectivas para Desarticular Cáteles en Beneficio de los Ciudadanos”. *Exposiciones*. Lima: Indecopi, 2017. https://issuu.com/indecopi/docs/pub_clemencia_exposiciones
- Secretaría de la OCDE. “Programas de clemencia en América Latina y el Caribe: Experiencias recientes y lecciones aprendidas”. *Organización para el Desarrollo Económico y la Cooperación*. DAF/COMP/LACF(2016). 7 de abril de 2016. [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF\(2016\)5&docLanguage=Es](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF(2016)5&docLanguage=Es)

The Editors of Encyclopaedia Britannica. “Sherman Antitrust Act”. *Encyclopædia Britannica*. <https://www.britannica.com/event/Sherman-Antitrust-Act>

The Editors of Encyclopaedia Britannica. “Clayton Antitrust Act” *Encyclopædia Britannica*. <https://www.britannica.com/event/Clayton-Antitrust-Act#ref282972>

Wouter P. J. Wils. “The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages”. *World Competition Law and Economics*. Vol. 32. No. 1. 2009. <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=093116088071091125067087065091104089033069066016061000078027121065003103123097017000063039024035109012028121105020001004073020012000008073033120005110116083030080009014076064121025108110008070103112012023016118068019118096080101102081067012107074081&EXT=pdf>