

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO**

Colegio de Postgrados

**El derecho administrativo sancionador y el debido proceso en materia de  
libre competencia en el Ecuador.**

**Angie Montenegro Pozo**

Director:

Dr. Juan Pablo Aguilar.

Plan de investigación para la elaboración de tesina de grado como requisito para la  
obtención de título de Master en Derecho Administrativo

Quito, marzo 2017

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO**

**Colegio de Postgrados**

**HOJA DE APROBACIÓN DE TRABAJO DE TITULACIÓN**

**El derecho administrativo sancionador y el debido proceso en materia de libre competencia en el Ecuador.**

**Angie Montenegro Pozo**

Juan Pablo Aguilar, M.A.  
Director de Trabajo y Miembro del Comité de Grado

Juan Manuel Marchán, M.A.  
Presidente y Miembro del Comité de Grado

Oswaldo Santos, M.A.  
Miembro del Comité de Grado

Javier Robalino, M.A.  
Director de la Maestría en Derecho Administrativo

Farith Simon, Ph.D.  
Decano del Colegio de Jurisprudencia

Hugo Burgos, Ph.D.  
Decano del Colegio de Postgrados

Quito, 11 de mayo de 2017

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO**  
**EVALUACIÓN DE DIRECTOR / TRABAJO ESCRITO TESINA**

**TÍTULO:** El derecho administrativo sancionador y el debido proceso en materia de libre competencia en el Ecuador

**ALUMNO:** Angie Montenegro Pozo

**EVALUACIÓN:**

**a) Importancia del problema presentado.**

Con la creación de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, y la atribución a la misma de potestades sancionadoras, se han presentado una serie de problemas en relación con el ejercicio mismo de esa potestad, la forma en que la ejerce la Superintendencia y la manera en que se la ha regulado en la Ley. Estudiar el diseño vigente en el Ecuador y establecer la manera de mejorarlo y concordarlo con los principios que rigen el Derecho Sancionador, y que reconoce nuestra Constitución es, sin duda, importante.

**b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador.**

La hipótesis es trascendente, pues se trata de establecer si los principios del debido proceso están reflejados en la regulación sobre el procedimiento sancionador de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado.

**c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados.**

Se hace un análisis suficiente, con materiales adecuados y pertinentes, sobre la regulación vigente en materia de sanciones administrativas por parte de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, contrastándola con doctrina autorizada y con ejemplos legislativos y jurisprudenciales, nacionales y extranjeros.

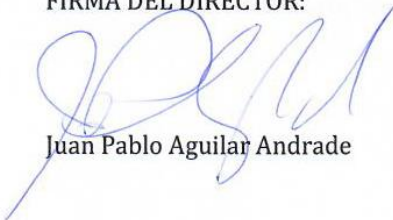
**d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada).**

El trabajo está bien desarrollado, con absoluta claridad y coherencia. Se analizan los principios básicos del Derecho Sancionador y la forma en que los recoge nuestro ordenamiento jurídico y, a partir de eso, se revisa el régimen establecido por nuestra legislación al otorgar competencias sancionadoras a la Superintendencia de Control de Poder de Mercado. Esto permite determinar los problemas que el sistema tiene, al no encuadrarse en los principios a los que se ha hecho

referencia, y se proponen alternativas de solución a la luz de los planteamientos doctrinarios y las experiencias de la legislación comparada.

A mi juicio, el trabajo cumple los requisitos necesarios para continuar con el trámite correspondiente.

FIRMA DEL DIRECTOR:



Juan Pablo Aguilar Andrade

Quito, 8 de marzo de 2017

## © Derechos de Autor

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

Firma del estudiante:

Nombre: Angie Paola Montenegro Pozo

Código de estudiante:

C. I.: 1721644548

Lugar, Fecha: Quito, 28 de mayo de 2017

## **AGRADECIMIENTO**

En agradecimiento a mi Director, a mi familia, a Ceci, Nelly e Isabel por su gran apoyo,  
pero en especial, a la música.

## **RESUMEN**

Este trabajo tiene por objeto analizar el problema de la aplicación de las garantías del debido proceso, imparcialidad e independencia en el derecho administrativo sancionador, en materia de la libre competencia en el Ecuador, comparándolo con el desarrollo normativo y de aplicación que han tenido otros países, con el objetivo de generar una propuesta de reforma normativa que se adecúe a los principios del derecho; a los preceptos reconocidos constitucional y legalmente; y, al carácter especial y técnico que identifica al derecho de la competencia.

**ABSTRACT**

This essay aims to analyze the conflicts of the application of guarantees of due process, impartiality and independence in the antitrust law penalties in Ecuador, by comparing it with the normative development and application of other countries, to create a proposal to reform the antitrust legislation, recognizing law principles, constitutional guarantees as well as the special and technical character that identifies the antitrust law.



## ÍNDICE

RESUMEN .....	I
ABSTRACT .....	II
INTRODUCCIÓN.....	- 1 -
CAPÍTULO I .....	- 4 -
EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR EN EL DERECHO A LA LIBRE COMPETENCIA.....	- 4 -
I. EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.....	- 4 -
II. EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR EN EL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA .....	- 6 -
a. La defensa de la competencia .....	- 7 -
b. Las sanciones en el derecho de la libre competencia.....	- 9 -
CAPÍTULO II.....	- 11 -
EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR, EL DEBIDO PROCESO Y LA IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA .....	- 11 -
I. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR .	- 11 -
II. DEBIDO PROCESO, IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.....	- 15 -
III. CONFLICTOS CON LOS PRINCIPIOS DEL DEBIDO PROCESO EN LOS PROCEDIMIENTOS SANCIONADORES DE LA SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO. ....	- 19 -
CAPÍTULO III .....	- 30 -
PROPUESTA ALTERNATIVA PARA LOS PROCEDIMIENTOS SANCIONADORES EN LA SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO .....	- 30 -
I. DERECHO COMPARADO.....	- 31 -
a. España.....	- 31 -
b. Alemania.....	- 36 -
c. Estados Unidos de América.....	- 39 -

d. Chile.....	- 42 -
II. PROPUESTA DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR A APLICARSE EN ECUADOR .....	- 44 -
a) Actual modelo de defensa de la libre competencia ecuatoriano .....	- 44 -
b) Otros modelos aplicados en el Ecuador.....	- 47 -
c) Aplicación propuesta .....	- 51 -
CONCLUSIONES.....	- 54 -
BIBLIOGRAFÍA .....	- 57 -

## INTRODUCCIÓN

En los últimos años, la asignación eficiente de recursos dentro de los mercados y las empresas ha tenido un gran cambio, pues se ha intensificado la competencia entre empresas, lo que ha generado, a su vez, una tendencia creciente a la maximización del bienestar del consumidor y, por lo tanto, del conjunto de la economía. Es por ello que a fin de adecuarnos de mejor manera a este avance económico, es necesaria la eliminación de una regulación que podría considerarse abusiva e ineficiente, o, como también se la conoce, la “sobreregulación”.

Tanto el análisis económico como el jurídico están en continua evolución, al igual que el proceso de reforma y actualización del derecho de la competencia. El derecho comparado y las experiencias pasadas son referentes; no obstante, la experiencia cotidiana de los agentes económicos y las realidades que enfrentan permanentemente las autoridades de defensa de la competencia, deberán incidir en una modernización continua, resultado del análisis minucioso del mercado correspondiente, con sus complejidades y especificidades.

A partir del criterio expuesto, en el presente trabajo de investigación se busca vincular las bases del derecho administrativo sancionador con el manejo que le han dado las autoridades de regulación y control ecuatorianas a la defensa de la competencia, a fin de plantear actualizaciones normativas que garanticen el respeto de los preceptos constitucional y legalmente establecidos en nuestro país, y que, a la vez fomenten el sano desarrollo del sector productivo nacional.

Por lo tanto, es menester entender el funcionamiento del derecho administrativo sancionador, retrotrayéndose a sus bases, las mismas que derivaron del denominado “*ius puniendi*” del Estado, siendo un andamiaje de carácter conceptual y práctico, el mismo que en el pasado se nutrió de los principios del derecho penal.

El derecho de la libre competencia permite que el Estado actúe para limitarla, sancionando y reprimiendo las conductas anticompetitivas; facultando a sus órganos llevar

a cabo investigaciones, obtener medios de prueba e imponer sanciones en virtud a los intereses del denominado “orden público económico”, esencialmente para promover el bienestar del consumidor y la protección del proceso competitivo.

En virtud de lo expuesto, se analizarán los principios objetivos esenciales del derecho administrativo sancionador, conjuntamente con los procedimentales, garantizando su aplicación en asuntos donde la Administración haga uso de sus potestades de imperio en el marco especializado de una política que fomente la libre competencia.

En consecuencia, se realizará un especial énfasis en el debido proceso, la imparcialidad y la independencia en el ejercicio de las potestades públicas que se aplican en el derecho sancionador de la Ley Orgánica de Control del Poder de Mercado, dirigido al análisis de los conflictos que genera la aplicación de estos principios y de las garantías en el modelo normativo e institucional ecuatoriano actual.

El conflicto principal de este ensayo es la estructura del órgano de control y sanción en el país, denominado Superintendencia de Control del Poder de Mercado; puesto que, a nuestro criterio, esta estructura no evidencia que se busque observar el debido proceso del derecho administrativo sancionador; existe, nos parece, una inadecuada separación y limitación en la relación entre los órganos resolutores y los de investigación, los que se encuentran supeditados a una sola autoridad.

Es posible entonces, que bajo la estructura existente actualmente, el superior pueda ejercer algún tipo de influencia sobre las personas encargadas de realizar la investigación o resolución, lo cual, como se ha manifestado, lesionaría la imparcialidad, independencia y debido proceso.

El procedimiento sancionador debe buscar la verdad real de los hechos, con observancia a los derechos del investigado, lo cual convierte al procedimiento en una garantía a favor del mismo y no sólo en un mecanismo puesto a disposición de la Administración para ejercer la potestad sancionadora.

Con el objetivo de aumentar la eficacia y eficiencia de nuestro sistema de defensa de la competencia, sin aumentar el gasto o los medios materiales, se requiere un importante cambio normativo, que no se base en la concentración del poder decisorio y que, por el contrario, se limite a una injerencia exclusivamente de carácter técnico y especializado. Para el efecto, se ha analizado la aplicación del derecho administrativo sancionador en la materia, en legislación comparada, en países que manejan modelos completamente diferentes entre sí, tal es el caso de España, Alemania, Estados Unidos y Chile, además del estudio de mecanismos aplicados en otras materias y en experiencias pasadas en el Ecuador.

Mediante la presente propuesta, se busca lograr una independencia de los órganos que actúan en el derecho administrativo sancionador en la materia, sin tener que acudir a la Función Judicial, pues en vía administrativa se pueden llegar a cumplir las garantías del debido proceso, imparcialidad e independencia hacia los administrados, a través de la autonomía del órgano, de las autoridades intervinientes y de su forma de designación, logrando decisiones técnicas dirigidas hacia la maximización de beneficios, tanto para los operadores económicos como para los consumidores.

## CAPÍTULO I

### EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR EN EL DERECHO A LA LIBRE COMPETENCIA

#### I. EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Con el objetivo de entender el funcionamiento del derecho administrativo sancionador en materia de competencia, es fundamental entender su naturaleza. En el derecho público, existe una potestad administrativa sancionadora y un ordenamiento jurídico sancionador, potestad que se asemeja a la de los Jueces y Tribunales, formando parte de un *“ius puniendi”* del Estado.

El 8 de junio de 1981, el Tribunal Constitucional español en la sentencia 18/81, determinó que *“los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado”*<sup>1</sup>; generalizando este concepto, conforme parece adecuado, se puede afirmar que el derecho administrativo sancionador se nutre de los principios del derecho penal.<sup>2</sup>

En concordancia, el autor García De Enterría señala que *“el mismo ius puniendi del Estado puede manifestarse, pues (con la salvedad ya hecha de las penas privativas de la libertad y otros derechos civiles y políticos), tanto por la vía judicial como por la vía administrativa”*<sup>3</sup>. Otro enfoque respecto de la fuente del derecho administrativo

---

<sup>1</sup> Miguel Carmona. *Prueba de la infracción administrativa y derecho fundamental de inocencia*, en: [www.dialnet-pruebadelainfracciónadministrativayderechofundamentaldeinocencia-2531910.pdf](http://www.dialnet-pruebadelainfracciónadministrativayderechofundamentaldeinocencia-2531910.pdf). (acceso: 20/10/2015)

<sup>2</sup> Alejandro Nieto. *Derecho Administrativo Sancionador*. Cuarta Edición. Madrid: Tecnos, 2011. p. 85

<sup>3</sup> Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Ed. Temis, Bogotá, 2008, p. 152.

sancionador dice que tanto éste como la potestad penal forman parte de *ius puniendi* del Estado, a través de la vinculación directa de cada uno de ellos con el derecho público estatal.

Respecto de los límites del derecho administrativo sancionador en la actual concepción del Estado de Derecho, Cassagne destaca que lo esencial es que estos se interponen como contrapeso al ejercicio de esta potestad:

“(…) debe tenerse en cuenta que no obstante el hecho de que las potestades administrativas traducen situaciones ordinarias de ejercicio del poder público, ellas no pueden ser absolutas e ilimitadas sino razonables y justamente medidas y tasadas en su extensión por el propio ordenamiento jurídico, que acota sus límites y precisa su contenido”<sup>4</sup>

Estos límites, si se contemplan desde el punto de vista de los ciudadanos, se traducen en derechos subjetivos, es decir es un derecho a que sus actuaciones se sancionen en los casos legalmente previstos y por autoridades competentes. Por la razón enunciada, el ejercicio de la potestad sancionadora comprende tres facultades básicas, “(…) *la del establecimiento normativo, la de imposición y la de ejecución* (...)”<sup>5</sup>. La primera se refiere a que la actividad sancionadora debe estar prevista en una norma; la segunda consiste en la previa determinación de las infracciones y los infractores a lo largo de un procedimiento formalizado; y la última, es la facultad de ejecutar las sanciones interpuestas.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo*, Sexta edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p.118

<sup>5</sup> Alejandro Nieto. *Derecho Administrativo Sancionador*. *Óp. cit.* p. 130

<sup>6</sup> *Ibíd.*

## II. EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR EN EL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA

El derecho de la libre competencia es una “(...) rama del derecho público económico que regula y ordena los mercados, sancionando las prácticas comerciales anticompetitivas y creando las condiciones para intercambios eficientes”<sup>7</sup>. No obedece a la libre autonomía privada, su naturaleza de derecho público se expresa debido a que la libre competencia permite al Estado actuar, limitándola, sancionando y reprimiendo las conductas anticompetitivas más graves; facultando a sus órganos llevar a cabo investigaciones, obtener medios de prueba e imponiendo castigos, en virtud a que los intereses que se protegen son los que forman parte del denominado “orden público económico”, esencialmente promover el bienestar del consumidor, fomentar la eficiencia económica y la protección del proceso competitivo.<sup>8</sup>

Los poderes públicos actúan sobre las empresas en el mercado de manera controladora, de supervisión y dirección de los comportamientos, para mantener un régimen de competencia que se adecúe a la maximización de los beneficios tanto de los operadores económicos como de los consumidores.

La Ley española 110/1963, de 20 de julio de 1963, reconociendo que la iniciativa empresarial constituye un factor muy poderoso de desarrollo económico y de progreso social, prohíbe las prácticas restrictivas y los abusos por parte de las empresas con dominio del mercado, en su exposición de motivos, claramente destaca la justificación de la actuación de la administración pública en este campo, al mencionar que:

(...) la actividad de la Administración dirigida a conformar económicamente la Sociedad puede, sin embargo emprenderse por diferentes caminos, desde la emanación de auténticos actos de sustitución hasta la fijación de unos límites dentro de los cuales la actividad libre de los particulares puede desarrollarse. En realidad, tanto el sistema de intervención económica con emanación de actos administrativos

---

<sup>7</sup> William García. *Manual de la Libre Competencia*. Tomo I. Chile: Punto Lex, 2010. p, 24.

<sup>8</sup> *Íd.* p, 26.



de sustitución en las relaciones interprivadas, como la delimitación de un orden público económico, implican a fin de cuentas una misma finalidad a alcanzar por diferentes técnicas jurídico administrativas, la meta en uno y otro camino es idéntica: la de conseguir el resultado que se obtendría de un nivel razonable de competencia, ya que lo que importa desde un punto de vista económico, no es tanto la libre actividad como el resultado final de la misma.<sup>9</sup>

La regulación económica es, entonces, el instrumento con el que cuenta la administración pública a través del cual busca establecer la libre entrada y salida de los participantes, sin que se afecten las condiciones del mercado; las condiciones óptimas de producción de bienes o prestación de servicios, los estándares mínimos respecto de la calidad de los productos, entre otras condiciones, a fin de evitar que operadores económicos con poderes supracompetitivos puedan lesionar el interés público.

#### *a. La defensa de la competencia*

El derecho “antitrust”, nombre con el que fue creado, constituye, una forma de control de los poderes públicos mediante el derecho administrativo sancionador sobre el mercado, a fin de proteger una competencia adecuada, que permita conseguir una mejor asignación de la riqueza, eficiencia en la producción, incremento en la innovación y bienestar de los consumidores.<sup>10</sup>

Como ha indicado la Corte Suprema de Estados Unidos, el derecho antitrust es una forma de acción no planificada de los poderes públicos<sup>11</sup>; en este sentido, el tratadista García De Enterría reconoce que no es puramente regulativo, en el sentido de que la intervención se produce únicamente cuando el mercado no se encuentra correctamente constituido, es decir en mal funcionamiento, realizando una analogía sobre el papel de un

---

<sup>9</sup> Ley 110/1963. Exposición de motivos. 20 de julio de 1963.

<sup>10</sup> William García. *Manual de la Libre Competencia. Op cit.* p. 38

<sup>11</sup> Abe Fortas. *Portents for New Antitrust Policy.* Northwestern Universidad de New York. 1964.

árbitro en un juego, puesto que interviene solo cuando uno de los equipos está adquiriendo ventajas de naturaleza desleales<sup>12</sup>.

Por tanto, el derecho administrativo sancionador en el derecho de competencia, es un instrumento de acción que opera de manera ex post, sancionando las conductas de las empresas que impiden una competencia adecuada; mantiene una posición vigilante, donde todos los actores u operadores económicos deben actuar de conformidad con las reglas establecidas. En nuestro país operan estas regulaciones mediante disposiciones de carácter constitucional y legal, éste último a través de la Ley de Regulación de Control de Poder del Mercado, su reglamento de aplicación y resoluciones emitidas por el ente regulador.

En la técnica del derecho de competencia, la administración pública define los lineamientos dentro de los cuales los operadores económicos, pueden ser empresas o no, deberán moverse. Se encuadra en un campo donde son posibles distintas y variadas actuaciones; en consecuencia, ésta actuará cuando las reglas se alteren por alguno de sus participantes, de forma que se obtengan ventajas causando perjuicios reales o potenciales a otros.

La administración se coloca en un plano supervisor de los particulares, vigilando el cumplimiento de un marco normativo, “El poder público más que controlar interviniendo directamente en la formulación de las conductas empresarial actúa supervisando y vigilando el respeto a un marco de competencia amplio (...)”<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> Eduardo García De Enterría. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid, p. 220

<sup>13</sup> Lluís Cases Pallares. *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*. La Defensa de la Competencia como instrumento de acción. Marcial Pons. Madrid: 1995.p.53

*b. Las sanciones en el derecho de la libre competencia*

El derecho administrativo sancionador general o en aplicación al derecho de la libre competencia, desemboca en sanciones, las cuales refieren a “(...) un mal infringido por la administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal (...) consistirá siempre en la privación de un bien o de un derecho, imposición de una obligación o pago de una multa.”<sup>14</sup>

La capacidad de imponer sanciones con la que cuentan las autoridades o el poder público, respecto al derecho de competencia se puede ver reflejada en diversas formas de sanciones, sobre todo con la finalidad de disuadir prácticas ilícitas, o por su parte, reparar el perjuicio ocasionado por ciertos operadores económicos al bienestar social con su actuación.

Los autores Padilla y Zoido, respecto a lo expuesto en líneas anteriores mencionan que, “Para que las sanciones cumplan con su objetivo como herramienta de la protección en los mercados y, por tanto, del bienestar de los consumidores se deben establecer de forma que disuadan a los agentes económicos de participar en prácticas ilícitas que dañen el bienestar de los consumidores”<sup>15</sup>

Por tanto, podemos afirmar que existe una obvia relación de la sanción y de sus beneficios; es decir, es necesario que la empresa perciba que sus ganancias esperadas, si decide realizar cualquier práctica anticompetitiva, sean más bajas de los costes esperados con la infracción, en este sentido, en el derecho de la competencia, el efecto y objetivo de la sanción es disuadir a los operadores económicos de cometer prácticas anticompetitivas. De

---

<sup>14</sup> Jose Garberi. *Derecho Administrativo Sancionador Práctico*. Volumen I. p, 170.

<sup>15</sup> Jorge Padilla y Elena Zoido. *El papel disuasorio de las sanciones: una reflexión motivada por las nuevas directrices comunitarias. Remedios y sanciones en el derecho de la competencia*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2008. p, 40.

esta manera, las multas esperadas deben ser iguales o mayores a las ganancias derivadas de la práctica ilícita.

En conclusión, conforme se pudo observar en este capítulo, el derecho administrativo sancionador se deriva de los conceptos tradicionales de actividad de policía pero, en materia de libre competencia proyectada desde otra perspectiva: como técnicas de intervención ante las fallas del mercado.

El Derecho debe diseñar un modelo de regulación que permita el desarrollo de los mercados y de la competencia en la medida de lo posible, a través del reconocimiento y protección de garantías, derechos y libertades, institucionalidad en defensa de la libre competencia, medios coercitivos y como consecuencia, sanciones.

De esta forma, ante las prácticas anticompetitivas se desarrollan las técnicas de intervención que conforman el derecho regulatorio, creando mercados regulados y con una intervención más intensa por parte de los órganos administrativos en la gestión empresarial.

Como se expuso, existen pilares fundamentales que caracterizan al derecho administrativo sancionador y que deben ser respetados, los mismos que garantizan que no exista arbitrariedad alguna del ente regulador.

## CAPÍTULO II

### EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR, EL DEBIDO PROCESO Y LA IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA

#### I. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

El uso de los principios generales del derecho se extiende claramente a todas las ramas jurídicas, por tanto, alcanza el derecho administrativo sancionador, donde su aplicación no es limitada; desde sus orígenes el derecho administrativo sancionador formó parte del derecho penal, por lo cual no se lograba distinguir un procedimiento administrativo por sí mismo. Sin embargo, debido al grado de desarrollo del Derecho Administrativo, este se rige por principios y preceptos cuyas bases han derivado de otras ramas del derecho, pero que actualmente le son propios.

Dentro de la Administración, el único medio para dar cohesión al ordenamiento es la aplicación del derecho sancionador, el cual tiene como finalidad mantener el orden del sistema y reprimir aquellas conductas contrarias a las políticas del ente estatal. Un sector de la doctrina define el poder sancionador dado a la Administración, como aquel en virtud del cual *“pueden imponerse sanciones a quienes incurran en la inobservancia de las acciones u omisiones que le son impuestas por el ordenamiento normativo administrativo, o el que sea aplicable por la Administración Pública en cada caso”*<sup>16</sup>

El Derecho Administrativo Sancionador, parte del denominado “ius puniendi”, que es el fundamento material de la disciplina jurídica penal, es una justificación que tiene el Estado para castigar las conductas que no se adecúen al marco normativo, practicando una

---

<sup>16</sup> Héctor Escola. *Compendio de Derecho Administrativo. Tomo I*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Desalma. 1984, p. 207

cohesión sobre los administrados en materias que el Estado considera que son de interés común y que, por esta razón, deben estar reguladas; este fundamento ha ido mutando hasta formar parte del Derecho Administrativo.

Sin embargo, esta actividad punitiva del Estado debe ser limitada, ya sea con principios o con garantías hoy consolidadas, mediante las cuales se atribuyen derechos a los administrados, creando a su vez obligaciones a la Administración. En este sentido, el análisis de los principios que lo rigen es fundamental, por lo que iniciaremos el estudio en este acápite con el principio de legalidad, el cual constituye uno de los pilares fundamentales.

Para el caso de la Administración, el principio presupone que ésta se encuentra sometida plenamente a la Ley y al Derecho. Por otra parte, el principio de legalidad integra dos elementos normativos: el mandato de tipificación y la reserva legal; la primera en el orden material, mientras que la segunda está referida a un plano formal.

La primera manifestación de la legalidad es el mandato de tipificación en una norma previa, “*Con la lex previa, se pretendía lograr una seguridad jurídica que se consideraba imprescindible tanto para el ciudadano como a las instituciones públicas*”<sup>17</sup> es decir, la exigencia hecha a la Administración para que de manera previa a la conducta reprochada, se establezcan las infracciones en las que puede incurrir un sujeto, así como las correspondientes sanciones que le podrían ser aplicadas en caso de comprobarse el hecho que se le atribuye, todo lo cual viene a garantizar el principio de seguridad jurídica.

Por su parte, conforme lo explica Arroyo Zapatero, el principio de legalidad formal se traduce en que únicamente la ley es la instancia normativa legitimada para establecer la punibilidad de las conductas y las penas, solo este cuerpo normativo debe determinar concreta y exhaustivamente la conducta punible y la pena que se establece a una determinada conducta, es decir, lo que se traduce como la culpabilidad. Ésta, por su naturaleza no permite la analogía ni la interpretación extensiva, además contiene la expresa

---

<sup>17</sup> Alejandro Nieto. *Derecho Administrativo Sancionador*. Cuarta Edición. Madrid: Tecnos, 2011. p. 200

prohibición de la aplicación de la retroactividad de la ley y, finalmente el principio “*non bis in idem*”, nadie puede ser juzgado dos veces por la misma falta.<sup>18</sup>

El Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva (ERJAFE) en sus artículos 192 y 193 reconoce los principios previamente enunciados, respecto a la legalidad manifiesta que “(...)1. La potestad sancionadora de la Administración Pública, reconocida por la Constitución se ejercerá cuando haya sido expresamente atribuida por una norma con rango de ley, con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio (...) En cuanto a la irretroactividad dispone la aplicación de disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de cometimiento de la infracción, produciendo un efecto retroactivo únicamente cuando se favorezca al administrado<sup>19</sup>.”

Otro de los principios esenciales, que ha sido importado del Derecho Penal y aplicado en el Derecho Administrativo, con matices propios, es el principio de culpabilidad. Se entiende bajo este precepto que no hay pena si la conducta no le es reprochable al autor, no obstante no es exigible en los mismos términos que en el derecho penal, pues la base en el ámbito administrativo depende de dos ideas fundamentales, la diligencia exigible y la buena fe. Es decir, la responsabilidad del sujeto no le será exigida por los conocimientos reales que tenga, sino por los conocimientos exigibles a la diligencia debida.<sup>20</sup>

El referido cuerpo legal (ERJAFE), en su artículo 195 reconoce el principio de culpabilidad de la siguiente manera “(...) Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas naturales y jurídicas que resulten responsables de los mismos (...)”.

---

<sup>18</sup> Luis Arroyo Zapatero. *Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal*. Octava Edición. Madrid. p.9

<sup>19</sup> Artículos 192 y 193. Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva. Registro Oficial 536 de 18 de marzo de 2002

<sup>20</sup> Nieto, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. Cuarta Edición. Madrid: Tecnos, 2011. p. 200. p 373.

En cuanto a la prohibición de analogías y prohibición extensiva, se justifica debido a que en el caso de que se admita el uso de esta técnica, se convertiría en una fuente creadora de sanciones y penas, invadiendo mediante la aplicación de una interpretación amplia, un ámbito que solo le corresponde al legislador.

La temporalidad del principio de legalidad está marcada por la irretroactividad. La doctrina penal ha realizado una depurada elaboración de este principio, el cual refiere a que la ley no se aplica a hechos cometidos cuando ésta no se encontraba en vigor, “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según el ordenamiento jurídico vigente en aquel momento”<sup>21</sup>

El principio “*non bis in idem*” tiene plena operatividad donde se ejerza el ius puniendi del Estado. De esta forma, el derecho fundamental a no ser juzgado dos veces por un mismo hecho y bien jurídico. La finalidad de este principio es la seguridad y certeza tanto del administrado como del sistema jurídico en su conjunto, pues no se permite que el hecho por el cual ha sido sancionado o procesado, sea revisado de nuevo por el Estado en dos o incluso en más ocasiones, en el mismo proceso o en otro futuro.

Por otra parte, como fue indicado previamente, el principio de legalidad también puede ser de carácter formal, es decir, de reserva de ley, pues se afirma que solo por Ley se regula toda la materia de carácter sancionador y su sanción está reservada para el legislador. A fin de flexibilizar este principio, existe a su vez en esta reserva un segundo plano, la materia reglamentaria, a través de la cual se desarrolla y complementa la Ley.

---

<sup>21</sup> Antonio Domínguez Vila. *Constitución y Derecho Sancionador Administrativo*. Marcial Pons. Gobierno de Canarias. Madrid, 1997. p. 253



## II. DEBIDO PROCESO, IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.

Una vez analizados los principios objetivos esenciales del derecho administrativo sancionador, que conforman la base del derecho administrativo sancionador con el *ius puniendi*, procedemos a realizar un análisis de los principios procedimentales, los cuales deben estar plenamente garantizados a fin de asegurar un correcto y efectivo desenvolvimiento de este derecho.

A través del debido proceso, se generan una serie de requisitos que deben seguirse en todo procedimiento que tenga por finalidad la imposición de algún tipo de sanción; de esta forma, se habilita su aplicación en asuntos donde la Administración haga uso de sus potestades de imperio para ejercer el derecho sancionatorio.

El debido proceso, se originó en el *due process of law* anglosajón, el cual se encuentra conformado por el debido proceso adjetivo, que refiere a las garantías procesales que aseguran la vigencia de los derechos fundamentales.<sup>22</sup>

El debido proceso, constituye un principio que garantiza que todas las personas puedan pretender la defensa de sus derechos, la solución de sus controversias y la aclaración de alguna incertidumbre jurídica, a través de un proceso dotado de garantías mínimas. El debido proceso se define como la regulación jurídica que, de manera previa, limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de las personas, de modo que ninguna actuación de la autoridad dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentre sujeta al procedimiento señalado en la ley.<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> César Arroyo. “Debido proceso y tutela jurisdiccional”. En: *Pensamiento Constitucional*. Lima, número 8, 2001, p. 448.

<sup>23</sup> Juan Carlos Cortez Tataje. “El debido procedimiento administrativo y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En: *Gaceta Constitucional*. Lima, número 52, 2012, p. 183.

Este principio, debido a su trascendencia, ha sido inclusive sostenido por la Corte IDH, la cual afirma que el conjunto de garantías que conforman el debido proceso debe ser observado por cualquier autoridad administrativa cuando a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas,

(...) cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un juez o tribunal competente' para la 'determinación de sus derechos', esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8<sup>24</sup> de la Convención Americana.<sup>25</sup>

En consecuencia, la Corte IDH estima que el debido proceso resulta aplicable en la vía administrativa a efectos de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos, tales como las

---

<sup>24</sup> Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 8. Ratificada por el Ecuador el 12/08/77. Garantías Judiciales: 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. 3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

<sup>25</sup> Corte IDH. Caso Tribunal Constitucional vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de enero de 2001. párr. 71.

sanciones administrativas. En definitiva, el debido procedimiento administrativo está constituido, entre otros, por el derecho a ser notificado, a acceder al expediente, a la defensa, a ofrecer y producir pruebas, a obtener una decisión motivada y fundada en derecho, a ser juzgado por una autoridad competente en un plazo razonable y a impugnar las decisiones de los órganos administrativos.

Por otro lado, es indispensable analizar la imparcialidad e independencia a la luz del debido proceso, pues con este principio se procura garantizar que la Administración actúe con objetividad en la toma de decisiones y con absoluto respeto hacia los derechos subjetivos e intereses legítimos de los administrados. No obstante, es conocido que este precepto resulta cuestionable cuando es la propia Administración la que, en la resolución de un determinado asunto, actúa como juez y parte.

La idea de garantizar la imparcialidad deriva de una necesidad imperiosa de evitar la persecución en los sistemas inquisitivos, en los que el juzgador es quien asume una dirección y una iniciativa frente al enjuiciado, siendo un juez y a la vez un acusador *“Semejante situación debe ser evitada, permitiendo que la decisión final a adoptarse recaiga en un tercero imparcial e independiente”*<sup>26</sup>

El procedimiento sancionatorio, como se ha analizado anteriormente, suple en primer término al proceso penal que es propio del derecho común sancionatorio y en consecuencia, debe dar cabida a las mismas garantías de libertad de éste, en estricto respeto a los derechos del debido proceso, la independencia y la imparcialidad sin una adecuada separación al momento de conocer y juzgar sanciones, debería ser inadmisibles.

En este contexto, debe existir una clara división que permita las garantías básicas del debido proceso, lo que encuentra conflicto en materia de competencia aplicada en el Ecuador, donde la fase de instrucción y la fase de resolución no tienen una notoria segmentación.

---

<sup>26</sup> Roberto Gargarella. *“Teoría y Crítica del Derecho Constitucional”*. Tomo I, Democracia, Abeledo Perrot. Buenos Aires. p. 287

Nieto indica que los detractores de la potestad administrativa sancionadora le recriminan su parcialidad, lo rudimentario de su régimen jurídico y la ausencia de garantías jurídicas. Señalando el mismo autor que lo primero es indiscutible, lo segundo es cierto y respecto a lo tercero manifiesta que se cuenta con las garantías formales más que suficientes; no obstante, se debería respetar los principios procedimentales constitucionales e internacionales, determinando el mismo autor que “el proceso judicial administrativo sancionador, establecido originariamente como un reflejo del proceso penal, termina convirtiéndose en una caricatura del mismo porque es un proceso sin acusador privado y sin fiscal”.<sup>27</sup>

Actualmente, es de tal trascendencia la imparcialidad e independencia que la Constitución del Ecuador reconoce como garantía a la actuación imparcial e independiente de la administración, siendo la base de toda actuación sancionadora del Estado.

Artículo 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley<sup>28</sup>.

Como se ha expuesto en líneas anteriores, a fin de garantizar una correcta aplicación del derecho administrativo sancionador, es menester tomar en consideración los principios que lo rigen, realizando un especial énfasis en el debido proceso, la imparcialidad e independencia, puesto que son el pilar fundamental de la seguridad jurídica e imposibilitan arbitrariedades de las dependencias de regulación y control.

---

<sup>27</sup> Alejandro Nieto. *Derecho Administrativo Sancionador*. Op cit. p. 500

<sup>28</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 75. Registro Oficial No. 449, 20 de octubre de 2008.

### **III. CONFLICTOS CON LOS PRINCIPIOS DEL DEBIDO PROCESO EN LOS PROCEDIMIENTOS SANCIONADORES DE LA SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.**

En este acápite, analizaremos las disposiciones ecuatorianas respecto a la libre competencia y su reglamentación en la aplicación del derecho administrativo sancionador, realizando énfasis en la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado (LORCPM)<sup>29</sup> y de su reglamento de aplicación, con el fin de establecer si en ésta se respeta el derecho a la defensa, principio de imparcialidad e independencia en materia del procedimiento administrativo sancionador.

Empezaremos con el análisis de las normas supranacionales, en la Comunidad Andina, las primeras normas que regularon la protección de la libre competencia fueron las Decisiones de la Comisión del Acuerdo de Cartagena 45 de 1971 y 230 de 1987. La aplicación de estas normas fue prácticamente nula, debido a la carencia de herramientas destinadas a su cumplimiento, y al desconocimiento sobre la importancia y la utilidad de esta normativa.

Posteriormente, se aprobó la Decisión 285, de 21 de marzo de 1991; sin embargo, el gran salto regulatorio en la CAN se produjo con la aprobación de la Decisión 608/2005 de la Comisión de la Comunidad Andina, esta norma modernizó la regulación de los acuerdos y actos restrictivos, confirió poderes e instrumentos a las autoridades supranacionales para la imposición de sanciones en casos de infracción, y sobre todo mitigó en su momento la carencia de una normativa general de libre de competencia al establecer como obligatoria la aplicación de la normativa andina hasta cuando expidieran las normas nacionales correspondientes.<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, entró en vigencia en Ecuador el 13 de octubre de 2011 y constituye el marco regulatorio de la normativa de competencia en el Ecuador. (LORCPM)

<sup>30</sup> Ingrid Ortiz Baquero S. & Diego Solano Osorio. *“La aplicación pública de las normas de libre competencia en la Comunidad Andina y sus países integrantes”*. Universitas, p. 311-348 (2016).  
<http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj132.apnl>

En cuanto a la regulación constitucional, estableciendo los lineamientos de las autoridades administrativas en materia de competencia, la Constitución del Ecuador reconoce que existe un sistema económico social y solidario, por lo que determina una relación directa “dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado”<sup>31</sup>, en concordancia, se establecen lineamientos respecto a las políticas económicas y comerciales.

Por tanto, el artículo 284 de la Carta Magna, establece que la política económica tiene varios objetivos, siendo el que concierne al presente estudio el aseguramiento de la productividad y competitividad, con mercados transparentes y eficientes<sup>32</sup>. En adición, la política comercial menciona el deber de evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas; al respecto llama ciertamente la atención lo dispuesto en el articulado en cuanto menciona “(...) particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados”<sup>33</sup>, realizando la propia Constitución un énfasis en el sector, aun cuando en el país el sector público también ejerce actividades económicas y por lo tanto deberían ser objeto de la regulación de la libre competencia.

---

<sup>31</sup> Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449, 20 de octubre de 2008. Artículo. 283.- El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir. El sistema económico se integrará por las formas de organización económica pública, privada, mixta, popular y solidaria, y las demás que la Constitución determine. La economía popular y solidaria se regulará de acuerdo con la ley e incluirá a los sectores cooperativistas, asociativos y comunitarios.

<sup>32</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo. 284. Registro Oficial No. 449, 20 de octubre de 2008.

<sup>33</sup> Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449, 20 de octubre de 2008. Artículo. 304.- La política comercial tendrá los siguientes objetivos: 1. Desarrollar, fortalecer y dinamizar los mercados internos a partir del objetivo estratégico establecido en el Plan Nacional de Desarrollo. 2. Regular, promover y ejecutar las acciones correspondientes para impulsar la inserción estratégica del país en la economía mundial. 3. Fortalecer el aparato productivo y la producción nacionales. 4. Contribuir a que se garanticen la soberanía alimentaria y energética, y se reduzcan las desigualdades internas. 5. Impulsar el desarrollo de las economías de escala y del comercio justo. 6. Evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados.

En cuanto a la regulación de carácter ex ante y ex post, el régimen constitucional dispone a los poderes públicos controlar toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos, obligándole inclusive a definir una política de precios, así como mecanismos de sanción para evitar monopolios y oligopolios, abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal <sup>34</sup>; de igual forma, a modo de garantía para los consumidores, el Estado tiene el deber de velar por el comercio justo, la transparencia y eficiencia en los mercados y la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, determinando que estas definiciones se realizarán mediante ley<sup>35</sup>; no obstante, actualmente estas definiciones se han venido realizando mediante manuales, instructivos o reglamentos.

El derecho de libre competencia se encuentra regulado por su Ley, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), su reglamento de aplicación (RLORCPM) y un sinnúmero de manuales que el ente regulador, controlador y supervisor establece. En el Ecuador, el control lo ejerce la Superintendencia de Regulación y Control de Poder de Mercado.

La Superintendencia de Control de Poder de Mercado está conformada por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, órgano encargado de la fase resolutoria y por la Intendencia General, donde se encuentran las Intendencias de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas; de Prácticas Desleales; y, de Control de Concentraciones, siendo estas intendencias las encargadas de la fase de instrucción o de la fase de investigación y sustanciación. También existe la Intendencia de Abogacía, no

---

<sup>34</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 335. Registro Oficial No. 449, 20 de octubre de 2008. El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos. El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal.

<sup>35</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 336. Registro Oficial No. 449, 20 de octubre de 2008.

obstante, esta intendencia tiene competencias de fomento y no de investigación, razón por la cual no será sujeta a análisis en el presente estudio.

El Artículo 36 de la LORCPM establece que se crea la Superintendencia de Control de Poder de Mercado como un organismo técnico de control, con capacidad sancionatoria e incluso en el inciso segundo de este mismo artículo se detalla que,

La Superintendencia de Control del Poder de Mercado en su estructura contará con las instancias, intendencias, unidades, divisiones técnicas, y órganos asesores que se establezcan en la normativa que para el efecto emita el Superintendente de Control del Poder de Mercado. Se crearán al menos dos órganos especializados, uno de investigación, y otro de sustanciación y resolutorio de primera instancia.

La LORCPM divide a estos dos órganos como de investigación y sustanciación, los cuales deberían guardar total independencia para que se respete el principio de imparcialidad, aunque difícilmente es así al ser parte de la Intendencia General y esta a su vez del Superintendente de Control de Poder de Mercado.

Como muestra de lo anterior, en cuanto a la aplicación normativa en el Ecuador, encontramos que en muchas ocasiones los integrantes del Órgano Director encargado de realizar la fase de instrucción dentro de un determinado procedimiento disciplinario, se encuentran supeditados a la máxima autoridad de la misma institución, lo cual podría afectar la forma en que éstos ejecuten la función asignada, al no existir una verdadera independencia respecto a tarea encomendada.

Se llega a sobreentender que el superior podría ejercer algún tipo de influencia sobre las personas encargadas de realizar la investigación, lo cual lesionaría la imparcialidad, independencia y debido proceso. No cabe duda que el Órgano Director puede, en determinado momento, sentirse intimidado por alguna actuación que provenga de su superior jerárquico.

El procedimiento sancionador debe buscar la verdad real de los hechos, con observancia a los derechos del investigado, lo cual convierte al procedimiento en una



garantía a favor del mismo y no sólo en un mecanismo puesto a disposición de la Administración para ejercer la potestad sancionadora.

Tiene tal trascendencia lo mencionado que inclusive con el fin de garantizar la imparcialidad con la que debe actuar la Administración, surgen las figuras jurídicas de la recusación y abstención, reguladas en códigos procedimentales.

Entonces, de acuerdo a lo que se ha puesto en consideración a lo largo de este capítulo, el proceso administrativo sancionador en el Ecuador es un reflejo del proceso penal en el que no existe un acusador privado ni un fiscal, no existe un acusador independiente (fiscal) y un resolutor (juez imparcial).

En el procedimiento administrativo sancionador que aplica la Superintendencia de Control de Poder del Mercado podemos observar a un órgano instructor y sancionador que son parte de la misma institución administrativa y que en muchas ocasiones lamentablemente confunde su independencia e imparcialidad al responder a una sola autoridad jerárquicamente superior, lo cual claramente lesiona el debido proceso y las garantías constitucionalmente reconocidas a los ciudadanos.

Al respecto, el reconocido autor, GARCÍA DE ENTERRIA señala que:

(...) lo menos que parece exigible es que el instructor quede exento de toda dependencia jerárquica en el ejercicio de su función respecto del órgano de resolución, extremando el principio de “objetividad” que a la administración impone en términos generales el artículo 103.1 de la Constitución”, e incluso determina que, “lo mejor sería que, en el caso de la administración del Estado, los funcionarios instructores no estuviesen adscritos al ministerio competente (régimen norteamericano de los llamados “administrative law judges” con estatus parajudicial).<sup>36</sup>

---

<sup>36</sup> Eduardo García De Enterría y Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Ed. Temis, Bogotá, 2008, p 152.

Siendo ésta, una posible solución a que los instructores no sean parte de la misma administración sino que actúen como una suerte de fiscales como en el proceso penal. La figura instaurada por el Gobierno de los Estados Unidos implica que estos denominados “jueces” resuelvan ciertas materias en sede administrativa, garantizando un juicio justo ante una autoridad imparcial.<sup>37</sup>

En el caso del Ecuador, conforme la normativa vigente y a la realidad del procedimiento administrativo sancionador en el ámbito de derecho de la competencia, podemos notar claramente que la independencia e imparcialidad entre la fase instructora y resolutoria es inexistente, debiendo a mi criterio, diferenciarse entre cada órgano, sin ser parte de esta misma organización administrativa estructurada.

Es indispensable que en la fase instructora como en la fase resolutoria se respeten las garantías del derecho, pues caso contrario estaríamos frente a un incumplimiento del estudiado principio de legalidad. En este contexto, hay que situar todas las garantías del derecho de la defensa frente a las medidas represivas, pues es en la fase administrativa donde la sanción se produce, independientemente de todas las ulteriores defensas procesales ordinariamente disponibles en todos los procesos contenciosos-administrativos sin distinción.<sup>38</sup>

Cuando el procedimiento administrativo es sancionador, dado que lo que en él se analiza es la responsabilidad en que ha podido incurrir un ciudadano, adquiere una gran relevancia la imparcialidad como garantía del debido proceso; por tanto, es ineludible al derecho de defensa la debida separación de investigador y juzgador en el procedimiento

---

<sup>37</sup> United States Department of Labor. “*Office of Administrative Law Judges*”. En *Overview*. <http://www.oalj.dol.gov/ALJMISSN.HTM>. (Acceso: el 12 de Julio de 2016).

Administrative law judges from the United States Department of Labor's Office of Administrative Law are Judges preside over formal adversarial hearings concerning many labor-related matters. The office's mission is to render fair, just and equitable decisions under the governing law and the facts of each individual case. The office also offers complementary methods of dispute resolution while preserving the statutory right to a hearing before an impartial judge.

<sup>38</sup> Eduardo García De Enterría y Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. Op cit. p. 180

administrativo, separación entre la fase de instrucción y la de decisión, debiendo encomendarla a órganos distintos.<sup>39</sup>

El ius puniendi disciplinario se justifica como prerrogativa estatal si se enmarca dentro de las garantías del debido proceso, si se respetan las garantías del debido proceso, las que están dirigidas a evitar la arbitrariedad administrativa, a fin de asegurar el acceso a la justicia, la presunción de inocencia, el derecho de contradicción, entre otras garantías.

La imparcialidad no significa solamente que las personas que resuelvan no tengan interés alguno o relación personal con el asunto y mantengan una posición objetiva al momento de resolverlo, sino también implica que las autoridades que conozcan cualquier clase de procedimiento no tengan opiniones anticipadas sobre la forma en la que resolverían.<sup>40</sup>

Actualmente, la Superintendencia de Control de Poder del Mercado, está compuesta además de las Intendencias investigadoras, por la Comisión de Resolución de Primera Instancia<sup>41</sup>, dependencia encargada de la fase resolutoria.

La Ley Orgánica de Regulación de Control de Poder del Mercado divide a estos dos órganos como de investigación y sustanciación, los cuales deberían guardar total independencia para que se respete el principio de imparcialidad; no obstante, al responder

---

<sup>39</sup> Jesús González Pérez. “Garantías frente a la potestad sancionadora de la administración” <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/217/35.pdf>. (Acceso: 13/12/2015) p 3.

<sup>40</sup> Ávila Figallo, et al. *Guía sobre la aplicación del Principio-Derecho del Debido Proceso en los Procedimientos administrativos*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Perú, 2013, en: <http://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2013/09/Gu%C3%ADa-del-debido-proceso-MINJUS.pdf> (Acceso el: 14-04-2015).

<sup>41</sup> El Artículo 5 del Instructivo de Sustanciación del Procedimiento de Investigación Administrativa establece que la Comisión de Resolución de Primera Instancia se encarga de resolver la imposición de sanciones y medidas correctivas que resulten de las investigaciones generadas por los órganos de investigación y sustanciación, en caso de las prácticas anticompetitivas o desleales, y por operaciones de concentración no notificadas; así como resolver acerca de las sanciones por no cooperación para realizar estudios de mercado, solicitudes de autorización concentración, medidas preventivas o compromisos de cese, cuando corresponda.

al mismo órgano jerárquicamente superior y a la misma institucionalidad, no se puede afirmar una garantía suficiente de separación.

En el procedimiento administrativo sancionador previsto en la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, la fase de instrucción o la llamada fase de investigación y sustanciación, envía inclusive una propuesta de resolución al órgano resolutorio para que tome una decisión respecto al procedimiento llevado a cabo, con una opinión anticipada de cómo hacerlo.

Es así que, el actual Instructivo de Sustanciación de Procedimiento de Investigación Administrativa, expedido mediante resolución administrativa de la Superintendencia de Control de Poder del Mercado el 15 de enero de 2014, en su artículo 27, referente al informe final que debe presentar el ente investigador dispone que:

Una vez concluida la etapa probatoria y presentación de alegatos, el órgano de investigación y sustanciación correspondiente emitirá en el término de 15 días el informe final el cual contendrá la enumeración y valoración de las pruebas presentadas, las sanciones y medidas correctivas propuestas, y cuando proceda la propuesta de exención o reducción del importe de multa conforme lo establecido en la Ley. (El énfasis me corresponde)

Del ius puniendi del Estado, deriva la potestad sancionadora de la Administración, la cual debe estar autorizada por el ordenamiento jurídico. Por tanto, es menester poder garantizar un procedimiento acorde con los principios y disposiciones normativas existentes, debe ser un objetivo básico dentro de las políticas de toda institución, en especial cuando de materia sancionadora se trata, toda vez que en presencia de esta pueden resultar lesionados derechos subjetivos de una persona.

Los principios del debido proceso no constituyen una lista taxativa, sino que a estos pueden incorporarse algunos otros principios que favorezcan el desarrollo de un procedimiento administrativo sancionador, con absoluto respeto de los derechos del investigado. Para que dicho precepto logre materializarse, es fundamental fortalecer la “visión garantista” que debe orientar todo procedimiento administrativo sancionador, de

forma tal que se respete la esfera jurídica del sujeto a quien se le atribuye la comisión de alguna falta.

En consecuencia, la garantía de la autoridad imparcial asegura a las personas que sus controversias serán decididas por un ente que no tiene ningún interés o relación personal con el asunto en discusión y que mantendrá una posición objetiva al momento de resolverlo. La garantía de la imparcialidad implica que las autoridades que conozcan cualquier clase de procedimiento no tengan opiniones anticipadas sobre la forma en la que resolverían, pues obliga a la autoridad a no dejarse influenciar, ya sea por decisiones institucionales, por el contenido de las noticias o las reacciones del público sobre sus actuaciones.<sup>42</sup>

La autoridad que juzga ha de ser independiente del poder ejecutivo y evidentemente de las partes en litigio, por lo que debe disponer de garantías contra presiones externas que avalen su inamovilidad cuando ejercen su función jurisdiccional dentro del marco que ofrece un proceso justo y equitativo; garantías que pueden diferir en función de la naturaleza específica del caso concreto, siendo signos distintivos a tener en cuenta “el modo de designación de sus miembros y la duración del mandato de sus cargos”.<sup>43</sup>

En el caso de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, las intendencias encargadas de las partes de sustanciación e investigación (instrucción) y la Comisión de Primera Instancia que es el órgano de sustanciación y resolución están bajo un mismo jerárquico superior, responden al Superintendente de Control de Poder de Mercado, órgano

---

<sup>42</sup> Luis Huerta Guerrero. *El debido proceso en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 2003.

<sup>43</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso *Rex v. Sussex Justices ex parte McCarthy*, 1924, donde se discutió la imparcialidad y recusación de jueces. El relato del caso refiere que en 1923, McCarthy, un motociclista, estuvo involucrado en un accidente de tráfico que dio lugar a su enjuiciamiento ante un tribunal de primera instancia por conducción peligrosa. El Secretario de los jueces era a su vez miembro de un despacho de abogados que actuaba como acusación en la demanda civil; tras ser condenado, McCarthy tuvo constancia de este hecho y solicitó la anulación de la condena en apelación, donde intervino el juez Hewart. p 32.

que inclusive posee potestades revisoras en caso de recursos administrativos, la independencia e imparcialidad no son claras.

En síntesis, conforme se ha analizado hasta el momento, el derecho a ser juzgado por una autoridad, independiente e imparcial, forma parte esencial del debido proceso y constituye un requisito indispensable de un Estado democrático de derecho. La imparcialidad atiende a varias causas, a la ajenidad de la autoridad frente a los intereses de las partes en la causa; la independencia, a su exterioridad al sistema político y, más en general, a todo sistema de poderes; la naturalidad, a que su designación y la determinación de sus competencias sean anteriores a la comisión del hecho sometido a juicio y a la especialización, refiriéndose a la capacitación, experiencia o capacidad intelectual sobre la materia. Si bien se trata de aspectos diversos de la naturaleza imparcial, se encuentran indisolublemente ligados y tienen una misma base normativa, en el caso ecuatoriano, ampliamente reconocida en la Constitución.

La imparcialidad y la independencia, las cuales se encuentran resguardadas bajo el gran paraguas denominado principio del debido proceso, refieren a la exigencia de que la Administración, en el ejercicio de sus funciones, valore y actúe según los intereses públicos, sin sufrir desviaciones por intereses personales del agente, o intereses de grupos de presión públicos o privados, o, de partidos políticos. No obstante, en cuanto al derecho de la libre competencia, estos no están siendo aplicados, el hecho de que aparentemente existan dos grados jerárquicos no implica una separación de poderes, más aun si de conformidad al procedimiento legal y reglamentario en el Ecuador, involucra una preparación previa y recomendaciones de carácter decisorio del órgano inferior para la toma de decisiones.

Los principios de legalidad y debido proceso, conjuntamente con sus derivaciones se encuentran constitucionalmente reconocidos, razón por la cual su observancia se vuelve imprescindible. Para el efecto, para garantizar este principio de obligatorio cumplimiento, más adelante se analizará el derecho comparado a fin de plantear un modelo que se adecúe

al actual sistema que cumpla con los preceptos constitucionales y legales, garantizando una adecuada seguridad jurídica.

En el modelo que maneja el Ecuador con la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, se caracteriza por su imparcialidad, puesto que cuando el regulador concentra las tres funciones típicas en derecho económico, el regular, administrar y controlar en un solo órgano genera una influencia imposible de superar.

### CAPÍTULO III

#### PROPUESTA ALTERNATIVA PARA LOS PROCEDIMIENTOS SANCIONADORES EN LA SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO

El Estado Social de Derecho actual claramente interviene en la economía; por tanto, frente a la intervención estatal en estos ámbitos, es necesario conocer los mecanismos de actuación gubernamental.

Respecto a lo que nos atañe, la doctrina clásica ha decantado las técnicas interventoras en base a la forma en la que se producen, determinando tres tipologías: de actividad de coacción, de estímulo o de persuasión y finalmente de prestación.

La actividad de coacción que es la que abarca el derecho administrativo sancionador, es la que se realiza para conseguir que los particulares se ajusten obligatoriamente al interés público fijado normativamente, “(...) la satisfacción de una necesidad pública existente se logra aquí con una determinada conducta de los particulares; la actividad de la Administración se encamina a que tal conducta se realice obligatoriamente, incluso bajo amenaza de coacción”<sup>44</sup>

La actividad de estímulo o persuasión por su parte, refiere a la actividad en la que los particulares satisfacen directamente las necesidades públicas del momento, por eso la Administración actúa a fin de persuadir y estimular, esta actividad se la denomina “*fomento*”<sup>45</sup>.

Finalmente, únicamente a fin de establecer la clasificación de las actuaciones administrativas de intervención, a pesar de no ser objeto del presente estudio, se encuentra

---

<sup>44</sup> Carmen Vila. *Derecho Administrativo Económico*. Ciencias económicas y empresariales. Universidad Nacional de Educación a Distancia. GETAFE: Madrid, 1997. p 129

<sup>45</sup> *Ibid.* p 130.



la de prestación, la que comprende actividades destinadas a satisfacer las necesidades públicas, las que son ofrecidas por la propia administración o por personas que actúan en base a una delegación, se las denomina “*servicio público*”.

En este contexto, en este capítulo se analizará el derecho administrativo sancionador en materia de competencia en su aplicación, estudiando ciertos modelos de diferentes países, a fin de dilucidar cuál abarca la mayor cantidad de garantías constitucionales y objetivos de la administración pública en cuanto a regulación e intervención, para proponer un mecanismo que implique una observancia a los principios del derecho administrativo sancionador, sobretodo en cuanto a imparcialidad e independencia.

## **I. DERECHO COMPARADO**

A fin de comparar modelos y procurar mejorar el que más se adecúe a la realidad de nuestro país, se pretende dar un corolario de naciones donde la aplicación del derecho administrativo en materia de competencia tiene un desarrollo importante, es por esta razón que estudiaremos en este capítulo a España, Alemania, Estados Unidos y Chile, a través de los cuales se observarán trascendentales diferencias en cuanto a la independencia e imparcialidad de las instancias de investigación y de sanción o juicio.

### *a. España*

La defensa de la competencia constituye actualmente, en España y en la Comunidad Europea una forma de intervención de la Administración en el mercado, de esta forma se controla, supervisa y dirige los comportamientos de las empresas en el mercado, el Tribunal Constitucional Español, mediante sentencia número 88 del año 1986 señaló que la defensa de la competencia constituye una forma de intervención del Estado en la regulación del mercado, de forma condicionada.

(...) admite una pluralidad y diversidad de intervenciones de los poderes públicos en el ámbito económico, siempre que reúnan las varias características de que: La regulación autonómica se lleve a cabo dentro del ámbito de la competencia de la Comunidad; que esa regulación en cuanto introductora de un régimen diverso del o de los existentes en el resto de la Nación, resulte proporcionada al objeto legítimo que se persigue, de manera que las diferencias y peculiaridades en ella previstas resulten adecuadas y justificadas por su fin, y, por último, que quede en todo caso a salvo la igualdad básica de todos los españoles<sup>46</sup>.

De igual forma, el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, con la intención de perseguir los fines de la Comunidad, establece en su artículo 2 que ésta tiene como misión promover con el establecimiento de un mercado común y una progresiva aproximación de las políticas económicas de los Estados miembros, “(...) un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, una expansión continua y equilibrada, una estabilidad creciente (...)”<sup>47</sup>.

En la legislación española, existen varias justificaciones para la regulación del mercado, en ocasiones en la necesidad de controlar el excesivo poder derivado de una situación de monopolio natural, la voluntad de ejercer control sobre las ganancias inesperadas, la corrección de las externalidades, la corrección de la inadecuada información que afecte a los consumidores y la distribución de un producto cuya oferta es escasa, entre otros.<sup>48</sup>

Una vez que se ha dado una introducción al derecho de defensa de la competencia en España, debemos analizar el derecho procedimental sancionador. El procedimiento para reprimir las conductas restrictivas de la competencia se encuentra contemplado en la Ley de

---

<sup>46</sup> Tribunal Constitucional de España. Sentencia 88/1986, de 1 de julio de 1986. (BOE núm. 174 de 22 de julio de 1986)

<sup>47</sup> Diario de las Comunidades Europeas. Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. p. C325/40. Artículo 2.

<sup>48</sup> Lluís Cases Pallares. *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*. La Defensa de la Competencia como instrumento de acción. Marcial Pons. Madrid: 1995. p 26-28

Defensa de la Competencia (LDC) 15/2007 de 03 de julio de 2007<sup>49</sup>. Las conductas sancionables son las establecidas en sus artículos 1, 2 y 3<sup>50</sup>, el procedimiento consta de dos fases, por un lado la instrucción y por otro la resolución. La fase de instrucción se tramita ante la Dirección de Investigación, mientras que la resolución le corresponde al Consejo.

El plazo previsto para la tramitación de este procedimiento es de aproximadamente dieciocho meses, contados desde el inicio del proceso y hasta la fecha de notificación de la resolución que se dicte. Se inicia de oficio por la Dirección de Investigación, por iniciativa propia o por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), en definitiva por cualquier persona, ya sea interesada o no.

Ante la noticia de una posible existencia de una infracción, la Dirección de Investigación determina, con carácter de preliminar, si concurren las circunstancias que justifiquen la incoación del expediente sancionador. Cuando se han encontrado los suficientes indicios, deberá abrirse un expediente, en este caso la Dirección de Investigación practicará los actos de instrucción necesarios para la investigación de los hechos y la determinación de responsabilidades. Al igual que en el Ecuador, las facultades de inspección que corresponden al personal de la CNC son bastante amplias, pudiendo acceder a los establecimientos, revisar documentación, solicitar explicaciones, entre otras acciones investigativas.

Una vez concluida la instrucción, la Dirección de Investigación formulará una propuesta de resolución, que deberá ser remitida al Consejo para la sustanciación. Posteriormente viene la fase de resolución del expediente, donde la Dirección de Investigación después de que termina la instrucción, la pasa al Consejo CNC y pone fin a la

---

<sup>49</sup> Ley de Defensa de la Competencia. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. <http://boe.es/legislacion> (Acceso: 20 de diciembre de 2016).

<sup>50</sup> Artículo 1. Conductas colusorias; Artículo 2. Abuso de posición dominante; Artículo 3. Falseamiento de la libre competencia por actos desleales.

tramitación del expediente sancionador, mediante una resolución que declare la existencia de conductas prohibidas o su archivo.

En la LDC, existen infracciones y sanciones, reconociendo a su vez, para el importe de multas, circunstancias atenuantes o agravantes y realizando una graduación en cuanto a personas naturales y jurídicas, tratando el Consejo de establecer un mecanismo de cálculo de sanciones que sea claro, uniforme, transparente, predecible y sobretodo eficaz en su objetivo disuasorio y compensador, de manera que se genere una sanción proporcional a la falta cometida.<sup>51</sup>

La Comisión Nacional de la Competencia, hasta el 1 de septiembre de 2007, fue lo que se conocía como el Tribunal de Defensa de la Competencia, el cual era un órgano del sistema español de defensa de la competencia, establecido por la Ley 16 de 1989; en esa época, existía una separación entre el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) y el referido Tribunal. Actualmente, la Comisión Nacional de la Competencia, unificada con la Comisión Nacional de los Mercados (CNMC), es un organismo público encargado de preservar, garantizar y promover la existencia de una competencia efectiva en los mercados en el ámbito nacional que integra en una sola institución a los antiguos Servicio y Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC).

Esta normativa de 1989, establecía una estructura administrativa compleja y garantista de derechos, y establecía una organización específica caracterizada por la existencia de dos órganos, como se expuso en el párrafo precedente. Lo sobresaliente de este modelo de defensa de la competencia es la consideración del TDC de forma independiente.

Sus funciones consistían básicamente en la resolución de expedientes instruidos por el SDC, el que siendo un órgano de naturaleza mixta produce, como órgano activo, declaraciones en materia de autorizaciones y sanciones, en tanto que como órgano

---

<sup>51</sup> Luis Berenguer Fuster. *La Nueva Legislación Española ante la evolución del Derecho de la Competencia*. Colección Derecho. Marcial Pons. Madrid: 2010. p 285

consultivo, ejerce sus funciones con plena independencia y sometimiento al ordenamiento jurídico.<sup>52</sup> No obstante, si bien este modelo garantizaba de mejor manera el debido proceso y la independencia, tampoco era perfecto, pues al depender de un órgano del ejecutivo (Ministerio de Economía y Hacienda), no se podía garantizar una total separación; esta influencia era notoria al momento de seleccionar a los miembros del TDC, que estaba conformado por un presidente y ocho vocales nombrados por el gobierno.

En cuanto al Servicio de Defensa de la Competencia (SDC), se presentaba como el órgano instructor de los expedientes que posteriormente debía resolver el TDC; este servicio se integraba en el Ministerio competente, es decir el Ministerio de Economía y Hacienda, concretamente de la Dirección General de Defensa de la Competencia. Entre sus funciones estaban fundamentalmente la instrucción y tramitación de los expedientes sancionadores.

El procedimiento administrativo sancionador anterior iniciaba ante el Servicio Nacional de Competencia y concluía en el Tribunal, el cual adoptaba una sanción a través de un acto administrativo, configurado “(...) como un verdadero procedimiento bifásico, que discurre a través de dos fases sucesivas que tienen lugar ante órganos distintos.”<sup>53</sup>

Bajo estos apartados, se ha buscado dar una imagen del manejo de derecho de defensa de la competencia español, el cual pasó de un sistema medianamente independiente a uno completamente dependiente, unificando en un solo ente la instrucción y la resolución de expediente. A mi criterio, la separación entre quien instruye y resuelve es fundamental para respetar las garantías del administrado, caso contrario se genera una mayor cantidad de litigios en sede judicial.

---

<sup>52</sup> Luis Cases Pallares. *Derecho Administrativo de Defensa de la Competencia*. *Op cit.* p 281.

<sup>53</sup> Francisco Gonzales Navarro. *La Regulación de los procedimientos administrativos en la Ley de Defensa de la Competencia*. RJN. Madrid: 1990. p 32.

*b. Alemania*

En Alemania, existe un sistema bastante diferente al español anteriormente analizado. Al ser un sistema federal, el control y regulación en materia de competencia se distribuye de forma territorial, existiendo en este contexto, tres instituciones de carácter administrativo, las cuales se estudiarán más adelante.

La legislación alemana de protección de la libre competencia se rige por la “*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*”<sup>54</sup>, adoptada en el año de 1957, la misma que ha sido sujeta a varias modificaciones posteriores. Esta legislación fue el resultado de un proceso iniciado por los gobiernos aliados vencedores en la Segunda Guerra Mundial, que tendían a evitar la concentración de poder económico en este país.

Como se expuso en el párrafo introductorio, esta ley se caracteriza por no atribuir el control exclusivamente a una sola autoridad administrativa; distintas administraciones ostentan funciones para su completa aplicación, distribuyéndose a nivel federal con el Bundeskartellamt y de forma difusa a los denominados Lander, es decir cada uno de los Estados que conforman Alemania.<sup>55</sup>

En este sentido, al ser administrativas las instancias, quedan reservadas al Ministro de Economía las decisiones de carácter político económico que afectan a la economía. El Bundeskartellamt tiene competencia en asuntos que afecten a más de un Land y las autoridades de los Lander tienen atribución para aquellos casos en los que los efectos de la limitación de la competencia no trasciendan de un determinado Land.<sup>56</sup>

En la Ley alemana, se atribuye al ministerio la capacidad de dictar instrucciones generales al Bundeskartellamt para su aplicación, influyendo en cierta medida el proceso

---

<sup>54</sup> Norbert Reich. *Mercado y derecho. Teoría y praxis del derecho económico en la República Federal Alemana*. Ariel, España: 1985.

<sup>55</sup> Luis Cases Pallares. *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*. *Op cit.* p 658

<sup>56</sup> H.G Burgbacher. *Problemas del Derecho Comunitario y alemán de defensa de la competencia*. ICE. Alemania: 1987, p. 139

sancionador de libre competencia. El proyecto inicial de esta ley no comprendía esta posibilidad; no obstante, se aprobó finalmente con esta atribución.

A fin de garantizar la independencia, únicamente se reconoce en tres supuestos concretos la competencia del ministerio ante la libre competencia. En primer lugar, el autorizar determinados contratos o conductas en beneficio de la economía del país o del bien común. En segundo lugar, en casos donde se busca fomentar y asegurar la exportación, en asuntos que no estén contemplados en la ley y que puedan afectar considerablemente intereses económico exteriores de Alemania. Y por último, prevé la intervención en el control de las concentraciones de empresas, a fin de mantener las condiciones de competencia en el mercado que se estiman precisas.<sup>57</sup>

Una vez mencionada la institución de la que emanan las directrices en materia de libre competencia, es menester analizar el Bundeskartellamt. Es un órgano federal de aplicación de la legislación de protección de la competencia, es decir la autoridad principal a la que se les encomienda la aplicación del derecho de defensa de la competencia en Alemania.

El ámbito de competencia de esta institución se extiende a todo el territorio federal y actúa con relativa independencia respecto de la autoridad federal. De acuerdo a su ley, es un “Órgano federal autónomo” que posee una autonomía organizativa en el sentido de que no constituye una unidad administrativa de su autoridad federal suprema.<sup>58</sup>

La estructura de esta institución se conforma de un presidente, un vicepresidente y las secciones decisorias, encabezadas cada una por un director; estos son propuestos por el ministerio al Gobierno Federal, el mismo que lo elevará al Presidente Federal. Los directores deberán ser habilitados como si fueren a ocupar el cargo de Juez, al igual que sus vocales. Para procurar una independencia más marcada, los presidentes y sus vocales deben

---

<sup>57</sup> *Ibidem*

<sup>58</sup> K Stockman y W Strauch. *Federal Republic of Germany*. Basic Law for the Federal Republic of Germany. Alemania. 1963. p 23

ser funcionarios vitalicios, a fin de que si bien se influye en el nombramiento, su ocupación al no poder ser afectada, no es influenciable.

En consecuencia, las decisiones de cada una de las secciones gerenciadas por cada uno de los directores, es soberana, siguiendo un procedimiento administrativo parecido al de un tribunal, garantizando en sede administrativa la independencia de un órgano resolutor y los investigadores, pues el modelo implica una suerte de salas especializadas y posteriormente un tribunal.

Además del Bundeskartellamt, con competencia en cada uno de los territorios y jurisdicciones alemanas se encuentran las Landeskartellbehorden, las que actúan con carácter residual, es decir, a lo que no se les haya atribuido al ministerio o a la Bundeskartellamt y a su vez respecto a los efectos de las conductas de las empresas que no rebasen las fronteras de su territorio.

No obstante, además existe un órgano de carácter consultivo asesor, la Monopolkommission. Es una institución independiente de la Administración Federal y de la Bundeskartellamt, no existe una conexión jerárquica con el Ministerio Federal de Economía y, de hecho, inclusive presupuestariamente se adscribe al Ministerio del Interior.

Se compone de cinco miembros, nombrados por el Presidente de la República a propuesta del Gobierno, se crea con el objetivo de ofrecer una información pericial regular del desarrollo de la concentración de las empresas en la República Federal. En definitiva, es un vigilante de las actividades que en esta materia desarrollan tanto el Ministerio de Economía como Bundeskartellamt, siendo un órgano consultivo y valorativo.<sup>59</sup>

En consecuencia, en Alemania, el procedimiento administrativo sancionador no tiene un carácter plenamente independiente, divide las competencias en cuestión de territorio y de secciones en el caso federal, sin embargo el juzgador e investigador se encuentran en el mismo cuerpo, la independencia en este caso se centra en la poca

---

<sup>59</sup> *Ibidem.* p 22



influencia que puede ejercer el ejecutivo, pues tiene límites en tres supuestos y solo emite directrices generales de aplicación normativa.

*c. Estados Unidos de América*

En este país, el modelo de defensa de competencia tiene cierto grado de independencia pero no es total, Estados Unidos tiene dos órganos de defensa de la competencia, los que actúan en estrecha colaboración, estos son la Federal Trade Commission y la Antitrust Division del Departamento de Justicia de los EE.UU. El propósito de mantener esta duplicidad es la necesidad de una aplicación efectiva y diferenciada de las normas antitrust en relación con la gravedad de las infracciones.

En este sentido, la Federal Trade Commission está autorizada para emitir órdenes de cese y desistimiento, con características de actos administrativos singulares en la aplicación de la Clayton Act y Federal Trade Commission Act, mientras que la División Antitrust está encargada de la persecución de las violaciones más graves, algunas de las cuales constituyen delitos, en aplicación de la Sherman y Clayton Act, mediante sus potestades de iniciar procesos de carácter civil o penal.<sup>60</sup>

Hasta la aprobación de la Federal Trade Commission Act (1914)<sup>61</sup>, el Departamento de Justicia estaba encargado de la aplicación de la Sherman Act, tanto en violaciones criminales como civiles. De este modo, hasta la aprobación de la Federal Trade Commission Act, las leyes Sherman y Clayton eran aplicadas por los tribunales comunes, iniciándose los procedimientos por parte del Departamento de Justicia.

---

<sup>60</sup> Moreno Molina “Aspectos institucionales de la defensa de la competencia”, en *Derecho Europeo de la Competencia*, Calvo Caravaca, Alfonso Luis et al. Editorial Constitución y Leyes, S. A., Madrid, 2000, p. 88.

<sup>61</sup> La Federal Trade Commission Act fue aprobada por 2 objetivos: - Esta ley se extendía sobre todos los comportamientos anticompetitivos, incluidas también las conductas que no infringían las normas de las Sherman o Clayton Act (Sec. 5 la Federal Trade Comisión Act). - Se creaba la Federal Trade Commission para aplicar la Sec. 5 de la Federal Trade Commission Act y también la Clayton Act (Miller, R. y Jentz, G “Business Law Today”, ed. ITP, 2000, p. 813). Ver resumen de dicha Ley en el Anexo N° 2.

Con la aprobación de la Federal Trade Commission Act se perseguía el fin de permitir la aplicabilidad de la normativa antitrust por un órgano administrativo, debido al descontento generado por las interpretaciones judiciales excesivamente restrictivas<sup>62</sup>; y, a esto se añadía la debilidad y parcialidad del Departamento de Justicia en su política de investigaciones y sanciones, lo que generó inseguridad jurídica<sup>63</sup>.

A fin de garantizar la independencia de ciertos órganos, los Estados Unidos crearon a las denominadas Agencias, las que ocupan un lugar específico en el sistema de separación de poderes en relación con su autonomía y funciones. De este modo se distinguen dos tipos de Agencias: Executive Agencies e Independent Agencies. La diferencia fundamental es que las Executive Agencies se localizan en el Poder Ejecutivo y son los órganos ejecutivos del Presidente. Mientras que la independencia en su sentido más amplio significa que las Independent Agencies están fuera del Legislativo y Judicial con cierta independencia respecto al Ejecutivo, quedando en la organización jurídica del Ejecutivo. Además las Independent Agencies ejercen competencias normativas, ejecutivas y cuasi-judiciales y de este modo ejercen conjuntamente los tres poderes públicos, siendo estas peculiaridades las que justifican su composición colegiada.<sup>64</sup>

La creación de la Federal Trade Commission (FTC) como agencia reguladora e independiente se justifica por la necesidad de imparcialidad y neutralidad política, para evitar una excesiva concentración de poder en el Ejecutivo<sup>65</sup>, debido a la importancia de las funciones reguladoras en el sector del comercio, donde los mecanismos propios para la toma de decisiones económicas no deben verse influenciados por la política; y, finalmente,

---

<sup>62</sup> Martín Laborda y Antonio Robles. *Libre competencia y competencia desleal*. Ed. La Ley, Madrid, 2001, p. 146.

<sup>63</sup> Moreno Molina “Aspectos institucionales de la defensa de la competencia”, en *Derecho Europeo de la Competencia*, Calvo Caravaca, Alfonso Luis et al. Editorial Constitución y Leyes, S. A., Madrid, 2000, p. 89.

<sup>64</sup> Salvador Martínez. *Las Autoridades Independientes*. ed. Ariel, Barcelona, 2002, p.112

<sup>65</sup> Betancor Rodríguez. considera que la independencia respecto al Gobierno es relativa: “*Las Administraciones Independientes. Los entes independientes reguladores de los mercados y protección de los derechos*” en “La Administración pública española”, ed. INAP, Madrid, 2002, pp.509 –619

porque es una materia relacionada con los derechos de los ciudadanos, donde la independencia es una garantía de estos derechos.

Lo interesante y diferente a los modelos estudiados con anterioridad es la colegialidad, puesto que la misma está encabezada por cinco Comisionados que son designados por el Presidente y confirmados por el Senado, no más de tres Comisionados pueden ser del mismo partido político<sup>66</sup>, siendo una garantía más contra las capturas políticas y de intereses de la FTC, los procedimientos son más rápidos y flexibles en comparación con los procedimientos de los órganos ejecutivos o judiciales.

Los miembros de la Federal Trade Commission son nombrados por el Presidente con la aprobación del Senado, este mecanismo fue instaurado debido a que la creación de las Agencias Independientes en general ha sido una estrategia política del Parlamento para evitar que se desarrolle un Poder Ejecutivo fuerte.

Sin embargo, en la aplicación de los procedimientos es cuando el problema surge, ya que en la Federal Trade Commission la investigación y el ente juzgador se encuentran en la misma agencia, que si bien no tiene influencia superior, tiene influencia interna de cada una de las divisiones que conforman la agencia. El mismo órgano que recibe e inicia la investigación sobre la denuncia es el que se pronuncia al final sobre el fondo del asunto.

Ante esta aparente dependencia, se generó un avance importante en la separación de funciones, con la aprobación de la ley denominada Federal Trade Commission Improvements Act que dividió las funciones del Administrative Law Judge, que son las autoridades resolutoras en sede administrativa y la Comisión. Los jueces administrativos son funcionarios a los cuales la Comisión, de acuerdo con la Ley, ha delegado las funciones iniciales de investigación y prueba y las conclusiones iniciales basadas en las leyes.

El otro órgano que tiene una importante actuación en materia de defensa de la competencia es la División Antitrust del Departamento de Justicia de los Estados Unidos;

---

<sup>66</sup> Comisión Federal de Comercio. <https://www.ftc.gov/es/acerca-de-la-ftc>. 23 de diciembre de 2016.

éste es un ente de la Administración<sup>67</sup>, que a diferencia de la Federal Trade Comisión, es un departamento ejecutivo, el cual está conformado por un Director y una administración jerárquicamente subordinados a la autoridad del Presidente de los Estados Unidos.

La División es la autoridad que investiga y condena las infracciones más graves de las leyes antitrust, está autorizada para perseguir las infracciones de la Sherman Act y también las violaciones de la Clayton Act<sup>68</sup>. De este modo, resulta que la División y la Federal Trade Commission asumen competencias para investigar tipos de conductas de acuerdo a su gravedad.

La División, debido a la gravedad de las conductas que analiza, varía su procedimiento de actuación; es así que después de realizar las investigaciones necesarias, puede iniciar un proceso en los tribunales competentes, vía civil o criminal, proceder a negociaciones y a expedición de un decreto de consentimiento, que es un caso muy frecuente, o en su defensa archivar el proceso o tomar la decisión de “not to prosecute”. Es importante anotar que los competentes para resolver los asuntos "antitrust" son los Juzgados Federales del Distrito, donde reside el acusado o donde tiene su negocio<sup>69</sup>.

#### *d. Chile*

En el caso chileno, la legislación en materia de competencia tiene una tradición desde 1959, sin embargo a partir de 1973, con la promulgación del Decreto Ley N° 211 se define la creación de un sistema de defensa de la competencia propiamente. La última y más

---

<sup>67</sup> K. Hylton. *Antitrust Law: Economic Theory and Common Law Evolution*, ed. Cambridge University Press, 2003, pp.48- 50

<sup>68</sup> *Ibidem*

<sup>69</sup> L. Seplaki, *Antitrust and the Economics of the Market: text, readings, cases*, ed. Harcourt Brace Jovanovich, Inc., New York, 1982.

reciente modificación al D.L. N° 211 fue la promulgación en julio de 2009 de la Ley N° 20.361.<sup>70</sup>

Desde el año 2004, los organismos de defensa y promoción de la libre competencia en los mercados están conformados por la Fiscalía Nacional Económica y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

La Fiscalía Nacional Económica, en función del interés general, tiene a su cargo los roles de investigador y acusador de las infracciones a la ley, fiscalizador del cumplimiento de las disposiciones de la institucionalidad sancionatoria en esta materia, siendo el promotor de la defensa de la competencia y del funcionamiento competitivo de los mercados.

Este organismo, es de carácter autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, su relación con el ejecutivo es a través del Ministerio de Economía. Está dirigido por el Fiscal Nacional Económico, el cual es nombrado por el Sistema de Alta Dirección Pública mediante un concurso público.

La otra institución interviniente en el modelo chileno es el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, un órgano jurisdiccional especial e independiente, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, que tiene a su cargo el juzgar, resolver y sancionar. De conformidad a lo establecido en el D.L. N° 211, toda sentencia definitiva del TDLC y que imponga alguna de las sanciones contempladas en la Ley, son susceptibles de recurso de reclamación ante la Corte Suprema. Es importante señalar que la Corte Suprema chilena cuenta con salas especializadas en la materia.

Se constituye por cinco miembros titulares, tres abogados y dos economistas, el Presidente de la República es quien designa a tres de sus miembros y el Banco Central a los restantes. El presidente del Tribunal es seleccionado de una terna establecida por la Corte Suprema y seleccionado por el Presidente de la República, este mismo selecciona a dos

---

<sup>70</sup> Decretos Leyes N° 2.760 y 2.879, año 1979; y el Decreto Ley N° 3.057, dictado el año 1980.

miembros más de dos nominas a ser presentadas por el Banco Central. Los dos miembros remanentes son designados por el Consejo del Banco Central, previo concurso público.<sup>71</sup>

Finalmente, se puede afirmar que el sistema de competencia chileno es de tipo acusatorio judicial, el Tribunal no puede avocarse de oficio el conocimiento de eventuales atentados contra la libre competencia. Así, los únicos legitimados para iniciar una causa contenciosa son los particulares a través de una demanda o la Fiscalía Nacional Económica a través de un requerimiento. En adición, el TDLC puede dictar disposiciones que adopten la forma de Instrucciones de Carácter General.

## **II. PROPUESTA DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR A APLICARSE EN ECUADOR**

### *a) Actual modelo de defensa de la libre competencia ecuatoriano*

En el Ecuador, la defensa de la libre competencia es exclusivamente administrativa, es así que la Superintendencia de Control de Poder del Mercado es el ente regulador, de control, investigación y sanción a través de sus órganos y dependencias.

De conformidad a lo establecido por la Constitución de la República del Ecuador, vigente desde el año 2008, es facultad de la Asamblea Nacional posesionar a la máxima autoridad de las Superintendencias<sup>72</sup>, sin embargo, su designación es efectuada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, entre las ternas propuestas por el Presidente de la República.<sup>73</sup> Las Superintendencias se encuentran adscritas a esta referida función<sup>74</sup>.

---

<sup>71</sup> William García. *Manual de Libre Competencia*. Tomo I. Chile, 2010. p. 100

<sup>72</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 120. Registro Oficial No. 449, 20 de octubre de 2008.

<sup>73</sup> Artículo 208 *Ibidem*.

<sup>74</sup> Artículo 204 *Ibidem*.

Como ya se ha mencionado en líneas anteriores, la Superintendencia de Control de Poder de Mercado está compuesta de cuatro pilares fundamentales, la Comisión de Resolución de Primera Instancia, las Intendencias que son cuatro, el área de Gestión Administrativa y la Junta de Regulación.

Empezaremos con una breve descripción del ente con carácter de investigador, para posteriormente proponer un modelo imparcial de manejo del derecho administrativo sancionador en materia de libre competencia.

Las denominadas Intendencias, están reguladas o coordinadas por la Intendencia General, la cual se encarga de planificar la gestión técnica; bajo la misma se encuentran cuatro Intendencias, una de ellas es la Intendencia de la Abogacía, la cual tiene funciones de promoción del libre mercado; al no formar parte del sistema administrativo sancionador, no se realizará mayor referencia a la misma.

La Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, se encarga de investigar, coordinar y supervisar las actuaciones tendientes a determinar la consecución de prácticas sancionadas por la ley, e identificar a los operadores económicos responsables.<sup>75</sup>

La Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, determina el cometimiento de prácticas desleales establecidas y sancionadas en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, es decir las prácticas engañosas y agresivas, aquellas que merman la capacidad del consumidor de adoptar una decisión en pleno conocimiento de causa y, que distorsionan de manera sustancial el comportamiento económico del consumidor.

La Intendencia de Control de Concentraciones por su parte, se encarga de investigar, coordinar y controlar las operaciones de concentración económica sometidas al procedimiento de notificación y autorización previa de conformidad a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y el Reglamento de aplicabilidad.

---

<sup>75</sup> Resolución de la Superintendencia de Control de Poder del Mercado 70. Instructivo de Sustanciación del Procedimiento de Investigación Administrativa. Registro Oficial 162 de 15 de enero de 2014.

Una vez analizadas las intendencias que actúan en calidad de ente investigador, el resolutor es la Comisión de Resolución de Primera Instancia, la cual resuelve la imposición de sanciones y medidas correctivas que resulten de las investigaciones generadas por los órganos de investigación y sustanciación.

La Comisión de Resolución de Primera Instancia CRPI desde la recepción del informe final de sustanciación y el expediente original, mediante providencia avoca conocimiento y corre traslado del informe final a las partes, éstas podrán presentar alegatos y, de considerarlo procedente se convocará a audiencia pública, debiendo finalmente, emitir una Resolución definitiva.

Como se ha manifestado a lo largo de este estudio, y mediante el análisis del modelo actual aplicado tanto en organismos intervinientes como en procedimientos, es clara la inexistente separación de los mismos en el Ecuador, lo cual se pone en mayor evidencia respecto a los recursos administrativos.<sup>76</sup>

Resulta evidente la falta de independencia del proceso, pues el Superintendente de Control de Poder del Mercado es el superior tanto de las intendencias como de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, siendo quien puede resolver apelaciones, recurso extraordinario de revisión y revocatorias.

Finalmente, tratando de crear cierta independencia e imparcialidad, como organismo fuera de la Superintendencia existe la Junta de Regulación, la que forma parte de la Función Ejecutiva, sus facultades son el ejercer la rectoría, planificación, formulación de políticas públicas y regulación.

La Junta de Regulación está integrada por las máximas autoridades de las carteras de estado, o sus delegados, a cargo de la Producción, la Política Económica, los Sectores Estratégicos y el Desarrollo Social.

---

<sup>76</sup> Resolución de la Superintendencia de Control de Poder del Mercado 63. Instructivo De Gestión Procesal Administrativa de la SCPM Registro Oficial 375 de 14 de noviembre de 2014.



La facultad normativa de esta Junta, tiene conflictos con la de la Superintendencia, conflictos que derivan desde la LORCPM y se reflejan en la aplicación, razón por la cual actualmente, la referida Junta no cumple mayores funciones. El artículo 37 de la Ley, que establece las facultades de la Superintendencia, en su parte pertinente menciona que “La Superintendencia de Control del Poder de Mercado tendrá facultad para expedir normas con el carácter de generalmente obligatorias en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales y las regulaciones expedidas por la Junta de Regulación”. Siendo inclusive un motivo más para considerar la falta de independencia en los órganos encargados de la regulación, control y sanción de las prácticas anticompetitivas.

*b) Otros modelos aplicados en el Ecuador*

Toda vez que se han analizado modelos empleados en otros países y el actualmente utilizado en el Ecuador en cumplimiento a la Ley Orgánica de Regulación de Control de Poder de Mercado, a fin de poder plantear una metodología que garantice una adecuada independencia e imparcialidad, es pertinente estudiar mecanismos que se han puesto en práctica en nuestro país; para el efecto, los mejores ejemplos son el del Sistema Monetario y Financiero, existente en los años 90, donde para su regulación y Control existían tres dependencias, la Superintendencia de Bancos, una Junta Bancaria y el Banco Central; y, la que se contemplaba en el año 1978 en la Ley del Servicio Civil y Carrera Administrativa, a través de la denominada Junta de Reclamaciones.

Respecto al Sistema Monetario y Financiero, se puede abstraer en gran parte la forma de designación de los órganos intervinientes, este fue un modelo que funcionó en el año de 1998 y previo a la expedición del actual Código Orgánico Monetario y Financiero.

En 1998, la Constitución Política del Ecuador manifestaba en su artículo 223 que los superintendentes eran elegidos por el Congreso Nacional con el voto de la mayoría de sus integrantes, de ternas enviadas por el Presidente de la República.

En aquella época, existía un organismo con autonomía técnica y administrativa, lo que evitaba cualquier injerencia de parte de las funciones del Estado, una entidad capaz de manejar la política crediticia, cambiaria y actuar como agente financiero del Estado, el Banco Central del Ecuador.<sup>77</sup> Su rectoría la ejercía su Directorio, integrado por cinco miembros designados por el Congreso Nacional, a propuesta del Presidente de la República.<sup>78</sup>

En este Sistema existía también una Junta Bancaria, también autónoma e independiente, conformada por cinco miembros: el Superintendente de Bancos, quien la presidía, el Gerente General del Banco Central del Ecuador, dos miembros con sus respectivos alternos, que eran designados por el Presidente Constitucional de la República y un quinto miembro, y su alterno, que designaban los cuatro restantes, los miembros de la Junta Bancaria debían ser ecuatorianos, tener título universitario otorgado en el país o en el extranjero o ser de reconocida experiencia en el campo del derecho financiero, de la economía, las finanzas o la práctica bancaria<sup>79</sup>.

Este modelo difiere claramente de la Junta de Regulación de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, que se conforma por las máximas autoridades de ciertos Ministerios, sin mayores requisitos.

En adición, esta Junta era jerárquicamente superior a la Superintendencia, las decisiones o resoluciones administrativas dictadas por el Superintendente, admitían recurso de revisión ante la Junta Bancaria. Actualmente, en cuanto a defensa de la competencia,

---

<sup>77</sup> Constitución Política de la República del Ecuador. Artículo 261. Legislación derogada, publicada el 11 de agosto de 1998.

<sup>78</sup> Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, 1992. Decreto Ley de Emergencia 2 Registro Oficial Suplemento 930 de 07-may.-1992. Legislación derogada.

<sup>79</sup> Artículo 176. *Ibid.*

ante las decisiones del Superintendente no existe recurso alguno, pues la Junta de Regulación no es superior a la misma.<sup>80</sup>

El problema que nace de este modelo es que la Junta Bancaria solamente emitía directrices y resolvía recursos en calidad de sustanciador de apelaciones, convirtiéndose en una especie de segunda instancia. Los reclamos en primera instancia eran resueltos por el Superintendente de Bancos, lo que no garantizaba una independencia, pues la investigación y resolución se encontraban en la misma Superintendencia.

Actualmente, la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, con el Código Monetario y Financiero ha perdido la forma de designación, conformándose por los titulares de los ministerios de Estado responsables de la política económica, de la producción, de las finanzas públicas, el titular de la planificación del Estado y un delegado del Presidente de la República.<sup>81</sup>

De igual forma, el Banco Central si bien conserva su autonomía administrativa y financiera, actualmente es parte de la Función Ejecutiva y ha perdido varias de sus facultades.

Otro modelo que en sede administrativa garantizaba independencia fue la Junta de Reclamaciones, creada en la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa del año 1978. Regulaba el Servicio Civil ecuatoriano, que comprendía a los ciudadanos ecuatorianos que ejercían funciones públicas remuneradas, en dependencias fiscales o en otras instituciones de Derecho Público y en instituciones de Derecho Privado con finalidad social o pública,

---

<sup>80</sup> Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, 1994 Ley 52. Registro Oficial Suplemento 439 de 12 de mayo de 1994. Legislación derogada.

<sup>81</sup> Artículo 13. CODIGO ORGANICO MONETARIO Y FINANCIERO, LIBRO I Ley 0 Registro Oficial Suplemento 332 de 12 de septiembre de 2014. Legislación derogada.

además conocía los conflictos de los funcionarios titulares de carrera diplomática amparados por la Ley del Servicio Exterior<sup>82</sup>.

Esta Junta estaba integrada por un representante de la Función Ejecutiva, presidiéndola; un representante de la Función Legislativa; de la Función Judicial; y dos representantes nombrados por el Congreso de Servidores Públicos, uno de ellos representante de las instituciones no fiscales incorporadas al sistema. Duraban, cuatro años en sus funciones y podían ser reelegidos. La Junta tomaba decisiones por mayoría de votos y esta se encargaba de garantizar “(...) la aplicación correcta de la ley, tanto en la Dirección Nacional de Personal como en los demás organismos administrativos”.<sup>83</sup>

La Junta se encargaba de conocer y fallar las reclamaciones de los servidores públicos de carrera contra las decisiones de sus superiores jerárquicos en lo atinente a temas laborales y respecto a las decisiones del Director Nacional de Personal. Esta Junta, completamente independiente se encontraba todavía en sede administrativa, las apelaciones a sus fallos debían ser dirigidas al Tribunal Contencioso y Administrativo.

Actualmente, no existe esta instancia administrativa denominada Junta de Reclamaciones, los conflictos atinentes a los servidores públicos se resuelven por la autoridad nominadora de la misma institución, lo que claramente demuestra la tendencia normativa de evitar la independencia de ciertos órganos.

Como se ha analizado en líneas precedentes, ya existieron en su momento órganos en sede administrativa y de carácter independiente que garantizaban un derecho administrativo sancionador que respeta el debido proceso, la imparcialidad y la independencia del juzgador.

---

<sup>82</sup> Decreto Ejecutivo 2820, Registro Oficial 804, 09 de agosto de 1984. Reglamento de la Junta de Reclamaciones.

<sup>83</sup> Ley del Servicio Civil y Carrera Administrativa. Publicada en el Registro Oficial 574 de 26 de abril de 1978. Legislación derogada. Artículo 68

*c) Aplicación propuesta*

Con el ejemplo previamente descrito y la influencia de ciertos países que manejan la legislación de defensa de la competencia con mucha antelación que el Ecuador, considerando que la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado fue publicada en octubre del 2011 y su reglamento de aplicación en mayo del siguiente año, a fin de cumplir con el objeto del presente trabajo de titulación, con el interés de garantizar el respeto al debido proceso, la imparcialidad y la independencia de los órganos reguladores, investigadores y resolutores, a continuación se propondrá un modelo de manejo del derecho administrativo sancionador en materia de la libre competencia.

La intención es crear una clara separación entre el órgano investigador y resolutor en lo relativo al derecho administrativo sancionador en materia de libre competencia, para el efecto, la Junta de Regulación y la Comisión de Resolución deberán ser órganos dotados de total autonomía.

Si bien se aplica en Chile, anteriormente en España y sería la manera más evidente de lograr una separación entre la investigación y la resolución, consiguiendo una total independencia, el incluir un Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que forme parte de la Función Judicial provoca costos más elevados y plazos extensos en comparación con la vía administrativa; por tanto, se plantea una postura desde esta última vía, sin caer en desmedro de las garantías constitucionalmente reconocidas.

En este sentido, se mantienen los tres órganos, pero con ciertas modificaciones, en primer lugar, la Junta de Regulación, debiendo ser autónoma, de carácter especializado y con funciones de regulación exclusivamente. En adición, no debería estar conformada por los miembros que establece la LORCPM, pues para lograr la consecución de medidas de equilibrio económico de los mercados, se requiere personeros especializados. La Junta de Regulación entonces contaría con cinco miembros, profesionales de alto prestigio y con experiencia en competencia, derecho económico, economía y comercio.

Es evidente que las medidas que establezca esta Junta, afectarán directamente a los mercados, razón por la cual resulta menester contar con la presencia de un representante del sector privado. Uno de los miembros será designado por la Federación de Cámaras de la Producción, de fuera de su seno y con amplia trayectoria. Los cuatro restantes deberán ser elegidos por la Asamblea Nacional de dos ternas de dos especialidades, tanto de derecho como de economía y comercio, de tres nombres cada una, éstas serán presentadas una por el Presidente de la República y la otra por Función de Transparencia y Control Social.

En cuanto a la Comisión de Resolución de Primera Instancia, en primer lugar se debería garantizar su independencia, por tanto deberá ser completamente autónoma, sin tener adscripción alguna a las dependencias estatales o a las cinco funciones establecidas en la Constitución, se debería manejar de igual forma al mecanismo utilizado por Estados Unidos con la Federal Trade Commission y tomando como fundamento las derogadas Junta de Reclamaciones y Bancaria.

En este contexto, la Comisión estará integrada por tres miembros de carácter meramente técnico, debiendo velar por un adecuado desenvolvimiento de la libre competencia y el equilibrio de los mercados. En consecuencia, se deberá excluir inclusive al Presidente y por obvias razones al Superintendente de Control de Poder de Mercado de su designación. Estos miembros deberán ser dos abogados y un economista. Serán nombrados por la Asamblea Nacional, de una terna de seis nombres propuesta por las universidades del país.

Lo trascendental en este modelo es que tanto la Junta de Regulación como la Comisión de Resolución de Primera Instancia no tengan injerencia alguna de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado o de cualquier otra función del Estado. Mediante su autonomía, se garantiza en la vía administrativa una imparcialidad e independencia en el juzgador y en el emisor de las políticas relativas a la libre competencia en el mercado ecuatoriano, pues la intención de este modelo propuesto es garantizar la imparcialidad y el debido proceso en el derecho administrativo sancionador sin tener que acudir en prima facie a la función judicial.

Finalmente, la Superintendencia de Control de Poder de Mercado será la encargada de coordinar a las diferentes intendencias, las cuales serán el ente investigador de prácticas que atenten contra la libre competencia, llevarán a cabo las investigaciones tanto preliminar como formal, se mantendrán las cuatro intendencias.

El Superintendente continuará siendo designado por la Función de Transparencia y Control Social, conforme lo establece la Constitución de la República del Ecuador. Los profesionales de las diferentes intendencias deberán ser funcionarios públicos conforme lo establecido en la Ley Orgánica de Servicio Público.

Mediante la presente propuesta, se busca lograr una independencia de los órganos que actúan en el derecho administrativo sancionador en materia de libre competencia, pues de esta manera, en vía administrativa se cumplen las garantías de debido proceso, imparcialidad e independencia hacia los administrados. La diferencia radica en la autonomía de las autoridades intervinientes y en su forma de designación, en este sentido, el Superintendente ni las demás funciones del Estado podrán influir en las decisiones de la Comisión de Resolución, las mismas que serán técnicas y se dirigirán hacia una maximización de beneficios tanto para los operadores económicos como para los consumidores.

## CONCLUSIONES

De acuerdo a lo analizado en este trabajo de investigación, el pensamiento jurídico y económico sobre la competencia está en continua evolución; por tanto, el derecho de la competencia también debe desarrollarse, generándose reformas y mejoras normativas que permitan un adecuado desenvolvimiento de los mercados, mediante directrices claras y un derecho sancionador que regule las conductas anticompetitivas en estricto cumplimiento a los preceptos constitucionales y legalmente establecidos.

Hemos observado a lo largo de este trabajo de titulación, que las bases del derecho penal, administrativo, administrativo sancionador y constitucional juegan un rol sumamente importante, sobre todo en consideración a que en el derecho de la libre competencia los poderes públicos ingresan al ámbito económico para regularlo y sancionar las practicas que atenten contra los lineamientos establecidos por el ente regulador y supervisor; pues en esta materia, como se ha expuesto, se ejerce una potestad de policía.

Nos hemos centrado en el ejercicio del derecho administrativo sancionador, donde los principios del proceso penal son básicos, el derecho a la defensa, debido proceso, imparcialidad e independencia, conforman los pilares fundamentales para el establecimiento de procedimientos administrativos.

El derecho a ser juzgado por un juez natural, independiente e imparcial, forma parte esencial del debido proceso y constituye un requisito indispensable de un Estado democrático de derecho, siendo una exigencia de la Administración, en el ejercicio de sus funciones, el valorar y actuar según los intereses públicos, sin sufrir desviaciones por intereses personales, de grupos de presión o inclusive políticos.

Como se detalló en la presente investigación, la aplicación de los principios de legalidad y debido proceso, se vuelve imprescindible; sin embargo, en cuanto al derecho de la libre competencia en nuestro país, su empleo puede ser nulo. El hecho de que aparentemente existan dos instancias no implica una separación de poderes ni



cumplimiento a los referidos preceptos. En el Ecuador, el derecho administrativo sancionador ejercido por la Superintendencia de Control de Poder del Mercado se caracteriza por ser concentrado en una sola institución, bajo el mandato de una sola autoridad, con una imparcialidad inexistente.

Mediante esta propuesta, se busca lograr una independencia de los órganos que actúan en el derecho administrativo sancionador en esta materia, sin tener que acudir a una medida drástica y costosa que implique la participación de la Función Judicial, la que se caracteriza por su tardanza. En este sentido, se considera posible la eficiencia y eficacia en la aplicación de derechos y garantías al mantener una separación en la vía administrativa si esta es manejada de una manera transparente y técnica.

La separación entre quien instruye y quien resuelve es vital, siendo algo que debería mantenerse en cualquier modelo de integración. Cuando no existen garantías de respeto de los preceptos básicos del derecho administrativo sancionador, los administrados no cuentan con una seguridad jurídica en el ejercicio de sus facultades, lo que a largo plazo recae en una mayor litigiosidad ante los Tribunales. Sin embargo, para mantener estas garantías no es necesario que el contribuyente cargue con una duplicidad de recursos que se provocarían ante una separación radical de la vía administrativa y la judicial.

La diferencia radica en la autonomía de las autoridades intervinientes y en su forma de designación, de esta manera, no existirá influencia en las decisiones de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, las mismas que serán técnicas y se dirigirán hacia una maximización de beneficios tanto para los operadores económicos como para los consumidores.

En consecuencia, se buscan generar amplios refuerzos a la independencia de los procedimientos administrativos, lo que se refleja en el aumento de limitaciones a la elección de dignidades que ejerzan cargos en estas entidades, además de garantizar una imparcialidad en la toma de decisiones.

En conclusión, como se ha demostrado, el derecho administrativo sancionador en materia de libre competencia es dinámico y por tanto, no será preciso determinar cuáles son las próximas etapas del mismo, sin embargo no resulta aventurado pronosticar un proceso de revisión y adaptación con los conflictos que se han generado a raíz de la expedición de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, al ser el primer intento por regular la libre competencia en el Ecuador.

Debemos retrotraernos a las bases del derecho administrativo y penal para aplicar los pilares fundamentales de su ejercicio a las nuevas necesidades de la sociedad, caracterizadas por un avance acelerado del comportamiento de los mercados, debiendo para el efecto combinar los mecanismos legales con los técnicos a fin de garantizar un correcto desarrollo del control y regulación de las prácticas anticompetitivas.

Para el efecto, tal como se ha expuesto en este trabajo de titulación, se deben analizar las instituciones que fueron aplicadas en el pasado en el país, las cuales tuvieron un excelente resultado en su momento, además de las experiencias que se vienen obteniendo en distintos países y sus respectivas jurisdicciones, con el objetivo de respetar las garantías que caracterizan a los Estados de derecho.

## BIBLIOGRAFÍA

- Arroyo, César. “Debido proceso y tutela jurisdiccional”. En: *Pensamiento Constitucional*. Lima, número 8, 2001.
- Arroyo Zapatero, Luis. *Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal*. Octava Edición. Madrid.
- Ávila Figallo, et al. *Guía sobre la aplicación del Principio-Derecho del Debido Proceso en los Procedimientos administrativos*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Perú, 2013, en: <http://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2013/09/Gu%C3%ADa-del-debido-proceso-MINJUS.pdf> (Acceso el: 14-04-2015).
- Berenguer Fuster, Luis. *La Nueva Legislación Española ante la evolución del Derecho de la Competencia*. Colección Derecho. Marcial Pons. Madrid: 2010.
- Burgbacher, H.G. *Problemas del Derecho Comunitario y alemán de defensa de la competencia*. ICE. Alemania: 1987.
- Carmona, Miguel. *Prueba de la infracción administrativa y derecho fundamental de inocencia*, en: [www.dialnet-pruebadelainfracciónadministrativayderechofundamentaldeinocencia-2531910.pdf](http://www.dialnet-pruebadelainfracciónadministrativayderechofundamentaldeinocencia-2531910.pdf). (acceso: 20/10/2015)
- Cassagne, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*, Sexta edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.
- Cases Pallares, Lluís. *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*. La Defensa de la Competencia como instrumento de acción. Marcial Pons. Madrid: 1995.
- Cortez Tataje, Juan Carlos. “El debido procedimiento administrativo y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En: *Gaceta Constitucional*. Lima, número 52, 2012.
- Domínguez Vila, Antonio. *Constitución y Derecho Sancionador Administrativo*. Marcial Pons. Gobierno de Canarias. Madrid, 1997.
- Escola, Héctor. *Compendio de Derecho Administrativo. Tomo I*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Desalma. 1984.

- Fortas, Abe. *Portents for New Antitrust Policy*. Northwestern Universidad de New York. 1964.
- García De Enterría, Eduardo y Ramón Fernández, Tomás, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Ed. Temis, Bogotá, 2008.
- Garberi, José. *Derecho Administrativo Sancionador Práctico*. Volumen I.
- García, William. *Manual de la Libre Competencia*. Tomo I. Chile: Punto Lex, 2010.
- García De Enterría, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid.
- Gargarella, Roberto. “*Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*”. Tomo I, Democracia, Abeledo Perrot. Buenos Aires. p. 287
- González Pérez, Jesús. “*Garantías frente a la potestad sancionadora de la administración*” <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/217/35.pdf>. (Acceso: 13/12/2015) p 3.
- Gonzales Navarro, Francisco. *La Regulación de los procedimientos administrativos en la Ley de Defensa de la Competencia*. RJN. Madrid: 1990.
- Huerta Guerrero, Luis. “*El debido proceso en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”. Lima: Comisión Andina de Juristas, 2003.
- Hylton, K. *Antitrust Law: Economic Theory and Common Law Evolution*, ed. Cambridge University Press, 2003
- Laborda, Martín y Robles, Antonio. *Libre competencia y competencia desleal*. Ed. La Ley, Madrid, 2001
- Moreno Molina. “*Aspectos institucionales de la defensa de la competencia*”, en *Derecho Europeo de la Competencia*, Calvo Caravaca, Alfonso Luis et al. Editorial Constitución y Leyes, S. A., Madrid, 2000.
- Nieto, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. Cuarta Edición. Madrid: Tecnos, 2011.
- Ortiz Baquero S. Ingrid & Solano Osorio, Diego. “*La aplicación pública de las normas de libre competencia en la Comunidad Andina y sus países integrantes*”. Universitas, p. 311-348 (2016). <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj132.apnl>

- Padilla, Jorge y Zoido, Elena. *El papel disuasorio de las sanciones: una reflexión motivada por las nuevas directrices comunitarias. Remedios y sanciones en el derecho de la competencia*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2008.
- Reich, Norbert. *Mercado y derecho. Teoría y praxis del derecho económico en la República Federal Alemana*. Ariel, España: 1985.
- Rodríguez, Betancor. considera que la independencia respecto al Gobierno es relativa: “*Las Administraciones Independientes. Los entes independientes reguladores de los mercados y protección de los derechos*” en “*La Administración pública española*”, ed. INAP, Madrid, 2002.
- Salvador Martínez. *Las Autoridades Independientes*. ed. Ariel, Barcelona, 2002
- Seplaki, L. *Antitrust and the Economics of the Market: text, readings, cases*, ed. Harcourt Brace Jovanovich, Inc., New York, 1982.
- United States Department of Labor. “*Office of Administrative Law Judges. Overview*”. <http://www.oalj.dol.gov/ALJMISSN.HTM>. (Acceso: el 12 de Julio de 2016).
- Vila, Carmen. “*Derecho Administrativo Económico*”. Ciencias económicas y empresariales. Universidad Nacional de Educación a Distancia. GETAFE: Madrid, 1997.