

Unclassified

Spanish - Or. English

6 September 2022

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

Cancels & replaces the same document of 6 September 2022

**LATIN AMERICAN AND CARIBBEAN COMPETITION FORUM (Spanish version) FORO
LATINOAMERICANO Y DEL CARIBE DE COMPETENCIA - Sesión I: Reforzando los
incentivos para los acuerdos de clemencia**

- Contribución de Ecuador -

27 y 28 de septiembre de 2022

Se hace circular el documento adjunto elaborado por Ecuador PARA SU DEBATE en la Sesión I del Foro Latinoamericano y Del Caribe de Competencia que se llevará a cabo los días 27-28 de septiembre de 2022, en Río de Janeiro, Brasil.

Sra. Lynn Robertson, Experto en Competencia - Lynn.Robertson@oecd.org.
Sr. Alden Caribé de Sousa, CADE - alden.sousa@cade.gov.br and international@cade.gov.br.

JT03501882

Sesión I: Reforzando los incentivos para los acuerdos de clemencia

Programa de exención de la multa (delación) en Ecuador

- Contribución de Ecuador¹ -

Introducción

1. El programa de exención o reducción del importe de la multa, o, simplemente, delación como se denomina en el régimen de competencia de Ecuador, es una de las principales herramientas en la lucha contra los acuerdos colusorios,² especialmente, los cárteles, y otorga la posibilidad a los operadores económicos (empresas) infractores de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), de proporcionar información y pruebas relevantes a la autoridad de competencia sobre la infracción, a cambio de una inmunidad total o una reducción gradual de las multas económicas que de ser el caso, les serían impuestas.³

2. Si bien desde el ámbito legal, esta figura se encuentra plenamente reconocida, en la práctica del régimen de competencia ecuatoriano, es poco aplicada por los operadores económicos que han sido parte de un acuerdo colusorio; decidiendo no aportar con información o pruebas a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM), autoridad nacional de competencia⁴.

3. Como precedente de la aplicación del programa de delación, existe el caso del operador económico Kimberly Clark (Kimberly) en el cual, la SCPM en periodo de octubre de 2016, sin autorización del operador, desclasificó y utilizó la información confidencial otorgada, para abrir nuevas investigaciones; asimismo, envió dicha documentación a la Comunidad Andina de Naciones (CAN), para su conocimiento y de ser el caso, sancionar un cártel regional.

¹ This contribution was prepared by Camilo Sánchez Maila, Nicole Leines Artieda, María Alejandra Eguez and Patricio Pozo Vintimilla. The opinions contained in the present article are of exclusive responsibility of the authors and do not represent the vision or a statement of the Superintendency for Market Power Control.

² Beneyto José y Maillo Jerónimo. *Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España*. 2017. p. 245. “Bajo la voz «acuerdos» se engloba todo tipo de concursos de voluntad entre concretas empresas u operadores económicos, cualquiera que sea la forma en que se manifiesten y el modo en que se han producido”.

³ Wils, Wouter. “Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice”. *Conference on New Political Economy Frontiers of EC Antitrust Enforcement: The More Economic Approach*. 2006. p. 3.

⁴ OCDE. *Examen Inter pares de la OCDE y el BID sobre el Derecho y Política de Competencia Ecuador*. 2021. p. 89.

4. Finalmente, cabe hacer énfasis que el fin en sí mismo de la delación es generar un efecto disuasivo, para evitar la formación de nuevos acuerdos colusorios y la desarticulación de los esquemas colusorios ya existentes. Por lo cual en el presente artículo, la primera parte, aborda la experiencia de Ecuador en la aplicación del programa de delación; la segunda parte explica su naturaleza y alcance en Ecuador, sus disposiciones jurídicas y parámetros de evaluación; y, finalmente, la tercera parte explica como la SCPM en los últimos años ha trabajado en la lucha contra los acuerdos colusorios con el fin de crear un entorno más favorable para que los operadores utilicen el programa de delación.

1. El programa de delación en Ecuador, reconstruyendo sus pilares

5. Un programa de delación puede influir en el comportamiento de las empresas en la formación del cártel, durante su operación e incluso posterior a su terminación,⁵ a través de dos efectos que se refuerzan mutuamente: acusación y preferencia. Por un lado, el *efecto de acusación* captura el incentivo para solicitar clemencia debido a la preocupación de que la autoridad de competencia detecte el cártel e imponga sanciones completas, y por otro lado, el *efecto de preferencia* captura el incentivo para presentar una solicitud antes de que lo haga otro miembro del cártel⁶.

6. Para que los efectos mencionados anteriormente se lleven a cabo y un programa de delación sea efectivo dentro de una jurisdicción, la autoridad encargada de las investigaciones, debe contar con un amplio historial de detección de cárteles⁷, imponer fuertes multas económicas⁸, así como, garantizar y proteger las pruebas, información e identidad de los “colaboradores”⁹.

7. Al respecto, es pertinente contextualizar la experiencia de la autoridad de competencia ecuatoriana, respecto de las solicitudes de un programa de delación. Conforme la OCDE¹⁰, la protección de la confidencialidad sobre la delación, es una de las piedras angulares para que el programa funcione dentro de un país, elemento que en el Ecuador ha sido cuestionada.

8. Hasta inicios de julio de 2022, han existido dos casos de delación¹¹, presentados en el año 2016 por las compañías Kimberly Clark y Martec¹². Para efectos del presente documento únicamente nos referiremos al caso Kimberly Clark, en el cual la autoridad, vulneró la confidencialidad de la identidad e información entregada por el operador, lo que

⁵ Harrington, Joseph. “*The theory of collusion and competition policy*”. MIT Press. 2017. p. 82.

⁶ *Ibidem*. p. 104.

⁷ OECD. *Challenges and Co-Ordination of Leniency Programmes. Background Note*. 2018. p. 7.

⁸ *Ibidem*. p. 6.

⁹ ICN. *Development of Private Enforcement of Competition Law in ICN Jurisdictions*. 2019. p. 4.

¹⁰ OCDE. Mesa redonda sobre retos y coordinación en programas de clemencia. 2019. p. 2.

¹¹ Kimberly Clark, presentó un programa de delación el 29 de marzo de 2016, misma que fue rechazada por presentar documentación y pruebas referentes a hechos previos a la expedición de la LORCPM.

¹² Martec Cia. Ltda., en abril de 2016, presentó una solicitud de exención y reducción del importe de la multa, misma que fue aceptada por la autoridad. Por la cual, el operador terminó cancelando la mitad de la multa impuesta por la SCPM, por la comisión de la conducta establecida en el artículo 11 numeral 6 de la LORCPM.

provocó que, se reduzca la posibilidad de que el programa de delación se consolide en el país. A continuación se expone un breve relato de los hechos.

9. Kimberly en el año 2014, sin que exista un expediente investigativo, presentó una solicitud de delación ante la SCPM, entregando pruebas de la existencia de un cártel con la finalidad de ser exento de la imposición de una multa.

10. La violación a la confidencialidad con Kimberly, se vio efectuada por cuanto la SCPM, el 14 de octubre de 2016 desclasificó sin autorización y sin notificación del operador delator, las pruebas entregadas para utilizarla de dos maneras: **i)** utilizó la información para abrir tres nuevas investigaciones;¹³ y, **ii)** remitió el 20 de octubre de 2016 la información a la CAN¹⁴, para el inicio de una investigación por la presunta existencia de un cártel transfronterizo.

11. Ante la actuación de la SCPM, el delator presentó los recursos legales pertinentes ante la SCPM, mismos que fueron rechazados, para, posteriormente, presentarlos en sede judicial, alegando una vulneración a sus derechos.

12. El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 2 con sede en Guayaquil, fue el encargado de conocer la demanda de plena jurisdicción, presentada por Kimberly en contra de la SCPM, por la desclasificación de la información otorgada en el programa de delación a través de la resolución No. SCPM-IG-DES-001-2016 de 14 de octubre de 2016.

13. Desarrollado el proceso judicial, el Tribunal en sentencia de 19 de septiembre de 2018¹⁵, decidió declarar la ilegalidad y nulidad de la Resolución No. SCPM-DES-001-2016 de 14 de octubre de 2016, por cuanto, no se encontraba motivada, no cumplía con el debido proceso, derecho a la defensa y seguridad jurídica, así como transgredía las normas vigentes a la época.

14. La SCPM en el año 2016, con las pruebas recibidas cometió errores tanto en el tratamiento de la información, así como en la protección del operador delator, es decir, vulneró uno de los pilares fundamentales para que un programa de delación tenga éxito: la confidencialidad¹⁶.

15. En definitiva, el caso Kimberly, es una muestra de los errores que no deben ser cometidos por las entidades de competencia, si lo que se busca es que, los operadores miembros de un acuerdo colusorio delaten a los demás integrantes del mismo y con ello aumentar la efectividad en las investigaciones de conductas colusorias.

¹³ Proceso judicial No. 09802-2017-00197. Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo Nro. 2 de Guayaquil, de 19 de septiembre de 2018. Todas las investigaciones abiertas, con posterioridad a la desclasificación de la información confidencial otorgada por Kimberly, fueron archivadas por la SCPM.

¹⁴ Id.

¹⁵ La sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo Nro.2 de Guayaquil, no influyó en la investigación llevada a cabo por la CAN y su posterior sanción a los involucrados, por cuanto únicamente tuvo efectos dentro del territorio nacional.

¹⁶ OCDE. *Exámen Inter pares de la OCDE y el BID sobre el Derecho y Política de Competencia Ecuador*. pp. 109, 110.

2. Naturaleza y alcance del programa de delación en Ecuador

16. Ahora bien, es pertinente explicar por una parte la manera en la que funciona el programa de delación en Ecuador, conforme la LORCPM y el Instructivo vigente, y por otro lado, las dificultades que han existido para que el mismo sea plenamente efectivo.

17. El programa de delación se encuentra contenido en los artículos 83 y 84 de la LORCPM, en los cuales se han establecido los lineamientos para que un operador económico delator pueda beneficiarse ya sea de la exención o de la reducción de la multa, por el cometimiento de una infracción al artículo 11 de la LORCPM¹⁷, indistintamente si el acuerdo colusorio es horizontal o vertical.¹⁸

18. Dentro de los requisitos (acumulativos) establecidos por la LORCPM, para acceder al programa de delación se encuentran: **i)** cooperar plenamente con la autoridad; **ii)** poner fin a su participación en la infracción; **iii)** no haber destruido elementos de prueba relacionados con la solicitud; **iv)** no haber obligado a otros operadores a participar de la infracción; y, **v)** facilitar elementos de prueba para la comprobación de la existencia del acuerdo colusorio¹⁹.

19. En 2019, la SCPM con el afán de brindar seguridad jurídica al programa de delación procedió a emitir el nuevo “Instructivo para el otorgamiento de beneficios de exención o reducción del importe de la multa” (Instructivo), en cual se estipula el procedimiento para aceptar o rechazar la solicitud de delación, y donde también prohíbe que, la documentación y/o pruebas entregadas en este programa, puedan ser usadas en un expediente investigativo o remitidas a un organismo internacional, sin que medie una autorización previa, por parte del delator²⁰.

20. En primer momento, para acogerse a un programa de delación el operador económico, interesado en beneficiarse de una exención o reducción de la multa, debe presentar su solicitud ante la SCPM de forma verbal o escrita. Recibida la solicitud, se le otorgará un número de marcador²¹, y el órgano de investigación procede a la apertura de un expediente confidencial, donde se incorporan todos los elementos de prueba aportados por el solicitante. Posterior a su revisión, se procede a suscribir el acuerdo de colaboración entre la SCPM y el solicitante. Y, finalmente, el órgano de resolución, deberá pronunciarse

¹⁷ “Art. 11.- Acuerdos y prácticas prohibidas.- Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, y en general todos los actos o conductas realizados por dos o más operadores económicos, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general”. LORCPM. Registro Oficial 555 de 13 de octubre de 2011, reformada el 25 de febrero de 2022.

¹⁸ Sobre el tratamiento jurídico de los acuerdos colusorios en Ecuador. Véase: SCPM. Guía para la investigación de acuerdos y prácticas restrictivas. 2021. pp. 9 – 21.

¹⁹ LORCPM. Artículos 83 y 84.

²⁰ Instructivo para el otorgamiento de beneficios de exención o reducción del importe de la multa de la SCPM. Registro Oficial No. 52 de 02 de octubre de 2019. Artículos 3, 12 y 16.

²¹ El “marcador” es el orden cronológico de presentación de la solicitud de acceso al programa de delación, y determina el puesto que ocupa el operador sea para recibir una exención o reducción del importe de la multa.

respecto de la exención o reducción del importe de la multa al delator, previo informe del órgano de investigación.

21. Por consiguiente, el fin del programa es generar un efecto disuasorio, al desincentivar la formación de prácticas colusorias y por otro desestabilizar, el equilibrio en el que se encuentran funcionando los miembros del cártel, a través del quebrantamiento de las lealtades de sus integrantes²². Sin embargo y, a pesar de las mejoras normativas, aún queda la deuda pendiente de instaurar mayores beneficios en favor de los operadores delatores, por ejemplo, para el primer operador que, busque ser parte de un programa de delación sin que haya iniciado un expediente investigativo en su contra, y aporte con la suficiente prueba sobre la existencia de un acuerdo colusorio, pueda ser beneficiado de manera directa (automática) de la exención de una multa, este incentivo podría coadyuvar a la presentación de un mayor número de solicitudes, pero para ello es necesario reformar el artículo 83 de la LORCPM²³, y subsecuentemente el Instructivo²⁴.

3. La lucha contra los acuerdos colusorios

22. En este punto, es pertinente dividir en dos momentos la existencia del programa de delación en Ecuador, la primera parte desde el 13 de octubre de 2011, fecha en que se expide la LORCPM, hasta septiembre de 2019, y la segunda, desde el 02 octubre de 2019 fecha en la cual se expide el nuevo Instructivo para el otorgamiento de beneficios de exención o reducción del importe de la multa que se encuentra vigente, al implementarse reformas sustanciales para fortalecer el programa en la búsqueda de fortalecer la capacidad de detección de acuerdos.

23. En estos dos momentos de la existencia del programa, cabe contextualizar el número de casos sancionados con sus respectivos montos, para posteriormente dilucidar el número de solicitudes de delación requeridas por los operadores investigados.

24. Desde el 13 de octubre de 2011 hasta septiembre de 2019, se han sancionado un total de tres casos de acuerdos colusorios con un monto total de imposición de multas económicas por un valor de USD 609.631,98²⁵.

25. Durante los ocho primeros años, de la existencia de la SCPM, ha existido una baja capacidad de detección y sanción a los acuerdos colusorios existentes en el Ecuador, lo que implica que una de las características esenciales para que un programa de delación sea exitoso no se haya cumplido.

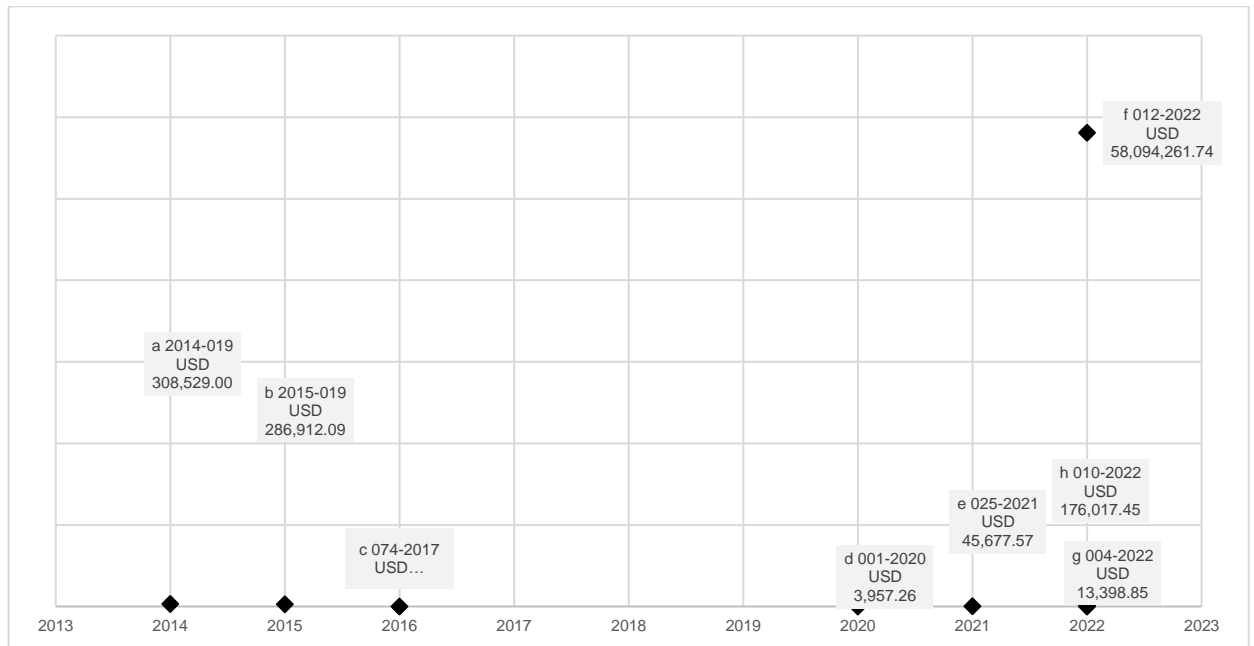
26. En contraste, desde octubre de 2019 fecha en la cual se implementó el nuevo Instructivo de delación hasta inicios de julio de 2022, han existido cinco casos sancionados con un monto total de imposición de multas de USD 58.333.312,87.

²² Gómez, Carolina. “Lo incierto de los programas de beneficios por colaboración”. *Dikaion* 30. 2021. p. 35.

²³ Conforme los artículos 120 numeral 6, 132 y 133 de la Constitución de la República del Ecuador, la reforma de leyes orgánicas, corresponde de forma exclusiva a la Asamblea Nacional del Ecuador.

²⁴ Véase: Motta, Massimo. *Política de Competencia. Teoría y Práctica*. CFE. 2018. pp. 240 - 244.

²⁵ Del total de 3 casos sancionados, aún 2 casos tienen pendientes recursos judiciales por resolverse, por lo cual no existe la certeza de la imposición final de las multas, y por tanto el monto podría variar a futuro. Los montos reportados se encuentran sustentados en el Memorando SCPM-INAF-DNF-2022-296 de 13 de mayo de 2022, y reporte.

Gráfico 1. Sanciones durante 2011-2022ⁱ

Note:

a Expediente SCPM-CRPI-2014-019; b Expediente SCPM-CRPI-2015-019; c Expediente SCPM-CRPI-074-2017; d Expediente SCPM-CRPI-001-2020; e Expediente SCPM-CRPI-025-2021, f Expediente SCPM-CRPI-012-2022, g Expediente SCPM-CRPI-004-2022, h Expediente SCPM-CRPI-010-2022.

i Las multas señaladas corresponden a los expedientes sancionados por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, en virtud de las investigaciones efectuadas por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Acuerdos y Prácticas Restrictivas.

27. En los últimos tres años, se ha incrementado la detección de acuerdos colusorios, así como aumentaron exponencialmente la imposición de sanciones económicas a los operadores infractores de la LORCPM, acorde a la gravedad que suponen los acuerdos por objeto, mediante lo cual, se busca que en los próximos años las solicitudes de delación se incrementen y con ello lograr, que los operadores económicos que hayan o estén cometiendo un acuerdo colusorio, puedan ser oportunamente detectados y sancionados por la SCPM.

4. Conclusiones

28. El programa de delación en Ecuador se encuentra en un proceso de fortalecimiento como una herramienta óptima para la detección de cárteles, en 10 años de existencia de la autoridad de competencia²⁶, ha aceptado dos solicitudes de acceso y beneficio del mismo.

29. El caso Kimberly, provocó que los operadores económicos que quieran delatar la existencia de un acuerdo colusorio, no cuenten con los incentivos necesarios para hacerlo, por cuanto, no tienen garantías sobre el uso que se le llegue a dar a las pruebas e información otorgada.

²⁶ Conforme la resolución No. 002-197-CPCCS-2012, de 31 de julio de 2012, el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, designó al primer Superintendente de Control del Poder de Mercado, con lo cual la autoridad de competencia inició sus funciones.

30. Para que un programa de delación tenga éxito, debe contar con un amplio historial de detección de acuerdos colusorios, imposición de fuertes multas económicas, así como garantizar y proteger las pruebas e información otorgadas por los delatores, estas características han sido incumplidas en el régimen de competencia de Ecuador, producto de ello es el resultado, de contar solo con dos solicitudes de delación, de las cuales el caso Kimberly, derivó en la vulneración de los derechos del solicitante conforme lo determinó el juez competente.

31. Con la expedición del nuevo Instructivo, se ha buscado fortalecer las siguientes aristas: **i)** claridad en las cinco fases que tiene el programa; **ii)** respeto del lugar en la presentación de la solicitud, con la vigencia de marcadores; y, **iii)** mayor protección a la confidencialidad de la información. Con lo que se busca generar confianza a los operadores económicos que forman parte de un acuerdo colusorio, y puedan beneficiarse de la exención de la multa, con la certeza de que la información será plenamente protegida y que sus pruebas no serán usadas en su contra.

32. Desde el 2019 hasta inicios de julio de 2022, las multas impuestas a los operadores económicos infractores, se han incrementado sustancialmente, con lo cual se espera que con el paso del tiempo exista un mayor número de solicitudes de delación, lo que permitiría agilizar las investigaciones, así como detectar y desarticular los acuerdos colusorios que existan en el país.

33. En definitiva, desde 2019 hasta inicios de julio de 2022, se han detectado y sancionado cinco casos de acuerdos colusorios, en consecuencia, en dos años y medio, se han detectado y sancionado más casos de los que fueron detectados en ocho años, y existe una diferencia sustancial en los montos de las multas impuestas. Por lo cual, estos resultados en los que ha trabajado la SCPM en los últimos años, permite crear un entorno para que los operadores económicos, logren prever que, la SCPM ha incrementado su capacidad de detección de acuerdos, así como la imposición de sanciones económicas, suficientemente capaces de afectar los réditos económicos obtenidos tras cometer un acuerdo colusorio, lo que permitirá incentivar a los infractores a acercarse a la Autoridad y acogerse al programa de delación.

34. A modo de cierre, se requiere una reforma al artículo 83 y 84 de la LORCPM y subsecuentemente del Instructivo,²⁷ que pueda generar mayores incentivos para la presentación de programas de delación, para el primer operador económico, en presentar pruebas de la existencia de un acuerdo colusorio no detectado, lo que beneficiaría tanto a la SCPM, para sancionar dichas conductas, así como, al delator de favorecerse de manera inmediata de la exención de la multa económica, por la conducta cometida.

²⁷ Es recomendable efectuar un cambio en la denominación del programa de delación, por una acepción más amigable para los operadores económicos que deseen aplicar al programa, v. gr. “Programa de colaboración”.