



INSPECCIONES: ¿UNA HERRAMIENTA EN DESUSO EN ECUADOR?

Camila Sánchez S.

Inspecciones: ¿Una herramienta en desuso en Ecuador?

Noviembre 2023



Camila Sánchez S.

Abogada por la Universidad San Francisco de Quito y especialista en derecho de la competencia europeo y español por el Instituto de Estudios Bursátiles de Madrid.

Abstract: Las inspecciones son una de las herramientas de investigación más poderosas y eficaces para la aplicación de la normativa de competencia a nivel mundial. A pesar de ello, el uso de las inspecciones ha sido infrecuente por parte de la autoridad de competencia ecuatoriana. Tres motivos podrían explicar su desuso: el presupuesto bajo asignado a la autoridad en comparación con estándares internacionales, la inadecuada asignación de recursos humanos, y el desconocimiento de los jueces para preservar la efectividad de las inspecciones y allanamientos.

I. INTRODUCCIÓN

Las inspecciones¹ son una de las herramientas de investigación más poderosas y eficaces para la aplicación de la normativa de competencia a nivel mundial. Esta herramienta, que consiste en la entrada repentina en las sedes de las empresas² confiere a las autoridades de competencia la facultad de verificar si las empresas, empleados o directivos han cometido infracciones de competencia. A diferencia de otras herramientas de investigación, como los requerimientos de información, las inspecciones sorpresa son considerablemente más invasivas y eficaces. En muchos casos, son el único medio para obtener pruebas valiosas para investigar y sancionar conductas anticompetitivas, como los cárteles³. El propósito de este artículo es proporcionar una visión general del régimen jurídico aplicable a las inspecciones administrativas bajo la normativa de competencia ecuatoriana [II], analizar las razones de su falta de uso en Ecuador [III] y comparar su aplicación con otras jurisdicciones [IV].

II. INSPECCIONES Y ALLANAMIENTOS BAJO LA NORMATIVA DE COMPETENCIA ECUATORIANA

Dentro de las amplias atribuciones que la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado ("LORCPM") concede a la Superintendencia de Competencia Económica ("SCE"), está la facultad inspectora. Según el artículo 38 de la LORCPM, la SCE podrá *"realizar inspecciones, formular preguntas y requerir cualquier información que estime pertinente a la investigación"* y *"acceder a los lugares objeto de inspección con el consentimiento de los ocupantes o mediante orden judicial cuando se trate del domicilio de una persona natural, la que será solicitada ante el juez competente (...)"*⁴.

En el marco de las inspecciones, y de acuerdo con el artículo 49 de la LORCPM, la SCE puede revisar todos los documentos internos de una empresa sin que los directivos o empleados puedan aducir reserva de ninguna

1 Para más información, ver glosario CeCo "medidas intrusivas". <https://centrocompetencia.com/medidas-intrusivas/>.

2 En algunas jurisdicciones, las autoridades de competencia también tienen la facultad de realizar inspecciones fuera de estas sedes, como los domicilios particulares de los directivos.

3 Para más información, ver glosario CeCo "colusión". <https://centrocompetencia.com/colusion/>.

4 Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 38. Registro Oficial Suplemento 555 de 13 de octubre de 2011.

naturaleza -salvo por el privilegio abogado-cliente que se fundamenta sobre la base del derecho contra la autoincriminación-. Por ejemplo, la SCE puede solicitar *“todos los valores, libros, comprobantes de contabilidad, correspondencia, registros magnéticos o informáticos, incluyendo sus medios de lectura, y cualquier otro documento relacionado con la conducta investigada”*⁵. La SCE también está facultada para receptor declaraciones voluntarias de las personas que se encuentran en los locales de las empresas. Además, resulta relevante destacar que la SCE puede realizar inspecciones en los establecimientos, locales o inmuebles de personas jurídicas, pero también de personas naturales. Así, la SCE está facultada para inspeccionar, por ejemplo, el domicilio personal del representante legal de la empresa o de cualquier de sus empleados previa obtención de una autorización judicial.

En la inspección, los funcionarios de la SCE están facultados a obtener copias o extractos, en cualquier formato de cualquier documento o información que estime pertinente para su investigación y está facultada para realizar el descerrajamiento en caso de que los locales o establecimientos estuviesen cerrados, previa obtención de una autorización judicial. En diciembre de 2021 entró en vigor el nuevo [Instructivo para la realización de inspecciones y allanamientos y mantenimiento de la cadena de custodia de la SCE](#)⁶ (“Instructivo”). El Instructivo, que reformó integralmente el adoptado por la antigua Superintendencia de Control del Poder de Mercado (“SCPM”)⁷ en 2016, tiene por objeto establecer los lineamientos para la ejecución de inspecciones por parte de la autoridad de competencia.

En el Instructivo, la SCE divide las inspecciones en dos categorías: inspecciones y allanamientos. Primero, las inspecciones administrativas son realizadas en edificios públicos o privados después de que sus propietarios han consentido de manera voluntaria el acceso a los funcionarios de la SCE con *“la finalidad de examinar documentos, información y bienes relacionados con las conductas investigadas”*⁸. Las inspecciones se realizan sin orden judicial siempre y cuando no se trate del domicilio de una persona natural.

Ahora bien, un aspecto fundamental del artículo 3 del Instructivo -y de la LORCPM- es su mención de que las inspecciones pueden llevarse a cabo *“con o sin previo aviso a los operadores”*. Aunque exploraremos este tema en detalle en la sección III de este artículo, es importante resaltar que, en otras jurisdicciones, la efectividad de las inspecciones para las autoridades de competencia reside en la sorpresa que generan al ser inesperadas⁹. En todo caso, durante la inspección, los funcionarios de la SCE están en la obligación de informar a los inspeccionados de la:

- Naturaleza y alcance de la inspección;
- Identidad de los funcionarios autorizados para realizar la inspección;
- Posibilidad para incluir observaciones en el acta de inspección que se levanta al cabo de la diligencia, así como la opción de presentar documentos o argumentos con posterioridad; y,
- Contar con la presencia de un abogado durante la inspección, sin que ello implique la interrupción del inicio y/o desarrollo de la inspección.

5 LORCPM. Artículo 49.1.

6 Resolución No. SCPM-DS-202132. Instructivo para la realización de inspecciones y allanamientos y mantenimiento de la cadena de custodia de la SCE. 11 de noviembre de 2021.

7 El nombre oficial de la autoridad de competencia ecuatoriana fue modificado a través de la Ley Orgánica Reformatoria de Diversos Cuerpos Legales, para el fortalecimiento, protección, impulso y promoción de las organizaciones de la economía popular y solidaria, artesanos, pequeños productores, microempresas y emprendimientos. Registro Oficial Suplemento 311 de 16 de mayo de 2023.

8 Resolución No. SCPM-DS-202132. Instructivo para la realización de inspecciones y allanamientos y mantenimiento de la cadena de custodia de la SCE. Artículo 3.

9 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). Foro Latinoamericano de Competencia. Sesión III: Visitas de inspecciones sin previo aviso en investigaciones de conductas anticompetitivas. [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF\(2013\)2/Es/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF(2013)2/Es/pdf).

En virtud de que la inspección se puede realizar únicamente si los operadores económicos han dado su consentimiento, en caso de que los representantes legales o sus empleados se nieguen a permitir la diligencia, los funcionarios de la SCE se abstendrán de realizarla. Sin embargo, el artículo 81(d) y 78(f)(h) de la LORCPM es claro en señalar que la falta de colaboración u obstrucción con la labor inspectora acarrea una sanción leve al constituir una infracción bajo la normativa de competencia ecuatoriana. Así, en caso de negarse a colaborar con la autoridad u obstruir la inspección, las empresas pueden enfrentar una multa de hasta el 8% del volumen de negocios total de la empresa en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.

Segundo, se encuentran los allanamientos administrativos que consisten en el ingreso de los funcionarios de la SCE a los establecimientos o locales comerciales de las empresas *"a fin de recabar evidencia relacionada con la conducta investigada o, cuando el órgano de investigación tuviere conocimiento o presumiere que la evidencia pudiere ser alterada, desaparecida o destruida por sus poseedores"*¹⁰. Para la ejecución del allanamiento, la SCE debe contar necesariamente con una autorización judicial.

A diferencia del supuesto anterior, la definición otorgada por la SCE a los allanamientos establece un estándar más riguroso que debe cumplir la autoridad para llevarlos a cabo. Esto se debe al derecho a la inviolabilidad del domicilio reconocido en la Constitución, que garantiza que no se podrá ingresar en el domicilio de una persona, ni realizar inspecciones sin su autorización o sin orden judicial. De ahí que el artículo 12 del Instructivo imponga a la SCE la obligación de realizar allanamientos, considerando lo siguiente:

- Realizar una investigación o indagación mínima previa, en la que se determinen presunciones fundadas o razonables para realizar los allanamientos;
- Motivar la necesidad de realizar un allanamiento; y,
- Solicitar autorización judicial.

III. RAZONES DE LA FALTA DE APLICACIÓN EN ECUADOR

Si bien la SCE ha realizado esfuerzos para mantener el Instructivo de inspecciones y allanamientos actualizado, la práctica demuestra que la autoridad de competencia ecuatoriana ha utilizado este instrumento de manera infrecuente para investigar conductas anticompetitivas. Esto es especialmente perjudicial para la investigación y sanción de conductas que tienen un impacto significativo en el mercado y afectan el bienestar general, como las prácticas restrictivas.

Según el [examen entre pares del régimen de competencia ecuatoriano](#) preparado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID)¹¹ ("Reporte"), en el periodo entre 2014 y 2019, se llevaron a cabo 20 allanamientos. Desafortunadamente, de la información pública disponible reportada por la SCE, especialmente en sus informes de gestión, no hay información o datos sobre el número de inspecciones y/o allanamientos ejecutados en los últimos años de actividad de la SCE. Asimismo, las versiones no confidenciales de las resoluciones publicadas por la autoridad tampoco revelan si es que se han ejecutado inspecciones o allanamientos en el contexto de sus investigaciones. Por ejemplo, en el expediente SCPM-CRPI-025-2021¹², oficiales de la SCE han confirmado en

10 Resolución No. SCPM-DS-202132. Instructivo para la realización de inspecciones y allanamientos y mantenimiento de la cadena de custodia de la SCE. Artículo 11.

11 OCDE (2021) Exámenes inter-pares de la OCDE y el BID sobre el derecho y política de competencia: Ecuador. <http://www.oecd.org/daf/competition/exámenes-inter-pares-ocde-bid-derecho-y-política-de-competencia-ecuador-2021.htm>

12 Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Comisión de Resolución de Primera Instancia. Expediente No. SCPM-CRPI-025-2021.

conversaciones informales que se llevaron a cabo allanamientos a las empresas investigadas. Sin embargo, el texto de la resolución no señala que se ejecutó un allanamiento. Esto resalta, una vez más, la imperante necesidad de transparencia y predictibilidad de la SCE en su gestión.

Según el Reporte, *“el sitio de internet de la SCPM contiene sólo un pequeño número de las decisiones totales de la agencia, a pesar de contar con la obligación legal de publicarlos”. Además, “incluso cuando una decisión se publica, es posible que haga declaraciones generales pero que no proporcione información específica que respalde los hallazgos, o sólo hace referencia a documentos internos no divulgados”*. En este caso, estamos en el segundo supuesto, en el que, si bien el extracto no confidencial de la resolución es público, no consta en los antecedentes del caso cuáles fueron las diligencias ejecutadas por la autoridad en el marco de la investigación.

El artículo 9 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública¹³ establece como obligación para los organismos y entidades que conforman el sector público que *“deberán promover, garantizar, transparentar y proteger el derecho de acceso a la información pública, permitir su acceso y proteger los datos reservados, confidenciales y personales que estén bajo su poder (...)”*. A este respecto, el artículo 23 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública señala que las Superintendencias y todo organismo de control deben publicar *“el texto íntegro de las resoluciones ejecutoriadas, así como sus informes producidos en todas sus jurisdicciones”*. En todo caso, las causas que parecen estar conduciendo a las inspecciones en una herramienta en desuso en Ecuador pueden resumirse en tres factores: el presupuesto bajo asignado a la SCE en comparación con estándares internacionales [1], la inadecuada asignación de recursos humanos [2] y el desconocimiento de los jueces para preservar la efectividad de las inspecciones y allanamientos [3].

1. Presupuesto bajo asignado a la SCE en comparación con estándares internacionales

Según el Reporte, el presupuesto de la SCE es relativamente bajo de acuerdo con los estándares internacionales. De hecho, desde el 2014 el presupuesto se ha reducido continuamente por dos motivos. El primero, por la política de austeridad gubernamental, que se traduce en la falta de importancia o prioridad que han dado los gobiernos de turno a la gestión de la SCE. Segundo, como parte de los recortes horizontales solicitados a las entidades del sector público, casi todos los años desde la creación de la SCPM, el presupuesto se ha reducido durante el año fiscal. Es decir, el presupuesto de la SCE tiene dos recortes durante el año.

Según la [proforma del Presupuesto General del Estado correspondiente al ejercicio económico 2022](#)¹⁴ y el [informe de gestión de la SCE](#), el presupuesto asignado a la SCE fue de alrededor de 5 millones de dólares. Esta asignación presupuestaria es notablemente inferior en comparación con otras superintendencias del país. Por ejemplo, la Superintendencia de Bancos recibió un presupuesto cercano a 19 millones de dólares, la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros contó con aproximadamente 28 millones de dólares, e incluso el presupuesto asignado a la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria superó al de la SCE al ser de alrededor 14 millones de dólares. En contraste, a nivel regional, y según el [estudio de tendencias en materia de competencia preparado por la OECD para 2022](#)¹⁵, el [presupuesto nominal medio \(media y mediana\) por agencia para el periodo 2015 a 2020](#) fue el siguiente:

Resolución de 17 de diciembre de 2021. <https://www.sce.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2022/03/Resolucio%CC%81n-17-12-2021-EXP-SCPM-CRPI-025-2021-Versio%CC%81n-no-confidencial.pdf>.

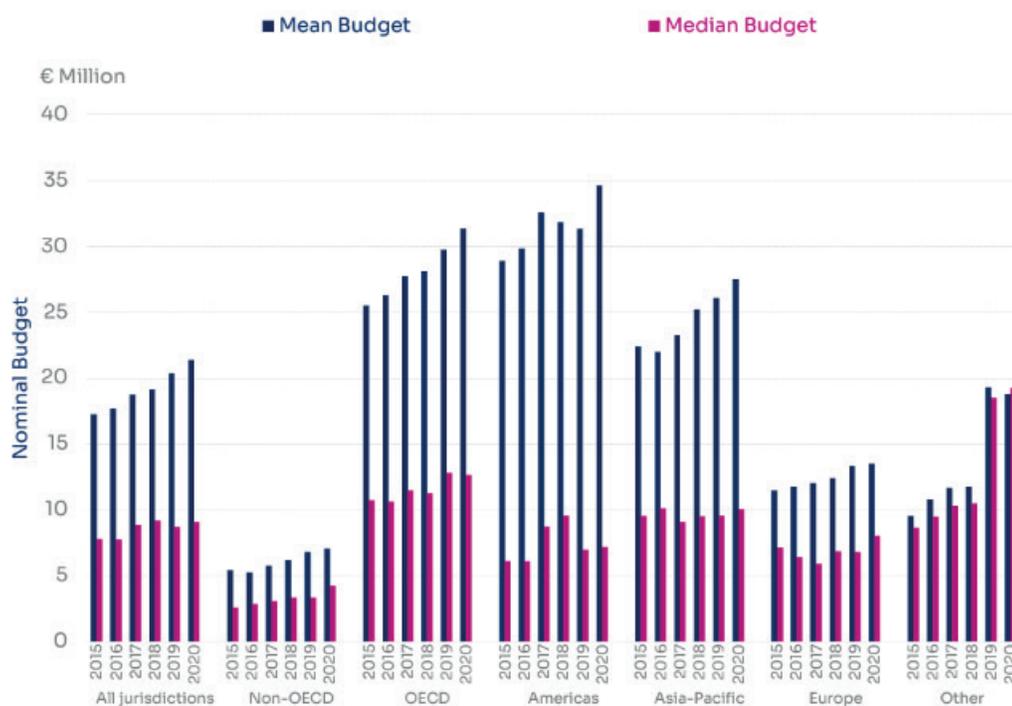
13 Ley Orgánica de Transparencia y acceso a la información pública. Registro Oficial Segundo Suplemento N.º 245 de 7 de febrero de 2023. http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/eyJYXWZXRhIjoicm8iLCJ1dWlkjoiYzA2NDc3NGYtMzIzMS00MGU5L-TkzYTIitNzjiMTZlNmExNzk5LnBkZij9.

14 Proforma del Presupuesto General del Estado Correspondiente al ejercicio económico 2022 y la programación presupuestaria cuatrienal 2022- 2025. Registro Oficial Segundo Suplemento N.º 599. 16 de diciembre de 2021.

15 OECD (2022), OECD Competition Trends 2022. <http://www.oecd.org/competition/oecd-competition-trends.htm>.

Gráfico N° 1: Presupuesto nominal promedio (media y mediana) de las agencias de competencia en el mundo (millones de €), 2015-2020

Measure	Region	Competition budget (€, million)					
		2015	2016	2017	2018	2019	2020
Mean budget	All	17	18	19	19	20	21
	Non-OECD	5	5	6	6	7	7
	OECD	26	26	28	28	30	31
	Americas	29	30	33	32	31	35
	Asia-Pacific	22	22	23	25	26	28
	Europe	12	12	12	12	13	14
	Other	10	11	12	12	19	19
Median budget	All	8	8	9	9	9	9
	Non-OECD	3	3	3	3	3	4
	OECD	11	11	12	11	13	13
	Americas	6	6	9	10	7	7
	Asia-Pacific	10	10	9	10	10	10
	Europe	7	6	6	7	7	8
	Other	9	9	10	11	19	19



Nota: Los datos están basados en 61 jurisdicciones de la base de datos CompStats de la OCDE¹⁶. Las cifras nominales del presupuesto de competencia “se expresan en euros de 2015 (las monedas distintas del euro se convierten utilizando los tipos de cambio oficiales de 2015 a 31 de diciembre de 2015) para eliminar las distorsiones debidas a las fluctuaciones monetarias. En una región y año determinados, la media es el importe total del presupuesto dividido por el número de jurisdicciones, mientras que la mediana es el número medio ordenado de menor a mayor”. Fuente: Estudio de tendencias en materia de competencia preparado por la OECD para 2022.

16 Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/competition/oecd-competition-trends-2023-data.xlsm>.

El gráfico muestra el presupuesto total de las autoridades de competencia en términos nominales. De la información se desprende que, en promedio, las autoridades de competencia en América cuentan con un presupuesto de 35 millones de euros. La mediana, que es un valor central del presupuesto, se sitúa en 7 millones para toda América y en 4 millones de euros para países que no forman parte de la OECD, como es el caso de Ecuador. Es importante resaltar que estos datos corresponden al período de 2015 a 2020. Por lo tanto, es significativo que, en el año 2022, Ecuador mantenga un presupuesto cercano a los 5 millones de dólares, lo que lo coloca indudablemente entre los presupuestos más bajos de las autoridades de competencia en la región. De hecho, según el Reporte, la media del valor de los presupuestos de las autoridades de competencia es de alrededor 10 millones de dólares -es decir, el doble al asignado a la SCE- y el presupuesto promedio es aún más alto, alrededor de 21 millones de dólares.

Es innegable que la falta de recursos limita las actividades de investigación que puede realizar la SCE y, por ende, afecta la aplicación efectiva de la LORCPM. Para llevar a cabo inspecciones y/o allanamientos es determinante contar con los recursos financieros suficientes para que estas diligencias tengan éxito. Sobre todo, porque estas diligencias implican una minuciosa planificación y preparación, asistencia de las fuerzas de policía y necesidad de instrumentos tecnológicos para recabar la información de manera eficiente.

2. Inadecuada asignación de recursos humanos

De conformidad con el Reporte, la asignación de empleados de la SCE es subóptima. Se observa que más de la mitad (52%) de los empleados de la SCE se dedican a labores administrativas, mientras que el resto (48%) están asignados a las principales actividades de aplicación de la normativa de competencia. En 2021, la SCE reportó que únicamente 11 empleados se dedicaban a investigar conductas anticompetitivas¹⁷. En particular, cinco en prácticas restrictivas y seis en casos de abuso de posición de dominio. En el caso de control de concentraciones, tan solo 9 empleados se desempeñan en esta área, mientras que 18 personas estaban destinadas a actividades de promoción de la competencia.

Si bien el número de empleados de la SCE parece estar en línea con los estándares internacionales, es innegable que hay una inadecuada asignación de recursos humanos a las distintas intendencias de la SCE. Sobre todo, es inusual que la mayor cantidad de empleados se dedique a actividades de promoción de la competencia, mientras que la dirección de prácticas restrictivas esté completamente desatendida. Sobre esto, el Reporte concluyó que *“la actividad principal de la [SCE] debería ser el enjuiciamiento de los cárteles, y el examen de las fusiones es esencial para cualquier jurisdicción que tenga un sistema de control de las fusiones. Ambas actividades deberían tener prioridad sobre la promoción de la competencia”*¹⁸ (énfasis añadido).

En cuanto a términos de profesiones, solo el 24% de los funcionarios de la SCE son abogados, 13% son economistas, y 41% tienen otros diplomas universitarios, principalmente en relaciones internacionales, administración de negocios y contaduría. En tanto, el 22% de los empleados no cuentan con estudios universitarios. Un factor crucial para garantizar la adecuada aplicación de la normativa de competencia no se limita únicamente a la correcta asignación de personal a las distintas intendencias de la SCE, sino también que ese personal esté correctamente capacitado para llevar a cabo las investigaciones. Resulta sorprendente que la mayoría de los empleados de la SCE tengan formación en campos distintos al derecho y economía. En particular, a la fecha, la SCE contaba con tan solo 26 economistas y 46 abogados, mientras que 79 profesionales tenían formación en otras disciplinas.

17 OCDE (2021) Exámenes inter-pares de la OCDE y el BID sobre el derecho y política de competencia: Ecuador. <http://www.oecd.org/daf/competition/exámenes-inter-pares-ocde-bid-derecho-y-politica-de-competencia-ecuador-2021.htm>

18 OCDE (2021) Exámenes inter-pares de la OCDE y el BID sobre el derecho y política de competencia: Ecuador.

3. Desconocimiento de los jueces de la figura para preservar la efectividad de los allanamientos

Por último, otro de los factores que contribuye a la falta de utilización de inspecciones por parte de los funcionarios de la SCE es el rol de los jueces. En Ecuador, los jueces carecen de conocimiento especializado en cuestiones de competencia. Uno de los ejemplos más palpables de lo anterior fue lo que sucedió en el caso Recapt, en el que la Corte Nacional de Justicia resolvió que el estándar aplicable a los cárteles era la regla de la razón y que debían demostrarse los efectos perjudiciales del cártel. El error garrafal de la Corte se explica por haber utilizado el estándar estadounidense de la normativa antitrust: [la regla per se y la regla de la razón](#). Esto se diferencia del estándar definido en la LORCPM, que sigue el esquema europeo basado en restricciones por objeto y efecto anticompetitivas.

En el Reporte se indica que algunos jueces, por la falta de conocimiento de la LORCPM, y ante la solicitud de autorización judicial para realizar los allanamientos, habían requerido a los funcionarios de la SCE que la solicitud la realizara el procurador general y no la propia SCE. Además, y de forma mucho más preocupante, se reportó que, en algunos casos, los jueces no respetan la confidencialidad de la solicitud de autorización judicial para realizar los allanamientos, lo que desvirtúa completamente el objetivo de las inspecciones y elimina la posibilidad de la SCE para detectar conductas anticompetitivas.

IV. APLICACIÓN DE LAS INSPECCIONES EN OTROS PAÍSES

A nivel internacional, la aplicación de las inspecciones es muy diferente a la experiencia ecuatoriana. En los siguientes apartados describiremos brevemente la experiencia en España y Chile.

1. España

En España, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (“CNMC”) tiene la facultad de inspeccionar *“empresas, asociaciones de empresas y domicilios particulares de empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas, con el objetivo de obtener evidencias de presuntas infracciones en materia de competencia que de otra forma sería imposible de obtener”*¹⁹. A diferencia del régimen ecuatoriano, la CNMC no realiza una distinción entre allanamientos e inspecciones administrativas. Sin embargo, para acceder a cualquier local o terreno de las empresas afectadas, debe contar con su consentimiento previo o, en su defecto, con la correspondiente autorización judicial²⁰.

Al igual que en el caso ecuatoriano, las empresas están obligadas a someterse a las inspecciones, así como a no obstruir su desarrollo. Sin embargo, a diferencia de la multa impuesta en Ecuador, en caso de negarse a la ejecución de la inspección o a la obstrucción a la misma, la CNMC tiene la facultad de multar a las empresas con hasta el 5% de su volumen de negocios total en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa²¹. Además, la negativa u obstrucción es un agravante en el expediente administrativo sancionador que se tramite como consecuencia de la posible infracción que motivó la inspección.

19 Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Nota informativa sobre las inspecciones realizadas por la Dirección de Competencia de la CNMC en materia de Defensa de la Competencia. <https://www.cnmc.es/file/307271/download>.

20 Ibid.

21 Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Boletín Oficial del Estado. núm. 159, de 04/07/2007. <https://www.boe.es/eli/es/l/2007/07/03/15/con>.

En el año 2022, la CNMC llevó a cabo 5 inspecciones en el marco de 4 expedientes²². En total, inspeccionó 13 sedes de empresas. En el 2021²³ y 2020²⁴, el número de inspecciones se redujo como consecuencia de las restricciones ocasionadas por la pandemia del COVID-19. En todo caso, la CNMC fue una de las pocas autoridades que no cesó con su actividad inspectora. Durante el año 2021, la CNMC llevó a cabo 4 inspecciones en el marco de 3 expedientes, lo que significó que se inspeccionaron 7 empresas. En el año 2020, en cambio, llevó a cabo 4 inspecciones en 10 sedes de empresas a diferencia del año 2019²⁵ en el que la autoridad realizó 13 inspecciones en 35 sedes de empresas.

A modo de referencia, gracias a las inspecciones de 2019, la CNMC incoó 8 de 10 expedientes sancionadores. En 3 de las actuaciones inspectoras se investigaba un posible abuso de posición de dominio, por el contrario, en 5 se investigaba la manipulación de licitaciones públicas y, en 1 de las inspecciones, la práctica investigada incluía el posible empleo de algoritmos para posibilitar la conducta infractora²⁶. La investigación e incoación de expedientes sancionadores en casos de *bid rigging* pone de manifiesto el esfuerzo que la CNMC realiza para la persecución y sanción de este tipo de prácticas. En total, la multa impuesta por la CNMC en aquellos expedientes que se incoaron como consecuencia de las inspecciones es de alrededor 130 millones de euros, mientras que las multas impuestas a los directivos ascendieron a aproximadamente 700 mil euros en total. En 2020, el número de expedientes incoados fue menor debido a la crisis sanitaria. En todo caso, como consecuencia de las inspecciones, la CNMC investigó e incoó expedientes por intercambio de información comercial sensible y fijación de precios, prácticas anticompetitivas en licitaciones de la Administración Pública, coordinación de otras condiciones comerciales, y ejecución de varias operaciones de concentración notificables por *gun jumping*. De los 12 expedientes sancionadores incoados en este año, 4 fueron gracias al uso de la facultad inspectora. Como consecuencia de las inspecciones, la multa total impuesta a las empresas por la CNMC ascendió a alrededor de 240 millones de euros.

En 2021, de los 5 expedientes sancionadores que se incoaron, 2 fueron gracias a las inspecciones realizadas por la CNMC. En particular, 3 de estos 5 expedientes se incoaron por conductas colusorias, mientras que los otros 2 por conductas desleales. En total, la multa impuesta por la CNMC en aquellos expedientes en los que realizó inspecciones fue aproximadamente de 6 millones de euros, mientras que las multas impuestas a los directivos a título personal ascendieron a alrededor 290 mil euros. Por último, en 2022, se incoaron 5 expedientes sancionadores por conductas restrictivas de la competencia. Gracias a las inspecciones, la CNMC incoó 2 de esos expedientes. El primero, por abuso de posición de dominio, en el que la CNMC investiga la tramitación de un procedimiento de subastas ejecutado de forma arbitraria y el establecimiento de barreras de acceso para participar y resultar adjudicatario de dichas subastas. El segundo, por posibles actos colusorios relacionados con el reparto de clientes y con las adjudicaciones de licitaciones e intercambio de información comercialmente sensible. Por el momento, las investigaciones están pendientes de resolución.

Las cifras demuestran claramente que las inspecciones representan una de las estrategias más efectivas para identificar la existencia de conductas anticompetitivas, particularmente cárteles. La naturaleza inmediata y sorpresiva de esta herramienta permite a los inspectores acceder a pruebas y obtener múltiples evidencias para sancionar conductas anticompetitivas. El elemento sorpresa es fundamental para minimizar el riesgo de ocultamiento, alteración, desaparición o destrucción de pruebas.

22 Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC). Memoria 2022. https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/CNMC/Memorias/Mem_CNMC_2022_web.pdf.

23 Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC). Memoria 2021. https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/CNMC/Memorias/Memoria_2021.pdf.

24 Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC). Memoria 2020. https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/CNMC/Memorias/WEB_Memoria_CNMC-2020-media.pdf.

25 Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC). Memoria 2019. <https://www.cnmc.es/file/190805/download>.

26 Ibid.

Con el objetivo de incrementar el índice de detección de prácticas anticompetitivas, las facultades inspectoras de las autoridades de competencia en España -y de todos los Estados Miembros de la Unión Europea- fueron reforzadas con la transposición al ordenamiento jurídico nacional de la conocida [Directiva ECN+](#)²⁷. En concreto, la Directiva ECN+ permite a las autoridades de competencia no solo realizar inspecciones en las sedes de las empresas investigadas y en los domicilios particulares de los empleados de esas empresas, sino también pueden:

- inspeccionar a cualquier tercero que pueda tener información relevante;
- acceder a toda la información alojada en sistemas, servicios informáticos o dispositivos proporcionados por terceros, sistemas y servicios de almacenamiento en la nube;
- desarrollar las inspecciones en remoto y desde las oficinas de la CNMC -como ya lo venía haciendo la Comisión Europea desde 2015-;
- la obligación de someterse a una inspección alcanza ahora también a las empresas matrices, filiales y a todas las sociedades del grupo empresarial; y,
- otorgar la facultad de realizar entrevistas, grabarlas y transcribirlas.

2. Chile

En Chile, las inspecciones, mejor conocidas como “medidas intrusivas”, están reguladas en el Decreto Ley 211 que fija las normas para la defensa de la libre competencia. Sobre la base de este cuerpo normativo, la autoridad de competencia chilena, la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”), está facultada a “n.1) entrar a recintos públicos o privados y, si fuere necesario, a allanar y descerrajar; n.2) Registrar e incautar toda clase de objetos y documentos que permitan acreditar la existencia de la infracción; n.3) Autorizar la interceptación de toda clase de comunicaciones, y n.4) Ordenar a cualquier empresa que preste servicios de comunicaciones, que facilite copias y registros de las comunicaciones transmitidas o recibidas por ella”²⁸.

La facultad para realizar allanamientos por parte de la FNE parte de la base de la Ley 20.361, que incorporó facultades especiales en el Decreto Ley para que la FNE pueda investigar prácticas colusorias, como los cárteles, en casos “graves y calificados”. Para ejecutar estas diligencias, la FNE debe, primero, formular una solicitud motivada ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y, después, obtener la autorización por parte del Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago. A diferencia del caso ecuatoriano, la FNE debe superar un sistema de “doble filtro judicial”²⁹.

Desde la entrada en vigor de la Ley N°20.361, “la FNE ha ejercido en 16 oportunidades la medida del n.1) de la letra n) del artículo 39 del DL 211, es decir, “Entrar a recintos públicos o privados y, si fuere necesario, a allanar y descerrajar”³⁰. A pesar de que la FNE ha realizado un número limitado de allanamientos desde que se le otorgó esta prerrogativa, un estudio realizado sobre la eficacia de las medidas intrusivas en Chile desde 2010 a 2021 señala que estas “han sido una herramienta altamente efectiva en el combate

27 Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018 encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados Miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior. Diario Oficial de la Unión Europea 62.º año, 14 de enero de 2019. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=OJ:L:2019:011:TOC>.

28 Decreto Ley N° 211 que fija normas para la defensa de la libre competencia. Diario Oficial Edición N° 28.733 de fecha 22 de diciembre de 1973, su versión refundida, sistematizada y coordinada fue fijada por el Decreto Supremo N° 511 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción de 27 de octubre de 1980. https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2010/12/DL_211_refundido_2016.pdf.

29 Luis Eduardo Toro Bossay y José Luis Corvalán Pérez. ¿Quién vigila a los vigilantes? Análisis empírico del uso, eficacia y control de las medidas intrusivas en el sistema chileno de libre competencia. <https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2021/09/Toro-y-Corvalan-Quien-vigila-a-los-vigilantes-2021.pdf>.

30 Ibid.

contra los carteles, permitiendo a la FNE acreditar las conductas colusivas imputadas, satisfaciendo los estándares probatorios y los escrutinios del TDLC y de la E. Corte Suprema”³¹. De hecho, “las Medidas Intrusivas concedidas habrían cumplido su objetivo de proporcionar antecedentes suficientes para fundar un requerimiento ante el TDLC en aproximadamente un 50% de los casos”³². A pesar de la eficacia que tienen estas medidas para investigar y sancionar cárteles en Chile, el número de allanamientos realizados por la FNE es bajo e, incluso, inferior al de la región -1,45 allanamientos al año-.

Según los datos publicados en el estudio de tendencias en materia de competencia realizado por la OECD para el año 2022, en América, en promedio, en 2015 a 2016 las autoridades de competencia realizaban 3 inspecciones al año, mientras que de 2017 a 2018 esta cifra se redujo a 2 inspecciones al año, en 2019 únicamente a 1, y en 2020, por la pandemia del COVID-19, las inspecciones fueron inexistentes³³. Al contrario, en Europa, el promedio de inspecciones en 2015 a 2016 era de 4, en 2017 se realizaron en promedio 5 y en 2018 a 2019 volvió a 4, mientras que en 2020 se redujo este número en la mitad por la pandemia mundial. Según la OECD, la evolución de las inspecciones en casos de cártel en el periodo 2015 a 2019 difirió entre las distintas regiones. Las redadas de carteles disminuyeron en América, aumentaron en Asia-Pacífico y en otras jurisdicciones, y se mantuvieron estables en Europa³⁴.

V. CONCLUSIÓN

Desde su creación, el régimen de competencia ecuatoriano se ha enfrentado a una serie de desafíos para lograr una efectiva aplicación de la normativa de competencia. Uno de los obstáculos persistentes es la falta de una política pública clara y orientada hacia resultados, lo que ha limitado el desempeño de la SCE. En este contexto, resulta esencial que el presupuesto de la SCE se incremente, se realice una correcta asignación del equipo humano dentro de la SCE, especialmente para la detección y sanción de cárteles, y se siga trabajando en capacitar a los jueces en materia de derecho de competencia.

Sobre todo, es urgente que la SCE se alinee con estándares internacionales en relación con el contenido divulgado en las versiones no confidenciales de sus resoluciones. Resulta sorprendente que la misma autoridad no reporte el número de inspecciones o allanamientos que ha realizado en los últimos años en sus informes de gestión, así como que esta información no se encuentre reflejada en el cuerpo de las resoluciones emitidas en el marco de los expedientes sancionadores.

31 Luis Eduardo Toro Bossay y José Luis Corvalán Pérez. ¿Quién vigila a los vigilantes? Análisis empírico del uso, eficacia y control de las medidas intrusivas en el sistema chileno de libre competencia. <https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2021/09/Toro-y-Corvalan-Quien-vigila-a-los-vigilantes-2021.pdf>.

32 Ibid.

33 Ver cuadro número promedio de inspecciones en casos de cártel, 2015-2020. <https://www.oecd.org/daf/competition/oecd-competition-trends-2023-data.xlsx>.

34 OECD (2022), OECD Competition Trends 2022. <http://www.oecd.org/competition/oecd-competition-trends.htm>.



Este documento se encuentra sujeto a los términos y condiciones de uso disponibles en nuestro sitio web:
<http://www.centrocompetencia.com/terminos-y-condiciones/>

Cómo citar este artículo:

Camila Sánchez S., "Inspecciones: ¿una herramienta en desuso en Ecuador?", *Investigaciones CeCo*
(noviembre, 2023),

<http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>

Envíanos tus comentarios y sugerencias a info@centrocompetencia.com
CentroCompetencia UAI – Av. Presidente Errázuriz 3485, Las Condes, Santiago de Chile