

SOBRE LA SEPARACIÓN DE LAS AUTORIDADES DE INSTRUCCIÓN Y DE SANCIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS DE INVESTIGACIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS EN LA COMUNIDAD ANDINA Y EN LOS PAÍSES QUE LA INTEGRAN

Hugo R. Gómez Apac, Mario M. Santos Pérez y Camila Mera Acosta

Sobre la separación de las autoridades de instrucción y de sanción en los procedimientos de investigación de conductas anticompetitivas en la Comunidad Andina y en los países que la integran

Octubre 2024



Hugo R. Gómez Apac

Magistrado en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (desde marzo de 2016) y profesor en la Maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Maestría en Derecho Administrativo Económico de la Universidad del Pacífico y en la Escuela de Posgrado de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. También, profesor invitado en la Maestría en Propiedad Intelectual y Nuevas Tecnologías en la Universidad Austral (Argentina).



Mario M. Santos Pérez

Abogado y licenciado en Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales por la Universidad Hemisferios (Quito), y auxiliar judicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad.



Camila Mera Acosta

Abogada (*magna cum laude*) por la Universidad San Francisco de Quito, con Especialización en Derecho y Economía de la Competencia por dicha universidad. Asimismo, es asociada en ECIJA GPA.

Resumen: En la presente investigación, los autores explican los diseños de los procedimientos administrativos sancionadores conducentes a investigar conductas anticompetitivas en la Comunidad Andina y en Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, precisando si en ellos se diferencia o no a la autoridad investigadora (o instructora) de la sancionadora, si estas son unipersonales o cuerpos colegiados, si cabe recurso administrativo contra lo resuelto por la autoridad sancionadora y quién resuelve dicho recurso, entre otros aspectos.

La investigación ha identificado que los referidos procedimientos pueden ser clasificados en tres etapas: (i) en la primera, no se diferencia a la autoridad investigadora de la sancionadora; (ii) en la segunda, se da la diferenciación, pero entre órganos dentro de la misma entidad u organismo; y (iii), en la última, se da la diferenciación, pero las autoridades descansan en entidades u organismo diferentes. Los procedimientos tramitados a nivel comunitario andino y en Bolivia se encuentran en la primera etapa, mientras que los tramitados en Colombia, Perú y Ecuador en la segunda. El modelo chileno se ubica en la tercera etapa.

Si bien es aconsejable pasar de la primera etapa a la segunda, y de esta a la tercera, no es causal de nulidad o invalidez encontrarse en un estadio previo.

Abstract: In this paper, the authors explain the designs of the administrative sanctioning procedures leading to investigating anti-competitive conducts in the Andean Community and in Bolivia, Colombia, Ecuador and Peru, specifying whether or not they differentiate the investigating (or instructing) authority of the sanctioning authority, whether they are single-person or collegiate bodies, whether there is an administrative appeal against what was resolved by the sanctioning authority and who resolves said appeal, among other aspects.

The investigation has identified that the aforementioned procedures can be classified into three stages: (i) in the first, the investigating authority is not differentiated from the sanctioning authority; (ii) in the second, differentiation occurs, but between organs within the same entity or organism; and (iii), in the last one, differentiation occurs, but the authorities rest in different entities or organizations. The procedures processed at the Andean community level and in Bolivia are in the first stage, while those processed in Colombia, Peru and Ecuador are in the second. The Chilean model is located in the third stage.

Although it is advisable to go from the first stage to the second, and from this to the third, it is not a cause of nullity or invalidity to be in a previous stage.

Palabras clave: Derecho de la competencia. Comunidad Andina. Procedimiento administrativo sancionador. Autoridad investigadora. Autoridad sancionadora.

Keywords: Competition law. Andean Community. Administrative sanctioning procedure. Investigating authority. Sanctioning authority.

I. INTRODUCCIÓN

La Comunidad Andina y los países que la integran —Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú— cuentan con legislación que prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas: el abuso de la posición de dominio (o poder de mercado) y las prácticas colusorias (horizontales o verticales). La legislación andina se enfoca en el control de las conductas anticompetitivas transfronterizas, mientras que las leyes nacionales en aquellas cuyo origen y efecto se circunscriben al respectivo territorio de dichos países¹.

Sin perjuicio de que algunas conductas anticompetitivas sean reprimidas por el sistema penal, la legislación de la Comunidad Andina y de los países miembros prevé que la investigación de las conductas anticompetitivas se conduce a través de «procedimientos administrativos sancionadores» (PAS). Una característica de estos procedimientos, en los que debe garantizarse los derechos de defensa y al debido proceso de los agentes económicos investigados, es la evolución de la técnica legislativa consistente en separar a la autoridad instructora de la sancionadora, en función de lo siguiente:

- a. Autoridad instructora: inicia la investigación a través de la resolución de imputación de cargos. Se pronuncia sobre la petición del denunciante, en caso de procedimientos a pedido de parte. Actúa los medios probatorios. Es quien dirige la etapa de investigación. Esta etapa puede concluir con un informe de instrucción (o de resultados de la investigación), en el que se recomienda el archivo la investigación o la imposición de sanciones, según sea el caso. Eventualmente, si la legislación lo permite, puede dictar medidas cautelares.
- b. Autoridad sancionadora: también llamada decisora, es la que escucha los alegatos de defensa de los investigados y la acusación del instructor, y decide si hay o no responsabilidad administrativa. Es competente para imponer sanciones y dictar medidas cautelares y correctivas.

Los PAS están en permanente evolución. En un primer estadio, no existe la diferencia que se menciona, pues la misma autoridad conduce todo el PAS; es decir, es instructora y decisora. En una segunda fase, la diferencia existe, pero ambos órganos pertenecen a la misma entidad pública. En la tercera etapa, al menos

¹ Sin perjuicio de la aplicación, cuando corresponda, de la «teoría de los efectos» con relación a una conducta anticompetitiva que tiene origen en un país no miembro de la Comunidad Andina.

en la relativo al control de conductas anticompetitivas, las funciones de instrucción y sanción descansan en entidades públicas distintas.

La presente investigación tiene por objeto mostrar al lector que, en la Comunidad Andina y en los países que la integran, las leyes de defensa de la libre competencia han contemplado PAS del primer y segundo estadio, tal como se aprecia a continuación:

- a. El PAS que tramita la Secretaría General de la Comunidad Andina (SGCA) está en el primer estadio.
- b. El PAS que tramita la Autoridad de Fiscalización de Empresas (AEMP) de Bolivia está en el primer estadio.
- c. El PAS que tramita la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) de Colombia está en el segundo estadio.
- d. El PAS que tramita el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) de Perú está en el segundo estadio.
- e. El PAS que tramita la Superintendencia de Competencia Económica (SCE) de Ecuador está en el segundo estadio.

II. SOBRE LA IMPORTANCIA DE SEPARAR A LA AUTORIDAD INSTRUCTORA DE LA SANCIONADORA

Para el agente económico investigado, es preferible un PAS que contemple la separación entre autoridades instructora y sancionadora. La razón es simple, es más fácil convencer a la autoridad sancionadora de que la instructora está equivocada, que convencer a la misma autoridad que le imputa los cargos que ella está equivocada. Si la autoridad sancionadora no fue quien imputó los cargos al inicio del procedimiento ni dirigió la investigación, guardará una mayor distancia de esta, de tal forma que actuará como un tercero imparcial (sin ideas preconcebidas) que tendrá que decidir entre la acusación del instructor y la defensa de los investigados.

En términos del ejercicio del derecho de defensa, un mejor escenario para los investigados es un PAS de segundo estadio, y mucho mejor si llegamos al tercer estadio. Si las autoridades instructora y decisora están en entidades públicas diferentes, la garantía de la imparcialidad se incrementa.

También es una mayor garantía para el derecho de defensa que la autoridad sancionadora sea un órgano colegiado (con tres, cuatro o cinco integrantes). Y si hay una segunda instancia que resuelve apelaciones en sede administrativa, es preferible que sea un órgano colegiado a una autoridad unipersonal. La búsqueda de consensos en un colegiado atenúa la adopción de posiciones extremas, aunque también debilita las posiciones con mayor coherencia interna.

El hecho de que siempre nos podemos mover hacia un mejor escenario no significa que el previo sea nulo. Es un proceso, es una evolución. Lo recomendable es pasar del primer estadio al segundo, y de este al tercero, pero no es causal de invalidez estar en el primero o en el segundo.

Avanzar de una fase a otra requiere no solo de una modificación legislativa, sino también de recursos públicos. La tercera etapa es más cara que la segunda, y esta, más que la primera.

A modo de ejemplo, en el Perú, cuando entró en vigor la Ley del Procedimiento Administrativo General, en octubre de 2001, ella establecía que si la organización de la entidad lo permitiera, en el PAS debía diferenciarse entre la autoridad que conduce la fase instructora y la que decide la aplicación de sanción. En diciembre de 2016, se cambió dicha ley para que fuera obligatoria la diferenciación. Fue una evolución positiva, pero de ninguna manera significó que fueran nulos los PAS que se tramitaron con anterioridad a diciembre de 2016 en los que no había tal diferenciación debido a que la organización de la entidad no lo permitía.

Por tanto, el hecho de que el tercer estadio sea el óptimo, no invalida los PAS que se encuentran en la segunda fase. Y del mismo modo, el que los PAS de algunos países se encuentren en la segunda etapa, no genera la invalidez de los que se encuentran en el primer estadio.

La validez o invalidez (nulidad) de un PAS se aprecia en función de lo preceptuado en cada ordenamiento jurídico, y no por su comparación con otros ordenamientos, como tampoco sobre la base de aspiraciones mejores.

El Tribunal Constitucional de España, en la Sentencia núm. 9/2018 del 5 de febrero, manifestó que si bien la debida separación entre la fase instructora y sancionadora en un PAS es un principio de carácter legal tutelable judicialmente (en virtud de la ley española), la exigencia de imparcialidad del órgano administrativo sancionador no es una garantía con carácter de derecho fundamental, por lo que la ausencia de una separación de la fase instructora y sancionadora carece de relevancia constitucional². Por su parte, la Sala Tercera del Tribunal Supremo de España mencionó que la aplicación del principio acusatorio³ al ámbito de la potestad sancionadora de la administración pública debe darse con matices, derivados sobre todo del hecho de que el PAS no conoce una diferenciación tajante ente instrucción, acusación y decisión⁴.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha señalado que la concentración de las facultades investigativas y sancionadoras en una misma entidad no es, en sí misma, incompatible con el art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (imparcialidad del juzgador), siempre que dichas atribuciones recaigan en distintas instancias o dependencias de la entidad de que se trate, advirtiendo que la autoridad decisora no debe estar subordinada a la acusadora.⁵

Lo señalado por la Corte IDH debe ser entendido más como una recomendación que como una obligación. De lo contrario, caeríamos en el absurdo de considerar nulos todos los PAS diseñados legalmente bajo el primer estadio, como es el caso, por ejemplo, de Bolivia.

Sí resulta pertinente resaltar, de lo mencionado por la Corte IDH, que si las autoridades instructora y decisora descansan en órganos administrativos distintos de la misma entidad, el decisor no debería ser un subordinado del sancionador. *Contrario sensu*, no hay reproche alguno que el instructor sea un subordinado del decisor, lo que ocurre en casi todos los PAS diseñados legalmente conforme a la segunda etapa.

2 Sentencia núm. 9/2018, de 5 de febrero, del Tribunal Constitucional de España, publicada en el Boletín Oficial del Estado núm. 59 del 8 de marzo de 2018. Recurso de amparo 3680-2016. ECLI:ES:TC:2018:9. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-3299 [consulta 08/07/2024].

3 Según la Real Academia Española, el principio acusatorio es un «[p]rincipio informador del modelo procesal en el que se respeta que quien investiga no juzga o, lo que es lo mismo, que el instructor debe investigar recabando elementos sin prejuzgar...»

Diccionario panhispánico de español jurídico, definición de principio acusatorio, 2023. Disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/principio-acusatorio> [consulta 08/07/2024].

4 Sentencia núm. 1382/2020, en el procedimiento de casación núm. 4535/2019 del 22 de octubre de 2020, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de lo Contencioso Administrativo, de España. Disponible en: <https://vlex.es/vid/851585873> [consulta 08/07/2024].

5 Sentencia del caso *Petro Urrego vs. Colombia*, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 8 de julio de 2020, p. 50. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_406_esp.pdf [consulta 11/07/2024].

III. EL MODELO CHILENO

El PAS chileno se encuentra en el tercer estadio. La autoridad instructora es la Fiscalía Nacional Económica, que es un servicio público descentralizado sometido a la supervigilancia del presidente de la República y del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción⁶. La autoridad decisora es el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que es un órgano jurisdiccional especial e independiente, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema de Justicia⁷.

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia chileno, cuyas sentencias definitivas son susceptibles de ser impugnadas a través de recurso de reclamación ante la Corte Suprema, está integrado por⁸:

- a. un abogado, que lo preside, designado por el presidente de la República de una nómina de cinco postulantes confeccionada por la Corte Suprema mediante concurso público;
- b. cuatro profesionales universitarios expertos en libre competencia (dos abogados y dos licenciados o con post grados en ciencias económicas). Dos integrantes, uno de cada área profesional, son designados por el Consejo del Banco Central previo concurso público; y, los otros dos, por el presidente de la República, a partir de dos nóminas de tres postulantes, confeccionada por el Consejo del Banco Central previo concurso público.

El PAS chileno es un modelo que podría ser seguido. Las autoridades instructora y decisora operan en entidades públicas distintas.

IV. EL PAS TRAMITADO POR LA SGCA

El PAS tramitado por la SGCA se encuentra regulado en la Decisión 608 — «Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina»⁹ y la Decisión 425 — «Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina»¹⁰.

El Gráfico 1 muestra los aspectos más relevantes del PAS tramitado por la SGCA. El secretario general, la cabeza de la SGCA, es quien dirige¹¹ la investigación de conductas anticompetitivas transfronterizas a través de un PAS supranacional. Él es tanto la autoridad instructora como la decisora. La investigación la realiza con el apoyo de las autoridades nacionales de defensa de la libre competencia (la AEMP, la SIC, la SCE y el Indecopi), con quienes elabora un plan de investigación. Un representante de dichas autoridades integra el Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia (Comité), que tiene un rol consultivo al interior del procedimiento.

6 Art. 33 (del art. Único) del Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Decreto Ley 211 de 1973.

7 Art. 5 (del art. Único) del Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Decreto Ley 211 de 1973.

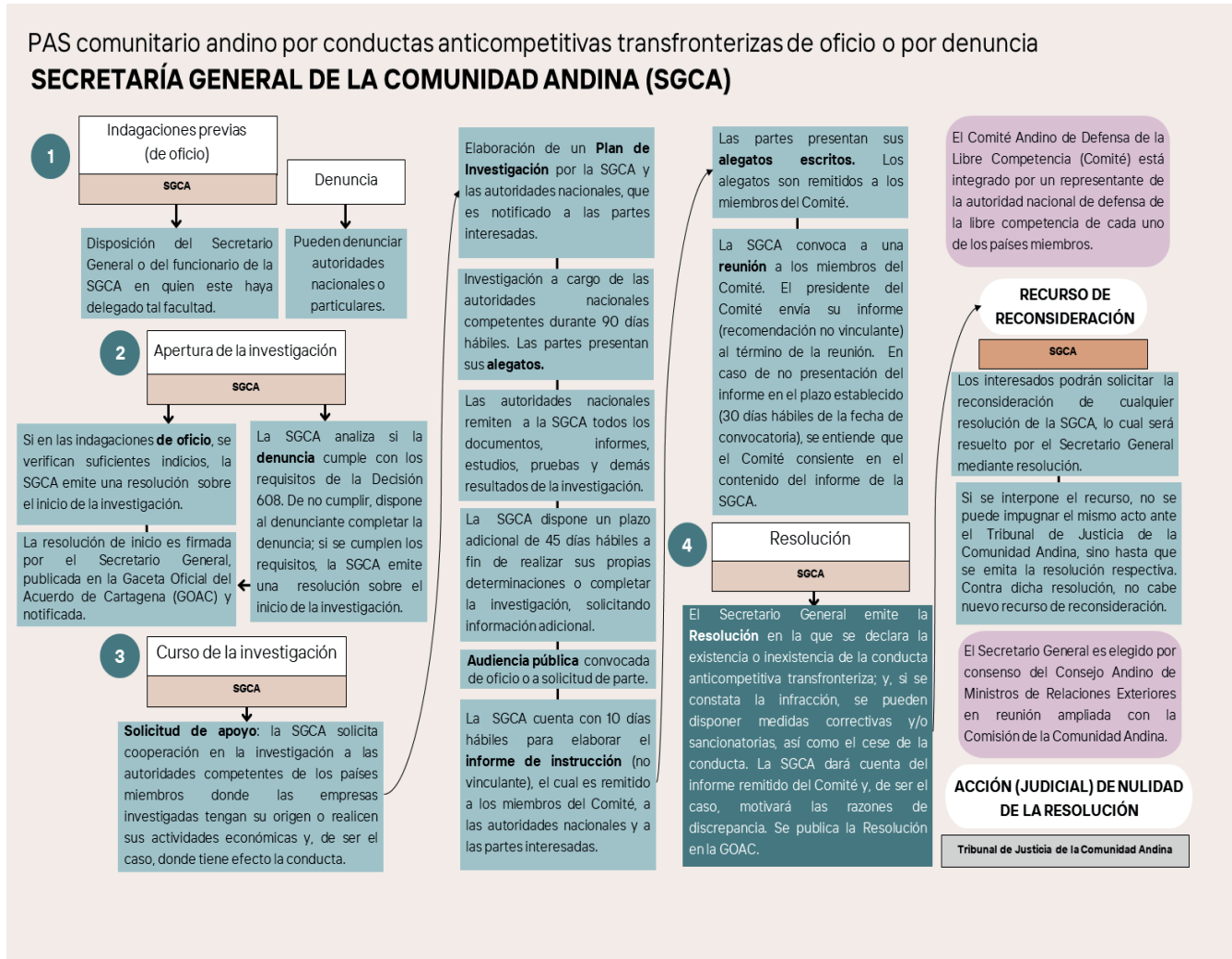
8 Art. 6 (del art. Único) del Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Decreto Ley 211 de 1973.

9 Decisión 608 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 1180 del 4 de abril de 2005.

10 Decisión 425 Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, en reunión ampliada con la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 314 del 18 de diciembre de 1997.

11 Apoyado por funcionarios internacionales de la SGCA.

Gráfico 1: el PAS tramitado por la SGCA



Fuente: elaboración propia.

El PAS tramitado por la SGCA se encuentra en el primer estadio: no existe una separación formal entre las funciones de instrucción y decisión. Como autoridad instructora, el secretario general expide la resolución de apertura de la investigación y emite el informe sobre los resultados de la investigación (el informe de instrucción); y como autoridad decisora, es quien dicta las medidas cautelares, correctivas y sancionatorias.

Este PAS garantiza adecuadamente el derecho de defensa de los agentes económicos investigados. Estos pueden presentar descargos y alegatos de defensa frente a la resolución de apertura de la investigación, el plan de investigación y el informe sobre los resultados de la investigación. Frente a la resolución de sanción, pueden presentar un recurso de reconsideración. Adicionalmente, contra la resolución final del PAS pueden presentar demanda de acción de nulidad ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA).

La acción de nulidad ante el TJCA, tratándose de actos comunitarios de efectos particulares (v.g., un acto administrativo emitido por la SGCA), tiene rasgos propios de un proceso contencioso administrativo.

El secretario general, que es elegido por consenso del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, en reunión ampliada de la Comisión de la Comunidad Andina (integrada por representantes de los ministerios

de comercio exterior de los cuatro países miembros), actúa en el PAS con total autonomía e independencia.

El secretario general, que es una autoridad unipersonal, es el encargado de las funciones de instrucción y sanción en el PAS. En el organismo internacional ejerce tanto funciones administrativas como resolutivas (funcionales).

V. EL PAS TRAMITADO POR LA AEMP DE BOLIVIA

En Bolivia, la defensa de la libre competencia se divide en tres ámbitos: el correspondiente a la regulación sectorial (telecomunicaciones, electricidad, hidrocarburos, transporte, agua y demás previstas en la ley)¹², el sector financiero¹³ y los sectores «no regulados».

Los sectores no regulados comprenden la generalidad de las actividades económicas y se encuentran fiscalizadas en materia de defensa de la libre competencia por la AEMP. El PAS que esta tramita se rige por la Ley 2341 – Ley de Procedimiento Administrativo; el Decreto Supremo 29519 de 2008, que regula la competencia y la defensa del consumidor frente a conductas lesivas que influyan negativamente en el mercado; el Decreto Supremo 071 de 2009, que crea a las Autoridades de Fiscalización y Control Social; el «Reglamento de Regulación de la Competencia en el Marco del Decreto Supremo 29519», aprobado por Resolución Ministerial 190 del Ministerio de Producción y Microempresa; y, el Decreto Supremo 27175 de 15 de septiembre de 2003.

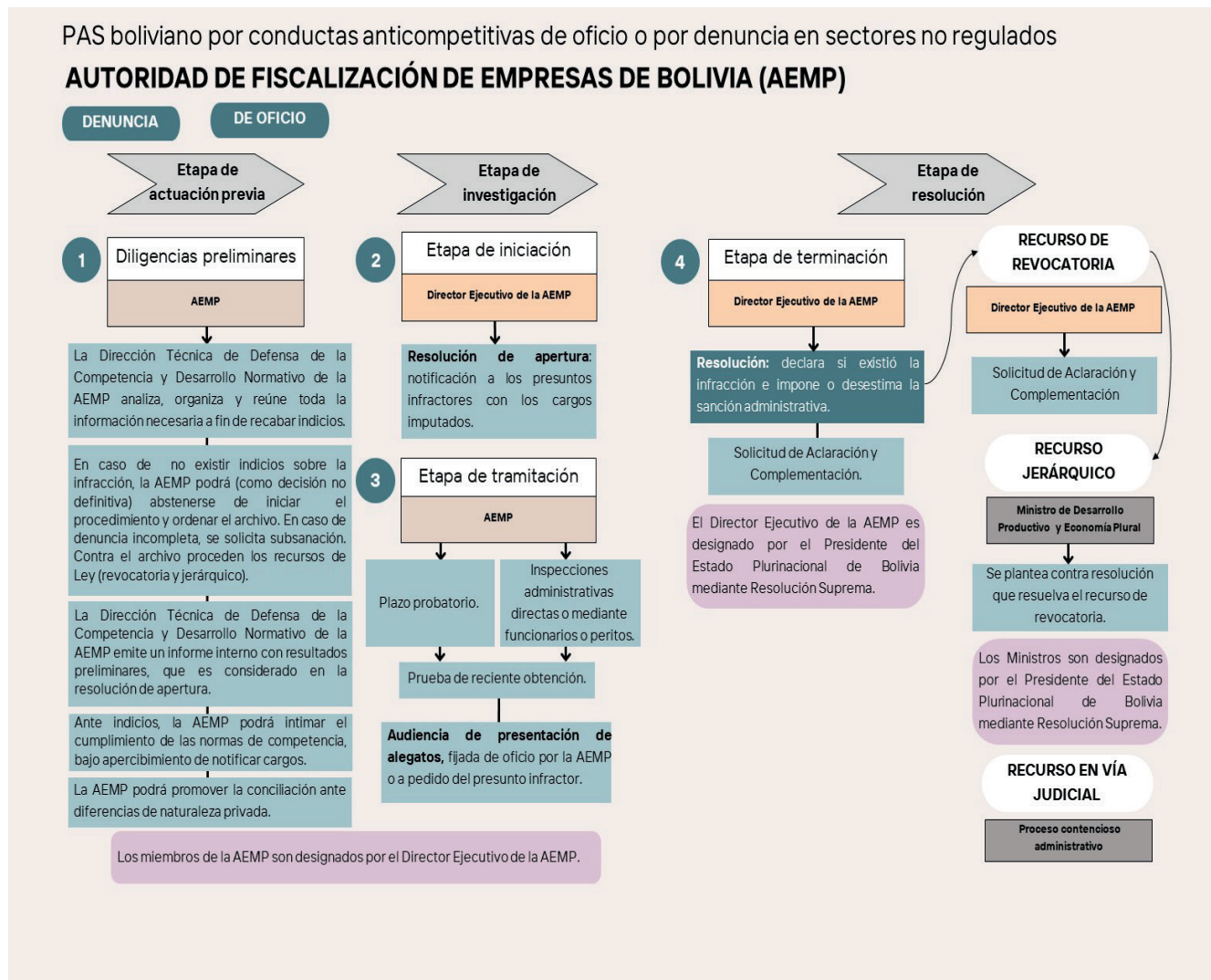
EL Gráfico 2 muestra los aspectos más relevantes del PAS tramitado por la AEMP. Su director ejecutivo, que es designado por el presidente del Estado Plurinacional mediante resolución suprema, es tanto la autoridad instructora como la sancionadora (la decisora).

Si bien la Dirección Técnica de Defensa de la Competencia y Desarrollo Normativo (órgano subordinado al director ejecutivo) tiene como funciones realizar diligencias de investigación de carácter preliminar y emitir informes económicos y normativos internos con resultados preliminares, es el director ejecutivo el que, mediante resolución, inicia el PAS y notifica a los presuntos infractores con los cargos imputados, así como declara si hay o no responsabilidad administrativa e impone, de ser el caso, las sanciones administrativas correspondientes.

12 Según los arts. 1 y 2 de la Ley 1600, del Sistema de Regulación Sectorial (SIRESE), de fecha 28 de octubre de 1994, la superintendencia general y las superintendencias sectoriales, como parte del Poder Ejecutivo, fiscalizan sectores “regulados” entre los que se encuentran comprendidos los sectores de telecomunicaciones, electricidad, hidrocarburos, transporte, agua y demás previstas en la ley. Mediante Decreto Supremo 29894 de 7 de febrero de 2009, se extinguió la superintendencia general y se reemplazaron las superintendencias sectoriales por las autoridades de fiscalización y control.

13 Según la Ley 393, de Servicios Financieros, del 21 de agosto de 2013, este sector es fiscalizado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), que es parte del Poder Ejecutivo.

Gráfico 2: el PAS tramitado por la AEMP



Fuente: elaboración propia

Los investigados pueden impugnar la resolución de sanción del director ejecutivo a través del recurso de revocatoria, que es resuelto por dicho director. También este es competente para resolver las solicitudes de aclaración y complementación. Contra la resolución que resuelve el recurso de revocatoria, los sancionados pueden interponer recurso jerárquico ante el ministro de Desarrollo Productivo y Economía Popular, también designado por el presidente del Estado Plurinacional. Contra lo resuelto por el ministro, los interesados pueden presentar demanda contenciosa administrativa ante el Poder Judicial.

El director ejecutivo —autoridad unipersonal— ejerce las funciones de instrucción y sanción al interior del PAS. En la AEMP, realiza tanto funciones administrativas como resolutorias (funcionales). La AEMP es una institución pública del Poder Ejecutivo.

VI. EL PAS TRAMITADO POR LA SIC DE COLOMBIA

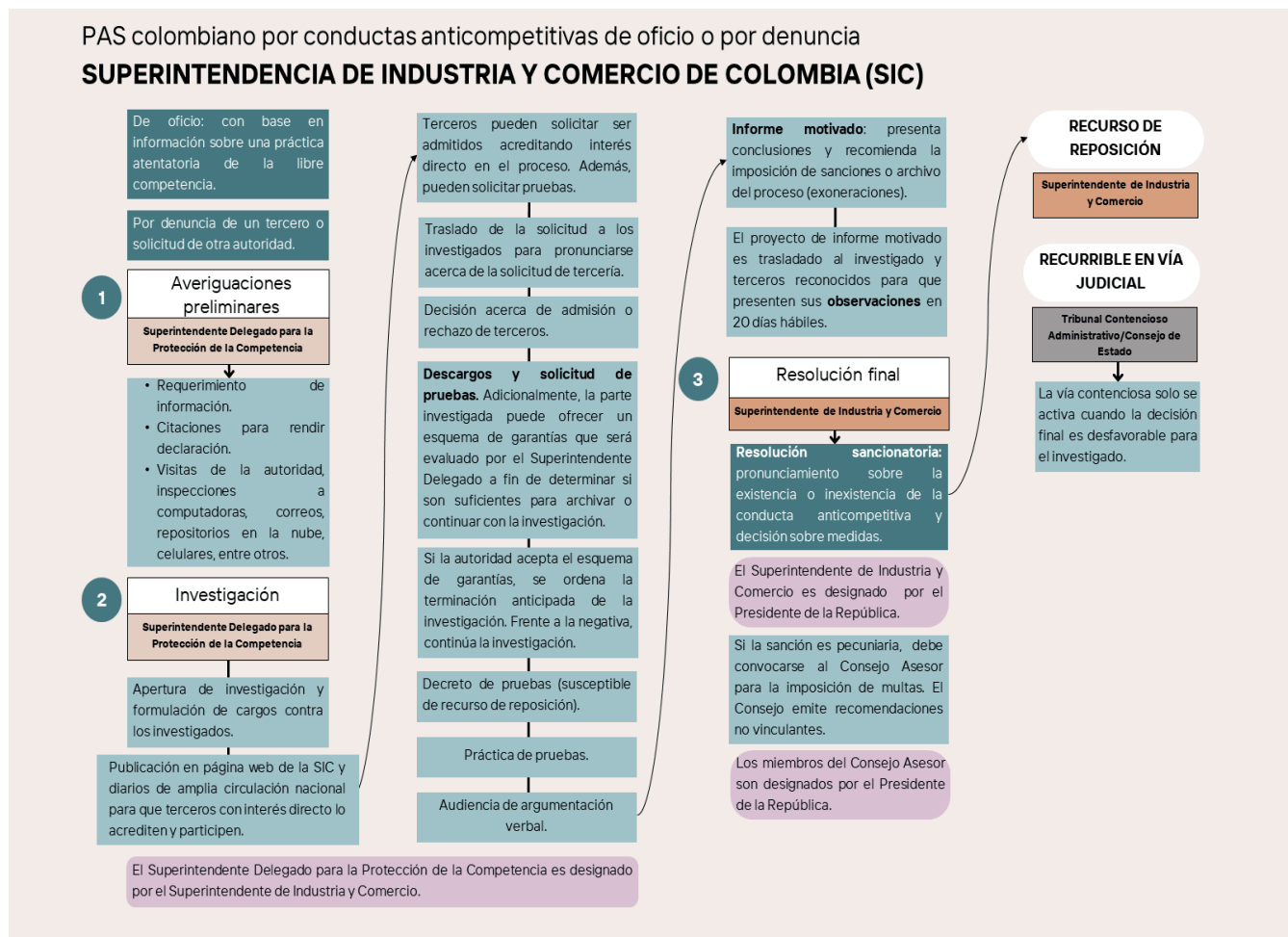
El PAS tramitado por la SIC se encuentra regulado por la Ley 1340 de 2009, por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia; la Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; y, el Decreto 092 de 2022, por el cual se modifica la estructura de la SIC y se determinan las funciones de sus dependencias.

El Gráfico 3 muestra los aspectos más relevantes del PAS tramitado por la SIC. La autoridad instructora es el superintendente delegado para la Protección de la Competencia, y la decisora es el superintendente de Industria y Comercio. El primero, que es un subordinado del segundo y designado por este, se encarga de las averiguaciones preliminares, de la apertura de investigación y formulación de cargos contra los investigados, y de la actuación de los medios probatorios. Concluye la investigación con un informe motivado (informe de instrucción), a través del cual presenta conclusiones y recomienda la imposición de sanciones o el archivo de la investigación.

El superintendente de Industria y Comercio, que es designado por el presidente de la República, ordena medidas cautelares y resuelve el asunto. Si pretende imponer una sanción pecuniaria, convoca al Consejo Asesor, el que emite recomendaciones no vinculantes sobre la imposición de multas. Los miembros de dicho consejo también son designados por el presidente de la República.

Los sancionados pueden presentar recurso de reposición contra la resolución del superintendente de Industria y Comercio, el cual es resuelto por esta autoridad. Contra la resolución final del PAS, los interesados pueden presentar demanda en la vía contenciosa administrativa.

Gráfico 3: el PAS tramitado por la SIC de Colombia



Fuente: elaboración propia

En el PAS que tramita la SIC se diferencia a la autoridad instructora de la decisora, por lo que se encuentra en el segundo estadio. La primera es una subordinada de la segunda. Ambas son autoridades unipersonales. La SIC es una entidad pública del Poder Ejecutivo (gobierno nacional). El superintendente de Industria y Comercio ejerce en la entidad funciones administrativas y resolutivas.

VII. EL PAS TRAMITADO POR EL INDECOPI DEL PERÚ

En el Perú hay dos autoridades de defensa de la libre competencia. En el mercado de telecomunicaciones es el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel)¹⁴, y en los demás mercados es el Indecopi.

El PAS tramitado por el Indecopi se rige por el Decreto Legislativo 1034 - Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, el Decreto Legislativo 1033 - Ley de Organización y Funciones del Indecopi y, supletoriamente, por la Ley 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General.

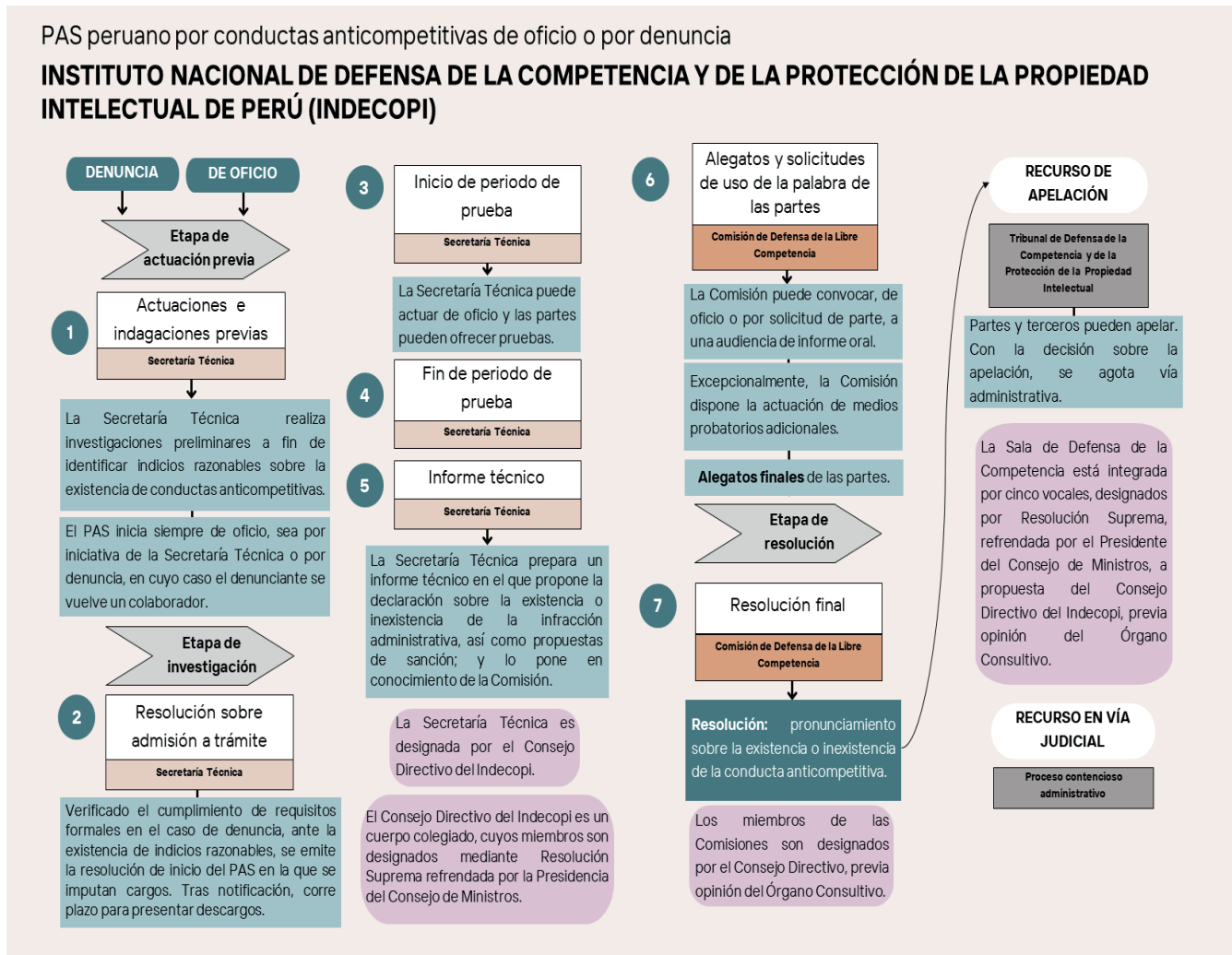
El Indecopi se divide en dos áreas: la administrativa y la funcional. La primera está compuesta por el Consejo Directivo, la Presidencia Ejecutiva, la Gerencia General y los órganos subordinados a esta (de asesoramiento, de apoyo, de línea y desconcentrados). La segunda está integrada por los órganos resolutivos, que en primera instancia son las Comisiones y Direcciones y en segunda las Salas Especializadas del Tribunal¹⁵ del Indecopi. El Gráfico 4 muestra los aspectos más relevantes del PAS tramitado por el Indecopi. La autoridad instructora es la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia, que es un órgano de línea subordinado a la Gerencia General, y entre sus funciones está la de ejercer la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, cuyas atribuciones como autoridad instructora se encuentran reguladas en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. El órgano decisor es dicha comisión, un cuerpo colegiado integrado por cuatro personas.

El secretario técnico inicia el PAS, actúa los medios probatorios y emite el informe técnico (informe de instrucción). De manera excepcional, y con previo acuerdo de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, puede ordenar la inmovilización de documentos. Esta comisión, por su parte, como autoridad decisora, puede dictar medidas cautelares y correctivas e imponer sanciones.

14 Art. 17 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

15 El Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.

Gráfico 4: el PAS tramitado por el Indecopi del Perú



Fuente: elaboración propia

Las resoluciones de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia son apelables ante la Sala Especializada de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi, integrada por cinco vocales. Las resoluciones de esta sala, que agotan la vía administrativa, son impugnables ante el Poder Judicial a través del proceso contencioso administrativo.

Una peculiaridad del PAS que tramita el Indecopi es que la Secretaría Técnica puede apelar la decisión de la Comisión que exculpa a los investigados, así como la multa impuesta.

El director Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia es designado por la Gerencia General del Indecopi (área administrativa). En la medida que ejerce funciones del secretario Técnico de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, debería ser designado o ratificado por el Consejo Directivo, en aplicación de lo establecido en el literal d) del art. 5 de la Ley de Organización y Funciones del Indecopi.

Los miembros de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (área funcional) son designados por el Consejo Directivo del Indecopi, previa opinión del Consejo Consultivo. Los vocales de la Sala Especializada de Defensa de la

Competencia (área funcional) son designados por resolución suprema firmada por el presidente de la República y refrendada por el presidente del Consejo de Ministros, a propuesta del Consejo Directivo del Indecopi.

El PAS del Indecopi se encuentra en el segundo estadio. La autoridad instructora es un órgano unipersonal del área administrativa del Indecopi, mientras que la decisora (o sancionadora) es un órgano colegiado del área funcional de dicha entidad. La segunda instancia administrativa también es un cuerpo colegiado del área funcional del Indecopi. Este es un organismo público del Poder Ejecutivo.

Con el fin de fortalecer la autonomía institucional del Indecopi, se han presentado proyectos de ley (de reforma constitucional) con el objetivo de dotarle de rango constitucional. Hasta la fecha no han sido aprobados.

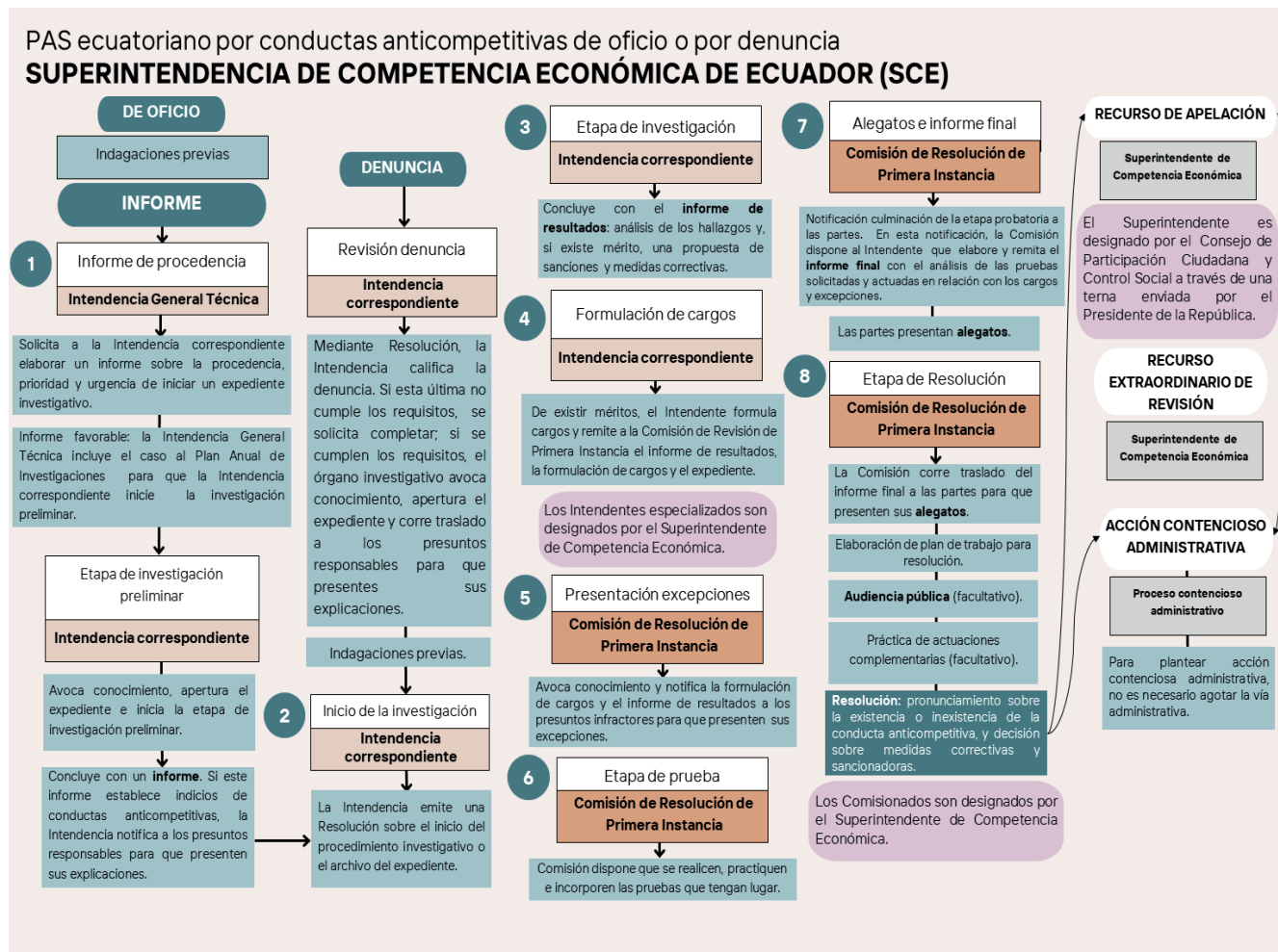
VIII. EL PAS QUE TRAMITA LA SCE DEL ECUADOR

El PAS tramitado por la SCE se encuentra regulado por la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), el Reglamento para la aplicación de la LORCPM y el Instructivo de Gestión Procesal Administrativo¹⁶.

El Gráfico 5 muestra los aspectos más relevantes del PAS tramitado por la SCE. Es un PAS de segundo estadio que diferencia a la autoridad instructora de la decisora. La primera es la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, encargada de la investigación preliminar, de iniciar el PAS mediante resolución, de actuar medios probatorios y de concluir la investigación con el informe de resultados (un informe de instrucción con formulación de cargos). La segunda es la Comisión de Resolución de Primera Instancia, un órgano colegiado, la que decide sobre la interposición de medidas cautelares (a sugerencia del intendente o del denunciante), así como si hay o no responsabilidad administrativa e impone, según sea el caso, las sanciones y medidas correctivas correspondientes. En atención a una reforma de la LORCPM realizada en mayo de 2023, la Comisión puede ordenar la apertura de un término probatorio. En la notificación de conclusión del término de prueba, la Comisión dispondrá al intendente competente que elabore y remita el informe final que contendrá, entre otros, el análisis de las pruebas solicitadas y actuadas en relación con los cargos y excepciones.

16 Actualizado por Resolución SCE-DS-2023-15 del 17 de noviembre de 2023.

Gráfico 5: el PAS tramitado por la SCE del Ecuador



Fuente: elaboración propia

El pronunciamiento de la Comisión de Resolución de Primera Instancia es apelable ante la máxima instancia de la entidad, que es el superintendente de Competencia Económica. También cabe recurso extraordinario de revisión ante dicha instancia. La resolución del superintendente es susceptible de ser impugnada ante el Poder Judicial a través de la acción contencioso-administrativa¹⁷.

El superintendente de Competencia Económica designa al intendente Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas y a los comisionados que integran la Comisión de Resolución de Primera Instancia. El superintendente es designado por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social —un organismo constitucional que ejerce una función estatal diferente a la ejecutiva, legislativa y judicial¹⁸— a partir de una terna enviada por el presidente de la República.

El PAS que tramita la SCE pertenece al segundo estadio. La autoridad instructora es unipersonal, mientras que la decisora es un órgano colegiado. La segunda instancia administrativa es una autoridad unipersonal. La SCE no forma parte de la Función Ejecutiva, sino de la Función de Transparencia y Control Social, en la cual se encuentra la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado y todas las superintendencias.

17 Art. 69 de la LORCPM.

18 La Constitución de la República del Ecuador de 2008 organiza al Estado en cinco funciones: la Ejecutiva, la Legislativa, la Judicial (división tradicional), la Electoral y la de Transparencia y Control Social. El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, perteneciente a esta última función, es una entidad colegiada cuyos miembros son elegidos por votación ciudadana.

IX. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Para la investigación y sanción de conductas anticompetitivas, la SGCA y la AEMP de Bolivia tramitan PAS del primer estadio, en los que no hay diferencia entre la autoridad instructora y sancionadora. En ambos casos, son autoridades unipersonales las que conducen la investigación y sancionan a los responsables. El secretario general en el primer caso, y el director ejecutivo, en el segundo. Ambos ejercen funciones administrativas como funcionales (resolutivas) en las respectivas entidades. Mientras que el director ejecutivo de la AEMP es designado por el presidente del Estado Plurinacional, el secretario general es designado por los cancilleres y ministros de comercio de los cuatro países miembros de la Comunidad Andina. La AEMP es una institución pública del Poder Ejecutivo boliviano. La SGCA es un organismo internacional (supranacional).

La SIC de Colombia tramita un PAS de segundo estadio. El instructor es el superintendente delegado para la Protección de la Competencia y el sancionador es el superintendente de Industria y Comercio. El primero es un subordinado del segundo y designado por este, el cual, a su vez, es designado por el presidente de la República. Si bien se diferencia a las autoridades instructora y decisora, ambas forman parte de la misma entidad pública, la SIC, que está adscrita al Poder Ejecutivo colombiano. El superintendente de Industria y Comercio ejerce en la entidad funciones administrativas y funcionales.

El Indecopi del Perú tramita un PAS de segundo estadio. El instructor es el director Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia, que forma parte del área administrativa del Indecopi, y que ejerce la función de secretario técnico de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia. Esta comisión, que es un cuerpo colegiado, resuelve el PAS en primera instancia administrativa, y forma parte de los órganos resolutivos (o funcionales) del Indecopi. La segunda instancia es la Sala Especializada de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi, también un órgano resolutivo y colegiado. El instructor es designado por el gerente general —en atención a lo establecido en el literal d) del art. 5 de la Ley de Organización y Funciones del Indecopi, debería ser designado o ratificado por el Consejo Directivo—, los integrantes de la comisión son designado por el Consejo Directivo y los vocales de la sala son designados por el presidente de la República y el presidente del Consejo de Ministros. Ni la comisión ni la sala ven asuntos de carácter administrativo. El Indecopi es un organismo público del Poder Ejecutivo peruano.

La SCE del Ecuador tramita un PAS de segundo estadio. El instructor es el intendente Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, y el sancionador es la Comisión de Resolución de Primera Instancia, que es un órgano colegiado. La segunda instancia administrativa es el superintendente de Competencia Económica, quien designa a las autoridades instructora y decisora. El superintendente, que ejerce en la entidad tanto funciones administrativas como funcionales, es designado por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, un organismo constitucionalmente autónomo. La SCE no forma parte de la Función Ejecutiva ecuatoriana, sino de la denominada Función de Transparencia y Control Social.

Todo lo anterior se sintetiza en el siguiente cuadro:

Cuadro: diseño de los procedimientos administrativos sancionadores (PAS) que investigan conductas anticompetitivas en la Comunidad Andina y en los países que la integran

PAS	Autoridad / Poder del Estado	Estadio del PAS	Instructor	Decisor	Recurso administrativo
Comunidad Andina	SGCA / Ejecutivo comunitario (supranacional)	Primer estadio. No separa funciones.	Secretario General (unipersonal)	Secretario General (unipersonal)	Recurso de reconsideración ante Secretario General (unipersonal)
El Secretario General ejerce en la entidad funciones administrativas y resolutivas (funcionales).					
Bolivia	AEMP/ Ejecutivo	Primer estadio. No separa funciones.	Director Ejecutivo (unipersonal)	Director Ejecutivo (unipersonal)	Recurso jerárquico ante Ministro de Desarrollo Productivo y Economía Plural (unipersonal)
El Director Ejecutivo de la AEMP ejerce en la entidad funciones administrativas y resolutivas (funcionales).					
Colombia	SIC/ Ejecutivo	Segundo estadio. Sí separa funciones.	Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia (unipersonal)	Superintendente de Industria y Comercio (unipersonal)	Recurso de reposición ante Superintendente de Industria y Comercio (unipersonal)
El Superintendente de Industria y Comercio ejerce en la entidad funciones administrativas y resolutivas (funcionales).					
Perú	Indecopi/ Ejecutivo	Segundo estadio. Sí separa funciones.	Secretario Técnico de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (unipersonal)	Comisión de Defensa de la Libre Competencia (órgano colegiado)	Apelación ante la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi (órgano colegiado)
En el Indecopi existe una división entre el área funcional (a la que pertenece la Comisión y el Tribunal) y el área administrativa.					
Ecuador	SCE/ Transparencia y control social	Segundo estadio. Sí separa funciones.	Intendente Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (unipersonal)	Comisión de Resolución de Primera Instancia (órgano colegiado)	Apelación ante Superintendente de Competencia Económica (unipersonal)
El Superintendente de Competencia Económica ejerce en la entidad funciones administrativas y resolutivas. La SCE no pertenece al Poder Ejecutivo, sino que pertenece a una función del Estado distinta denominada de Transparencia y Control Social.					

Fuente: elaboración propia

Las recomendaciones de mejora legislativa podrían ser las siguientes:

- a. Para Bolivia y la Comunidad Andina, pasar del primer estadio al segundo, a efectos de que el PAS diferencie a la autoridad instructora de la sancionadora.
- b. Para Colombia, que ya se encuentra en el segundo estadio, que el sancionador sea un órgano colegiado, como ocurre en el Indecopi y la SCE. La segunda instancia administrativa podría ser el superintendente de Industria y Comercio o, siguiendo el modelo peruano, un órgano colegiado con exclusivas funciones resolutivas.
- c. Para Perú, que también se encuentra en el segundo estadio y cuyas autoridades de primera y segunda instancia administrativa son cuerpos colegiados, la mayor autonomía institucional consistiría en alejar la designación del Consejo Directivo del gobierno nacional. De allí que resulte apropiado discutir y aprobar las iniciativas legislativas existentes a efectos de dotar a dicha entidad de rango constitucional.
- d. Para Ecuador, que también se encuentra en el segundo estadio y cuya cabeza goza de mayor independencia con respecto al gobierno nacional, que la segunda instancia administrativa sea un órgano colegiado con exclusivas funciones resolutivas.

Sin perjuicio de lo mencionado, de haber respaldo del parlamento correspondiente y mayores recursos públicos, los países miembros de la Comunidad Andina podrían seguir el modelo chileno, en el cual la Fiscalía Nacional Económica (la autoridad instructora) y el Tribunal de Defensa de la Competencia (la autoridad decisor) operan en entidades públicas separadas.

Caminar hacia mejores escenarios de imparcialidad e independencia de las autoridades instructora y decisor en los procedimientos de investigación y sanción de conductas anticompetitivas, si bien refuerza el derecho de defensa de los agentes económicos investigados, no implica la nulidad o invalidez de los estadios previos.

Lima, septiembre de 2024.



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:

Hugo R. Gómez Apac, Mario Mateo Santos Pérez y Camila Mera Acosta "Sobre la separación de las autoridades de instrucción y de sanción en los procedimientos de investigación de conductas anticompetitivas en la Comunidad Andina y en los países que la integran", *Investigaciones CeCo* (octubre, 2024),

<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