

**LA DEBILITADA LUCHA CONTRA LOS CARTELES EN ECUADOR:  
PRESUNCIONES DESVANECIDAS, PRUEBAS INALCANZABLES E INFRACCIONES IMPOSIBLES<sup>1</sup>**

**THE WEAKENED FIGHT AGAINST CARTELS IN ECUADOR:  
FADED PRESUMPTIONS, UNREACHABLE PROOFS AND IMPOSSIBLE VIOLATIONS**

Gustavo Andrés Villacreses Brito<sup>2</sup>  
g.a.villacreses@gmail.com

**RESUMEN**

El bienestar en libre mercado se alcanza protegiendo la competencia. Pero los carteles la eliminan y reemplazan por cooperación, fijando ilegalmente condiciones de comercio. El derecho de competencia los combate mediante disuasión, detección y sanción. Estos mecanismos son eficaces cuando son correctamente interpretados y aplicados. Pero en la práctica administrativa y judicial ecuatoriana existen erróneas interpretaciones de las normas de competencia. Este debilitamiento del régimen se da, al menos, en las presunciones de objeto y efecto; en el estándar de prueba para las prácticas concertadas; y, en la configuración de carteles en contratación pública. El resultado de estas erróneas interpretaciones es un estructuralmente debilitado mecanismo de lucha contra los carteles en Ecuador.

**PALABRAS CLAVE**

Carteles, Ecuador, Derecho de competencia, errónea interpretación, Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

**ABSTRACT**

Economic social welfare in free market is achieved by protecting competition. In spite of this fact, cartels replace it with cooperation illegally setting market conditions. Competition Law fights against them through deterrence, detection and sanction. This mechanism is effective when it is correctly interpreted and applied. However, in the Ecuadorian administrative and judicial practice there are erroneous interpretations of the competition regulation. This weakening of the regime occurs, at least, when enforcing rules of anti-competitive object and effect; the standard test for concerted practices; and, on the possibility of cartels in public procurement. The result of these erroneous interpretations is a structurally weakened fighting mechanism against cartels in Ecuador.

**KEYWORDS**

Cartels, Ecuador, Competition Law, jurisdictional error, Ecuadorian Organic Law of Competition.

Fecha de lectura: 11 de mayo de 2020  
Fecha de publicación: 11 de mayo de 2020

---

<sup>1</sup> Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Abg. Mario Navarrete Serrano, LL.M.

<sup>2</sup> © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

## SUMARIO

1. Introducción.-
2. Errónea interpretación de las reglas de anticompetitividad por objeto y por efecto.-
3. Errónea interpretación del estándar de prueba para las prácticas concertadas.-
4. Errónea interpretación sobre la posibilidad de carteles en procesos de contratación pública.-
5. Conclusión.

### 1. Introducción

*Los carteles son un cáncer en la sociedad;  
y el cáncer se evita, se detecta y se combate*<sup>3</sup>.

La economía de libre mercado tiene como piedra angular la libre competencia<sup>4</sup>. Así, la oferta y la demanda alcanzan equilibrios eficientes en pro del bienestar social<sup>5</sup>. El Derecho de Competencia (DDC) tiene como objetivo fundamental proteger este proceso con miras a maximizar el bienestar del consumidor<sup>6</sup>. Sin embargo, los operadores económicos actúan racionalmente adoptando estrategias para maximizar sus beneficios; y los carteles son la mayor afirmación a esta regla<sup>7</sup>. Los carteles eliminan la competencia y la reemplazan por la cooperación fijando ilegalmente condiciones del mercado, como precios, reparto de clientes y mercados, o amañando las ofertas públicas<sup>8</sup>. Los carteles son comunes pero tienen como principales afectados a los países en vías de desarrollo<sup>9</sup>. Sus administraciones tienen relativamente pocos recursos para alcanzar los niveles medios de detección y sanción exitosa a carteles, llegando únicamente entre 10-30% de sancionados<sup>10</sup>. Por ello los carteles son la

---

<sup>3</sup> Ver, Mario Monti (ex comisionado de competencia de la Unión Europea), “Fighting Cartels Why and How? Why should we be concerned with cartels and collusive behaviour?”, presentado en *3rd Nordic Competition Policy Conference*, Estocolmo, 11-12 de septiembre de 2000.

<sup>4</sup> Ver, Jian Zhang y Ning Zhao, “Research on the Market Economy Model”, *International Proceedings of Economics Development and Research* 7 (2011), 106.

<sup>5</sup> Ver, Thomas M. Jones *et al.*, “Management theory and social welfare: contributions and challenges”, *Academy of Management Review* 41/2 (2016), 217.

<sup>6</sup> Ver, Trade and Development Board, “The impact of cartels on the poor”, presentado en *United Nations Conference on Trade and Development*, Ginebra, 8–12 de julio de 2013, 3.

<sup>7</sup> Ver, Marc Ivaldi, Frédéric Jenny y Aleksandra Khimich, “Cartel Damages to the Economy: An Assessment for Developing Countries”, en Martha Martínez Licetti, Georgiana Pop, Sara Nyman y Tania Priscilla Begazo Gomez, *A Step Ahead: Competition Policy for Shared Prosperity and Inclusive Growth* (Washington, DC: World Bank, 2017), 75.

<sup>8</sup> Ver, OECD, *Competition Trends 2020*, Secretary-General OECD, 2020, 27.

<sup>9</sup> Ver, OECD y World Trade Organization, *Aid for Trade at a Glance 2019: Economic Diversification and Empowerment*. Paris, 2019, 149; Frédéric Jenny, “Cartels and Collusion in Developing Countries: Lessons from Empirical Evidence”, *World Competition* 29/1 (2006), 109.

<sup>10</sup> Ver, OECD, *International Cartels Database*, (acceso 20 de febrero de 2020).

mayor preocupación de los regímenes de competencia<sup>11</sup>. El DDC ha estructurado su lucha contra los carteles mediante tres niveles: disuasión, detección y sanción<sup>12</sup>. Para que este sistema funcione deben estar alineados los desincentivos para crear carteles y los incentivos para delatar los creados. Así por ejemplo, la sanción y la detección tienen un componente disuasivo, y las autoridades de competencia deben considerar cómo sus acciones afectan a los tres niveles.

Respecto al primer nivel, se busca grados adecuados de sanción que puedan alcanzar la disuasión necesaria. Es así que el principal elemento disuasivo en la lucha contra las conductas anticompetitivas son las multas<sup>13</sup>. No obstante, a partir de cierto rango las multas ya no alcanzan la disuasión<sup>14</sup>. Para compensar esta limitación se ha logrado sumar sanciones adicionales contra las empresas, como impedirles ser contratistas públicos<sup>15</sup>, y contra los directivos de las empresas cartelizadas<sup>16</sup>, ya sea cárcel o multas<sup>17</sup>. Debido a la complejidad de la lucha contra los carteles, los mecanismos de disuasión no son suficientes, por lo que la detección es necesaria. Para detectar carteles las agencias destinan una gran cantidad de recursos<sup>18</sup>. Un reciente ejemplo es la conformación del *Task Force* conformado por el FTC<sup>19</sup>. Por otro lado, las autoridades también han buscado crear incentivos para que los cartelistas confiesen su existencia, como el régimen de delación compensada. Este puede definirse como “[...] la concesión de inmunidad o reducción de sanciones por infracciones anticompetencia a cambio de la cooperación con las autoridades”<sup>20</sup>. Una vez detectado el cartel se procede al siguiente nivel. La sanción es necesaria como una pena por una conducta socialmente

---

<sup>11</sup> Ver, European Commission. *Report on Competition Policy 2008*. Bruselas, 23 de julio de 2009, 3.

<sup>12</sup> Ver, European Commission. *Report on Competition Policy 2010*. Bruselas, 10 de junio de 2011, 5.

<sup>13</sup> Ver, Cento Veljanovski, “Cartel fines in Europe: Law, Practice and Deterrence”, *World Competition* 29 (2007), 7-10.

<sup>14</sup> *Id.* 12-15.

<sup>15</sup> Ver, Richard A. Powers, “Remarks as Prepared for the American Bar Association Public Contract Law Section’s 2019 Public Procurement Symposium”, *Department of Justice, San Diego-California*, 25 de octubre de 2019, 9-10.

<sup>16</sup> Ver, Samet Caliskan, “Individual Behaviour, Regulatory Liability, and a Company’s Exposure to Risk: The Deterrent Effect of Individual Sanctions in UK Competition Law”, *Journal of European Competition Law & Practice* 10/6 (2019), 3.

<sup>17</sup> Ver, Jingyuan Ma y Mel Marquis, “Moral wrongfulness and cartel criminalization in East Asia”, *Arizona Journal of International & Comparative Law* 35/3 (2018), 379.

<sup>18</sup> Ver, Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, “Review of the Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels [OECD/LEGAL/0294]”, *Organisation for Economic Co-operation and Development*, 4 de julio de 2019, 70-72.

<sup>19</sup> Ver, Federal Trade Commission. *FTC’s Bureau of Competition Launches Task Force to Monitor Technology Markets*, 16 de febrero de 2019.

<sup>20</sup> Wouter P. J. Wils, “Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice”, en Stefan Voigt, Max Albert y Dieter Schmidtchen (eds), *The More Economic Approach to European Competition Law, Conferences on New Political Economy*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, 203 (traducción no oficial).

indeseable, pero también con otro efecto: disuade conductas futuras<sup>21</sup>. En esta etapa es indispensable que la autoridad use eficientemente mecanismos procesales diseñados por el legislador para lograr una sanción más sencilla, ya sea para probar su existencia a partir de indicios; no tener que probar efectos; o, aplicar sanciones suficientemente severas<sup>22</sup>. De esta manera se logra mantener un nivel adecuado de disuasión de una práctica con consecuencias socialmente gravosas.

Por ser los carteles el cáncer de la sociedad, es necesario comprender la importancia de políticas públicas que aúpen el cumplimiento de cada nivel, y que cada órgano público, incluidas las autoridades de competencia, apliquen de manera justa pero efectiva las herramientas legales que tienen a su disposición. Lastimosamente, la práctica de las autoridades administrativas y judiciales ecuatorianas desnaturaliza estos elementos, impidiendo la disuasión necesaria, la persecución eficiente y sanción efectiva en la lucha contra los carteles. Esto ocurre como consecuencia de una errónea interpretación sistemática de las normas vigentes<sup>23</sup>. Para demostrarlo se analizarán tres casos que dejarán en evidencia que: (i) se ha establecido una errónea interpretación de las reglas de anticompetitividad por objeto y por efecto; (ii) se ha actuado con una errónea interpretación del estándar de prueba para la manifestación de las prácticas concertadas; y, (iii) se ha forjado una supuesta imposibilidad de cartelización en procesos de contratación pública. Tras este análisis, la única conclusión posible será que Ecuador sufre actualmente un debilitamiento innecesario en su lucha contra carteles.

## **2. Errónea interpretación de las reglas de anticompetitividad por objeto y por efecto**

### **2.1 La anticompetitividad por objeto y por efecto**

El régimen legal sobre prácticas anticompetitivas en Ecuador está comprendido en la LRCPM, Capítulo II, Sección 3. El primer artículo proscribire toda conducta realizada en interacción entre dos o más operadores cuyo “objeto o efecto” sea o pueda alterar la

---

<sup>21</sup> Ver, Mohd Na'aim *et al.*, “The Use of Leniency Programme in Detecting Cartels in Malaysia”, *Academic Journal of Interdisciplinary Studies* 8/2 (2019), 236.

<sup>22</sup> Ver, Caso T-21/99: Dansk Rørindustri c. Comisión Europea, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 20 de marzo de 2002, 1695.

<sup>23</sup> En este trabajo nos centraremos en la errónea interpretación de herramientas jurídicas que el legislador creó para auxiliar a la SCPM en una lucha efectiva contra los carteles. Dejaremos de lado, por cuestiones de espacio, reflexiones sobre diseño normativo (de primer, segundo o tercer grado) inadecuado. Se entiende a la errónea interpretación como el acto en el cual “el juez escogió correctamente la norma que regula el asunto controvertido, al momento de aplicarla no entendió su contenido o lo entendió mal, atribuyéndole un sentido que no le corresponde”. Resolución N° 97-2013, Corte Nacional de Justicia, Sala de los Civil y Mercantil, 1 de marzo de 2013.

competencia natural en el mercado. Se considera que existen dos tipos de conductas por cooperación entre operadores: aquellas que causan efectos perjudiciales reales o potenciales en el mercado; y, aquellas que por su sola naturaleza se presumen perniciosas para la competencia<sup>24</sup>. Las primeras son las conductas anticompetitivas por su efecto y las segundas aquellas anticompetitivas por su objeto<sup>25</sup>. Entonces, el sistema de competencia ecuatoriano ha adoptado expresa y textualmente el modelo “objeto-efecto”, mismo que en la regulación europea<sup>26</sup>.

La calificación y sanción de las conductas anticompetitivas por su efecto resulta de la prueba a cargo de la autoridad sobre los efectos nocivos a la competencia. Implica una gran carga probatoria de definición de mercados relevantes y análisis económicos de efectos en el mercado<sup>27</sup>. Por otro lado, en las anticompetitivas por objeto, si una conducta ha sido prevista como tal en el ordenamiento no se requiere probar daño alguno para calificarla como ilícita. Resulta que la cooperación entre operadores, la conducta por sí misma, es suficiente para devenir en responsabilidad<sup>28</sup>. Con “objeto” no se hace referencia a la intención de los operadores<sup>29</sup>. El objeto es un término de arte en el DDC que hace referencia al “propósito del acuerdo, teniendo en cuenta sus términos, el contexto jurídico y económico en el que se celebró y la conducta de las partes, [cuando] es apreciablemente restringir la competencia en el mercado común”<sup>30</sup>. Los escenarios clásicos de anticompetitividad por objeto son en su mayoría carteles: fijación de precios, limitaciones a oferta, distribución de mercados o clientes,

---

<sup>24</sup> La presunción de efectos anticompetitivos parte de experiencia frente a estas conductas. *Ver*, Caso C-209/07: Competition Authority c. Beef Industry Development Society Ltd and Barry Brothers Meats, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 4 de septiembre del 2008, párr. 17.

<sup>25</sup> *Ver*, Caso C-32/11: Allianz Hungária Biztosító Zrt and Others c. Gazdasági Versenyhivatal, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 4 de marzo de 2013, 160.

<sup>26</sup> La similitud entre ambos sistemas jurídicos es relevante porque permite un análisis comparado. El artículo 101(1) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea prescribe textualmente, al igual que el régimen ecuatoriano, que “[s]erán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos [...] que tengan por objeto o efecto impedir[...] la competencia”. La Corte de Justicia de la Unión Europea reconoció la existencia de las reglas objeto-efecto en la normativa comunitaria de competencia. *Ver*, Caso 56/65: Société Technique Minière (L.T.M.) c. Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.), 30 de junio de 1966. En contraposición, el sistema anglosajón contempla el modelo *per se*-razón. *Ver*, Addyston Pipe and Steel Co. c. United States, Corte Suprema, 4 de septiembre de 1899, 175. *Ver*, European Commission. “Guidance on restrictions of competition ‘by object’ for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice”, *Commission Staff Working Documents*, Bruselas: 25 de septiembre de 2014).

<sup>27</sup> *Ver*, Guidelines on the Application of Article 81(3) of the Treaty (Article 101(3) Guidelines). Communication from the Commission, European Commission, 2004/OJ/C 101/97, 27 de abril de 2004, 24-27.

<sup>28</sup> *Ver*, Stephen Dnes, “Object and effect: What role for structured evidence rules?”, *Competition Law Review* 11/2 (2016), 240.

<sup>29</sup> *Ver*, Caso C-551/03: General Motors c. Comisión Europea, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2005, 77-78.

<sup>30</sup> Caso C-96/82: IAZ c. Comisión Europea, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 8 de noviembre de 1983, párr. 25.

manipulación de procesos públicos de contratación<sup>31</sup>. En Ecuador estos escenarios se prescriben en el Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (RLORCPM) art. 8.

El origen de la ilicitud por objeto es una presunción, en contraposición a las conductas presuntamente lícitas hasta probar sus efectos (anticompetitivas por efecto). Esta presunción es una de carácter legal<sup>32</sup>; por ejemplo, la fijación de precios, cuotas de producción, reparto de mercados-clientes, y amañamiento en contratación pública, podrían ser lícitas cuando no afectan a la competencia<sup>33</sup>. Es carga probatoria para los operadores perseguidos demostrar que existen explicaciones alternativas para la conducta (como el paralelismo consciente) o que es eficiente<sup>34</sup> (por el régimen de exenciones)<sup>35</sup>. Entonces, el sistema ecuatoriano sí pondera los efectos pro-competitivos de la conducta<sup>36</sup>, pero lo hace únicamente como una exención a cargo del operador. La existencia de los carteles en las sombras implica dos dificultades para la autoridad: presencia de prueba trucada sobre su existencia; y, gasto excesivo de recursos públicos para su persecución por prueba de efectos<sup>37</sup>. La última complicación se evita mediante el régimen de presunciones por su objeto anticompetitivas. Así se releva de la carga probatoria a la autoridad estatal, permitiendo una mayor eficiencia<sup>38</sup>. No se requiere un minucioso análisis de mercados relevantes y tampoco prueba económica de efectos<sup>39</sup>.

---

<sup>31</sup> Ver, Alexander Italianer, “Competitor agreements under EU competition law”, presentado en *40th Annual Conference on International Antitrust Law and Policy*, Fordham Competition Law Institute, Nueva York, 26 de septiembre de 2013, 2.

<sup>32</sup> Ver, Imelda Maher, “The Challenge of European Competition Network Convergence in the Definition of Harm to Competition”, en *The Notion of Restriction of Competition: Revisiting the Foundations of Antitrust Enforcement in Europe*, ed. Geradin y Merola (Bruselas: Bruylant, 2017), 265.

<sup>33</sup> A diferencia de la anglosajona regla de la razón, el modelo objeto-efecto no busca una ponderación entre los efectos pro y anticompetitivos, sino que se enfoca en la mera existencia de restricciones (daños) al proceso de competencia. Ver, Kelvin Kwok, “Object and Intention under Article 101 TFEU: Lessons from Australia, New Zealand and Analytical Jurisprudence”, *Common Law World Review* 48/3 (2019), 120. El análisis de ponderación entre los efectos negativos a la competencia y las potenciales contribuciones de la conducta se contempla como defensa procesal para el operador, mas no como un paso en la calificación de ilicitud de la conducta por la autoridad. Ver, Pedro Caro de Sousa y Federica Maiorano, “Safe Harbours and Legal Presumptions in Competition Law”, presentado ante *Directorate for Financial And Enterprise Affairs, Competition Committee OECD*, 5-6 de diciembre de 2017, 6.

<sup>34</sup> Ver, Caso C-56/64: Consten and Grundig c. Comisión Europea, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 13 de julio de 1966, 299.

<sup>35</sup> Ver, Artículo 12, Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado [LORCPM]. R.O. Suplemento 555 de 13 de octubre de 2011.

<sup>36</sup> Ver, Artículo 12, LORCPM.

<sup>37</sup> Ver, Mohd Na’aim *et al.*, “The Use of Leniency Programme in Detecting Cartels in Malaysia”, *Academic Journal of Interdisciplinary Studies* 8/2 (2019), 226.

<sup>38</sup> Ver, Caso T-21/99: Dansk Rørindustri c. Commission of the European Communities, Decisión de la Corte de Primera Instancia de la Unión Europea, 20 de marzo de 2002, 74.

<sup>39</sup> Ver, Kelvin Kwok, “Object and Intention under Article 101 TFEU: Lessons from Australia, New Zealand and Analytical Jurisprudence”, *Common Law World Review* 48/3 (2019), 133.

Sin embargo, parecería que la errónea interpretación de esta normativa por parte del poder judicial ecuatoriano ha dificultado la labor de la autoridad administrativa, Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM), al considerar que el sistema nacional adopta la regla de la razón (propia del régimen anglosajón), desentendiendo lo que involucra la anticompetitividad por objeto. Como resultado se desvanece el régimen de presunciones que el legislador adoptó para lograr una eficaz lucha contra carteles.

## **2.2 Errónea interpretación de las reglas de anticompetitividad en el régimen ecuatoriano**

En el caso SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026<sup>40</sup>, la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas de la SCPM (IIAPMAPR), abordó un presunto contubernio entre un órgano público y dos operadores. La colusión se dio en un proceso pre-contractual público por oferta inversa. Según el operador denunciante la interacción entre los operadores buscaba la presentación organizada de ofertas para la licitación, falseando la competencia y logrando la adjudicación<sup>41</sup>. El denunciante consideró que el órgano público no cumplió a cabalidad con el procedimiento de contratación<sup>42</sup>. Tras las investigaciones, la SCPM concluyó que “existió una práctica concertada, al falsear y distorsionar la competencia en la presentación de ofertas y en la etapa de puja del proceso de contratación [...], llegando a la conclusión de que infringió el numeral 6 del artículo 11 de la LORCPM”<sup>43</sup>. Con base en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM) art. 78 num. 1, la SCPM zanjó como una infracción muy grave e impuso una multa por US\$ 2’334.265,32. La autoridad y la Fiscalía General del Estado no encontraron vinculación del órgano contratante en las conductas, por lo que se desestimó toda responsabilidad administrativa y penal.

Ante la multa, el operador sancionado presentó en sede judicial un recurso subjetivo<sup>44</sup>. En el proceso el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo (TDCA) considero el siguiente alegato del operador: falta de motivación para la sanción por supuesta necesidad de

---

<sup>40</sup> Ver, Trámite Administrativo SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026, Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas SCPM, abierto el 20 de noviembre de 2013.

<sup>41</sup> *Id.*, Denuncia incorporada en el expediente con fecha 1 de octubre de 2013.

<sup>42</sup> *Id.*

<sup>43</sup> Resolución de 7 de septiembre de 2015, Trámite Administrativo SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026, abierto el 20 de noviembre de 2013.

<sup>44</sup> Ver, Proceso Contencioso Administrativo por Subjetivo N° 17811-2016-01271, Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N° 1, iniciado el 13 de julio de 2016.

afectación al mercado para configurar una conducta anticompetitiva<sup>45</sup>. El TDCA analizó “[..] la existencia o preminencia de las reglas denominadas ‘per se’ y la ‘regla de la razón’ como estándares de evaluación de conductas prohibidas en la LORCPM [...]”<sup>46</sup>. Ante esto, al TDCA expuso que:

[D]epende el tipo de norma infraccional a ser aplicada para que, según el caso, determinar si la sola infracción preestablecida es por sí misma suficiente para establecerla a cualquier operador económico la sanción prevista en la ley ibídem [LORCPM], sin que deba necesariamente existir una afectación al interés económico general, en tanto la norma no lo prevea como efecto.- En la especie, el tipo infraccional contenido en el artículo 11 numeral 6 de la LORCPM, es una infracción que se sanciona per se, es decir no se exige un perjuicio (sic) real sobre el bien jurídico que protege la norma, no es contentiva de una condición expresa de efecto negativo en el mercado relevante que sea necesaria para su aplicación, bastando para ello que el órgano de control detecte, entre otros particulares, un acto u omisión, acuerdo o práctica concertada, cuyo objeto sea restringir, falsear o distorsionar la competencia; para el caso concreto, en una subasta inversa electrónica. [...] En tal virtud basta que dichos comportamientos tengan por objeto los efectos antes indicados para que se incurra en la infracción, independientemente de la verificación del resultado de la limitación, restricción, distorsión o falseamiento de las condiciones de competencia.- Se tiene por lo tanto en consideración las causas que generan dichas conductas y no las consecuencias o efectos que éstas generen<sup>47</sup>.

El TDCA decidió desestimar el argumento del operador sobre la falta de motivación, aunque al final decidió aceptar la demanda y anular el acto sancionatorio por un error al determinar la multa<sup>48</sup>. No obstante, tanto el operador económico involucrado como la autoridad presentaron recursos de casación. Se atendieron en un solo proceso por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia (CNJ)<sup>49</sup>. El operador económico accionante sostuvo nuevamente que:

[El] artículo 11 numeral 6 de la LORCPM, pues esta norma es de carácter sancionatorio y se refiere de manera puntual a las conductas que se realicen en el marco de la actividad contractual, cuyo objeto o efecto sea afectar la competencia; por lo que para el cumplimiento de la misma se debería identificar tres elementos en la conducta investigada, esto es que sea realizada en el marco de la contratación pública, que sea su objeto o efecto el impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, y que exista una real afectación de la competencia, sin que en el presente caso se haya dado cumplimiento a los dos últimas condiciones indicadas. Que claramente las actuaciones de [nombre de operador omitido] nunca se realizaron con el objeto de distorsionar un mercado, sin que exista documento o aseveración alguna cuyo objetivo sea falsear la competencia en un mercado determinado, [...]. Que por tanto los jueces distritales no pueden simplemente afirmar que basta la verificación de la existencia del comportamiento que pueda impedir, restringir,

---

<sup>45</sup> *Id.*, Demanda, 13 de julio de 2016.

<sup>46</sup> *Id.*, Sentencia, 19 de mayo de 2017.

<sup>47</sup> *Id.*

<sup>48</sup> *Id.*

<sup>49</sup> *Ver*, Recurso de Casación dentro del proceso N° 17811-2016-01271, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, iniciado el 7 de septiembre de 2017.

falsear o distorsionar la competencia para que supuestamente, de manera automática, se incurra en la infracción del artículo 11 numeral 6 de la LORCPM<sup>50</sup>.

La CNJ adoptó la posición del informe pericial y concluyó que la regla a aplicar en el DDC ecuatoriano para el análisis del daño y perjuicio al mercado es la regla de la razón, por lo que se debía evaluar los efectos de la conducta en el mercado. Sería entonces exigible un examen económico del mercado supuestamente afectado. Las prácticas anticompetitivas serían prohibidas y la sanción al operador económico procedería siempre y cuando en un mercado determinado se compruebe que los operadores han perjudicado a la competencia o al consumidor<sup>51</sup>.

En un intento de comprender e interpretar el régimen legal de competencia ecuatoriano a partir de esta posición pericial, la CNJ se volcó a un análisis a la luz del Derecho penal. Comparó los delitos de peligro concreto y los delitos de peligro abstracto; y sobre la LORCPM art. 11 concluyó que “[...] contiene infracciones de peligro concreto, al cual se le debe aplicar por tanto la regla de la razón, y no se tratan de mero peligro abstracto (en cuyo caso sí se podría aplicar la regla per se) [...]”<sup>52</sup>. Añadió que “[la SCPM] debe aplicar la regla de la razón que exige que se compruebe que los operadores han perjudicado a la competencia o al consumidor o al mercado, en el mercado relevante que la propia SCPM haya determinado en cada caso concreto”<sup>53</sup>. Con esto la CJN dejó a salvo la decisión de la autoridad respecto a la multa al operador, condicionándola a un análisis de efectos a la luz de la regla de la razón.

En consecuencia de la decisión de la CNJ, la SCPM reabrió el caso y en resolución de 1 de abril de 2019 decidió confirmar la sanción con una multa recalculada de US\$ 226.074,73; aplicando la regla de la razón ordenada por la CNJ<sup>54</sup>. No obstante, con fecha 8 de octubre de 2019 se dio una nueva Resolución en la que la autoridad explicó la razón para la comprensión de las conductas tipificadas en la LORCPM art. 11 y sustentó su análisis en el razonamiento expuesto por el Superintendente de Control del Poder de Mercado:

Es evidente entonces como la normativa ecuatoriana en materia de derecho de competencia no solo replica la división entre conductas sancionables por su objeto y efecto del modelo europeo, sino que también recoge su estructura tripartita. Por el contrario, ninguna disposición de la normativa primaria o secundaria vigente en el Ecuador, en materia de competencia, hace

---

<sup>50</sup> *Id.*, Escrito de recurso de casación presentado por Recuperación de Capital Contact Center RECAPT SA, 7 de septiembre de 2017.

<sup>51</sup> *Id.*, Sentencia, 19 de octubre de 2017.

<sup>52</sup> *Id.*

<sup>53</sup> *Id.*

<sup>54</sup> *Ver*, Trámite Administrativo SCPM-CRPI-2015-019, Comisión de Resolución de Primera Instancia SCPM, Resolución de 1 de abril de 2019.

referencia directa o indirecta a la regla per se o la regla de la razón, hecho que permite inferir, al menos preliminarmente, que dicho estándar para la evaluación de conductas no es aplicable a la luz de nuestro derecho positivo<sup>55</sup>.

No obstante, esta nueva resolución administrativa no ha logrado alejarse de la obligatoriedad de la decisión de la CNJ e implementó en su *ratio decidendi* la doctrina de la “regla de la razón abreviada” o *quick-look*. Según la autoridad, en los casos en los cuales los efectos anticompetitivos de una conducta son tan notorios, es lógico no proceder con un análisis exhaustivo para su sanción<sup>56</sup>. Un ejemplo de esto es el caso que nos ocupa: colusión en un procedimiento de licitación. La autoridad confirmó una multa de US\$ 277.037,37. La preocupación que resta es que la decisión de la CNJ respecto a la aplicabilidad de la regla de la razón en Ecuador no ha podido ser superada a la fecha, lo que eleva la vara de prueba y requiere acreditar en detalle los efectos de un cartel en el mercado. Esto crea una obligación ineficiente que implica una inversión importante de recursos para acreditar lo evidente.

### **2.3 Gravosas consecuencias para la anticompetitividad por objeto en Ecuador**

Del análisis a la decisión de la CNJ se desprende que ha existido una errónea interpretación del término “objeto” comprendido por la LORCPM art. 11 y en el RLORCPM art. 8. Esto desemboca en el establecimiento de un nuevo modelo de derecho de competencia en el régimen ecuatoriano. La CNJ ha desvirtuado la existencia de las reglas por objeto y por efecto, y ha insertado en el régimen ecuatoriano la regla anglosajona de la razón. Del establecimiento de la regla de la razón se desprenden tres efectos gravosos para la lucha contra carteles en Ecuador: (i) se ha desechado todo el régimen de presunciones de ilicitud de los carteles; (ii) se ha invertido la carga de la prueba en contra de la autoridad; y, (iii) se ha implementado un régimen en el cual ni siquiera basta la verificación de efectos negativos en el mercado, sino que se deben ponderar los efectos perniciosos y los efectos pro-competitivos.

La anticompetitividad por objeto permite que una conducta sea presunta como ilícita. Sin esta presunción, la enumeración de la LORCPM art. 11 y del RLORCPM art. 8 dejan de tener una finalidad, pues en todo caso se desvanece la presunción y se requiere prueba de efectos económicos. Esto lleva a la segunda consecuencia, y es que sin la presunción se crea una necesidad probatoria para la detección y sanción de los carteles. Esta carga probatoria ahora se ha desplazado a los hombros de la SCPM. La gravísima consecuencia es que por su naturaleza, los carteles nacen y se desarrollan en las sombras, gozando de extremas dificultades probatorias

---

<sup>55</sup> *Id.*, Resolución de 5 de julio de 2019.

<sup>56</sup> *Id.*, Resolución de 8 de octubre de 2019.

respecto a su existencia y efectos en el mercado. Sin embargo, ahora es responsabilidad de la autoridad el idear nuevos mecanismos para esta prueba, lo cual conduce a la tercera consecuencia.

Ahora ya no basta una simple constatación de daño a la competencia, como implicaba la desechada regla de anticompetitividad por efecto. Lo que la regla de la razón demanda es una ponderación entre los efectos pro-competitivos y de los anticompetitivos, y únicamente en el caso de primacía de los segundos es que se configura la ilicitud<sup>57</sup>. Este sistema aislado parecería desproporcional e ineficaz; sin embargo cobra total sentido en su originario contexto anglosajón. Allí es contrabalanceado por la existencia de su par: la regla *per se*. En el sistema estadounidense si bien por un lado se exige la ponderación para la sanción, por otro se penaliza sin piedad alguna (sin oportunidad de prueba en contrario) a las conductas anticompetitivas *per se*<sup>58</sup>. Lastimosamente este contrapeso no ha sido previsto por la CNJ en la modificación al régimen ecuatoriano, dejando desarmada a la SCPM.

Peor aún, el razonamiento de la CNJ adolece de un grave error lógico. Para llegar a la introducción de la regla de la razón ha comparado las conductas de la LORCPM art. 11 num. 6 con los delitos de peligro concreto, concluyendo que pertenecen a esta naturaleza. No obstante, cabe resaltar que los delitos de peligro concreto son aquellos que se sancionan cuando el resultado de la conducta es la creación de un peligro, no la creación de un daño<sup>59</sup>. Aun así la CNJ ha concluido que para la sanción de los carteles en procesos de contratación pública se requiere probar efectos reales a la competencia, consumidor o mercado, no la simple creación de un peligro o riesgo, como habría sido correcto según su previa lógica.

A manera de cierre de este primer análisis, se puede decir que de manera expresa, textual y con técnica jurídica, el sistema de competencia ecuatoriano comprende las reglas de anticompetitividad por objeto y por efecto, no las reglas norteamericanas *per se* y razón. Esto parte del hecho de que la correcta interpretación del término “objeto” en el régimen de competencia ecuatoriano, a la luz de esta misma interpretación en sistemas análogos, se dirige a comprenderlo como un término de arte. Es decir, su significado implica estrictamente un conjunto de conductas que se presumen ilícitas por relevarse por sí mismas y por su naturaleza

---

<sup>57</sup> Ver, Alexander Italianer, “Competitor agreements under EU competition law”, presentado en *40th Annual Conference on International Antitrust Law and Policy*, Fordham Competition Law Institute, Nueva York, 26 de septiembre de 2013, 2.

<sup>58</sup> Ver, Pedro Caro de Sousa y Federica Maiorano, “Safe Harbours and Legal Presumptions in Competition Law”, presentado ante *Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee OECD*, 5-6 de diciembre de 2017, 6.

<sup>59</sup> Ver, Fernando León Tamayo Arboleda, “El principio de tipicidad como límite al poder punitivo del Estado (Comentarios al artículo 10 Código Penal Colombiano)”, *Nuevo Foro Penal* 80 (2013), 51.

como perniciosas a la competencia. Esto permite la captura eficiente de determinadas conductas, como los carteles, dentro de las prohibiciones proscritas<sup>60</sup>. No obstante, todo este mecanismo perfectamente alineado que el legislador ecuatoriano incorporó, ha sido desvirtuado por el poder judicial ecuatoriano al interpretar que la regla que rige es la de la razón. Así, se ha dejado en indefensión a la SCPM en favor de los cartelistas.

### **3. Errónea interpretación del estándar de prueba para las prácticas concertadas**

#### **3.1 La manifestación de las prácticas restrictivas y su objetivo**

La regulación sobre prácticas restrictivas prevé la identificación y captura de colusión ya sea que se origine en un acuerdo, práctica concertada, decisión de asociación o en contratación pública<sup>61</sup>, y la LORCPM prescribe estas formas de manifestación<sup>62</sup>. Esta categorización no busca otorgar garantías de tipicidad porque limitaría la capacidad de acción de las agencias de competencia<sup>63</sup>. Lo que intenta es abstraer las formas más comunes de colaboración ilegal. Esto brinda a la SCPM un marco conceptual sobre qué debe probar, cómo debe hacerlo y qué instituciones favorecen su teoría de daño. Un acuerdo hace referencia a “la concurrencia de voluntad entre al menos dos partes, sin importar la forma de manifestación en tanto constituya la leal expresión de la intención de dichas partes”<sup>64</sup>. Por otro lado, las prácticas concertadas son una forma genérica de colaboración donde los operadores aceptan mutuamente limitar sus actuaciones en el mercado y dejar de conducirse independientemente<sup>65</sup>. Su rasgo típico es que se aparatan a través de intercambios de información<sup>66</sup>.

A pesar del trabajo del legislador ecuatoriano en esta regulación, por regla general las autoridades no pueden apearse a una definición legal sin realizar un ejercicio interpretativo

---

<sup>60</sup> Ver, Artículo 11, LORCPM; Artículo 8, Reglamento a la LORCPM, R.O. 697 de 7 de mayo de 2012.

<sup>61</sup> Ver, Artículo 101(1), Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Roma, 1957; American Bar Association, *Competition Laws Outside the United States, First Supplement* (New York: American Bar Association, 2005), 30.

<sup>62</sup> Ver, Artículo 11, LORCPM; Artículo 8, Reglamento a la LORCPM, R.O. 697 de 7 de mayo de 2012.

<sup>63</sup> Ver, Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements. Notices from European Union Institutions, Bodies, Offices and Agencies, Official Journal of the European Union, 14 de enero de 2011, párr. 7, 9 y 17.

<sup>64</sup> Caso T-41/96: Bayer AG c. Comisión Europea, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 26 de octubre de 2000, párr. 62.

<sup>65</sup> Ver, Caso T-99/04: AC-Treuhand c. Comisión Europea, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 8 de julio de 2008, párr. 126.

<sup>66</sup> Ver, Kelvin Kwok, “The Concept of ‘Agreement’ under Article 101 TFEU: A Question of EU Treaty Interpretation”, *European Law Review* 44 (2019), 196.

previo para su aplicación<sup>67</sup>. Para evaluar las formas de manifestación, la autoridad debe desarrollar un estándar siempre orientado hacia la finalidad de la propia norma: sancionar a toda cooperación que reduzca la competencia efectiva y que no esté exenta<sup>68</sup>. El régimen de libre competencia busca sancionar a las conductas que causan afectaciones al mercado distorsionando la competencia, como verdadero tipo perseguido; independientemente de la forma en la cual los operadores cooperen para hacerlo<sup>69</sup>.

El objetivo de la ejemplificación legal de distintas manifestaciones busca capturar toda forma de cartel<sup>70</sup>; no pretende otorgar defensa legal a los operadores cartelizados. La captura procesal de conductas aplica el principio de primacía de la realidad: la forma del acto jurídico no es una limitación para el análisis de la verdadera naturaleza de las conductas de los operadores<sup>71</sup>. A su vez, la autoridad queda liberada de la carga probatoria sobre la forma de manifestación<sup>72</sup>. Esta exención probatoria persigue eficiencia en la lucha contra los carteles con la aplicación de varias presunciones. Lamentablemente, a pesar de la estructurada herramienta normativa del régimen ecuatoriano, la SCPM ha desechado varias de estas premisas, saboteando su propia labor en la lucha contra los carteles.

### **3.2 Errónea interpretación sobre el estándar probatorio de prácticas concertadas**

En el caso SCPM-IIAPMAPR-EXP-020-2016<sup>73</sup>, la IIAPMAPR analizó presuntas vinculaciones en procesos de contratación pública con recurrente participación de algunos operadores. La investigación analizó la existencia de conductas prescritas en la LORCPM art. 11 num. 6 y 21. En la investigación preliminar<sup>74</sup> se encontró coincidencia en las direcciones

---

<sup>67</sup> Ver, Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Cambridge: Harvard University Press, 1986), 48; Timothy Endicott, "Legal Interpretation", en Andrei Marmor (ed), Abington: Routledge, 2012), 112-114.

<sup>68</sup> Ver, Casos 100-103/80: Musique Diffusion Française c. Comisión Europea, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 7 de junio de 1983, párr. 106; Oliver Black, "Agreement: Concurrence of Wills, or Offer and Acceptance?", *European Competition Journal* 4 (2008), 103.

<sup>69</sup> Ver, Richard Whish y David Bailey, *Competition Law* (Oxford: Oxford University Press, 2018), 573.

<sup>70</sup> Ver, Caso C-246/86: SC Belasco and Others c. Comisión Europea, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 11 de julio de 1989, párrs. 12-16; Andreas Scordamaglia-Tousis, "EU Cartel Enforcement: Reconciling Effective Public Enforcement with Fundamental Rights", *International Competition Law Series* 54 (2013), §5.2[A]; OECD, Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee, *Information Exchanges Between Competitors Under Competition Law DAF/COMP*, 11 de julio de 2011, 37.

<sup>71</sup> Ver, Artículo 3, LORCPM.

<sup>72</sup> Ver, Caso C-49/92 P: Comisión Europea c. Anic Partecipazioni SpA, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 8 de julio de 1999, párr. 132.

<sup>73</sup> Ver, Trámite Administrativo SCPM-IIAPMAPR-EXP-020-2016, Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas de la SCPM.

<sup>74</sup> Ver, Informe de Investigación Preliminar No. SCPM-IIAPMAPR-DNIAPR-21-2018, de 22 de mayor de 2018, dentro de Trámite Administrativo SCPM-IIAPMAPR-EXP-020-2016.

IP<sup>75</sup> desde las cuales todos los operadores investigados presentaron sus ofertas. El órgano investigador dedujo que:

[...] se presentan las características doctrinariamente instituidas para determinar la posible existencia de indicio que permite presumir que se ha concurrido en un acto colusorio [...] que] permiten presumir que existió un acuerdo entre los operadores económicos investigados cuyo propósito era el de concretar posturas dentro de los procedimientos contractuales<sup>76</sup>.

Adicionalmente, se determinó vinculación filial en segundo y tercer grado de consanguinidad entre tres de los operadores ofertantes. Estos resultados de la fase preliminar fueron parcialmente consistentes dentro del informe de la fase de investigación<sup>77</sup>. Por un lado, el órgano investigador consideró que los vínculos filiales no eliminaban la posibilidad de acuerdos colusorios. No obstante, el mismo órgano concluyó que “no se pudo determinar que haya existido toma de contacto entre los operadores [...] que] haya tenido como fin o resultado la coordinación de posturas o búsqueda de aseguramiento de un resultado”<sup>78</sup>. Como consecuencia se archivó el expediente.

Para llegar a esta recomendación final, el órgano investigador argumentó que para la ocurrencia de una “práctica concertada” era indispensable la existencia de una “toma de contacto entre operadores (coordinación o cooperación), el objeto y efecto anticompetitivo y un nexo causal entre ambos”<sup>79</sup>. A pesar de reconocer en el propio informe que “se ha podido identificar la coincidencia de IP de las ofertas de los operadores, durante el proceso de puja [...] y que] presentaron la oferta inicial para un mismo proceso desde la misma dirección IP”<sup>80</sup>, el investigador concluyó que:

no se verificó ningún elemento, de intercambio de información, que constituya un nexo causal con tal conducta investigada y que contribuya como establece la doctrina, una evidencia de prueba dura o material, por tanto no se pudo determinar coordinación entre estos operadores económicos con el fin de establecer sus posturas o asegurar un resultado [...]. Además es

---

<sup>75</sup> “Con el fin de que un usuario pueda recibir los archivos de información que solicitó a través de su computadora, es necesario que ésta cuente con datos de identificación para ser localizada. Estos datos están contenidos en la dirección IP de su computadora: un número único para cada equipo o ‘host’, representado por cuatro cifras separadas por puntos [...]. Con la dirección IP o dirección de Internet queda identificada la máquina del usuario y la red a la que pertenece”. Adrián Estrada Corona, “Protocolos TCP/IP de Internet”, *Revista Digital Universitaria* 5/8 (2004), 4.

<sup>76</sup> Informe de Resultados de Investigación Preliminar No. SCPM-IIAPMAPR-DNIAPR-018-2017 dentro del Trámite Administrativo SCPM-IIAPMAPR-EXP-020-2016, Conclusiones 4.4.

<sup>77</sup> *Ver*, Informe de Investigación Preliminar No. SCPM-IIAPMAPR-DNIAPR-21-2018, de 22 de mayor de 2018, dentro de Trámite Administrativo SCPM-IIAPMAPR-EXP-020-2016, 71.

<sup>78</sup> *Id.*, 71.

<sup>79</sup> *Id.*

<sup>80</sup> *Id.*

necesario que dicha toma de contacto tenga la capacidad de producir o haya producido (objeto o efecto respectivamente) una modificación de las condiciones competitivas del mercado [...]»<sup>81</sup>.

Siguiendo esta recomendación y a pesar de la evidencia, la IIAPMAPR pronunció como resultado:

[...] ii) De la revisión de la información constante en el presente expediente [...], se pudo colegir que existe una vinculación filial entre los operadores [...], de segundo y tercer grado de consanguinidad, aunque son jurídicamente independientes, su vinculación no constituye un elemento que incida en desvirtuar su presunción de inocencia; iii) En el curso mismo de la investigación, no se pudo establecer que haya existido toma de contacto que haya tenido como fin o resultado la coordinación de postura o búsqueda de aseguramiento de un resultado en los procesos de contratación pública que infrinjan el artículo 11 de la LORCPM. Además es necesario que dicha toma de contacto tenga la capacidad de producir o haya producido (objeto o efecto, respectivamente) una modificación de las condiciones competitivas del mercado que se analice, eventualmente, con sus respectivas consecuencias sobre la eficiencia económica o el bienestar general; iv) Si bien existe comunicación y falta de independencia entre los operadores [...] en el presente expediente de investigación no existen elementos suficientes para comprobar que los operadores económicos hayan concertado posturas y falseado la competencia en los procedimientos de contratación [...]»<sup>82</sup>.

Así, la IIAPMAPR decidió su archivo dando fin al proceso en ese punto<sup>83</sup>.

### **3.3 Peligrosas implicaciones del estándar de prueba en prácticas concertadas**

En el caso expuesto la autoridad desistió contra un cartel por errónea interpretación del estándar sancionador del RLORCPM art. 8 num. 4. Consideró que no existió cartel entre los oferentes por supuestamente no haberse configurado una práctica concertada en ausencia de prueba dura de su cooperación. Para llegar a esta conclusión se basó en la inexistencia de intercambio de información. Adicionalmente, requería que se pruebe que, de haber existido dicha coordinación, tenga la finalidad de establecer posturas o buscando asegurar resultado, junto con la capacidad de dichas conductas para producir afectación en la competencia<sup>84</sup>. Pero esta interpretación de la norma es errónea.

La norma comprende como supuestos de hecho a acuerdos y a prácticas concertadas, pero no busca implementar diferencia dogmática en la calificación de las conductas para

---

<sup>81</sup> *Id.*, 63.

<sup>82</sup> Trámite Administrativo SCPM-IIAPMAPR-EXP-020-2016, Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas de la SCPM, resolución de 22 de mayo de 2018.

<sup>83</sup> *Id.*

<sup>84</sup> En la decisión también existió errónea interpretación al régimen objeto-efecto; sin embargo, el análisis de esta sección se enfoca en la errónea interpretación del estándar de prueba. Sobre el régimen objeto-efecto ver la Sección 2 de este trabajo.

configurar y sancionar un cartel<sup>85</sup>. Por el contrario, la existencia de ambos términos en la norma tiene como objetivo abarcar todas las conductas de cooperación entre operadores que se presuman por objeto anticompetitivas y constituyan un cartel, incluso ante carencia de evidencia directa para probar un acuerdo<sup>86</sup>. La propia norma comprende una hipótesis genérica para sancionar actos restrictivos “[...] de cualquier forma manifestados”<sup>87</sup>. La norma proscribió toda interacción entre oferentes enmarcada en la presentación de ofertas y posturas en pública contratación, logrando un espectro más amplio de conductas sancionadas. A pesar de ello, la IIAPMAPR se enfocó únicamente en exigir configuración de una práctica concertada. Igualmente desistió de esta figura por carencia de “prueba dura o material” de la concertación. Para esto se basó en una supuesta ausencia de “toma de contacto” y por ende inexistente “intercambio de información”. No obstante, este análisis sobre los hechos del caso y su utilización para la configuración del estándar legal, también fue defectuoso.

Si bien el estándar tradicional de práctica concertada se compone por existencia de un intercambio de información, restricción resultante a la competencia y nexo causal<sup>88</sup>, la prueba de estos elementos no es rígida. El intercambio de información es únicamente un ejemplo de “toma de contacto” que puede existir entre operadores para la práctica concertada; pero no puede ser considerado un requisito objetivo para su configuración<sup>89</sup>. Adicionalmente, la prueba de intercambio de información goza de un régimen de presunciones. La evidencia del caso deja claro que existió interacción, directa o indirecta, entre los operadores para enviar sus ofertas públicas, lo hicieron desde las mismas computadoras (mismas direcciones IP). Entonces, se podía aplicar una presunción de conexión causal entre la concertación y la conducta de los operadores<sup>90</sup>. Se presume que existe restricción anticompetitiva una vez que los operadores interactuaron, ya sea en una sola reunión o de cualquier otra forma, en la cual hayan podido tener acceso a información sensible, como precios<sup>91</sup>. Notoriamente el envío de ofertas a través

---

<sup>85</sup> *Ver*, Caso C-49/92 P Comisión Europea c. Anic Partecipazioni SpA, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 8 de julio de 1999, párr. 112.

<sup>86</sup> *Ver*, Caso COMP/39188 (Bananas): European Commission c. Chiquita Brands International Incorporated and others, 15 de octubre de 2008, párr. 235; Caso T-587/08: Fresh Del Monte Produce c. European Commission, 14 de marzo de 2013, párr. 565.

<sup>87</sup> Artículo 11, LORCPM.

<sup>88</sup> *Ver*, Caso T-180/15: Icap plc and Others c. Comisión Europea, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 10 de noviembre de 2017, párr. 795.

<sup>89</sup> Caso COMP/39188 (Bananas): European Commission c. Chiquita Brands International Incorporated and others, 15 de octubre de 2008, párr. 235.

<sup>90</sup> Creada en el Caso T-1/89 (Polypropylene): Rhône-Poulenc c. Comisión Europea, Tribunal General de la Unión Europea, 24 de octubre de 1991, 347.

<sup>91</sup> *Ver*, Caso C-8/08: T-Mobile Netherlands y otros, Petición de decisión prejudicial, Tribunal General de la Unión Europea, 4 de junio de 2009, párr. 52.

de una misma computadora es un fuerte indicio de acceso a información sobre precios (y más). La autoridad podía hacer uso del régimen de presunciones de manifestación de las conductas restrictivas y sancionar.

Incluso en el escenario que la configuración de la práctica concertada no se hubiese alcanzado, la autoridad podía usar la hipótesis genérica. Por la naturaleza encubierta de los carteles, la evidencia contemporánea es escasa, por no decir inexistente<sup>92</sup>. Para evitar la exorbitante (y tal vez imposible) carga probatoria que soportan las autoridades en relación a la existencia de un cartel, esta puede ser inferida de un grupo de indicios probatorios que tomados en conjunto no podrían tener una explicación alternativa lógica que no sea la existencia del cartel<sup>93</sup>. La evidencia no debe ser vista como un cúmulo de elementos independientes sino que en conjunto es vista como un todo relacionado con la conducta anticompetitiva como fenómeno único<sup>94</sup>. Como consecuencia es carga para el investigado el probar una explicación plausible y pro-competitiva distinta a la que se desprende de un cartel. En el caso expuesto, el conjunto de evidencia (filiación entre los operadores e identidad en las direcciones IP) son un grupo de hechos prueba indirecta únicamente de la existencia de un cartel. Por ello la autoridad podía sancionar; sin embargo, no usó y desechó la evidencia indirecta.

En resumen, la normativa ecuatoriana de competencia incorpora un conjunto de abstracciones para la identificación sobre la materialidad de las conductas restrictivas. No obstante, esta ejemplificación de manifestaciones no es una tipología. Esta interpretación no solo se desprende de la doctrina y de la jurisprudencia extranjera, sino de la propia norma ecuatoriana que permite la lucha contra todo cartel en cualquier forma manifestado. Además, por la misma naturaleza de los carteles en sombrías circunstancias, la prueba debe ser construida a partir de indicios, presumirse la existencia del cartel y sancionarlo; dando espacio a los operadores que cooperaron a que prueben la inexistencia de dicha conducta anticompetitiva. Sin embargo, en el caso analizado la autoridad ha dejado de lado estas herramientas y una vez más ha desistido en una batalla que conllevó la ineficacia de la lucha contra un cartel.

---

<sup>92</sup> Ver, Caso T-44/02 OP: Dresdner Bank AG c. Comisión Europea, Tribunal General de la Unión Europea, 27 de septiembre de 2006, párr. 167.

<sup>93</sup> Ver, Casos C-204/00 P: Aalborg Portland A/S y otros c. Comisión Europea, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 7 de enero de 2004, párr. 57. Cristina Volpin, “The ball is in your court: Evidential burden of proof and the proof-proximity principle in EU competition law”, *Common Market Law Review* 51/4 (2014), 1170.

<sup>94</sup> Ver, Caso T-113/07: Toshiba c. Comisión Europea, Tribunal General de la Unión Europea, 12 de julio de 2011, párr. 81; Caso T-109/02: Balloré c. Comisión Europea, 2008, párr. 155.

#### 4. Errónea interpretación sobre la posibilidad de carteles en procesos de contratación pública

##### 4.1 El amañamiento en la contratación pública como práctica restrictiva

El RLORCPM art. 8 enlista las hipótesis de prácticas restrictivas por su objeto anticompetitivas<sup>95</sup>, incluyendo a los carteles en procesos públicos de contratación. Este último escenario ha sido definido doctrinariamente como aquel en el cual “los postores acuerdan entre ellos eliminar competencia en el proceso de adquisición, a través del aumento de los precios, la disminución de la calidad y/o la restricción de la oferta”<sup>96</sup>. Para el caso específico de la contratación pública se comprende a “las prácticas o acuerdos entre postores oferentes en un proceso de licitación convocado por una institución pública, encaminados a vulnerar el principio de competencia abierta y eficaz, en detrimento del interés patrimonial del Estado y en beneficio directo de los postores parte del acuerdo”<sup>97</sup>. La evidencia da luz sobre la gran incidencia de estas conductas colusorias<sup>98</sup>, especialmente por las cualidades naturales de los procesos de contratación pública: transparencia<sup>99</sup> e interacciones repetitivas entre oferentes<sup>100</sup>.

El amañamiento en la contratación pública está considerado como una infracción por su objeto por la gravedad que supone para la competencia<sup>101</sup>. Puede desarrollarse durante dos momentos: en el procedimiento pre-contractual y durante la ejecución del contrato público. Durante el procedimiento pre-contractual se da mediante la presentación de posturas encubiertas, supresión o rotación de ofertas, y asignación de mercados. En el segundo momento del contrato público, el caso anticompetitivo más común es la subcontratación<sup>102</sup>. Si bien es variado el mecanismo que pueden adoptar los oferentes para eludir la competencia, de manera

---

<sup>95</sup> Ver, Artículo 8, RLORCPM.

<sup>96</sup> OECD. *Fighting bid rigging in public procurement, Report on implementing the OECD Recommendation*. Secretary General of the OECD, 2016, p. 7 (traducción no oficial).

<sup>97</sup> Johannes San Miguel-Giralt, “Contratación pública y colusión, Derecho de competencia frente al derecho administrativo”, *Vniversitas* 135 (2017), 377.

<sup>98</sup> Ver, Gian-Luigi Albano *et al.*, “Preventing Collusion in Public Procurement”, en Dimitri *et al.* (ed), *Handbook of Procurement* (Cambridge: Cambridge University Press, 2006), 347.

<sup>99</sup> Ver, William Kovacic *et al.*, “Bidding Rings and the Design of Anti-Collusive Measures for Auctions and Procurements”, en Dimitri *et al.* (ed), *Handbook of Procurement* (Cambridge, Cambridge University Press, 2006), 381.

<sup>100</sup> Ver, Satoru Tanaka y Shuya Hayashi, “Bid-Rigging in Japanese Public Procurement”, en Khi Thai (ed), *Towards New Horizons in Public Procurement* (Boca Raton: PrAcademics Press, 2010), 150.

<sup>101</sup> Ver, Caso C-32/11: Allianz Hungária Biztosító Zrt and Others c. Gazdasági Versenyhivatal, Court of Justice of the European Union, 4 de marzo de 2013, 160.

<sup>102</sup> Ver, Directiva 2014/24/EU del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE Texto pertinente a efectos del EEE, 26 de febrero de 2014, 65.

general su propósito siempre es incrementar el precio<sup>103</sup> (o disminuir la calidad, que es equivalente) y dividir entre los cartelistas el excedente (fijando y rotando el ofertante al que le toca ganar)<sup>104</sup>.

Al reconocer la cooperación ilegal entre operadores dentro de cualquier momento de los procesos públicos de contratación, en cualquier forma manifestados, se busca prevenir todo tipo de falseamiento a la competencia dentro de estos sistemas. La sanción (y con ella la persuasión) se logra a través de su calificación de anticompetitividad por objeto para que sea procedente la aplicación del régimen de presunciones<sup>105</sup>. No obstante a todo este desarrollo regulatorio, parece que la autoridad ecuatoriana ha adoptado una perspectiva poco convencional y perniciosa para su propia función en la lucha contra los cárteles en procesos de contratación por ofertas públicas.

#### **4.2 Errónea interpretación de la colusión en la contratación pública en Ecuador**

En el caso SCPM-IIAPMAPR-EXP-033-2015<sup>106</sup>, la SCPM ha desarrollado criterio sobre un supuesto impedimento a la existencia de un cartel en un proceso de contratación pública. Para llegar a esta conclusión, alegó la imposibilidad de asegurar resultado del proceso a través de un acuerdo horizontal:

La LOSNCP [Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública], establece que en el procedimiento de contratación pública de menor cuantía, la contratación puede realizarse directamente. En este sentido, de conformidad a la Ley no resulta lógico el cometimiento de acuerdos anticompetitivos entre los proveedores de este tipo de contratación, pues es una facultad discrecional de la entidad contratante la selección del proveedor con el que se desea contratar, cuestión que implica que los competidores en este tipo de contratación pública no puedan asegurar el resultado a través de un acuerdo meramente horizontal. 5.7.- En el ejercicio práctico, el proceso que sigue la menor cuantía ha sido automatizado, pues el mismo se realiza a través del Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador, siendo el sistema el encargado de realizar las invitaciones a los proveedores, y el encargado de seleccionar a la propuesta a ser revisada. Quedando siempre la apertura para que la entidad contratante se manifieste dentro del proceso, y lógicamente en la calificación de las ofertas presentadas<sup>107</sup>.

---

<sup>103</sup> Ver, John Connor, "Price Effects of International Cartels in Markets for Primary Products", presentado en *Symposium on Trade in primary Product Markets and Competition Policy at the World Trade Organization*, 22 de septiembre de 2011.

<sup>104</sup> Ver, OECD, Competition Committee, *Recommendation of the OECD Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement*, 17 de julio de 2012, 15.

<sup>105</sup> Ver, Caso C-32/11: Allianz Hungária Biztosító Zrt and Others c. Gazdasági Versenyhivatal, Court of Justice of the European Union, 4 de marzo de 2013, 160.

<sup>106</sup> Ver, Trámite Administrativo SCPM-IIAPMAPR-EXP-033-2015, Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas de la SCPM.

<sup>107</sup> *Id.*, resolución de 26 de julio de 2016.

Adicionalmente, la autoridad agregó que:

Dicha situación ocurre principalmente puesto que el resultado de los procesos de menor cuantía de bienes y servicios depende en mayor medida de factores ajenos a sus participantes, es decir, en la decisión que tome la Entidad Contratante y en la forma de operar del Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador<sup>108</sup>.

En otras palabras, para la autoridad no puede existir un cartel en los casos de contratación pública de menor cuantía y otros en los cuales el órgano estatal conserva, en facultad discrecional, la posibilidad de seleccionar directamente el proveedor a contratar<sup>109</sup>. Incluso se ha extendido esta idea a los procesos de contratación pública por subasta inversa<sup>110</sup>. La lógica sostenida por la autoridad para esta supuesta incapacidad de colusión es la imposibilidad en el propósito de la colaboración entre competidores (“asegurar el resultado”<sup>111</sup>). Para extender este criterio y llegar a concluir una supuesta imposibilidad de aseguramiento en todo proceso de contratación pública, se ha pretendido desvanecer la propia existencia de colaboración entre oferentes por una alegada inexistencia de todo “acuerdo” que tenga este propósito, por tener objeto imposible<sup>112</sup>. Sin embargo, esta perspectiva no parece tener sustento normativo ni lógico para socorrer a los carteles de la contratación pública.

### 4.3 Falencias sobre el imposible amañamiento en contratación pública

En el razonamiento considerado por la autoridad ecuatoriana sobre la imposibilidad de cartelización en la contratación pública, se detectan tres falencias principales: (i) lo que en

---

<sup>108</sup> *Id.*

<sup>109</sup> Se ha sostenido que en el caso en que se hubiese llegado a asegurar un resultado “conveniente” por acuerdo entre los competidores ofertantes, no habría afectación al consumidor (entidad pública contratante) pues igualmente estaría pagando dentro de su presupuesto referencial y supuestamente no habría infracción a la competencia. *Ver*, Fabián Pozo Neira, “Acuerdos colusorios en la contratación pública en Ecuador: ¿un tipo sancionador imposible?”, *Revista IURIS*, No 17/2 (2018), 33-35. No obstante, se debe hacer tres señalamientos. En primer lugar, al existir colusión entre los ofertantes, aun cuando la entidad pública pueda elegir al contratista, lo hará entre opciones ya estructuradas por acuerdo entre los oferentes. Por lo tanto, la elección no es libre de vicios. En segundo lugar, la conveniencia del resultado, según este argumento, deviene de su relación con el presupuesto referencial. Sin embargo, este podría estar también viciado porque, por un lado, uno de sus componentes es el precio en el mercado, donde podrían existir carteles entre los mismo operadores económico; y, por otro, también es componente las adjudicaciones históricas que también pudieron ser presa de carteles. Como consecuencia, esta referencia pudo nunca haber sido fijada por el mercado. Y, en tercer lugar, con el amañamiento el cartel impide que se logren precios más bajos al precio base, que es justamente lo que se busca con el mecanismo de ofertas a la baja. Por lo que el excedente del Estado termina trasladado a los bolsillos de los cartelistas.

<sup>110</sup> Se propone esto con base en la posibilidad que tiene la autoridad pública de, bajo ciertos presupuestos, elegir al contratista directamente. *Ver*, Fabián Pozo Neira, “Acuerdos colusorios en la contratación pública en Ecuador: ¿un tipo sancionador imposible?”, *Revista IURIS* 17/2 (2018), 33-34.

<sup>111</sup> *Ver*, Artículo 11.6, LORCPM; Artículo 8, RLORCPM.

<sup>112</sup> *Ver*, Fabián Pozo Neira, “Acuerdos colusorios en la contratación pública en Ecuador: ¿un tipo sancionador imposible?”, *Revista IURIS* 17/2 (2018), 33-35.

realidad sanciona la norma es el objeto (búsqueda o intento) de impedir la actuación de las fuerzas del mercado, no su ocurrencia o posibilidad; (ii) la colusión sancionable puede existir como acuerdo, incluso ante la imposibilidad de su objeto, o por cualquier otra manifestación; y, (iii) la interpretación del régimen de competencia debe siempre ser dirigido hacia su finalidad: disuadir, detectar y sancionar carteles; nunca lo opuesto. A continuación se ahonda en estos argumentos.

En primer lugar, lo sancionable es la búsqueda de resultado, no la obtención de un resultado. La LORCPM art. 11 num. 6 prescribe al amañamiento en la contratación pública como una práctica restrictiva. Esta disposición considera la posibilidad de que las conductas limitativas de competencia en contratación pública sean anticompetitivas por su objeto o por su efecto. La calificación de la conducta dependerá de la presunción o, en su defecto, del alcance en la distorsión a la competencia<sup>113</sup>. Sin embargo, el RLORCPM art. 8 proscribiera específicamente por su objeto anticompetitivas a todas las conductas colusorias en los procesos públicos de contratación. Con esto asegura la aplicación de todo el régimen de presunciones y consecuencias de lucha contra los carteles.

La sanción procede contra conductas durante la presentación de ofertas y posturas o, de cualquier forma, aquellas que busquen un resultado que no se produciría en un equilibrio de libre competencia. Estas dos hipótesis son claramente reconocibles en la norma por la presencia de la partícula disyuntiva “o” precedida por la conjunción “ya sea”. Es decir, ambas hipótesis son posibles para la proscripción y no requiere concurrencia. Por lo tanto, el razonamiento de la autoridad para aseverar la imposibilidad de carteles en la contratación pública únicamente afecta a una de las hipótesis: la búsqueda de resultado. Hasta el momento, entonces, la colusión sí sería posible a través de “actos u omisiones, acuerdos o prácticas concertadas y en general todas las conductas de proveedores u oferentes, cualquiera sea la forma que adopten, [...] en la presentación de ofertas y posturas”<sup>114</sup>. Solo se habría probado imposible para aquellos actos que, como objeto, busquen asegurar el resultado del proceso.

No obstante, para llegar a esta alegada imposibilidad del objeto se debería partir de una interpretación que deseche incluso la literalidad de la norma<sup>115</sup>. La norma no requiere que sea posible el aseguramiento de resultados, sino que lo único necesario es que los operadores con su cooperación estén “buscando” asegurar un resultado. El texto se refiere a la interferencia en el resultado producto de las fuerzas del mercado, que por su naturaleza es incierto. La

---

<sup>113</sup> Respecto a la distinción entre anticompetitividad por objeto o por efecto ver la Sección 2 de este trabajo.

<sup>114</sup> Artículo 8.4, RLORCPM.

<sup>115</sup> El Código Civil ecuatoriano respecto a la interpretación de la ley prescribe: “[c]uando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu”. Artículo 18, Código Civil [CC], R.O. Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

“búsqueda” se refiere precisamente a suplantar la dinámica competitiva incierta por la certeza futura mediante cualquier manifestación de restricción horizontal. Esta justamente es la lógica de la presunción de anticompetitividad por objeto: el solo propósito es ilícito.

La interpretación que la autoridad ha dado a este artículo desconoce la finalidad del régimen ecuatoriano de lucha contra carteles y todos los mecanismos auxiliares para centrarse en una dudosa interpretación literal. Considerando el régimen de presunciones que se aplica a los carteles, es irrelevante la prueba contraria del objeto ilícito de la actuación mediante el ánimo (elemento subjetivo) de la colusión. Es más, la carga probatoria que se encuentra sobre los hombros de los cartelistas para eximirse de la sanción, no de la persecución, únicamente admite la evidencia de ausencia de efectos perniciosos en el proceso de contratación. Por lo que de esta primera falencia hay que concluir que para la sanción es irrelevante la imposibilidad de aseguramiento de resultado, basta como objeto la búsqueda (que se entiende como reducir o eliminar la incertidumbre competitiva, como intención) de aseguramiento de un resultado.

En segundo lugar, incluso para la hipótesis que se ha pretendido trucar, el estándar de apreciación de la cooperación que ha adoptado la autoridad no es el adecuado. Se ha confundido la forma de manifestación con la conducta específica que se sanciona por la norma. Y esto involucra dos análisis de errores: (i) el de la supuesta inexistencia de acuerdo colusorio por imposibilidad en su objeto; y, (ii) la consideración del acuerdo como única forma de manifestación de colusión.

Por un lado, se ha pretendido desvanecer la práctica anticompetitiva argumentando que el acuerdo entre oferentes tiene objeto imposible a la luz de Código Civil ecuatoriano<sup>116</sup>, teniéndose como supuesto resultado la inexistencia de tal acuerdo y con ello la inexistencia de colusión. Pero aquí se incurre en una gran falla. No se puede asimilar la figura de “acuerdo” en DDC con aquella institución contractual de los negocios jurídicos. No es preciso analizar y concluir que un acuerdo entre operadores para falsear la competencia no puede existir jurídicamente por tener objeto imposible y que, por lo tanto, no pueda ser capturado por el régimen de competencia. El DDC atiende a la realidad económica<sup>117</sup>. Son irrelevantes los medios que los operadores adopten para ello (ya sea o no un contrato jurídicamente existente, válido o no). Aún más grave es pensar que el objeto imposible desvanece un acuerdo anticompetitivo pues, si fuese así la lógica del DDC, ningún acuerdo o práctica concertada entre operadores para alterar la competencia sería sancionable, justo por padecer de objeto

---

<sup>116</sup> Ver, Artículos 1476 y 14477, CC.

<sup>117</sup> Ver, Artículo 3, LORCPM.

ilícito y por lo tanto ser nulo a la luz del Derecho civil. Esta interpretación no tiene sentido alguno dentro de los fines del DDC ni los de la lucha contra el daño al mercado.

Por otro lado, partiendo de lo ya mencionado sobre lo verdaderamente sancionable: el objeto y no la forma de manifestación de la colusión; tampoco es preciso tener como premisa que la inexistencia de acuerdo disipa todo acto de voluntad. Para el DDC la voluntad anticompetitiva se verifica con la sola actuación (a veces hasta con la aquiescencia<sup>118</sup>). El RLORCPM art. 8 num. 4 contempla por objeto anticompetitivo a todo falseamiento a la competencia en las ofertas públicas y en la búsqueda de aseguramiento de resultado en la contratación, sin importar su forma de manifestación. Por lo que la colusión no necesariamente debe darse en forma de acuerdo, sino de diversas formas; como por ejemplo el intercambio de información<sup>119</sup>. Ningún régimen civil sobre existencia o validez de los negocios jurídicos podría limitar la existencia material y económica de la práctica anticompetitiva. En consecuencia, hasta en la tétrica situación en que antitécnicamente se llegue a asimilar un acuerdo anticompetitivo con un contrato, y por ende se derive en su inexistencia, toda otra forma de materialización de la cooperación entre operadores oferentes es sancionable.

En tercer lugar, incluso si toda la lógica antes expuesta sea refutada, sigue siendo erróneo el interpretar este estándar normativo de lucha contra el amañamiento en contratación pública para darle un sentido de inaplicabilidad u obsolescencia. No guarda ningún sentido el sostener que, debido al asincronismo entre el régimen administrativo y el DDC, se deba dejar de sancionar a un cartel que justamente pretende afectar a la administración, al derecho público, al bienestar y estabilidad económica de un Estado, a través de actos particulares ilícitos. Aun cuando se evite la inteligencia literal de la ley<sup>120</sup> (que en este caso es dudosa), la interpretación debe realizarse hacia el objetivo de la norma<sup>121</sup>. La interpretación que se otorgue a la norma de competencia debe siempre ser en el sentido en el cual el régimen cumpla con su finalidad pública: disuadir, detectar y sancionar a los cárteles; nunca hacia el absurdo de pensar que en

---

<sup>118</sup> Ver, Artículo 77.6, LORCPM; Caso C-199/92P: Hüls AG c. Commission of the European Communities, Court of Justice of the European Union, 8 de julio de 1999, párr. 155.

<sup>119</sup> Ver, Caso C-8/08: T-Mobile Netherlands BV c. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, Court of Justice of the European Union, 4 de junio de 2009, párr. 35.

<sup>120</sup> Ver, Luis Recasens Siches, *Introducción al Estudio del Derecho* (México: Porrúa, 2003), 251, citado en Alejandro Covarrubias Rivera, *Análisis e interpretación de las leyes fiscales en México: Aportes para un modelo teórico* (México: IMCP, 2019), s.p.

<sup>121</sup> Celsio aseveraba que “no consiste el entender las leyes en retener sus palabras, sino en comprender sus fines y sus efectos”. Celsio Giuvenzo, *Digesto Justiniano*, Libro I, Título 3, leyes 17, citado en Heinrich Honsell, “In fraudem legis agere”, en Medicus y Seiler (eds), *Festschrift für Max Kaser* (München: 1976), p. 111. Larrea Holguín sostuvo que “[i]nterpretar la ley equivale a entenderla en su recto sentido y aplicarla debidamente”. Juan Larrea Holguín, *Derecho Civil del Ecuador* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 1978), s.p.

Ecuador es imposible la cartelización porque en ciertas circunstancias el Estado tiene margen de acción en las compras públicas.

Se parte de la idea que la competencia tiene como resultado mayores beneficios económicos en relación a los recursos públicos que son destinado a la contratación con terceros, así como limitar la discrecionalidad de las autoridades públicas, para asegurar un mercado transparente que goce de un trato igualitario para todos los oferentes<sup>122</sup>. Esto es posible dado que la competencia es una herramienta para que el comprador público alcance los beneficios de las presiones competitivas sobre los oferentes del mercado cerrado en el cual se desarrolla la contratación pública; así como un instrumento para prevenir el favoritismo y otras prácticas corruptas en perjuicio del Estado<sup>123</sup>.

Como desenlace, la interpretación que ha creado la SCPM sobre la inoportunidad de colusión en contratación pública, lleva únicamente a una conclusión que mina el objetivo mismo del DDC. Si se adopta esta perspectiva se llegaría a la imposibilidad del amañamiento de oferta públicas. Se afecta a la detección de los carteles porque sería imposible que se configure el estándar legal para su reconocimiento. Se afecta a la sanción de aquellos que sí busquen manipular el proceso de contratación. Y, también se afecta a la disuasión de creación de carteles, pues los operadores comprenderán que pueden cooperar durante el proceso de contratación, incluso a través del intercambio de información, debido a que la autoridad no considerará que su conducta tiene efectos posibles. Esto es inconcebible, pues la existencia de carteles en los procesos de contratación es combatida por gran parte de los ordenamientos de competencia a nivel mundial, por obvias razones<sup>124</sup>.

## 5. Conclusión

En una economía con base en el libre mercado, como la de Ecuador, es esencial proteger la competencia para alcanzar el bienestar social. Se debe combatir a los carteles porque vulneran los elementos más sensibles de una economía: precios, oferta, mercados, consumidores, y presupuesto estatal<sup>125</sup>. Por ello los carteles son sancionables por su sola existencia. El DDC lucha disuadiendo su creación, detectando a los existentes y sancionando

---

<sup>122</sup> Ver, Directiva 2014/24/EU del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo sobre contratación pública, 26 de febrero de 2014, considerandos (1) y (2).

<sup>123</sup> Ver, Peter Trepte, *Regulating Procurement. Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation* (Oxford: Oxford University Press, 2004), 57, 61.

<sup>124</sup> Ver, Australian Competition and Consumer Commission, *Cartels deterrence and detection: A guide for government procurement professionals* (Canberra: Commonwealth of Australia, 2019), 2.

<sup>125</sup> Ver, European Commission. *Report on Competition Policy 2015*. Bruselas, 15 de junio de 2016, 14.

a los capturados. La eficacia de este sistema depende de la autoridad administrativa y judicial. Sin embargo, se ha probado que la práctica decisonal de ambas autoridades ha desnaturalizado algunos elementos del sistema de lucha contra los carteles.

La CNJ de Ecuador ha instaurado la regla anglosajona de la razón, desechando las reglas de anticompetitividad por objeto y efecto, textualmente establecidas en la ley. Sin la anticompetitividad “por objeto”, la autoridad de competencia ya no cuenta a su favor con la presunción de ilicitud de los carteles. Se ha invertido la carga de la prueba sobre la autoridad respecto de sus efectos, además que deberá ponderar aquellos negativos en relación a los positivos. Por otro lado, la SCPM ha limitado su propia acción al imponerse la manifestación de los carteles como una tipificación. También ha desestimado la prueba indirecta y el régimen de presunciones, exigiéndose a sí misma la obtención de evidencia dura. Esto resulta en una gravosa carga probatoria para combatir los carteles que por naturaleza existen en la sombras. Por último, la SCPM ha descartado la sanción de colusión en los procesos de contratación pública por una supuesta imposibilidad de aseguramiento del resultado. Esto, a pesar que la propia norma busca sancionar el solo propósito de buscar un resultado con la cooperación entre los oferentes. Esta interpretación es notoriamente errónea por contravenir el fin mismo de régimen de competencia: sancionar la colaboración pueda distorsionar la competencia.

El resultado de este análisis es que Ecuador actualmente sufre una debilitada lucha contra los carteles existentes y futuros en su “libre” mercado. En un país con un desarrollo económico estancado (en el mejor de los casos, enlentecido), nos obliga a preguntarnos ¿en Ecuador se protege eficazmente la competencia? Nos abre los ojos al escenario “competitivo” al cual se enfrentan los empresarios, los inversionistas y los consumidores. Parece ser importante que las autoridades reconsideren estas interpretaciones hacia una verdadera protección del bienestar social. Asimismo, está en sus manos volver a alimentar la seguridad jurídica para los actores económicos, especialmente considerando el secretismo que en la actualidad envuelve a las resoluciones de la autoridad de competencia. Ecuador, como muchos otros Estados, padece de este cáncer llamado “carteles”, pero cuenta teóricamente con las medidas preventivas, el mecanismo de detección adecuado y el tratamiento combativo; solo es necesario aplicarlo correctamente.