

**Universidad Andina Simón Bolívar**

**Sede Ecuador**

**Área de Derecho**

Programa de Maestría en Derecho

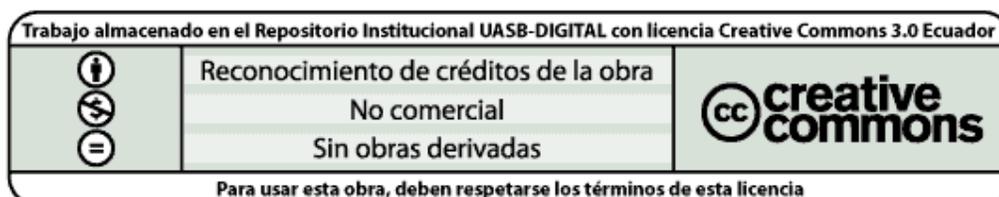
Mención en Derecho Administrativo

**La colusión en la contratación pública en el Ecuador**

Autor: Diva Ávila Ordóñez

Tutor: Genaro Eguiguren

**Quito, 2016**



## **CLÁUSULA DE CESIÓN DE DERECHO DE PUBLICACIÓN DE TESIS**

Yo, Diva Ávila Ordóñez, autora de la tesis titulada LA COLUSIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA, mediante el presente documento de constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la elaboración obtención del título de Master en la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador

Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo la Universidad utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.

Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida yo asumiré toda la responsabilidad frente a terceros y a la Universidad

En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha. 9 de enero de 2017

## Resumen

La presente tesis estudia la colusión en la contratación pública a partir de la promulgación de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado.

En el primer capítulo se realiza una breve reseña histórica de la normas de competencia, mismo que sin entrar en un análisis exhaustivo, permitirá al lector conocer las razones de su nacimiento en los Estados Unidos de América, país pionero en su formulación, así como su posterior adopción en la Comunidad Andina y finalmente Ecuador. Posteriormente se realiza un repaso de los conceptos principales dentro del Derecho de la Competencia considerando doctrina y jurisprudencia internacional y una introducción respecto de la relación entre competencia, mercado eficiente y consumidor.

En el segundo capítulo se aborda la colusión en la contratación pública, planteando en primer lugar una definición para posteriormente establecer similitudes y diferencias con la corrupción. Se desarrollan las modalidades más comunes de manipulación en las licitaciones, así como los principales aspectos que fomentan la colusión en los procesos de contratación pública, finalmente se realiza un análisis sobre la legislación ecuatoriana respecto de la colusión

En el tercer capítulo se detallan los pasos para identificar colusión en la contratación pública en el Ecuador en concordancia con la normativa vigente, Se analiza la posibilidad de implementar medidas preventivas y correctivas, con la finalidad de evitar la concreción de prácticas anticompetitivas; así como un repaso de las sanciones y de las prácticas exentas o regla de *minimis*. Finalmente se hace referencia a los elementos que permiten reducir las probabilidades de colusión y recomendaciones.

El análisis que se realiza durante todo el documento, incluye una visión de cómo los acuerdos o pactos colusorios afectan negativamente, no solo la gestión de la Administración en el uso de los recursos públicos, sino también lesionan a la competencia en los mercados de los bienes y servicios licitados, causando daños tanto a los competidores como al consumidor final, pues al afectar la competencia en el mercado; aumentan los precios y baja la cantidad y calidad de productos, pero también como ciudadanos contribuyentes, al generarse un mayor coste en la contratación pública.

A mis padres, siempre incondicionales.

A la Universidad. En especial a mis maestros.

## Contenido

CAPITULO PRIMERO.....	10
Normativa Antimonopolio: cuestiones preliminares .....	10
1.1 Breve reseña histórica de la normativa antimonopolio.....	10
1.1.1. Reseña histórica normativa antimonopolio en la Comunidad Andina .....	11
1.1.2. Reseña histórica normativa antimonopolio en Ecuador. ....	14
1.2. Libre competencia.....	15
1.2.1. Alcance de las políticas de competencia.....	17
1.2.2. Competencia, mercados eficientes, competitividad y consumidor .....	18
1.3 Libre concurrencia .....	19
1.4. El derecho de la competencia .....	20
1.4.1. Acuerdos restrictivos de la competencia o acuerdos anticompetitivos.....	20
1.4.2. Abuso de poder de mercado o de posición dominante .....	22
1.4.3. Control de Concentraciones y fusiones anticompetitivas .....	23
1.4.4. Competencia Desleal .....	25
CAPITULO SEGUNDO.....	26
La Colusión en la Contratación Pública. ....	26
2.1. La contratación pública y su incidencia en el mercado. ....	26
2.2. Incidencia de la Contratación pública en el mercado ecuatoriano.....	27
2.3 Colusión.-Definición.....	28
2.3.1. Diferencia entre colusión y corrupción.....	29
2.3.2. Transparencia.....	30
2.4. Aspectos que fomentan la colusión en los procesos de contratación pública.....	32
2.5. Análisis del artículo 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. ....	33
2.5.1. Acuerdos .....	34
2.5.2. Clausula General Prohibitiva. ....	35
2.5.3. Regla de la razón y la Regla <i>per se</i> . ....	37

2.6. Análisis del numeral 6 del Artículo 11 de la LORCPM, en concordancia con el Artículo 8 del Reglamento a la LORCPM.....	39
CAPITULO TERCERO .....	42
Análisis de Competencia .....	42
3.1. Pasos para identificar acuerdos restrictivos.....	42
3.1.1. Identificación del mercado relevante.....	42
3.2. Análisis de los efectos económicos. ....	46
3.3. Medidas preventivas y correctivas.....	47
3.4. Sanciones .....	48
3.5. Excepciones a la aplicación de la norma. ....	50
3.5.1. Regla de <i>minimis</i> .....	53
3.6. Elementos que permiten reducir las probabilidades de colusión.....	54
3.6.1. Antes del proceso.....	54
3.6.2 Durante el proceso .....	55
CONCLUSIONES:.....	56
BILIOGRAFIA .....	60

# LA COLUSIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

## Introducción

La necesidad de hacer un uso óptimo de los recursos públicos es imperativa, es por ello que un régimen de contratación pública abierto, transparente y no discriminatorio se ha constituido en valioso instrumento para alcanzar dicho objetivo.

Sin perjuicio de lo citado, los ingentes esfuerzos de los gobiernos por lograr adquirir bienes y servicios de óptima calidad a precios competitivos pueden verse truncado cuando dos o más proveedores u oferentes se ponen de acuerdo para fijar el precio, pactar tiempos y/o modalidades de entrega, repartirse el mercado o cualquier otra condición comercial que les permita obtener mayores beneficios en un concurso público.

Estos acuerdos afectan negativamente no solo la gestión de la Administración en el uso de los recursos públicos sino también lesionan a la competencia en los mercados de los bienes y servicios licitados, por lo que los ciudadanos nos vemos perjudicados doblemente: como consumidores al reducirse, eliminarse, afectarse, falsearse o distorsionarse la competencia en el mercado; y como ciudadanos contribuyentes, al generarse un mayor coste en la contratación pública.

Una real y efectiva competencia entre proveedores u oferentes en la contratación pública permite que las entidades del sector público y los ciudadanos seamos beneficiarios de las mejores ofertas en términos de precio, calidad e innovación de los bienes, obras o servicios ofertados.

El problema entonces radica en determinar si la Ley Orgánica de Control y Regulación de Poder de Mercado en concordancia con lo establecido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública permiten prevenir, eliminar y sancionar las prácticas anticompetitivas acontecidas durante los procedimientos de contratación pública, con la finalidad de evitar la realización de los daños mencionados en el párrafo anterior.

La importancia de determinar si se pueden aplicar medidas preventivas y correctivas en los casos en que se demuestre la existencia de acuerdos cuyo objeto sea limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia, con la finalidad de evitar

lesional estado, a la competencia y a los consumidores en general, es de gran relevancia, por cuanto una Ley no solamente debe limitarse a sancionar los actos o acuerdos anticompetitivos configurados, sino debe establecer facultades y herramientas orientadas a prevenir su consumación y consecuentes daños.

Con estos antecedentes, esta tesis podría constituirse en un insumo para apreciar las facultades de la Superintendencia de Control y Regulación de Poder de Mercado respecto de los procesos de contratación pública, y porqué no, en un aporte que permita vislumbrar la necesidad de redefinir ciertos preceptos establecidos en la Ley Orgánica Contratación Pública e inclusive en Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado.

Por último y en consideración a que la materia es nueva en nuestro país y a las especificidades que la Ley Orgánica de Control y Regulación de Poder de Mercado suponen, considero importante hacer un breve repaso de los principales conceptos que habrán de manejarse a lo largo de todo el documento, así como de la Ley en general, de manera que el mismo se constituya en un marco conceptual y legal que permita una mayor apreciación del tema a tratarse.

# CAPITULO PRIMERO

## Normativa Antimonopolio: cuestiones preliminares

En el presente capítulo se desarrollan temas que tienen como objetivo establecer el marco conceptual y legal en materia de competencia, así como los principales conceptos y definición es que se manejaran a lo largo de todo el documento, razón por la que se plantea una breve reseña histórica, posteriormente un análisis de la libre competencia, la libre concurrencia, y; el derecho de la competencia económica y sus pilares fundamentales.

### 1.1 Breve reseña histórica de la normativa antimonopolio

Para el presente estudio, resulta necesario revisar los orígenes del Derecho de la Competencia, pues nos permitirá, sin entrar en un análisis exhaustivo, conocer las razones de su nacimiento en los Estados Unidos de América, país pionero en su formulación, así como su posterior adopción en Europa, la Comunidad Andina y finalmente Ecuador. A continuación una breve reseña histórica de su proceso de formación así como de algunos aspectos que lo caracterizan en la actualidad.

Según Zullita Fellini y Pérez Miranda<sup>1</sup>, la economía de los Estados Unidos, a finales del siglo XIX, se caracterizó por un intenso proteccionismo que generó restricciones al comercio y a la competencia y coadyuvó a la formación y consolidación de monopolios. Es exactamente en 1890 cuando el Congreso, aprobó el proyecto de ley contra los monopolios o antitrust<sup>2</sup>, bautizada como Ley Sherman debido a que la misma fue presentada por el senador John Sherman.

Sin embargo Thomas Dilorenzo<sup>3</sup>, catedrático en derecho antimonopolio, señala que no existe evidencia fehaciente que demuestre que las grandes empresas del siglo XIX en EE.UU. realizaran prácticas anticompetitivas; establece que la normativa

---

<sup>1</sup>Zullita Fellini y Pérez Miranda *El derecho frente a los monopolios*, Estudios de Derecho Económico IV 1era reimpresión, (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1983) 65-121

<sup>2</sup>En inglés Competition Law, conocido en Estados Unidos como Antitrust Law, es la rama del derecho económico que regula, controla y eventualmente sanciona el cometimiento de prácticas anticompetitivas.

<sup>3</sup>DILorenzo, Thomas J, *The Case Against All Antitrust Legislation*, Cátedra en Mises University 18, Ludwig Von Mises Institute Auburn, (Alabama, 9 de Agosto de 2003.)

antitrust de EE.UU. fue impulsada por grandes grupos empresariales como mecanismo de protección frente al acelerado crecimiento de nuevas compañías, mismas que gracias a las economías de escala, ofrecían precios mucho más bajos.

De los párrafos anteriores se evidencia que existen discrepancias respecto de las razones por las que se aprobó la ley Sherman, lo que sí está claro es que en la primera norma antitrust vigente en los Estados Unidos, se establece claramente como ilegal a la colusión en la contratación pública cuando señala: “Esta ley declara ilegal<sup>4</sup> todo contrato, combinación y conspiración que limite irrazonablemente el comercio interestatal y extranjero. Esto incluye acuerdos entre competidores para fijar precios, arreglar licitaciones<sup>5</sup> y repartirse clientes, los cuales son punibles como delitos mayores.”<sup>6</sup>

### **1.1.1. Reseña histórica normativa antimonopolio en la Comunidad Andina**

En mayo de 1969, Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú suscribieron el Acuerdo de Integración Subregional Andino o Acuerdo de Cartagena. Chile, se retira en 1976, y posteriormente, en el año 2006 anuncia su incorporación como miembro asociado. Venezuela se adhiere en 1973 al Acuerdo de Cartagena, sin embargo anuncia su retiro en el 2006 y es formalizado 5 años más tarde.

Los Países Miembros en el Acuerdo de Cartagena, pactaron tener un conjunto de reglas para corregir prácticas que pueden distorsionar la competencia dentro del mercado de la Subregión Andina, ello en consideración que todo proceso de integración conlleva

---

<sup>4</sup>De acuerdo con lo citado por el Manual Básico sobre las leyes Antimonopolio, del Departamento de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, “La violación de la Ley Sherman es un delito mayor punible con una multa de hasta 10 millones de dólares para empresas, y una multa de hasta 350,000 dólares o 3 años de prisión (o ambos) para individuos, si el delito fue cometido antes del 22 de junio de 2004. Si el delito fue cometido a partir del 22 de junio de 2004 inclusive, la multa máxima de la Ley Sherman es de 100 millones de dólares para empresas y 1 millón de dólares para individuos. La sentencia de prisión máxima de la Ley Sherman es de 10 años. Bajo algunas circunstancias, la multa máxima potencial puede incrementarse a sumas superiores a los máximos de la Ley Sherman, hasta el doble de las ganancias o pérdidas en cuestión. Además, la colusión entre competidores puede constituir violaciones de la ley de fraude postal o telegráfico, la ley de declaraciones falsas u otras leyes federales sobre delitos federales, todos los cuales son enjuiciados por la División Antimonopolios.”

<sup>5</sup>“El arreglo de licitaciones es la manera en que los competidores conspiradores efectivamente elevan los precios donde los compradores – con frecuencia, los gobiernos estatales o locales — adquieren bienes o servicios a través de licitaciones.” División Antimonopolios, Departamento de Justicia, US. Manual básico sobre las leyes antimonopolios, *Arquives de fijación de precios, arreglo de licitaciones y asignación de mercado*. (15 de Diciembre de 2015)3, <https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2012/11/29/price-fixing-es.pdf>

<sup>6</sup>US, Department of Justice. *US*, Abril de 2016, <https://www.justice.gov/atr-espanol/las-leyes-antimonopolios-y-usted>

la apertura de fronteras para la conformación de un mercado común, que tiene como objetivo la liberalización sobre el comercio de bienes y servicios así como la libre circulación de capitales y personas. Como consecuencia lógica de lo anterior se genera una intensificación de la concurrencia y competencia, situación que a su vez puede verse perjudicada debido a la comisión de prácticas anticompetitivas cuya finalidad es distorsionar la competencia.

Es pensando en lo anterior que los países miembros incorporaron en el artículo 93 del Acuerdo de Cartagena, el mandato para que se adopten normas indispensables para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la subregión con este antecedente y considerando la prioridad del tema asignado en el Acuerdo de Cartagena<sup>7</sup>, la Comunidad Andina en 1971 adoptó la Decisión 45 “Normas para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la subregión”, misma que fue reemplazada en 1987 por la Decisión 230, que llevaba el mismo nombre que la anterior, y cuya principal característica fue procedimientos más específicos, así como una introducción para la aplicación de la regla de la razón o relación de causalidad entre la práctica anticompetitiva y el perjuicio causado. Estas normas prácticamente fueron letra muerta, ello debido a la falta de herramientas necesarias para hacerla efectiva, pero sobre todo debido al desconocimiento sobre la importancia y la utilidad de esta normativa<sup>8</sup>

En 1991, la Comisión aprueba la Decisión 285, denominada “Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas restrictivas de la libre competencia” que entre otras modificaciones, separó las prácticas anticompetitivas del dumping. Esta norma tampoco resultó útil, su principal problema fue la falta de facultades de la Secretaría General para obtener la colaboración de las empresas en el curso de las investigaciones, para ordenar la práctica de medidas cautelares e imponer sanciones económicas. El papel de la Secretaría se limitaba a

---

<sup>7</sup> “Artículo 93.- Antes del 31 de diciembre de 1971 la Comisión adoptará, a propuesta de la Secretaría General, las normas indispensables para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la Subregión, tales como “dumping”, manipulaciones indebidas de los precios, maniobras destinadas a perturbar el abastecimiento normal de materias primas y otras de efecto equivalente. En este orden de ideas, la Comisión contemplará los problemas que puedan derivarse de la aplicación de los gravámenes y otras restricciones a las exportaciones...”

<sup>8</sup> Ortiz Baquero, Ingrid y otro, *La aplicación pública de las normas de libre competencia en la Comunidad Andina y sus países integrantes*, (Bogotá 2016) 230

conceder al Estado perjudicado, aplicar aranceles preferenciales. Solo cinco asuntos fueron sometidos al procedimiento seguido ante la Secretaría General<sup>9</sup>, de los cuales solamente se admitió uno, en el cual se autorizó al Estado la toma de medidas correctivas en defensa de sus empresas.

En abril del 2005, se adopta la Decisión 608 Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina, normativa elaborada con el apoyo de la Comisión Europea y siguiendo el modelo de Derecho Comunitario Europeo de ese momento, la aplicación de las normas de libre competencia en la Comunidad Andina de Naciones) CAN adopta un modelo público o administrativo<sup>10</sup>

El objetivo de esta norma supranacional es la protección y promoción de la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Andina, con la finalidad de lograr eficiencia en los mercados y el bienestar de los consumidores.

Para lograr dicho objetivo la normativa andina establece la obligación a los estados miembros de eliminar toda restricción que lo obstaculice o cree barreras de acceso a los mercados, garantizar el libre ingreso y permanencia de competidores en los mercados y prevenir y sancionar el establecimiento de obstáculos al acceso al mercado por parte de entidades públicas o privadas.

Si bien la Decisión 608 no establece la obligación de homogenizar las leyes nacionales de cada uno de los países miembros de la CAN, la Decisión 616 “Entrada en vigencia de la Decisión 608 para la República del Ecuador” contiene disposiciones dirigidas a asegurar que Ecuador cuente con normas y autoridades nacionales de competencia.

---

<sup>9</sup> Los asuntos discutidos fueron los siguientes: (i) Asociación Colombiana de Industrias Plásticas (ACOPLÁSTICOS) contra la Empresa Petroquímica de Venezuela (PEQUIVEN), declarado sin lugar Disponible en: <http://www.comunidadandina.org/Documentos.aspx?GruDoc=43>. (ii) Sociedad Mercantil Importadora de Azúcar de Venezuela S.A. contra las centrales azucareras venezolanas y colombianas, declarado sin lugar. Disponible en: <http://www.comunidadandina.org/Documentos.aspx?GruDoc=43>. (iii) Empresa Polipropileno Biorientado del Ecuador contra las empresas Polipropileno del Caribe S.A. (PROPILCO) y Polipropileno de Venezuela S.A. (PROPILVEN), declarado sin lugar. Disponible en <http://www.comunidadandina.org/Documentos.aspx?GruDoc=08>. (iv) Gobierno de Bolivia contra la Empresa Colombiana del Llano S.A. en la que se declaró improcedente la petición del Gobierno de Bolivia Disponible en: <http://www.comunidadandina.org/Documentos.aspx?GruDoc=08>, (v) El asunto de la Confederación Nacional de Palmicultores y Empresas de Palma Aceitera del Perú y las empresas Industrial del Espino S.A., Industrial Alpamayo S.A., Alicorp S.A. y Ucisa S.A., contra los palmicultores colombianos Disponible en: <http://www.comunidadandina.org/Documentos.aspx?GruDoc=08>.

<sup>10</sup> Ortiz, *La aplicación pública de las normas de libre competencia en la Comunidad Andina y sus países integrantes*, 332

Hoy en día todos los países que integran la CAN cuentan con leyes y autoridades en materia de competencia, las cuales aun cuando no son homogéneas, prescriben y sancionan en buena cantidad, las conductas restrictivas de mercado que pueden tornarse perjudiciales, ya sea dentro de los estados parte, como entre las relaciones comerciales que surgen entre ellos.

En el caso específico de la colusión en la contratación pública la decisión 608 contempla una regulación específica contenida en el artículo 9 literal e) que señala: “Se presumen que constituyen conductas restrictivas a la libre competencia, entre otros, los acuerdos que tengan el propósito o el efecto de... e) establecer, concertar o coordinar posturas, abstenciones o resultados en licitaciones, concursos o subastas públicas.”

Es menester recalcar que hasta la presente fecha, una sola denuncia fue presentada sobre la base de lo establecido en la Decisión 608, pero fue desestimada y por lo tanto no entró a trámite.

### **1.1.2. Reseña histórica normativa antimonopolio en Ecuador.**

Ecuador hasta en marzo de 2009 no contaba con una norma que regule, controle y sancione las prácticas anticompetitivas, es por ello que en razón de lo establecido en el Artículo 1 de la Decisión 616<sup>11</sup>, adopta mediante Decreto Ejecutivo 1614<sup>12</sup> las normas de la Decisión 608 como normativa interna<sup>13</sup>. En este instrumento, como ya se señaló anteriormente ya se contempla una prohibición y sanciona la colusión en las compras públicas

Pero además de eso la norma es clara al señalar que no solo se sanciona cuando la actividad ha tenido o no efectos, sino que es sancionada también la tentativa, es decir, aun cuando la actividad u omisión no se concrete en perjuicio del estado, los consumidores u otros agentes económicos. A lo largo de toda la Decisión 608, se puede apreciar claramente la influencia de la normativa europea, pues fue pionera en establecer

---

<sup>11</sup> El mentado artículo habilita a Ecuador a aplicar la Decisión también para los casos de conductas anticompetitivas de origen y efectos dentro de su territorio.

<sup>12</sup> Ecuador: Registro Oficial 558, de 27 de marzo de 2009

<sup>13</sup> De acuerdo al Art. 1 del Decreto Ejecutivo 1614 la Autoridad de Aplicación de la Decisión 608 de la Comisión de la Comunidad Andina es el Ministerio de Industrias y Productividad y la investigadora la Subsecretaria de Competencia.

este tipo de redacción, así como la inclusión de la cláusula general prohibitiva, las medidas preventivas, entre otros<sup>14</sup>.

Por último, el 29 de septiembre de 2011, la Asamblea Ecuatoriana, aprobó la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado (LORCPM)<sup>15</sup>, la cual posee normas específicas que prohíben y sancionan la colusión en la contratación pública y que serán desarrolladas más adelante.

## **1.2. Libre competencia**

La Corte Constitucional colombiana, respecto de la libre competencia, manifiesta:

Existe competencia en un mercado cuando un conjunto de empresarios, en un marco normativo de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos, factores empresariales y de producción, en la conquista de un mercado determinado, bajo el supuesto de la ausencia de barreras de entrada o de otras prácticas restrictivas que dificulten el ejercicio de una actividad económica lícita<sup>16</sup>

El fundamento de la libre competencia se basa en que todos los agentes que participan en el mercado lo hagan con respeto a las reglas de juego, reglas que deben ser claras y conocidas por todos. Es así que tanto consumidores como proveedores podrán elegir libremente sus actuaciones y decisiones de compra o empresariales, según sea el caso.

Sin embargo, hay ocasiones en que las empresas alteran su comportamiento, restringiendo, falseando o limitando la competencia, en su propio beneficio; estas actividades afectan directamente al mercado pues deja de cumplir con las condiciones de competencia deseables, lo cual a su vez repercute en sus competidores y finalmente en el consumidor.

Es por lo anterior que el proceso competitivo es tutelado, bajo el entendido que se lo hace para, a su vez, garantizar la eficiencia de los mercados con la finalidad ulterior de proteger a los consumidores y usuarios; pues en razón de una libre competencia los productores se ven obligados a maximizar sus ganancias, mediante la oferta de

---

<sup>14</sup>Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea Artículo 101, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A12012E101>

<sup>15</sup>Ecuador: Registro Oficial, Suplemento 555, de 13 de octubre de 2011

<sup>16</sup>Colombia: Corte Constitucional, sentencia C-815 de 2001 MP: Rodrigo Escobar Gil

productos y servicios a precios y calidades que satisfacen la demanda de los consumidores, mientras que estos últimos pueden adquirir productos y servicios variados a precios competitivos. Es así como se traduce el beneficio al consumidor, pues a través de una competencia efectiva, es decir libre de prácticas que distorsionen o limiten la competencia, se protege y garantiza el derecho constitucional a la libertad de elección y la posibilidad de acceso en condiciones justas a bienes y servicios.

La libre competencia es fundamental para el desarrollo económico, y también es de vital importancia dentro del marco social, pues la misma permite que bienes y servicios sean producidos eficientemente y al menor costo, permitiendo que el consumidor final pueda elegir la mejor opción. Es por ello que la norma de defensa de la competencia “de todas las legislaciones tiene como bien jurídico protegido esencialmente al último destinatario de la actividad económica: El consumidor”<sup>17</sup>

A esto último se ha referido la doctrina cuando señala:

La legislación de defensa de la competencia no deber ser vista como una mera protección de intereses particulares, mediante técnicas propias del Derecho Privado, sino que apunta a crear una garantía institucional del bienestar general o del interés económico general<sup>18</sup>

Tanto en la Comunidad Europea como en España la legislación protectora de la libre competencia se considera indispensable para el correcto funcionamiento del mercado. Esto significa que esa legislación protege un interés público y, desde luego, protege también a los consumidores, que son los primeros interesados en que el mercado de libre competencia funcione correctamente”<sup>19</sup>

El derecho de la competencia, “tiene como finalidad normar la estructura de mercado más conveniente a la libre competencia y hecho esto sancionará las conductas de aquellos agentes económicos que actúan en forma anticompetitiva”<sup>20</sup>.

En cuerda con lo anterior, es preciso hacer referencia a las disposiciones constitucionales que garantizan la libre competencia en el Ecuador. El artículo 304 numeral 6 de la Constitución establece que la política comercial tendrá como objetivo

---

<sup>17</sup> Flint Pinkas, *Tratado de defensa de la libre competencia*, (Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Perú, 2002) 33

<sup>18</sup> Cabanellas de las Cuevas, Guillermo *Derecho antimonopólico y de Defensa de la Competencia*, citado por Marín Sevilla, Marcelo y otros, *Régimen de Competencia*, (Ecuador: Corporación de estudios y publicaciones, 2012) 10

<sup>19</sup> Pellisé Capell, Jaume, *La explotación Abusiva de una posición dominante*, citado por Marín Sevilla, Marcelo y otros, *Régimen de Competencia*, (Ecuador: Corporación de estudios y publicaciones, 2012) 10

<sup>20</sup> Flint, *Tratado de Defensa de la Libre Competencia*, 26

“evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados”; en concordancia con el mismo, el artículo 336 de la Carta Fundamental, que señala:

El Estado impulsará y velará por el comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, que minimice las distorsiones de la intermediación y promueva la sustentabilidad. El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley<sup>21</sup>

Finalmente la LORCPM establece dentro de su artículo primero que el objetivo de la ley es la defensa de la competencia con el fin de proteger al mercado y a través de esta protección, tutelar los intereses de los consumidores y usuarios.

### **1.2.1. Alcance de las políticas de competencia.**

Las políticas públicas corresponden a soluciones específicas de cómo manejar los asuntos públicos<sup>22</sup>; en este caso en particular, las mismas tienen como finalidad proteger y promover la competencia efectiva en los mercados para lograr una asignación eficiente de recursos, competitividad, innovación, regular la concentración del mercado y el bienestar del consumidor.

En ese sentido, la política de competencia debe establecer un sinnúmero de acciones necesarias para las cuales se requieren reformas normativas<sup>23</sup>, creación o supresión de instituciones, simplificación de trámites, etc., todo lo cual debe permitir una auto regulación de precios por oferta y demanda y la actividad del mercado, la desmonopolización, liberalización de inversiones extranjeras,<sup>24</sup> etc.

Esta política de competencia se articula sobre base del Derecho de la competencia, cuyas normas prohíben y sancionan una serie de prácticas que tienen como objeto u efecto falsear, restringir, obstaculizar la competencia; así como también regular

---

<sup>21</sup>Ecuador: Constitución, Registro Oficial N° 449 , 20 de Octubre del 2008

<sup>22</sup>Lahera P. Eugenio; *Política y políticas públicas*, (Santiago de Chile: CEPAL) 7

<sup>23</sup>En este sentido, en el Ecuador, con la vigencia de la Ley Orgánica de Regulación y Control del poder de mercado, en la disposición derogatoria décimo octava se derogó el Reglamento para la fijación de precios Medicamentos de Uso y Consumo Humano, ello en consideración a la necesidad de eliminar una política de fijación de precios para pasar a una de libre competencia, en ese sentido, la disposición transitoria sexta a su vez, estableció un término de 60 días para la promulgación de un nuevo reglamento cuyas disposiciones se ceñirán a lo establecido en dicha ley

<sup>24</sup>Eliminación de obstáculos arancelarios y no arancelarios que impiden una competencia efectiva entre los bienes y servicios importados y los nacionales.

las prácticas abusivas o restrictivas de operadores con posición de dominio en el mercado; y, un control de las concentraciones y fusiones.

### **1.2.2. Competencia, mercados eficientes, competitividad y consumidor**

El concepto de competitividad no es nuevo, aproximadamente hace tres siglos atrás nace conjuntamente con las teorías de comercio. A pesar de ello, en la actualidad no existe consenso sobre su definición.

En el proceso evolutivo del concepto de competitividad planteado por la CEPAL<sup>25</sup> se evidencian las discrepancias en torno al concepto a lo largo de tres siglos, mismo que concluye con la propuesta actual de Michael Porter, quien señala que la competitividad es: “La capacidad para sostener e incrementar la participación en los mercados internacionales, con una elevación paralela del nivel de vida de la población. El único camino sólido para lograrlo, se basa en el aumento de la productividad.”<sup>26</sup>

Como se señaló, si bien no existe un acuerdo respecto al significado de competitividad, es preciso hacer hincapié en que la misma “no es simplemente un proceso sostenido de inversión, sino que debe estar ligada también a un aumento sostenido de los niveles de vida de la población, así como a mejoras en la infraestructura y la estructura productiva, entre otras”<sup>27</sup>.

La apertura de mercados expone a las empresas a competir y las empuja a buscar la eficiencia, pues deben responder con agilidad a las solicitudes de mercado para poder capturar la atención del consumidor y lograr ser elegidas de entre un grupo empresarial ávido por alcanzar ese mismo objetivo. Esto da como resultado empresas en constante innovación respecto de sus productos y/o servicios, buscando cubrir las necesidades de los consumidores al menor costo posible, con eficacia y eficiencia.

El objetivo principal de las políticas de defensa de la competencia es mejorar el bienestar del consumidor, a través de un mercado eficiente y competitivo, así lo refuerza las Naciones Unidas en las directrices para la Protección del Consumidor cuando establece "los estados miembros deben alentar la competencia leal y efectiva a fin de brindar a los consumidores la posibilidad de elegir productos y servicios dentro del

---

<sup>25</sup> Benzaquen Jorge, Del Carpio, Luis Alfonso y otros, *Un Índice Regional de Competitividad para un país*, (CEPAL, 2010), 71

<sup>26</sup> Suñol, Sandra, *Aspectos teóricos de la competitividad*, *Ciencia y Sociedad*, vol. XXXI, núm. 2, (Santo Domingo 2006) 181 véase: <http://www.redalyc.org/pdf/870/87031202.pdf>

<sup>27</sup> *Ibidem*. 183

mayor surtido y a los precios más bajos"<sup>28</sup>. A este respecto se han pronunciado las autoridades de competencia, por ejemplo, El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del Perú ha señalado que: “la función primordial de dicha ley es permitir que la libre iniciativa se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios y consumidores”<sup>29</sup>

En cuerda con lo anterior la LORCPM, en su artículo primero señala: “la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible”<sup>30</sup>. Claramente se puede observar que sigue los pasos de la doctrina y jurisprudencia internacional, cuando toma como objetivos, la protección de la eficiencia de los mercados y la tutela de los intereses de los consumidores y usuarios.

### **1.3 Libre competencia**

Los términos libre competencia y libre competencia suelen ser usados como sinónimos, sin embargo dentro del derecho de la competencia, estos dos términos tienen diferencias.

La libre competencia hace referencia a diversidad de empresarios oferentes de un bien o servicio específico dentro de un mercado; ahora bien para que exista libre competencia debe haber libre competencia, pero además debe existir una pugna entre los oferentes o empresarios para captar la atención de los consumidores o usuarios.

Por lo tanto el que haya libre competencia no garantiza una competencia efectiva o libre competencia, precisamente porque los empresarios pudieron ponerse de acuerdo para eliminar la competencia ya sea fijando precios, modalidades de entrega, repartiéndose el mercado, etc.

---

<sup>28</sup> UNCTAD, 2003, *Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor* (Nueva York, publicación de las Naciones Unidas) 12, [http://unctad.org/es/PublicationsLibrary/ditccplpmisc2016d1\\_es.pdf](http://unctad.org/es/PublicationsLibrary/ditccplpmisc2016d1_es.pdf)(último acceso: 15 de mayo de 2016)

<sup>29</sup>Perú: Resolución del Tribunal de Competencia No 229-97-TDC, <http://www.apeccp.org.tw/doc/Peru/Decision/Resolucion0229-1997-TDC.pdf>(último acceso: 2 de junio de 2016)

<sup>30</sup>Ecuador: Suplemento de Registro Oficial No. 555 del 13 de octubre del 2011

## **1.4. El derecho de la competencia**

Las normas de competencia están dirigidas a regular las acciones emprendidas por cualquier operador económico<sup>31</sup> “que buscan influenciar las estructuras de mercado de manera anticompetitiva, así como para establecer un marco regulatorio adecuado para el funcionamiento de los mercados”<sup>32</sup>.

En este sentido las normas de defensa de la libre competencia tiene como fundamento 4 pilares esenciales:

- a) La investigación y eventual sanción de los Acuerdos y Prácticas Restrictivas de la Competencia (acuerdos anticompetitivos);
- b) La investigación y eventual sanción de los Abusos de posición dominante
- c) El control de concentraciones económicas anticompetitivas
- d) La competencia desleal.

### **1.4.1. Acuerdos restrictivos de la competencia o acuerdos anticompetitivos**

Dentro de los acuerdos anticompetitivos se ubica la colusión en la contratación pública, por ello haremos una referencia un tanto más extensa sobre este acápite.

Las prácticas restrictivas de la competencia o acuerdos anticompetitivos tienen como finalidad “impedir o limitar la competencia en sí, sea mediante acuerdos, recomendaciones o prácticas concertadas entre las empresas, generando perjuicio para el interés económico en general”<sup>33</sup>

Este tipo de acuerdos pueden ser horizontales o verticales, según se den entre competidores situados en el mismo nivel del proceso productivo o de distribución para el primer caso, y para el segundo u horizontal, si los acuerdos se dan entre empresas en distintos niveles del proceso productivo o de distribución. Como ejemplo del primero podríamos pensar en un acuerdo anticompetitivo realizado por las farmacias para fijar precios de venta al público; mientras que para el segundo se podría pensar en un acuerdo entre fabricante y distribuidor de medicamentos para vender exclusivamente un único analgésico de marca, limitando al consumidor la posibilidad de elegir.

---

<sup>31</sup>El artículo 2 de la LORCMP, establece como operador económico a todos aquellos sujetos, sea cual fuere su condición, que realicen actividad económica, sea que tengan un fin lucrativo o no.

<sup>32</sup>Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *Manual para la Formulación y aplicación de las leyes de competencia*, (Nueva York y Ginebra 2004)53

<sup>33</sup>Flint, *Tratado de Defensa de la Libre Competencia*, 565

Cuando un grupo de empresas practica de manera continuada un acuerdo anticompetitivo se utiliza el término cártel<sup>34</sup>. En otras palabras la cartelización consiste en un acuerdo entre un grupo de competidores que tiene como objetivo eliminar o al menos limitar la competencia. Cuando un grupo de competidores se carteliza, se convierte en un monopolio, pues tiene plena capacidad para alterar las condiciones de mercado<sup>35</sup>. Para que exista un cartel no es necesario que todas las empresas proveedoras de un bien o servicio específico participen en un cartel, pero si es indispensable que entre aquellas cartelizadas se alcance cierto poder de mercado para poder alterar las condiciones del mercado

Para que un acuerdo anticompetitivo pueda perpetrarse es necesario que se cumplan dos requisitos fundamentales

- a) El acuerdo de dos o más operadores económicos para el cometimiento de prácticas prohibidas
- b) No importa la forma jurídica en la que se exprese el acuerdo, puede ser verbal o escrito, jurídicamente exigible o no, pues basta con la concurrencia de 2 o más voluntades.

Respecto de nuestro ordenamiento jurídico, los acuerdos anticompetitivos están tipificados en el artículo 11 de la Ley Orgánica de Control y Regulación de Poder de Mercado, que señala:

Acuerdos y prácticas prohibidas.- Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, y en general todos los actos o conductas realizados por dos o más operadores económicos, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general.<sup>36</sup>

Como se puede observar la ley ecuatoriana ha seguido la técnica europea, en el sentido en primer lugar estableciendo un criterio enunciativo bastante amplio respecto de

---

<sup>34</sup>Caso: Cartel Internacional de las Vitaminas. En 1999

<sup>35</sup>Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *Manual para la Formulación y aplicación de las leyes de competencia*, (Nueva York y Ginebra 2004) 60

<sup>36</sup>Ecuador: Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Suplemento Registro Oficial 555, de 13 de octubre de 2011

lo que puede ser considerado como acuerdo, y luego estableciendo únicamente como ejemplos las conductas que pueden constituirse en acuerdos anticompetitivos, con lo cual permite que puedan ser investigados y sancionados otro tipo de conductas que no estén tipificados pero que lesionen la competencia.

Finalmente es preciso recalcar que los acuerdos anticompetitivos al reducir la competencia en el mercado, no solo afectan la eficiencia del resto de empresas que pretenden competir en el mismo, sino que maximizan ingresos de los operadores económicos que participan en el acuerdo, a costa de un perjuicio al consumidor.

#### **1.4.2. Abuso de poder de mercado o de posición dominante**

El Glosario de Economía Industrial y Derecho de la Competencia sobre el abuso de posición dominante señala lo siguiente:

Prácticas comerciales restrictivas de la competencia a las cuales puede dedicarse una empresa dominante para preservar su situación en el mercado. Estas prácticas pueden considerarse, no sin controversia, como un aprovechamiento abusivo o anormal de una situación de control de monopolio de un mercado con el objeto de restringir la competencia. La expresión “abuso de situación dominante” figura en la reglamentación de la competencia de un cierto número de países, tales como el Canadá o Alemania y en la de la Comunidad Económica Europea. En los Estados Unidos, las disposiciones equivalentes serían las referentes a los monopolios, las tentativas de monopolización o la monopolización de un mercado.<sup>37</sup>

En primer lugar hay que hacer hincapié en que es completamente legítimo y legal los esfuerzos realizados por una empresa para mejorar sus procesos productivos, elevar su competitividad y alcanzar dominio en el mercado. Es por ello que son la posición de dominio en sí misma no es el problema, sino las prácticas predatorias empleadas por una empresa que ostenta posición dominante. Por lo tanto lo que se prohíbe y eventualmente sancionan las prácticas que lesionan el proceso competitivo ejercido por una sola empresa que ostenta poder de mercado.

En el Ecuador la LORCPM prohíbe y sanciona el abuso de poder de mercado en el artículo 9 al señalar:

Constituye infracción a la presente Ley y está prohibido el abuso de poder de mercado. Se entenderá que se produce abuso de poder de mercado cuando uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio,

---

<sup>37</sup>Citado por Flint, *Tratado*, 521

impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general.

En particular, las conductas que constituyen abuso de poder de mercado son:

Finalmente resaltar que a diferencia de cualquier empresa, aquellas que ostentan posición de dominio ejercen gran influencia del mercado, por lo tanto cualquier acción que realicen puede repercutir significativamente tanto en la competencia como en los consumidores y usuarios; es por ello que el primer paso a determinar para la investigación y sanción de este tipo de prácticas es si la empresa ostenta o no poder de mercado, luego se podrá entonces analizar si actuó de manera indebida.

#### **1.4.3. Control de Concentraciones y fusiones anticompetitivas**

Existen casos en los que las fusiones o absorciones empresariales se convierten en prácticas comerciales que restringen la competencia; pues son utilizadas con la finalidad de establecer un monopolio o al menos un alto poder de mercado.

“Por definición una operación de concentración reduce el número de agentes participantes en el mercado en cuestión, lo que tiende a reducir los costos de transacción y a incrementar las probabilidades de generación de prácticas anticompetitivas”<sup>38</sup>, sin embargo las concentraciones económicas no son malas *per se*, por lo tanto las legislaciones utilizan herramientas económicas mediante las cuales se establecen umbrales que permiten determinar cuándo una fusión es coadyuvante a la competitividad y cuando es peligrosa debido a la concentración de mercado que conlleva.

Las concentraciones pueden ser de dos tipos, horizontales y verticales. “Cuando los agentes económicos a concentrarse están situados en el mismo nivel de producción o comercialización”<sup>39</sup>, la concentración es horizontal, y; es vertical “cuando los agentes económicos que intervienen forman parte de las diferentes etapas del proceso productivo desde la fabricación de la materia prima, elaboración, distribución y comercialización”<sup>40</sup>

. De acuerdo al Artículo 14 de la Ley Orgánica de Control del Poder de Mercado, una operación de concentración económica es:

---

<sup>38</sup>Marín Sevilla, Marcelo y otros, *Régimen de Competencia* (Corporación de Estudios y Publicaciones, Ecuador 2012) 126

<sup>39</sup> Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de Argentina: <http://www.cndc.gov.ar/memorias/memoria97/docu2b.htm>

<sup>40</sup>Ibídem

Cambio o toma de control de una o varias empresas u operadores económicos a través de actos tales como:

“a) La fusión entre empresas u operadores económicos. b) La transferencia de la totalidad de los efectos de un comerciante. c) La adquisición, directa o indirecta, de la propiedad o cualquier derecho sobre acciones o participaciones de capital o títulos de deuda que den cualquier tipo de derecho a ser convertidos en acciones o participaciones de capital o a tener cualquier tipo de influencia en las decisiones de la persona que los emita, cuando tal adquisición otorgue al adquirente el control de, o la influencia sustancial sobre la misma. d) La vinculación mediante administración común. e) Cualquier otro acuerdo o acto que transfiera en forma fáctica o jurídica a una persona o grupo económico los activos de un operador económico o le otorgue el control o influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de un operador económico”.

El artículo 16 de la LORCPM especifica los términos bajo los cuales una operación de concentración debe ser notificada de forma obligatoria, y el procedimiento que se debe seguir para efectuar dicha notificación., La Junta de Regulación de la LORCPM, fijó el monto sobre el cual las operaciones de concentración económica deberán someterse al procedimiento obligatorio de notificación previa<sup>41</sup>.

Como se puede observar mediante la autorización de la Superintendencia de la Competencia se establece un mecanismo para el control a operaciones de concentración empresarial.

Finalmente recalcar que “en la actualidad existen numerosos países que han incorporado como instrumento de su política de Defensa de la Competencia el control de estructuras, advirtiéndose que la implementación de sistemas de control de concentraciones económicas se encuentra en expansión a nivel global”<sup>42</sup> entre ellos se puede mencionar a:

“Albania, Alemania, Argentina, Australia, Austria, Azerbaiyán, Bielorrusia, Bélgica, Brasil, Bulgaria, Canadá, Chile, Chipre, Colombia, Croacia, Dinamarca, El Salvador, Eslovaquia, Eslovenia, Estados Unidos, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, India, Indonesia, Irlanda, Israel, Italia, Japón, Kazajstán, Kenya, Letonia, Lituania, Macedonia, México, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Panamá, Polonia, Portugal, Taiwan, República Checa, República de Corea, República de Moldova, Reino Unido, Rumania, Rusia, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Tailandia, Túnez, Turquía, Ucrania, Unión Europea, Uzbekistán, Venezuela y Yugoslavia”<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup>Ecuador: Resolución N.002 22 de Octubre de 2013, Registro Oficial N°132 del 27 de Noviembre de 2013.

<sup>42</sup>Banco Interamericano de Desarrollo, *El control de concentraciones empresariales*, véase: <http://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/38858956.pdf>

<sup>43</sup>Marín, *Régimen de Competencia*, 132

#### 1.4.4. Competencia Desleal

Por competencia desleal se entiende a los actos contrarios a la buena fe, ética o usos comerciales en el ejercicio del comercio en un territorio determinado, de tal manera que se constituyen en una deformación del proceso de la competencia en el mercado, pues son susceptibles de distorsionar las expectativas legítimas de los participantes a no ser degradados y por tanto su realización perjudica tanto a los consumidores, pues pueden verse inmersos en un engaño; como a productores, quienes pueden ser excluidos injustificadamente del mercado por un competidor que por ejemplo roba sus secretos industriales o lesiona su imagen.<sup>44</sup>

La LORCPM en el artículo 26 establece como prohibidos y sujetos a sanción “los hechos, actos o prácticas, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea la actividad económica en la que se manifiesten”<sup>45</sup>; siempre que afecten a la competencia, mercado o bienestar de los consumidores y usuarios. En el artículo 27 establece una lista meramente ejemplificativa de las prácticas que pueden ser consideradas como desleales cuando establece: “entre otras, se consideran prácticas desleales, las siguientes” Es por ello que la Superintendencia está facultada para “investigar y sancionar todo tipo de conductas que contravengan objetivamente las costumbres y usos comerciales así como la buena fe”<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, Manual para la Formulación y aplicación de las leyes de competencia, (Nueva York y Ginebra 2004) 60

<sup>45</sup> Ecuador: Registro Oficial Suplemento 555 de 13-oct.-2011

<sup>46</sup> Marín, *Régimen de Competencia*, 140

## CAPITULO SEGUNDO

### La Colusión en la Contratación Pública.

Luego de haber hecho un acercamiento inicial al derecho de la libre competencia y de haber revisado las nociones y definiciones básicas a ser consideradas para lograr un conocimiento general de las prácticas anticompetitivas, En el presente capítulo revisaremos la importancia de la contratación pública en el mercado, profundizaremos en el acuerdo restrictivo denominado colusión en la contratación pública, principalmente dentro de la normativa vigente en el Ecuador así como también revisando la legislación internacional y los lineamientos emitidos por organismos internacionales.

#### **2.1. La contratación pública y su incidencia en el mercado.**

En la actualidad la contratación pública ha sido un área de grandes cambios y novedades, no sólo por reformas de índole jurídico, sino también por la incidencia que la misma tiene en el diseño e implementación de las políticas públicas, ello en consideración a que en los países de la OCDE, las estadísticas existentes indican que la contratación pública representa un 17% del Producto Interior Bruto, en muchos otros países inclusive la cifra es mayor<sup>47</sup> y, en los países de América Latina las compras públicas representan entre el cinco (5%) y quince por ciento (15%) del PIB<sup>48</sup>. Es por ello que los esfuerzos internacionales se han centrado en proponer objetivos comunes que rijan en los diferentes sistemas de contratación pública, con la finalidad de alcanzar un marco adecuado para promover la integridad en la contratación sin desviarla de su objetivo principal.

Con estos antecedentes es imposible negar la importancia que tiene la contratación pública y su incidencia en el mercado, sin embargo la definición de si la misma debe ser considerada como una herramienta para el desarrollo de otras políticas,

---

<sup>47</sup> OECD, Foro Latinoamericano De Competencia, Sesión III – *Mejorando la eficacia en las licitaciones públicas: combatiendo la colusión y la corrupción* (Santo Domingo, 18 y 19 de septiembre de 2012) 3

<sup>48</sup> OECD, *Increasing Competition by reducing Bid Rigging in Latin America*, 1 <http://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/38960560.pdf>

es una discusión que tiene tantos detractores como adeptos y que debe ser analizada siempre considerando que los países industrializados en su momento se desarrollaron sobre la base de medias de protección y fomento que hoy en día tachan como discriminatorias y contrarias a la competencia<sup>49</sup>.

## **2.2. Incidencia de la Contratación pública en el mercado ecuatoriano.**

La contratación pública tiene una significativa importancia económica para todos los estados, no solo a nivel nacional, sino también internacional, ello en consideración que al papel que juega la misma en el uso eficiente de los recursos públicos, lo cual repercute en la confianza, tanto interna como externa, en el gobierno y su gestión.

Al respecto la Organización Mundial del Comercio manifiesta:

Puesto que los recursos públicos son escasos, la eficiencia del proceso de adquisiciones es una consideración esencial en todo régimen de contratación. En general, se estima que un régimen de contratación abierto, transparente y no discriminatorio es el mejor instrumento para hacer un uso óptimo de los recursos, ya que permite aprovechar al máximo la competencia entre los proveedores. Al mismo tiempo, numerosos Miembros de la OMC utilizan todavía sus decisiones de contratación pública como medio para alcanzar objetivos de política nacionales, como la promoción de determinados sectores económicos o grupos sociales.

La contratación pública es un importante aspecto del comercio internacional, habida cuenta del considerable tamaño de su mercado (a menudo entre el 10 y el 15 por ciento del PIB) y de los beneficios resultantes para las partes interesadas nacionales y extranjeras por efecto del aumento de la competencia<sup>50</sup>.

En el Ecuador, La contratación pública, sin lugar a dudas, tiene un alto impacto en la economía. De acuerdo a cifras publicadas oficialmente por el Servicio de Contratación Pública en el Informe de Rendición de Cuentas 2015, en el año 2013, los montos invertidos fueron de aproximadamente \$ 11.000 millones de dólares, lo cual equivale al 11.5% del Producto Interno Bruto - PIB y el 33.5% del Presupuesto General del Estado (PGE); en el año 2014 el monto descendió a \$8.200 millones de dólares, sin embargo su representación en PIB y en el PGE sigue siendo importante 8.1% y el 23.9% respectivamente. Finalmente en el año 2015 continuó su descenso con un equivalente de 6,79% del PIB y el 20,32% del PGE.

---

<sup>49</sup>González Tamayo Jorge Luis, "*Régimen jurídico del nuevo sistema de contratación pública ecuatoriana en el contexto internacional*", Tesis Doctoral, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2014.

<sup>50</sup> Sitio web de la Organización Mundial del Comercio, [http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/gproc\\_s/gproc\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gproc_s.htm).

### 2.3 Colusión.-Definición.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua define la colusión en un sentido amplio cuando la establece “como pacto ilícito en daño tercero”.<sup>51</sup>

Por su parte el tratadista Pinkas Flint, agrega un componente importante a su definición al apuntar que “A diferencia del cártel, la colusión no exige necesariamente un acuerdo formal, ya sea declarado u oculto entre los miembros.”<sup>52</sup>

La colusión en la contratación pública es un tipo acuerdo anticompetitivo que se presenta cuando dos o más proveedores del estado, acuerdan elevar los precios, bajar la calidad de los bienes y servicios que se ofertan o repartirse mercados, en vez de competir para ganar un concurso público<sup>53</sup>.

La Superintendencia de la Competencia define la colusión como:

Característica se presenta con frecuencia cuando personas naturales o empresas que participan en un procedimiento de contratación pública se ponen de acuerdo para manipular o amañar el resultado a través de acuerdos previos de precios, propuestas técnicas, y así excluir a otro u otros competidores.<sup>54</sup>

Las consecuencias económicas de la colusión en la contratación pública son muy elevadas<sup>55</sup>, y ningún país es inmune<sup>56</sup>. Estas prácticas pueden desalentar la participación

---

<sup>51</sup>Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Vigésimosegunda edición <http://lema.rae.es/drae/>

<sup>52</sup> Flint, *Tratado de Defensa de la Libre Competencia*, 407

<sup>53</sup>Entiéndase para este caso en particular a concurso público como cualquier proceso de contratación pública en el que participan dos o más proveedores.

<sup>54</sup>Superintendencia de Control de Poder de Mercado y otros, *Manual de buenas prácticas en la contratación pública para el desarrollo del Ecuador*, (2015) 25

<sup>55</sup> La Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE) reveló que la colusión entre proveedores en compras de gobierno representa un sobreprecio de 37% que el Estado mexicano pierde por la contratación de bienes y servicios. Lo anterior, según las estimaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), asciende a 123,950 millones de pesos anuales. Datos recopilados de: <http://eleconomista.com.mx/industrias/2015/01/08/colusion-eleva-37-costos-compras-gobierno>.

<sup>56</sup>El Banco Mundial, en el Informe anual de la Vicepresidencia de Integridad y Corrupción por fraude, establece que al final del ejercicio de 2012, en 216 proyectos con compromisos netos de USD 39 mil millones equivalentes al 23% de la cartera del Banco, más de 300 Ministros de transporte y otros funcionarios recibieron informes por fraude, corrupción, y colusión en el sector de carreteras. Así mismo señala que por colusión se abrieron a investigación 42, 60,67 y 12 casos en los años 2009, 10, 11 y 12 respectivamente,

[http://documentos.bancomundial.org/curated/es/722001468154785173/pdf/731010AR0Box370C0disclose\\_d010050120.pdf](http://documentos.bancomundial.org/curated/es/722001468154785173/pdf/731010AR0Box370C0disclose_d010050120.pdf) 7, 33

de competidores y disminuyen la confianza del público en los sistemas y procesos de contratación pública.

Como consecuencia inmediata de lo citado, se deriva un perjuicio en el mercado, debido a que entre sus efectos está la merma en la competitividad interna, pues las empresas pierden los incentivos para mejorar la calidad, innovar el producto o servicio e inclusive mantener precios competitivos; volviéndose entes estáticos, lo que a su vez generara consecuencias en la competitividad internacional ya que “el factor diferenciador que permite que una empresa desarrolle una ventaja competitiva a nivel mundial, está en la base nacional, la estrategia de mundialización o la presencia en otros países dependerá de las ventajas obtenidas en la sede”<sup>57</sup>, e inclusive el clima de inversiones puede verse seriamente afectado.

Los ciudadanos en general también son perjudicados por este tipo de actividades, no solamente porque son ellos quienes a través del pago de impuestos financian las actividades estatales, sino también porque los bienes y servicios objeto de contratación pública en su gran mayoría están destinados a infraestructura física o a la salud pública, que en este caso podría ser deficiente debido a los elevados costos y/o deficiente calidad, e inclusive puede perjudicar la democracia y la solidez de los gobiernos, debido al impacto negativo sobre la confianza hacia las instituciones públicas, hacia los funcionarios, partidos políticos, sistema, etc.

### **2.3.1. Diferencia entre colusión y corrupción.**

La Colusión y la corrupción son problemas distintos dentro de la contratación pública, aunque la mayoría de las veces se combinan y refuerzan mutuamente como amenazas concomitantes a la integridad de la contratación pública<sup>58</sup>, es preciso realizar una diferenciación de estas dos problemáticas, para posteriormente enfocarnos en lo que a esta investigación le atañe.

La corrupción se configura cuando los funcionarios públicos, en beneficio personal, mantienen una relación vertical con los oferentes, solicitando dinero o favores particulares a cambio de concesiones dentro de los términos de referencia o

---

<sup>57</sup> RonderosTorres, Carlos, *Inversión extranjera y Competitividad*, (Georgetown University 2010) 81 véase: <https://gcg.universia.net/article/download/385/511>

<sup>58</sup> OECD, *Collusion and Corruption in Public Procurement*, (2010), 9, <http://www.oecd.org/competition/cartels/46235884.pdf>

adjudicaciones directas. Generalmente estos actos ocurren durante el proceso de adquisición, pero también se dan casos de corrupción después de la adjudicación.

La colusión, por otro lado, implica una relación entre dos o más ofertantes, quienes conspiran para eliminar el elemento de competencia dentro de uno o varios procesos de contratación pública, “se presenta cuando las compañías, que se esperaría que compitieran entre sí, conspiran secretamente para aumentar los precios o reducir la calidad de los bienes y/o servicios que ofrecen a los compradores que buscan adquirir bienes o servicios por medio de un proceso de licitación”<sup>59</sup>.

La OECD en este sentido señala que:

La colusión y la corrupción afectan la eficaz adjudicación de contratos públicos. Por definición, estas prácticas tienen por objeto una adjudicación de contratos que debería haberse obtenido a través de un proceso competitivo. La colusión implica que los contratos públicos se adjudican a la empresa elegida por un cártel; la corrupción, por su parte, conlleva la adjudicación del contrato a la empresa que ha ofrecido un soborno. Por lo tanto, aunque la lucha contra la colusión y la lucha contra la corrupción plantean desafíos diferentes en materia de políticas, suelen ser muy complementarias<sup>60</sup>

La erradicación de la colusión y la corrupción dentro de los procesos de contratación pública son dos objetivos que hacen parte de una estrategia global que tiene como objetivo alcanzar los precios más bajos sin perder la calidad de un bien o servicio. Sin embargo, considero que cada problema debe ser tratado individualmente, pues los mismos poseen características específicas y por lo tanto necesitan de herramientas diferenciadas para su adecuado control y sanción, pues mientras para la prevención de la corrupción la transparencia es indispensable, para la colusión la transparencia es uno de los elementos necesarios para su existencia y duración en el tiempo.

### **2.3.2. Transparencia**

Como ya se había mencionado en párrafos anteriores para la colusión la transparencia en exceso debe evitarse a toda costa. Así opina la OECD (Organización para la Cooperación Económica y Desarrollo) en el Documento Base para mejorar la eficacia en las licitaciones públicas cuando señala:

---

<sup>59</sup> OECD, *Lineamientos para Combatir la Colusión entre Oferentes en Licitaciones Públicas*, 1, <http://www.oecd.org/competition/cartels/42761715.pdf>

<sup>60</sup> OECD, *Mejorando la eficacia en las licitaciones públicas*, (Santo Domingo, 2012) 4, véase: [http://www1.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF\(2012\)15&docLanguage=Es](http://www1.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF(2012)15&docLanguage=Es)

De hecho, la transparencia es uno de los factores necesarios para que pueda perdurar la colusión. A fin de establecer términos de concertación, vigilar el cumplimiento de dichos términos y castigar las desviaciones, las sociedades necesitan tener un conocimiento detallado de los precios y estrategias de resultados de los competidores. La supresión artificial de la incertidumbre sobre la actuación de los competidores, que constituye la esencia de la competencia, puede eliminar per se una rivalidad competitiva normal. Este es particularmente el caso en mercados muy concentrados (que se dan en la mayoría de los mercados de contratación pública), donde una mayor transparencia permite a las sociedades predecir o anticipar mejor la reacción de sus competidores y adecuarse a ella, expresa o tácitamente. Por lo tanto, la transparencia también puede provocar que un procedimiento de contratación resulte más predecible, lo que puede coadyuvar a la colusión.<sup>61</sup>

En la actualidad, la transparencia se ha convertido en una herramienta importante para combatir la corrupción, pues la misma permite que los ciudadanos tengan acceso a la planificación anual de compras públicas de todos los organismos estatales y puedan ser tanto proveedores como fiscalizadores de los procesos. Ahora bien, si existe transparencia excesiva, este puede ser contraproducente, pues puede favorecer a la colusión, es en este sentido que el Comité de Competencia de la OCDE “advirtió a los gobiernos que la transparencia antes, durante y después del proceso de adquisición debe ser manejada de tal manera que no facilite la manipulación de las licitaciones”<sup>62</sup>.

El artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCPP) recoge casi en su totalidad, los principios generales de la contratación pública entre ellos se destacan, para este análisis en particular, el principio de transparencia, publicidad y concurrencia, pues los mismos tienen como objetivo garantizar que los procedimientos de contratación que van a realizarse, alcancen al mayor número posible de interesados, esto, mediante el acceso a la información de los procesos, resoluciones y resultados, para garantizar la participación competitiva de los proveedores.

Los principios antes señalados son fundamentales para una contratación pública eficiente, clara y participativa, sin embargo el efecto de la transparencia en la contratación pública puede aumentar “la incidencia de la colusión, debido a la difusión

---

<sup>61</sup>OECD, *Mejorando la eficacia en las licitaciones públicas*(Santo Domingo, 2012) 10 véase: [http://www1.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF\(2012\)15&docLanguage=Es](http://www1.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF(2012)15&docLanguage=Es)

<sup>62</sup>OECD, *Combate a la Colusión en los Procesos de Contratación Pública en México*, (México), 17

innecesaria de información que permita acordar estrategias de licitación, facilitando con ello la formación e implantación de cárteles colusorios en procedimientos de licitación.”<sup>63</sup>

Con este antecedente queda evidenciada la necesidad de no abundar en detalles innecesarios tales como: todos los oferentes o postulantes dentro de un proceso, las ofertas tanto económicas como técnicas presentadas, etc. Considero necesario que la publicación en el portal de compras públicas, se haga en estricto apego a lo establecido en el Artículo 13 del Reglamento a la LOSNCP.

#### **2.4. Aspectos que fomentan la colusión en los procesos de contratación pública**

El éxito de un acuerdo o pacto colusorio entre proveedores del estado, radica en el seguimiento al cumplimiento del acuerdo por parte de todas las empresas, y castigar a aquellas que no sigan las estrategias coordinadas. Uno de los castigos típicos es la pérdida de los beneficios de la colusión, sin embargo cuando la demanda es alta, los incentivos para que las empresas no acaten lo acordado son mayores, por ello dentro de las estrategias del cartel está el reducir aún más los precios cuando la demanda es excepcionalmente alta.

Si bien los acuerdos anticompetitivos pueden presentarse en cualquier proceso, existen características específicas del mercado, como el producto o servicio objeto de la contratación la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico<sup>64</sup> ha establecido un conjunto de características que los hacen más susceptibles, mismos que a continuación resumo.

##### **a) Pocos proveedores:**

Cuando el número de empresas o proveedores de un bien o servicio solicitado por el estado es reducido, la posibilidad de que acuerden manipular procesos de contratación se eleva, por lo tanto es preciso que los funcionarios encargados de los procesos de contratación antes de iniciar un proceso con este tipo de característica, investiguen los precios del bien o servicio en el mercado y analicen procesos similares. e inclusive , en

---

<sup>63</sup> FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA, *Mejorando la eficacia en las licitaciones públicas: combatiendo la colusión y la corrupción*(República Dominicana, 18-19 de septiembre de 2012) 9

<sup>64</sup>Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en las licitaciones públicas*, (2009) 5

caso de ser posible, se amplíen las características de tal manera que se consideren productos sustitutos y por lo tanto aumente el número de proveedores.

**b) Barreras de entrada:**

Cuando existen requisitos que se convierten en limitantes para la participación de proveedores en determinados procesos, por lo que el registro de empresas para un mercado específico es muy pequeño. Como ejemplo se puede citar casos en los que se utiliza la contratación pública como herramienta de la política industrial, y por lo tanto se restringe la participación en procesos de contratación pública a proveedores nacionales, microempresarios, etc.

Considero que en estos casos es mejor pensar en márgenes de preferencia, pues los mismos no limitan la participación y cumplen con el propósito de apoyo a la industria nacional, de microempresas o de cualquier sector al que se quiera impulsar.

**c) Ofertas repetitivas:**

Estas permiten a los oferentes conocerse entre sí y por tanto aumenta la probabilidad de que se generen acuerdos, Es por ello que se recomienda agrupar las necesidades de las diversas instituciones públicas de tal manera que se pueda realizar un solo procedimiento para adquirir productos o servicios específicos. Un ejemplo de lo mencionado es la Subasta Inversa de medicamentos realizada por el Servicio de Contratación Pública (SERCOP) en coordinación con la SCRPM, para abastecer a la Red pública de salud, es decir al Ministerio de Salud, Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (ISFA) e Instituto de Seguridad Social de la Policía Nacional, (ISSPOL)<sup>65</sup>.

**2.5. Análisis del artículo 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado.**

La colusión en la contratación pública está regulada en el artículo 11 numeral 9 de la LORCPM, a efectos de realizar el análisis de la misma, a continuación el texto:

---

<sup>65</sup>Ecuador: Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Suplemento Registro Oficial 555, de 13 de octubre de 2011

<sup>65</sup>[http://instituciones.msp.gob.ec/misalud/index.php?option=com\\_content&view=article&id=368:398868-mil-dolares-se-adjudico-en-contratos-para-la-adquisicion-de-medicamentos-&catid=51:mi-salud-al-dia&Itemid=242](http://instituciones.msp.gob.ec/misalud/index.php?option=com_content&view=article&id=368:398868-mil-dolares-se-adjudico-en-contratos-para-la-adquisicion-de-medicamentos-&catid=51:mi-salud-al-dia&Itemid=242)

Artículo 11.- Acuerdos y Prácticas Prohibidas.- Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, y en general todos los actos o conductas realizados por dos o más operadores económicos, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción intercambio de bienes o servicios, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general. En particular las siguientes conductas constituyen acuerdos y prácticas prohibidas.<sup>66</sup>

### 2.5.1. Acuerdos

Un acuerdo anticompetitivo se configura cuando existe la convergencia de dos o más voluntades, sin necesidad de que dicha manifestación tenga fuerza jurídica obligatoria o cumpla con algún tipo de formalidad, pues la misma puede ser escrita, verbal, oficial o informal.

El Artículo 11 de la LORCPM considera como acuerdo a: contratos, convenios, concertación consciente o paralela, sin embargo esta es una lista meramente ejemplificativa de lo que a continuación señala: “y en general todos los actos o conductas realizados por dos o más operadores económicos, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción intercambio de bienes o servicios”<sup>67</sup>.

En relación a las prácticas concertadas o conductas conscientemente paralelas, se pueden definir como una forma de coordinación entre las empresas sin que hayan llegado a la materialización de un acuerdo propiamente dicho, sino más bien se trata de un comportamiento similar con conciencia del perjuicio que el mismo genera para la competencia, el mercado y los consumidores<sup>68</sup>. Para que esta conducta sea considerada como anticompetitiva es necesario que “el paralelismo no sea resultado de las

---

<sup>66</sup> Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *Manual para la formulación y aplicación de las leyes de Competencia*, (Naciones Unidas, 2004), 67

<sup>67</sup> A este respecto podemos señalar la Sentencia de segunda instancia confirmó las decisiones adoptadas mediante Resolución No. 22625 del 15 de septiembre de 2005, por la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, quien sancionó a MOLINOS ROA S.A., MOLINO FLOR HUILA S.A., ARROZ DIANA S.A., PROCESADORA DE ARROZ LTDA y UNIÓN DE ARROCEROS S.A. al haberse demostrado que conformaron un cartel empresarial en la modalidad de conducta conscientemente paralela, a través de la cual registraron identidad casi perfecta en los precios base de compra de arroz paddy verde en el periodo comprendido entre enero y junio de 2004. Según la Resolución, la simetría en los precios y en los tiempos y movimientos en que se introdujeron variaciones, fue atribuible a una coordinación deliberada de las empresas arroceras investigadas, sin que existiera una racionalidad económica que permitiera considerar una circunstancia diferente. véase: <http://www.sic.gov.co/noticias/consejo-de-estado-confirma-sancion-de-la-sic-al-cartel-del-arroz>

<sup>68</sup> Labarda Tellado María Luz, *Anuario de la competencia, La infracción única y continuada*, (Barcelona, Univ. Autónoma de Barcelona, 2009), 210.

condiciones económicas, sino de un entendimiento previo de las empresas para coordinar conductas”.<sup>69</sup>

Queda claro entonces que la LOCRPM no solamente prohíbe y sanciona acuerdos, sino también actuaciones, que aunque no han sido acordadas, se manifiestan a consecuencia del conocimiento de los efectos que las mismas producen en el mercado y la competencia.

### **2.5.2. Clausula General Prohibitiva.**

En el artículo objeto de análisis se establece un listado meramente ejemplificativo de las prácticas o acuerdos prohibidos, es decir no es taxativo. Esto hace que la ley pueda adaptarse fácilmente a nuevos tipos de conductas, por cuanto no agota todas las posibilidades de acuerdos anticompetitivos que la autoridad de competencia puede investigar y sancionar, evitando de esta manera la impunidad.

La utilización de la técnica de tipicidad penal en un ámbito como el mercado atentaría al principio de seguridad jurídica, ello debido a agilidad con que varían e incrementan los métodos y conductas destinadas a evitar una competencia efectiva. En este sentido cabe recalcar que una cláusula general se constituye en un “mandato implícito del legislador a las autoridades administrativas y jurisdiccionales encargadas de su aplicación para elaborar de forma progresiva el Derecho de la competencia.”

Esta técnica es ampliamente utilizada en las diversas legislaciones de competencia, así, la Unión Europea por ejemplo, mantuvo en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), una cláusula general prohibitiva al establecer una lista meramente ejemplificativa de las prácticas colusorias, cuando señala:

Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, **en particular**, los que consistan en: (...) <sup>70</sup>

---

<sup>70</sup>Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea Artículo 101. Véase: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A12012E101>. Las negritas no corresponden al texto original, son de propiedad a la autora.

Colombia también introdujo una cláusula general prohibitiva en el artículo que regula los acuerdos contrarios a la libre competencia, cuando señala “Artículo 47.- Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente decreto se consideran contrarios a la libre competencia, **entre otros**, los siguientes acuerdos:”<sup>71</sup>

España consagra una cláusula general prohibitiva en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia cuando establece que: “Se prohíbe todo acuerdo, decisión (...) que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:”<sup>72</sup>

En Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas del Perú se establece que: “Se entiende por prácticas colusorias horizontales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia, tales como:”<sup>73</sup>

Finalmente en Chile se puede observar este tipo de técnica en el artículo 3 del Decreto Ley que fija las Normas para la Defensa de la Libre Competencia<sup>74</sup>, cuando señala “...Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:”

Como se pudo observar, el derecho comparado evita hacer un listado taxativo de conductas anticompetitivas, ello en entendimiento de que la de dinámica propia del mercado, así como los cambios tecnológicos pueden generar nuevas prácticas que no fueron consideradas pero que pueden perjudicar al mercado, la competencia y los consumidores.

---

<sup>71</sup> Colombia: Decreto 2153, Diario Oficial No. 40.704 de 31 de diciembre de 1992. Las negritas no corresponden al texto original, son de propiedad a la autora

<sup>72</sup> España: Ley 15 de 3-VII-2007, véase: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2007/BOE-A-2007-12946-consolidado.pdf>

<sup>73</sup> Perú: Decreto Ejecutivo 1034/2008 Véase: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/51771/196578/dl1034.pdf/66c0472e-46de-4eb3-b872-7369c5279583>

<sup>74</sup> Chile: Decreto Ley que fija las Normas para la Defensa de la Libre Competencia. Véase en: <http://www.fne.gob.cl/marco-normativo/marco-normativo/>

### **2.5.3. Regla de la razón y la Regla *per se*.**

Para efectos del análisis del artículo 11 de la LORCPM, resulta importante tener clara la distinción entre estas dos reglas, pues como veremos, la regla para la evaluación de los acuerdos anticompetitivos será la regla de la razón y no la regla *per se*.

#### **a.) Regla *per se***

Según esta regla, ciertas prácticas anticompetitivas deben considerarse ilegales absoluta y automáticamente, sin importar si produjeron efectos perjudiciales en el mercado, pues se considera que las mismas son lo suficientemente graves como para ser sancionadas por el simple hecho de haber sido ejecutadas. Entonces, bajo la regla *per se*, ciertas prácticas revisten un carácter ilegal inherente<sup>75</sup>, y por ello la autoridad de competencia puede descartar cualquier medio probatorio que tenga como finalidad justificar la práctica en virtud a su razonabilidad u otros criterios.

La regla *per se* facilita significativamente el trabajo de la autoridad de competencia, pues la exime de realizar un sinnúmero de trámites y actividades destinados a determinar la ilegalidad o no de la concertación, ello por cuanto la misma “establece, prima facie, que la concertación de precios es ilegal y perjudicial por donde se la mire y, asimismo, de la dificultad que reviste la recolección de pruebas que demuestren la efectiva realización del acuerdo anticompetitivo, pues los agentes involucrados procuran eliminar rastro alguno”.<sup>76</sup>

#### **b) La regla de la razón**

Bajo esta regla, la autoridad de competencia para resolver que un acuerdo es ilegal, debe analizar las circunstancias en que se dio, si la misma va a afectar razonablemente la competencia, al mercado o los consumidores. En esos casos, las circunstancias concretas en que ocurrió la práctica, es importante y se considera dentro del análisis que debe realizarse.

En contraposición a lo señalado en la regla *per se*, la regla de la razón implica un incremento significativo en la actividad de la autoridad de competencia, con lo cual el tiempo para resolver los casos se extiende, pero “como contrapartida protege un

---

<sup>75</sup> La Sherman Act de 2 de julio de 1890, consagró la regla *per se* cuándo declaró como ilegal a: “todo contrato, asociación o forma de trust o de otra índole, o conjura que restrinja el tráfico mercantil o el comercio entre varios Estados, o con naciones extranjeras”

<sup>76</sup> Gagliuffi Piercechi Ivo, *La evaluación de las conductas anticompetitivas bajo la regla per se o la regla de la razón*, Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual N° 12, (Lima, INDECOPI, 2011) 153

principio de justicia que se contrapone a la calificación automática de un acto como ilegal sin analizar sus motivaciones o impacto en el mercado”.<sup>77</sup>

El carácter objetivo y ex - ante de la norma deja claro que no es necesario que las prácticas o acuerdos generen un efecto anticompetitivo, basta solo la ejecución de actos o acuerdos que tengan por objeto restringir, falsear o distorsionar la competencia, afectar negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general, para que proceda la sanción, es decir se considera la intención del o los sujetos.

Sin perjuicio de lo anterior la LORCPM también prohíbe y sanciona los acuerdos “que afecten negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general”, es decir adopta la regla de la razón. Por tanto, la autoridad de competencia deberá analizar los casos considerando los efectos anticompetitivos generados. En otras palabras, las conductas contrarias a la libre competencia son ilegales en la medida en que se pruebe que éstas generaron o pudieron generar un daño a los consumidores, al mercado y a la competencia en sí misma, aun cuando no se logre determinar que esa fue la intención del o de los operadores económicos.

Ahora bien, es necesario definir cuándo se aplica la regla per se y cuándo la regla de la razón o si se aplican las dos juntas. En este sentido y, considerando que la legislación de la UE ha inspirado la Ley ecuatoriana, es importante revisar las interpretaciones de la Comisión Europea al respecto:

La distinción entre restricciones por objeto y restricciones por efecto es importante. Una vez demostrado que un acuerdo tiene por objeto restringir el juego de la competencia, huelga atender a sus efectos concretos (25). Dicho de otro modo, a efectos de la aplicación del apartado 1 del artículo 81, cuando un acuerdo tiene por objeto restringir la competencia, no es necesario demostrar la existencia de cualesquiera efectos reales de restricción de la competencia.<sup>78</sup>

Cuando un acuerdo no sea restrictivo de la competencia por su objeto, debe examinarse si tiene efectos restrictivos en la competencia. Deben tomarse en consideración tanto los efectos reales como los potenciales(30). Dicho de otro modo, el acuerdo debe tener efectos anticompetitivos probables. En el caso de las restricciones de la competencia por efecto, no hay presunción de efectos anticompetitivos.<sup>79</sup>

---

<sup>77</sup> *Ibidem*, 154

<sup>78</sup> Unión Europea: *Comunicación de la Comisión “Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado”*(2004/C 101/08), 20. Véase: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.C\\_.2004.101.01.0097.01.SPA&toc=OJ:C:2004:101:TOC](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2004.101.01.0097.01.SPA&toc=OJ:C:2004:101:TOC)

<sup>79</sup> *Ibid.*, 24

En tales circunstancias, contrariamente a lo que defiende el órgano jurisdiccional remitente, no es necesario examinar los efectos de una práctica concertada cuando quede acreditado su objeto contrario a la competencia.<sup>80</sup>

El Ecuador ha seguido los pasos de Estados Unidos y de la Comunidad Europea respecto de la necesidad de que la normativa para garantizar la libre competencia se pueda aplicar de manera preventiva, es decir sin la necesidad de esperar a que se produzcan daños a los consumidores y al bienestar general. En todo caso es necesario que las autoridades ecuatorianas se pronuncien al respecto una vez que conozcan y resuelvan casos al amparo de la norma indicada.

Particularmente considero que la LORCPM es una ley de avanzada, pues regula con amplitud los acuerdos anticompetitivos, permitiendo que la norma se acople a los vertiginosos cambios del mercado e impidiendo que queden en la impunidad nuevos tipos de acuerdos restrictivos en perjuicio de los consumidores y del país en general.

## **2.6. Análisis del numeral 6 del Artículo 11 de la LORCPM, en concordancia con el Artículo 8 del Reglamento a la LORCPM**

El artículo 11 numeral 6 de la LORCPM establece:

...6. Los actos u omisiones, acuerdos o prácticas concertadas y en general todas las conductas de los proveedores u oferentes, cualquiera sea la forma que adopten, cuyo objeto o efecto sea impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, ya sea en la presentación de ofertas y posturas o buscando asegurar el resultado en beneficio propio o de otro proveedor u oferente, en una licitación, concursos, remates, ventas al martillo, subastas públicas u otros establecidos en las normas que regulen la contratación pública, o en procesos de contratación privados abiertos al público...<sup>81</sup>

Como se puede observar, el numeral vuelve a repetir lo establecido en el renglón principal del artículo 11, respecto de la amplitud que se busca al enumerar de manera ejemplificativa el tipo de conducta prohibida, sin restringirla solamente a la palabra acuerdo propiamente dicho.

Lo novedoso sería que en el mismo se hace referencia a los acuerdos que tengan por objeto u efecto alterar la competencia en “una licitación, concursos, remates, ventas al martillo, subastas públicas u otros establecidos en las normas que regulen la

---

<sup>80</sup>Tribunal de Justicia Europeo, Sentencia de la Sala Tercera del 4 de junio de 2009, Asunto C-8/08 T-Mobile Netherlands BV v. NMa, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A62008CJ0008>

<sup>81</sup>Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado.

contratación pública...”<sup>82</sup>Respecto de este último aspecto, el legislador, a pesar de haber enumerado de manera ejemplificativa los tipos de procesos, ha preferido remitirse a la norma de contratación pública, con lo que se garantiza que la LOCRPM no va a tener problemas respecto de nuevas modalidades de contratación pública que pudieren surgir en un futuro.

En el caso del Reglamento a la LORCPM, el artículo 8 reproduce lo contenido en el Artículo 11 de la LORCPM, sin embargo el último inciso es novedoso al señalar:

...Para los casos de prácticas entre competidores, reales o potenciales, distintas a las señaladas en este artículo, así como las prácticas entre no competidores, reales o potenciales, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado analizará, caso por caso, si la conducta tiene por objeto o efecto, real o potencial, impedir, restringir falsear o distorsionar la competencia, afectar negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general...<sup>83</sup>

Este inciso se incluye debido a que además de los carteles mencionados en el artículo 11, existen acuerdos de exclusividad que no se dan entre competidores efectivos, sino entre proveedores o fabricantes y distribuidores, los mismos que pueden llegar a ser restrictivos de la competencia debido a su carácter exclusivo, sin embargo los mismos no son malos *per se*, por lo tanto requieren un análisis que permita determinar si dichas prácticas, aun cuando afectan a la competencia, son beneficiosas para la sociedad por las eficiencias económicas que generan.

De lo expuesto, se puede concluir que el propósito de la norma es proteger la competencia, el mercado y el bienestar general, mediante el cumplimiento de los principios<sup>84</sup> que rigen los procedimientos de contratación pública y asegurando una competencia efectiva, que permita obtener los mejores bienes o servicios al mejor precio, en otras palabras, la mejor alternativa.

Como ejemplo práctico de aplicación del artículo 11 numeral 6 podemos citar el caso RECAPT-SOLNET, De lo expuesto, la conducta antijurídica de responsabilidad imputadas a los operadores económicos RECAPT S.A., y SOLNET S.A., se encuentran

---

<sup>82</sup> Artículo 11 numeral 6 de la LORCPM, Registro Oficial 697, de 7 de mayo de 2012

<sup>83</sup> Registro Oficial 697, de 7 de mayo de 2012

<sup>84</sup> El artículo 4 de la LOSNCP, establece: “Para la aplicación de esta Ley y de los contratos que de ella deriven, se observaran los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional.”

tipificadas en los numerales 6 y 21 del artículo 11 de la LORCPM , norma que fue violada por los operadores económicos RECAPT y SOLNET, sancionados por la Superintendencia de la Competencia<sup>85</sup> por cuanto “sustituyeron los riesgos de la competencia por una cooperación entre ellos, existiendo una acción simulada de competencia entre los dos operadores económicos; es decir que, la evidencia de la coordinación y las cooperaciones necesarias para la práctica concertada, actuaciones mediante las cuales falsearon y distorsionaron la competencia”<sup>86</sup>

El caso presentado al momento se encuentra en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, apelando la Decisión de la Superintendencia de Competencia, pues aun cuando el Tribunal se ha pronunciado sobre el contrato, declarando la nulidad del mismo<sup>87</sup>, el proceso respecto de la resolución de la Superintendencia de Competencia es diferente y aún está en proceso<sup>88</sup>.

---

85Expediente No. SCPM-CRPI-2015-019 véase: <http://www.scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2016/11/019-2015-Resoluci%C3%B3n-cronix.pdf>

86Proceso No 17811-2016-01271, <http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf> Proceso

87No. 17811-2013-14713, <https://es.slideshare.net/AnibalCarrera1/sentencia-proceso17811201314713nulidaddecontratoiessrecapt16marzo2016>

88 Ibídem

## **CAPITULO TERCERO**

### **Análisis de Competencia**

En el capítulo anterior se pudo analizar los conceptos respecto de colusión tanto en la doctrina como en la jurisprudencia y su regulación en la normativa ecuatoriana, en el presente capítulo se verá el análisis tanto económico como jurídico que debe realizarse para determinar la existencia de colusión dentro de un proceso de contratación pública, las medidas preventivas y las sanciones; así como también un conjunto de recomendaciones para evitar esta práctica restrictiva

#### **3.1. Pasos para identificar acuerdos restrictivos.**

La autoridad de competencia deberá realizar un análisis del mercado relevante de acuerdo a lo establecido en el artículo 5 de la LORCPM en concordancia con lo establecido en la Resolución No 6 de la Junta de Regulación de la Ley de Control y Regulación de Poder de Mercado<sup>89</sup>, conforme lo pasamos a analizar.

##### **3.1.1. Identificación del mercado relevante.**

La definición de mercado relevante no se encuentra en la LORCPM ni su reglamento, sin embargo el Artículo 5, remarca su importancia cuando señala que: “A efecto de aplicar esta Ley la Superintendencia de Control del Poder de Mercado determinará para cada caso el mercado relevante.”<sup>90</sup>; no obstante, a través de los criterios establecidos en sus preceptos, se colige que el "mercado relevante" es el espacio geográfico específico en el que se ofrecen o demandan productos o servicios similares.

---

<sup>89</sup>Resolución No 6, véase: <http://www.produccion.gob.ec/wp-content/uploads/2015/01/Resoluci%C3%B3n-006-GU%C3%8DA-RESPECTO-A-LOS-M%C3%89TODOS-DE-AN%C3%81LISIS-DE-MERCADOS-RELEVANTES.pdf>

<sup>90</sup> Ecuador: Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

“El mercado relevante constituye el punto de partida de cualquier investigación que busca evaluar las condiciones de competencia,”<sup>91</sup> pues su análisis es indispensable para poder determinar si existe afectación a la competencia por un acuerdo realizado entre dos o más empresas. Para ello, es preciso identificar la dimensión del mercado afectado, así como también determinar si existen otros competidores en posición de neutralizar dicho acuerdo.

En el análisis del mercado relevante, entre otros, se considera la existencia de competidores reales o potenciales de las empresas investigadas, se considera además si el acuerdo sobre determinado producto o servicio les permitiría a las empresas elevar los precios para obtener una renta monopólica.

En cuerda con lo anterior deberá además considerarse lo establecido por la Junta de Regulación de la LORCPM, en la resolución No 003<sup>92</sup>, con la finalidad de detectar aquellos acuerdos cuya significancia, respecto de los daños que pueden ocasionar a la competencia, al mercado o a los consumidores, no es importante. Más adelante se realiza un análisis de lo dispuesto en esta resolución: la *regla de minimis*.

#### **a) Mercado de producto:**

Este es el primer elemento que debe ser considerado para determinar el mercado relevante. La Comunidad Europea lo define como “un mercado de productos de referencia comprende todos los productos y/o servicios que el consumidor considere intercambiables o sustituibles debido a sus características, su precio y el uso al que se destinan”<sup>93</sup>. La Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica se ha pronunciado en los siguientes términos: "El mercado se compone de los productos que tienen un grado razonable de intercambiabilidad según los fines para los que fueron hechos, y considerando las características de precio, uso y calidad."<sup>94</sup> Para la UNCTAD, “la delimitación del mercado de producto comienza con la comparación de las

---

<sup>91</sup> Flint, *Tratado de defensa de la Libre Competencia*, 211

<sup>92</sup> Resolución No 3 de 15 de enero de 2014. y No.11 de 23 de septiembre de 2016, <http://www.produccion.gob.ec/wp-content/uploads/2015/01/Resolucion-003-Criterios-para-la-aplicaci%C3%B3n-Regla-de-M%C3%ADnimis-de-Acuerdos-y-Practicas-Restrictivas.pdf>

<sup>93</sup> Unión Europea, *Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia*, Diario Oficial C372 de 9.12.1997, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3A126073>

<sup>94</sup> Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXVIII, Octubre de 2008, 1, <http://ius.scjn.gob.mx/SJFSist/Documentos/Tesis/168/168609.pdf>

propiedades físicas de los posibles sustituidos, diferencias en los fines para los que se los emplea, o en las preferencias de los consumidores, así como los costos de cambiarse de uno a otro.”<sup>95</sup>

Con estos antecedentes podemos afirmar que para determinar el mercado del producto o servicio hay que considerar el carácter razonablemente intercambiable, es decir si existen productos o servicios similares, de forma que el consumidor pueda optar por las alternativas; y la elasticidad cruzada de la demanda, que hace referencia al aumento relativo en la cantidad demandada de un producto como respuesta al aumento relativo en el precio del otro.

Cuando la elasticidad cruzada es alta, un aumento de precio en un producto o servicio tiene como efecto que los consumidores cambien de proveedor, lo cual nos demuestra si esos productos son competidores dentro de un mercado específico. En caso de que no se de este supuesto, podríamos estar frente a un caso que debe ser revisado por la SCRPM.

Cómo ejemplo podemos citar que el aumento de precio de los tabacos lo cual puede provocar que los consumidores busquen caramelos mentolados

#### **b) Mercado Geográfico.**

La Comunidad Europea lo define como “el territorio en el cual las empresas de referencia son contratadas para la oferta de bienes y servicios en cuestión y en el cual las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas.”<sup>96</sup> La UNCTAD señala que “puede definirse en general como la zona en que los vendedores de un producto o servicio determinado realizan sus operaciones”<sup>97</sup> Un mercado geográfico puede ser una ciudad, una región, una provincia, un país<sup>98</sup>, e inclusive puede tener dimensiones

---

<sup>95</sup>UNCTAD, *Manual para la Formulación y aplicación de las Leyes de Competencia*, (Ginebra, 2004), 36

<sup>96</sup>Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referenciaa efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3A126073>

<sup>97</sup>UNCTAD, *Maunual para la Formulación y aplicación de las Leyes de Competencia*, (Ginebra, 2004), 37

<sup>98</sup>En el caso Recapt-Solnet, expediente No. SCPM-CRPI-2015-019 la superintendencia señala: "En tal sentido, la convocatoria para dicho proceso ha sido de carácter nacional, y cualquier operador económico nacional o extranjero, domiciliado o con representación legal en el Ecuador, está facultado a participar en el proceso de contratación, siempre y cuando se rija a las condiciones específicas establecidas. Asimismo, de los pliegos se extrae que el IESS espera que el servicio sea de cobertura nacional, sin especificar ni requerir que la empresa adjudicada deba operar en una ciudad o ubicación específica"

internacionales. Para ubicar el mercado geográfico además es indispensable considerar los costos de transporte y la perfectibilidad de los productos en cuestión.

Cómo ejemplo podemos citar el caso de una ciudad, cuando dos proveedores se ponen de acuerdo para vender suministros médicos repartiéndose zonas geográficas, de tal manera que: el uno se presentará únicamente en los concursos propuestos por entidades establecidas en provincias de la costa y el oriente, el otro en la sierra.

Otro ejemplo sería la presencia física unos proveedores en Quito y de otros en Guayaquil. Considerando que los productos son demasiado costosos y delicados, y que su transporte requiere cuidados específicos, tales como refrigeración y escaso movimiento, puede significar que los consumidores no puedan sino comprar al proveedor local, aun cuando ello signifique costos más altos.

- **Sustituibilidad.**

Para determinar el mercado relevante, es también necesario considerar a sustituidad, es decir la capacidad que pueden tener los compradores para cambiarse a productos sustitutos ya sea en la misma área geográfica o en una diferente, y la capacidad de los proveedores de productos sustitutos para abastecer el producto en cuestión en el área geográfica determinada u en otras cercanas.

Para que un producto pueda ser considerado como sustituto de otro es necesario estudiar el comportamiento del consumidor, pues el considerar únicamente las características físicas del mismo puede ser insuficiente.

La sustituidad y elasticidad cruzada están estrechamente relacionadas entre sí, para determinar la existencia del primero se considera que el uso final del producto y de sus sustitutos sea el mismo o que sus características sean similares, en cambio para determinar la existencia de elasticidad cruzada, el precio es decisivo, pues aunque sus características no sean similares, la demandada de un producto como respuesta al aumento del precio en el otro indica que pueden ser competidores en un mismo mercado

- c) **Mercado Temporal.**

Finalmente es preciso considerar dentro del análisis la dimensión temporal, pues con el paso del tiempo, cambian los gustos de los consumidores, los productos innovan, etc. con lo que la demanda es más elástica a largo plazo.

Finalmente es preciso hacer referencia a la definición de mercado relevante llevada a cabo por la Superintendencia de Poder de Mercado en un proceso de colusión en la contratación pública en el que se señala: “Considerando que el presente es un caso “*siu generis*” desarrollado en un proceso de contratación pública, llevado a cabo por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, el mercado relevante es la materia de la contratación pública y el volumen de negocio es la cuantía del contrato.”<sup>99</sup>

### **3.2. Análisis de los efectos económicos.**

Una vez realizado el análisis del mercado relevante es necesario realizar un análisis económico para, de manera técnica, determinar los efectos que los acuerdos tienen o podrían tener sobre el mercado, la competencia y los consumidores, ahora bien, no todos los casos de competencia exigen un análisis económico, esto por cuanto hay casos en que las prácticas anticompetitivas son sancionadas *per se*, pues se presume que siempre tienen un efecto económico negativo.

Cuando se aplica el criterio razonable, el análisis económico debe servir para sustentar el perjuicio que la práctica causó.

En los Acuerdos Colusorios, se trata fundamentalmente de apreciar en qué medida un acuerdo sustrae o favorece la competencia entre los productos o servicios de la misma clase que los afectados por el acuerdo. En particular será necesaria la delimitación para determinar el llamado efecto apreciable, la aplicabilidad las exenciones individuales y de la regla del *mínimis*<sup>100</sup>

En países como México y Ecuador los exámenes económicos que deben realizarse, se establecen mediante resoluciones<sup>101</sup>. La Autoridad de Competencia, deberá realizar los mismos dentro del proceso investigativo y en caso de que los resultados demuestren que la competencia, el mercado y/o los consumidores hayan sido o pudiere ser lesionados, la deberán proceder de conformidad con lo establecido en la LORCPM y su Reglamento, en lo relativo a las medidas cautelares o sanciones, según sea el caso.

---

<sup>99</sup>Acto Administrativo de 07 de septiembre del 2015 a las 16h30, Juicio No: 17811201601271, Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Pichincha

<sup>100</sup>Marín, *Régimen de Competencia* 15

<sup>101</sup>Resolución No 6 y 11, <http://www.produccion.gob.ec/wp-content/uploads/2015/09/RESOLUCIO%CC%81N-011-FINAL.pdf> y <http://www.produccion.gob.ec/wp-content/uploads/2015/09/RESOLUCIO%CC%81N-011-FINAL.pdf>

### **3.3. Medidas preventivas y correctivas.**

Es imprescindible recalcar que la colusión en la contratación pública es una conducta que vulnera la LOSNCP y la LORCPM, cada una de ellas es autónoma, y se encuentra a cargo de una autoridad independiente.

Ahora bien, cuando la autoridad de competencia observa dentro de un procedimiento de contratación que existen acuerdos anticompetitivos, puede adoptar medidas preventivas o correctivas, mismas que acuerdo a los Artículos 62 y 73 de la LORCPM y 72 y siguientes del Reglamento a la LORCPM, pueden entre otras consistir en: “La realización de actividades o la celebración de contratos, tendientes a restablecer el proceso competitivo, inclusive bajo determinadas condiciones o plazos.”<sup>102</sup> “... y aquellas que considere pertinentes con la finalidad de preservar las condiciones de competencia afectadas y evitar el daño que pudieran causar las conductas a las que el procedimiento se refiere, o asegurar la eficacia de la resolución definitiva...”<sup>103</sup> Como consecuencia de lo indicado, es importante recalcar que las decisiones y resoluciones proferidas por la Superintendencia de Control y Regulación de Poder de Mercado (SRCPM) pueden producir efectos sobre el proceso de contratación, por cuanto la competencia de la Superintendencia le permite tomar todo tipo de acciones para reestablecer los procesos competitivos.

En ese orden de ideas es preciso hacer mención a que la enumeración de las competencias de la SRCPM, únicamente es ejemplificativa, es decir, la autoridad podrá tomar todas las medidas que considere necesarias para reestablecer la competencia y no solamente aquellas establecidas en la Ley.

Por lo tanto, como medida preventiva, la suspensión de un proceso de contratación es absolutamente viable, así como también la posibilidad de aplicar medidas correctivas de manera que podría dejar sin efecto actos administrativos, tales como el de adjudicación del proceso, e inclusive condicionar la firma del contrato a circunstancias específicas, como la realización de un nuevo proceso, así lo demuestran resoluciones de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, que aunque tratan

---

<sup>102</sup> Ecuador: Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

<sup>103</sup> *Ibidem*, artículo 62

materias diferentes a la colusión en la contratación pública, indudablemente aportan para este tema en específico<sup>104</sup>.

Habrá que esperar para poder observar los conceptos, definiciones, metodologías, etc. vertidos mediante sentencia, de los jueces respecto de lo anteriormente señalado, Pues los mismos darán mayores luces a la norma y su aplicación.

Finalmente es preciso hacer hincapié en la disposición contenida en el artículo 50 de la LORCPM, respecto de la obligación que tiene toda persona natural o jurídica, pública o privada, así como los funcionarios y agentes públicos, de proveer la información que solicite la SRCPM, sin necesidad de requerimiento judicial,

En virtud de esta norma la coordinación entre la SRCPM y el SERCOP es imperativa para alcanzar los objetivos de prevención y control previo de acuerdos que tengan por objeto u efecto alterar la competencia dentro de los procesos de contratación pública.

En la actualidad se puede observar la existencia de esta coordinación, mediante la expedición del “Manual de Buenas Prácticas en la Contratación Pública Para El Desarrollo”<sup>105</sup> así como al intercambio de información para poder llevar adelante procesos investigativos<sup>106</sup>

### **3.4. Sanciones**

En los casos Regulados por la LORCPM, y particularmente en los que hemos analizado, el beneficio ilícito obtenido por las empresas suele ser bastante lucrativo, y es esto precisamente lo que anima a las empresas a pesar de las fuertes sanciones que se imponen alrededor del mundo. Si el beneficio ilícito es mayor que la sanción impuesta, la norma sancionadora no cumple sus objetivos y si la empresa o agente económico

---

<sup>104</sup>“la suspensión temporal de los efectos jurídicos de las terminaciones unilaterales de los contratos corporativos de seguro de salud efectuadas por parte de los operadores económicos que ofrecen seguros privados o de servicios de medicina pre-pagada bajo el argumento de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica que Regula a las Compañías que financian servicios de Atención Integral de salud pre-pagada” Resolución 27-10-2016, de la Superintendencia de Poder de Mercado, [www.scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2016/10/Resolución-IESS.pdf](http://www.scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2016/10/Resolución-IESS.pdf)

<sup>105</sup><http://www.scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2015/12/Manual-de-Buenas-Pr%C3%A1cticas-en-la-Contrataci%C3%B3n-P%C3%BAblica.pdf>

<sup>106</sup>Boletín de prensa No 38, *Prácticas anticompetitivas en la compra pública están bajo investigación*, (2016), <http://www.scpm.gob.ec/practicas-anticompetitivas-en-la-compra-publica-estan-bajo-investigacion/>

quiebra, tampoco lo hace. Es por ello que la imposición de la sanción debe hacerse después de realizar un análisis económico que permita determinar la renta monopólica o ganancia obtenida a través de la ejecución de prácticas ilícitas, entre otros.

Bajo este análisis es que el legislador ha establecido en la LOCRPM parámetros que permitan a la autoridad de competencia determinar una sanción en primer lugar en consideración al tipo de infracción, pero además teniendo en cuenta los beneficios obtenidos.

El artículo 78, numeral 2 literal a de la LORCPM, establece que serán infracciones graves:

El desarrollo de conductas colusorias en los términos previstos en el artículo 11 de esta Ley, cuando las mismas consistan en carteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas u operadores económicos que no sean competidores entre sí, reales o potenciales<sup>107</sup>

A su vez el artículo 79 de la LORCPM, establece que: “Las infracciones graves con multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa”<sup>108</sup>

En el caso de que no se pueda determinar el volumen de negocio, por tratarse de una persona natural, por citar un ejemplo, la ley prevé multa entre 2001 a 40.000 Remuneraciones Básicas Unificadas.

En caso de reincidencia la superintendencia podrá aplicar una sanción que por ningún motivo deberá ser menor que la sanción precedente, pudiendo imponer multas de manera sucesiva e ilimitada.

Es preciso recalcar que la SRCPM, en caso de comprobar que la renta monopólica se sobrepone a las sanciones establecidas, sancionará al infractor con un monto idéntico al de dichos beneficios, sin perjuicio de su facultad para sancionar la reincidencia.

---

<sup>107</sup>Ecuador:Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Art. 78.

<sup>108</sup>Ibídem, art 79

Por último el artículo 80 de la LORCPM establece una serie de criterios encargados de orientar la sanción, tales como: la dimensión y características del mercado afectado, el alcance y duración de la infracción, el efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos, los beneficios obtenidos, etc.

Considero que las sanciones, al estar basadas en análisis económicos en los que se calcula el daño realizado, y las rentas monopólicas obtenidas mediante la ejecución de acuerdos anticompetitivos, etc. son adecuadas, pero sobre todo son disuasivas

Hay que hacer énfasis en que tanto la LORCPM en el literal a) del artículo 80 que en concordancia con el artículo 96 del reglamento a la LORCPM que establecen que la “Base para el cálculo del importe de la multa se fijará en referencia al volumen de negocios realizado en el mercado o mercados relevantes afectados por la infracción investigada.”<sup>109</sup>

Queda claro que la LORCPM busca promover la competencia entre las empresas existentes para lograr una estructura de mercado eficiente, por lo tanto la imposición de sanciones siempre deberá orientarse en lo citado en el párrafo anterior ineludiblemente.

Finalmente hay que señalar que los competidores afectados generados por las prácticas anticompetitivas pueden recurrir a la vía civil para obtener un resarcimiento de los daños y perjuicios causados. Así también la Superintendencia en caso de encontrar indicios de responsabilidad penal, debe correr traslado a las autoridades correspondientes.

### **3.5. Excepciones a la aplicación de la norma.**

Se considera como excepciones a aquellas conductas que si bien se enmarcan dentro de prácticas o acuerdos anticompetitivos, los argumentos fundamentados en el bienestar general, permiten justificarla.

Ahora bien, la expresión interés social o público que es el establecido en la LORCPM, puede ser extremadamente amplio y adoptar diferentes significados según quien la interpreta, es por ello que las decisiones judiciales y administrativas son de suma importancia, pues tienden a dilucidar y limitar este tipo de conceptos. En ese orden

---

<sup>109</sup>Ibídem, art 80

de ideas tomo lo recogido por la UNCTAD debido a que en Ecuador no contamos aún con sentencias en esta materia.

De acuerdo al programa de entrenamiento de la UNCTAD en políticas de competencia, la determinación de *interés público* está asociada a los siguientes factores<sup>110</sup>:

- Promoción del desarrollo económico
- Crecimiento de los mercados de exportación
- Expansión del empleo
- Protección de ambiente
- Promoción de la eficiencia en el largo plazo
- La provisión de la información a los consumidores o productores

Lo antes mencionado en razón de que en ciertas circunstancias la aplicación de las normas de competencia pueden oponerse a objetivos de orden social, considerados como indispensables. Como ejemplo típico tenemos los subsidios, mismos que de acuerdo al artículo 29, 30 y 31 de la LORCPM, deben ser notificadas a la SRCPM para que puedan ser revisadas periódicamente.

En orden con lo anterior, en los últimos años la contratación pública se ha constituido en un instrumento de la política gubernamental, mediante la cual se promueven e impulsan cambios económicos, sociales y medioambientales

En la (Unión Europea (UE) y la OMC (Organización Mundial de Comercio), se sigue discutiendo respecto de la medida en la que las regulaciones internacionales prevén una perspectiva más amplia de la contratación pública y aunque la mayoría de países ha intentado buscar un consenso entre la integridad del proceso y la incorporación de criterios económicos, sociales y medioambientales, hasta el momento sigue siendo un punto de discusión y ajustes.<sup>111</sup>

En procesos cuya finalidad tienen tinte medioambiental, existen alternativas para no restringir la competencia, mediante la formulación de especificaciones técnicas amplias, de modo que el proceso quede abierto al mayor número posible de empresas puedan presentar ofertas competitivas en cuanto a precio y cumpliendo los parámetros

---

<sup>110</sup>UNCTAD, *Manual para la formulación y aplicación de las leyes de competencia*, (Ginebra, 2014), 108

<sup>111</sup>*Integridad En La Contratación Pública*, <https://www.oecd.org/fr/gov/ethique/38947794.pdf>, 11

de la protección del medio ambiente. En cuanto a otros objetivos de política, como el desarrollo de las industrias nacionales, que se fomentan aplicando márgenes de preferencia para los productores y proveedores locales, resulta más difícil preservar la competencia, puesto que son discriminatorios por naturaleza.

En otro orden de ideas, es preciso hacer mención a que tanto los organismos públicos como los privados utilizan procesos, que incluyen concursos en donde domina la competencia entre proveedores, para adquirir bienes o servicios. La razón de llevar adelante este tipo de procesos fundamentalmente es reducir precios y costos, pues una competencia efectiva, permite que los proveedores limiten sus ganancias, es decir, bajen sus precios para lograr la venta e inclusive en lo posterior que hagan mejoras al bien o servicio para alcanzar mayor número de ventas e incluso fidelización.

Cuando se trata de compras que han sido planificadas o sobre todo cuando se trata de grandes montos, la contratación mediante procesos que incluyen competencia, es la forma más eficaz de adquisición. Sin embargo este tipo de procesos no siempre son posibles de aplicar, pues existen necesidades que tienen que ser satisfechas con urgencia<sup>112</sup> o casos en los que los costos operativos de un proceso no se compensan con el posible ahorro que se pretende alcanzar. También existe la posibilidad de que no exista más que un proveedor del bien o servicio que se requiere<sup>113</sup>.

Para todos estos casos, y otros, la ley ecuatoriana tiene normativa específica que permite adquirir mediante procesos abreviado bienes y servicios requeridos, pues la contratación pública requiere reglamentación que permita evitar la corrupción y el fraude, pero que a su vez sea ágil y eficiente, de manera que no se constituya en una traba que limite las funciones de los diferentes organismos estatales. Una de las maneras de evitar compras mediante procesos especiales o abreviados<sup>114</sup>, es mediante una correcta planificación anual, misma que a su vez garantizará procesos de contratación concursados en los que predomine una sana contienda.

---

<sup>112</sup>Argentina: Art. 25, literal d), numeral 5 de la Ley N° 25.414. Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional; Bolivia: Art. 67 de las Normas Básicas Del Sistema De Administración De Bienes y Servicios; Colombia: Art.65 numeral 16 del [Decreto 1510 del 2013](#); Costa Rica Art. 80 de la Ley de

<sup>113</sup> Cuando existe una sola persona que puede proveer el bien o el servicio por ser titular de los derechos de propiedad industrial o de los derechos de autor, o por ser su proveedor exclusivo.

<sup>114</sup> Excepciones a los procedimientos competitivos, es decir, las circunstancias especiales, tales como la urgencia extrema y los contratos de valor reducido.

### 3.5.1. Regla de *minimis*

Se considera acuerdos de importancia menor a aquellos cuya afectación al mercado, competencia y consumidores es irrelevante. En este sentido la LORCPM establece:

Art. 13. *Regla de minimis*.- Las prohibiciones establecidas en el artículo 11 no se aplicarán a aquellas conductas de operadores económicos que por su pequeña escala de operación y /o por su escasa significación, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia. La Junta de Regulación determinará los criterios para la aplicación de la *regla de minimis*.<sup>115</sup>

La legislación europea en materia de libre competencia<sup>116</sup>, establece la aplicación de las prohibiciones de los acuerdos colusorios y abusivos en los arts. 81 y 82 del TCE, pero además señala que las autoridades en materia de competencia deben verificar en primer lugar, los requisitos de tipicidad de la conducta y, en segundo lugar, los motivos que pueden llegar a justificar su ejecución y, en consecuencia, al excluirla del ámbito de las prohibiciones. En orden con lo anterior, la UE solamente condena aquellos acuerdos que producen una afectación al mercado considerable.

Para identificar la afectación que los acuerdos anticompetitivos tienen, se realizan análisis económicos, mismos que permiten determinar el perjuicio dentro del mercado relevante, la posición de los usuarios o consumidores y las empresas ajenas al acuerdo. Es decir se considera para el análisis los perjuicios del acuerdo anticompetitivo, el impacto que el mismo tiene o puede tener en el mercado, los consumidores, y la competencia o los demás proveedores.

Para desarrollar lo establecido por el Reglamento a la LORCPM, respecto de cuando las prohibiciones contenidas en el Artículo 11 de la LORPM no se aplican, la Junta mediante resolución<sup>117</sup> ha establecido los siguientes parámetros:

- a) las conductas entre operadores económicos real o potencialmente competidores, cuando la cuota de mercado conjunta de los participantes en el

---

<sup>115</sup>Ecuador:Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

<sup>116</sup>Unión Europea: Reglamento CE 1/20036

<sup>117</sup>Resolución No. 10 de la Junta de la Ley Orgánica de Control y Regulación de Poder de Mercado, <http://www.produccion.gob.ec/wp-content/uploads/2015/09/Resoluci%C3%B3n-No.-010-Regla-de-M%C3%ADnimis.pdf>

acuerdo no exceda el catorce por ciento (14%) en ninguno de los mercados relevantes afectados;

- b) Las conductas entre operadores económicos no competidores, ni reales ni potenciales, cuando la cuota de mercado de cada uno de los partícipes no exceda el quince por ciento (15%) en ninguno de los mercados relevantes afectados
- c) Cuando en un mercado relevante, la competencia se vea restringida por los efectos acumulativos de acuerdos paralelos para la venta de bienes o servicios concluidos por proveedores o distribuidores diferentes, los porcentajes de cuota de mercado fijados en los apartados anteriores quedarán reducidos al cinco por ciento (5%). Se entenderá que existe un efecto acumulativo si al menos el treinta por ciento (30%) del mercado de referencia está cubierto por redes paralelas de acuerdos

### **3.6. Elementos que permiten reducir las probabilidades de colusión**

Para que un proceso de adquisición tenga menos probabilidades de ser manipulado mediante acuerdos anticompetitivos, se pueden considerar algunas medidas, pero principalmente

#### **3.6.1. Antes del proceso**

Las especificaciones técnicas es uno de los pilares fundamentales para evitar la colusión, por lo tanto los mismos deben ser diseñados de manera técnica y general, clara y sin incluir requisitos discriminatorios. Para ello se deberá considerar lo siguiente:

- a) Obtener toda la información respecto del mercado en el que se va a realizar la adquisición, de tal manera que se pueda identificar si el mismo posee características que lo hagan más susceptible a colusión.

Estudiar las características del producto o servicio sujeto de adquisición, y el comportamiento precios, determinar cuáles serían los posibles proveedores. En caso de que se trate de un producto o servicio especializado y se necesite contratar a un consultor para el estudio, la entidad contratante debe asegurarse de suscribir un acuerdo de confidencialidad.

- b) Diseñar los pliegos y términos de referencia (TDR) considerando que los requisitos innecesarios pueden reducir el número de proveedores que puedan participar dentro del proceso.
- c) Cuando sea posible, no limitar la participación internacional, utilizar márgenes de preferencia es más deseable.

### **3.6.2 Durante el proceso**

La mejor manera en que las entidades contratantes puedan detectar situaciones sospechosas y por lo tanto notificar a la autoridad de competencia para que inicie la investigación correspondiente, es mediante la capacitación al personal técnico encargado de las adquisiciones.

- a) Si bien la transparencia garantiza un proceso de contratación sólido y libre de corrupción, un exceso de la misma puede facilitar la colusión, por tanto los requisitos de transparencia deberán cumplirse considerando únicamente lo requerido por la ley, evitando revelar datos que puedan servir para que los agentes económicos manipulen el proceso.
- b) Es importante que las preguntas o inquietudes que tengan los proveedores puedan realizarse de manera anónima, con la finalidad de que los posibles oferentes no puedan identificarse, limitando de esta manera la posibilidad de que alcancen un acuerdo.
- c) En caso de encontrar preguntas, pedidos, aclaraciones e inclusive ofertas idénticas, o muy similares, debe correrse traslado inmediato a la autoridad de competencia, para que de una forma técnica se pueda investigar lo acontecido y se tomen las medidas pertinentes.

## **CONCLUSIONES:**

Frente a las preguntas y objetivos que fueron planteados inicialmente, respecto de si se pueden aplicar medidas preventivas y correctivas en los casos en que se demuestre la existencia de acuerdos cuyo objeto sea limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia, con la finalidad de evitar lesiones al estado, a la competencia y a los consumidores en general, y no limitarse a sancionar los actos o acuerdos anticompetitivos configurados, el presente trabajo permitió vislumbrar que la ley prevé facultades y herramientas orientadas a prevenir su consumación y consecuentes daños.

Durante la investigación se pudo observar algunas medidas preventivas establecidas por la Superintendencia de Control y Regulación de Poder de Mercado, aunque no para el caso de colusión en la contratación pública, sí para un caso de competencia desleal en la contratación pública. A mi parecer este tipo de medidas son de suma importancia, pues permiten a las autoridades evitar la consumación de acuerdos colusorios, por lo tanto considero que el trabajo en el que debe centrarse la Superintendencia en coordinación con el Servicio de Contratación Pública es en la permanente capacitación a funcionarios públicos, tanto de las dos entidades nombradas como del resto de instituciones y organismos del estado, pues de ellos depende una temprana detección a fin de evitar cuantiosos daños a la Administración pública, al mercado y a los ciudadanos.

Lo anterior conscientes de que la detección de acuerdos anticompetitivos en la contratación pública no es un proceso sencillo, pues requiere de un constante análisis técnico, jurídico e incluso económico de todo el proceso de contratación, desde la elaboración de los términos de referencia hasta la etapa post contractual, por lo tanto la continua capacitación es indispensable.

Es preciso señalar que a lo largo del presente trabajo en su mayor parte fueron resueltas, otras no del todo debido a que la LORCPM fue expedida hace 4 años, lo cual

implica que en la actualidad todavía no se puede contar con jurisprudencia que permita circunscribir conceptos generales, dar mayor entendimiento a términos específicos, etc. Sin embargo a través del Derecho Comparado se ha logrado una gran aproximación. En consecuencia, el propósito del trabajo fue cumplido.

Como consecuencia del trabajo realizado, quisiera resaltar que:

**1.**La LORCPM tiene como finalidad generar eficiencia económica, mediante el control y la regulación del mercado, para prevenir y eventualmente sancionar las practicas que puedan lesionarlo, con el objetivo ulterior de beneficiar al consumidor final en términos de calidad y precio.

**2.**El Ecuador tardó mucho en tener su propia normativa de competencia, siendo con Bolivia a enero de 2011, los únicos países de América sin tener una Ley que regule y controle el mercado. Esta carencia sin duda dejó graves secuelas dentro del mercado Ecuatoriano, pues como ya habíamos señalado, una competencia efectiva, conlleva beneficios tanto al mercado al generar eficiencia, como al consumidor final en términos de calidad y precio.

Dentro de estos perjuicios podemos señalar la alta concentración del mercado Ecuatoriano. De acuerdo con estudios realizados por la SRCPM en el año 2013 el 44% de los sectores de la economía se encontraban altamente concentrados; mientras que el 15% de los sectores se encontraban moderadamente concentrados, lo cual implica que existe una alta capacidad de las empresas para distorsionar el mercado. Sin perjuicio de lo anterior es preciso recalcar que a partir de la vigencia de la LORCPM las concentraciones y fusiones llevadas a cabo por transnacionales en el Ecuador han disminuido considerablemente. En el año 2006 se realizaron 32 concentraciones o fusiones mientras que en los años 2011, 12 y 13 se fusionaron o concentraron 18, 9 y 4 empresas respectivamente.

**3.**Si bien el Ecuador fue altamente perjudicado al carecer de una Ley de Competencia, considero que puede citarse como ventaja la posibilidad que tuvo el legislador ecuatoriano de revisar y comparar la normativa de los diferentes países y sistemas de integración, mismos que al tener décadas e inclusive más de un siglo de

vigencia en el caso de los EEUU, se han ido perfeccionando, de tal manera que la LORCPM, a mi criterio, es una de las normas más completas y vanguardistas.

4.El proceso competitivo dentro de los procesos de contratación pública es tutelado tanto por la LORCPM como por la LOSNCP, con la finalidad de que el estado pueda adquirir bienes y servicios de óptima calidad al menor costo, sin embargo como se había manifestado dentro del presente documento, el combate de la corrupción y la colusión son temas diferentes, y por tanto sus herramientas de combate varían. En este sentido considero que debería considerarse una reforma a la LOSNCP en cuanto a la publicación e información de datos a las que están obligadas las entidades contratantes, con la finalidad de prevenir un exceso de transparencia que pueda coadyuvar al cometimiento de pactos colusorios en la contratación pública

5.La colusión en la contratación pública es una forma de acuerdo que limita o suprime la libre competencia, mediante la fijación de precios, la distribución de adjudicaciones mediante repartición de mercados, etc. Los afectados por este tipo de conductas son: El mercado, los competidores, la administración pública y los ciudadanos en general, como contribuyentes al aumentar los costos en los procesos de contratación, y como consumidores debido a la alteración en el mercado.

6.Las medidas preventivas que pueden establecerse al encontrar colusión en procesos de contratación pública pueden ser: a) El rechazo de propuestas presentadas por los oferentes coludidos; b) Declaratoria de nulidad de la resolución de inicio de un proceso de contratación pública c) Suspensión del proceso de contratación pública hasta antes de la adjudicación) Declaratoria de nulidad de la resolución de adjudicación cuando hayan suficientes indicios de que el oferente adjudicado obtuvo dicha adjudicación mediante pactos colusorios. c) Incluso se puede declarar la nulidad del contrato.

7.Otro aspecto que surgió durante el análisis es que el artículo 11 numeral 21 de la LOSNCP no es colusión sino más bien corrupción de acuerdo con las definiciones tanto de jurisprudencia como de doctrina internacionales a las que se hizo mención. En este sentido considero que es una imprecisión haber considerado dicho numeral.

Finalmente me permito establecer algunas consideraciones que podrían tenerse en cuenta a efectos de contrarrestar de alguna manera la aparente ineficacia de las herramientas legales frente a los acuerdos anticompetitivos en la contratación pública.

1. La toma de decisiones de forma inoportuna, en cuanto a materia de corrupción y colusión, se traduce en ineficiencias que lesionan inclusive a la gobernabilidad de un país, por ello considero que es fundamental que la Superintendencia tenga la capacidad de realizar controles oportunos, sobre todo en contratos de gran envergadura, para prevenir la contratación de bienes o servicios a precios excesivos debido a procesos viciados por colusión.

2. Considerar la posibilidad de una reforma legal que permita crear dentro de la misma Superintendencia, una comisión colegiada e independiente, elegida por períodos fijos, que conociera y decidiera no como proceso administrativo sino jurisdiccional, los asuntos por colusión en la contratación pública (similar al sistema peruano), ello en razón de la especificidad de la materia y de la necesidad de celeridad en las sentencias, toda vez que procesos de contratación pública son reglados y poseen tiempos exactos.

3. En consideración a que los ciudadanos son veedores de los procesos de contratación pública en tiempo real, a través del Portal de Compras Públicas, considero importante que capacitación en torno a la colusión se realice no solamente a funcionarios públicos y empresarios, sino también a los ciudadanos en general, pues su participación puede constituirse en herramienta fundamental para detectar con anticipación conductas destinadas a eliminar la competencia.

## BILIOGRAFIA

DILORENZO, Thomas J. «“The Case Against All Antitrust Legislation.” .» *Cátedra en Mises University 18, Ludwig Von Mises Institute*. Auburn, Alabama, 9 de Agosto de 2003.

División Antimonopolios, Departamento de Justicia, US. «Manual básico sobre las leyes antimonopolios.» *Ardides de fijación de precios, arreglo de licitaciones y asignación*, diciembre de 2015. <https://www.justice.gov/atr-espanol/las-leyes-antimonopolios-y-usted> (último acceso: 18 de Abril de 2016).

Miranda, Zullita Fellini y Pérez. «El derecho frente a los monopolios.» En *Estudios de Derecho Económico IV Iera reimpresión*, de Universidad Nacional Autónoma de México, 65-121. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 1983.

P. Eugenio Lahera. *Política y políticas públicas*. Santiago de Chile: CEPAL, 2004.

US, DEPARMET OF JUSTICE. *US, DEPARMET OF JUSTICE*. 2016 de Abril de 2016. <https://www.justice.gov/atr-espanol/las-leyes-antimonopolios-y-usted> (último acceso: 13 de Abril de 2016).

Ariño Ortiz, Gaspar, Juan Miguel de la Cuétara Martínez, *Principios de derecho público económico: modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*, Madrid, 1999

Ávalos, Marco, *Condiciones y políticas de competencia: economías pequeñas de Centroamérica*, México, Fondo de Cultura, 2006

Álvarez, Juan Antonio y Claudio Lizana. *Dumping y competencia desleal internacional*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1995.

Brokelmann, Helmut. *Prácticas concertadas y conscientemente paralelas, en los acuerdos horizontales entre empresas*, Fundación Rafael del Pino. Marcial Pons, 2009.

Cabanellas de las Cuevas, Guillermo. *Derecho antimonopólico y la defensa de la competencia* Tomo 1. Buenos Aires: Heliasta, 2005.

Dromi, Roberto *Competencia y Monopolio: Argentina, Mercosur y Omc*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1999.

Estavillo Flores, María Elena, *La prevención de Colusiones*, México, Editorial Porrúa, 2007.

Flint Blanck Pinkas, *Tratado de Defensa de la Libre Competencia*, Lima, Fondo Editorial, 2002.

Frisancho Aparicio, Manuel y Peña Cabrera, Raúl, *Delitos contra la Administración Pública*, Lima: Editora FECAT, 1999.

Marín Sevilla, Marcelo y otros, Régimen de Competencia, Ecuador: Corporacion de Estudios y Publicaciones, 2012

Inter-American Development Bank, *Derecho y política de la competencia en América Latina Exámenes inter-pares en Argentina, Brasil, Chile, México y Perú*, París, OECD, 2007.

Paul Nihoul, Andrés, *Introducción Al Derecho de la Competencia*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2005

Telser, L.G., *Competition, Colusion, and Game Theory*, Chicago, *Journal of law and Economics*, 1960

Williams, PL, *Welfare and collusion*, Washington, American Economic, Vol. 72, 1982

Aguilar Álvarez de Alba Javier B, *La libre competencia*; Oxford UP, México, 2000.

Comisión Federal de Competencia; *Competencia Económica en México*; Porrúa-CFC, México, 2004.

Estavillo Flores, María Elena; *La prevención de colusiones*; Porrúa-ITAM; México, 2007.

García Castillo, Tonatiuh; *Ley Federal de Competencia Económica. Comentarios, concordancias y jurisprudencia*; Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2003.

Ginebra Serrabou; Xavier; *Derecho de la Competencia*, Cárdenas editor, México, 2001

González de Cossío, Francisco; *Competencia Económica; aspectos jurídicos y económicos*; Porrúa, México, 2005.

Peredo Rivera, Amilcar; *Competencia Económica. Teoría y Práctica*; Porrúa, México, 2004.

Carlton, Dennis and Perloff, Jeffrey; *Modern Industrial Organization*; 4th ed., Addison Wesley, 2004.

Gavil I., Andrew; Kovacic E. William; and Baker B. Jonathan; *Antitrust law in perspective. Cases, concepts and problems in competition policy*; Thompson West, St. Paul Minnesota, 2002.

Auping John, *El análisis económico de los derechos humanos*, Universidad Iberoamericana, México D.F 2004.

Gerber, David J, *Competencia Global: Derecho, Mercados y Globalización*, Temesis S.A. Bogotá, 2012

Sotomayor Vértiz, Abdías, *Normas antidumping y antitrust en los procesos de integración*, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003.

Herero Suarez, Carmen, *Normas antidumping y antitrust en los procesos de integración*, La Ley, Madrid, 2006.

Signes de Mesa, Juan Ignacio, Fernández Isabel, Fuentes Mónica. *Derecho de la Competencia*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2013.

Subirats Joan, Knoepfel Peter, Larrue Corine y Verone Frédéric. *Análisis y gestión de políticas públicas*. Barcelona: Editorial Ariel, 2008.

Hylton Keith N, *Antitrust Law: Economic Theory and Common Law Evolution*, University of Cambridge, New York 2003.

Douglas Zona John, *Bid-rigging and the Competitive Bidding Process: Theory and Evidence*, State University of New York at Stony Brook, 1986

Beaton-Wells, Caron and Tran Christopher, *Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age: Leniency Religion*, Hart, Obregon 2015

Department of Justice, *Price Fixing, Bid Rigging And Market Allocation Schemes*, véase: <https://www.justice.gov/atr/price-fixing-bid-rigging-and-market-allocation-schemes> ingresado el 20 de julio de 2016

Department of Justice, *Five Individuals Indicted for Bid Rigging and Fraud at Public Real Estate Foreclosure Auctions*, véase: <https://www.justice.gov/atr/pr/five-individuals-indicted-bid-rigging-and-fraud-public-real-estate-foreclosure-auctions> ingresado el 20 de julio de 2016

OECD, *Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas*, 2009

Ecuador. Servicio Nacional de Contratación Pública y Superintendencia de Control de Poder de Mercado. *Manual de Buenas Prácticas de la Contratación Pública para el Desarrollo del Ecuador*. Quito, 2015

La Casse, Chantale, *Bid-rigging and the Threat of Government Prosecution*, University of Ottawa, 1993

UNCTAD, *Manual para la Formulación y aplicación de las Leyes de Competencia*, Ginebra, 2004 ingresado el 6 de abril de 2016

Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado

Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado

Guía para combatir la colusión en las licitaciones. Véase: [http://www.sic.gov.co/recursos\\_user/documentos/publicaciones/Cartilla\\_Colusiones\\_VF.pdf](http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/publicaciones/Cartilla_Colusiones_VF.pdf) ingresado el 2 de mayo de 2016

Mercado relevante, Su concepto en materia de competencia económica, véase: <http://ius.scjn.gob.mx/SJFSist/Documentos/Tesis/168/168609.pdf> ingresado el 13 de abril de 2016

Access to European Union law, EUR-Lex Access to European Union law, véase: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3A126073> ingresado el 1 de enero de 2016

OCDE, *integridad en la contratación pública buenas prácticas de la “a” a la “z*, véase: <https://www.oecd.org/fr/gov/ethique/38947794.pdf> ingresado el 6 de abril de 2016