

**Universidad Andina Simón Bolívar**

**Sede Ecuador**

**Área de Derecho**

Programa de Maestría en Derecho de la Contratación Pública

**Los acuerdos colusorios en los procedimientos competitivos de  
régimen común previstos en la Ley Orgánica del Sistema  
Nacional de Contratación Pública**

Autora: Liliana Lorena Zúñiga Mendoza

Tutora: Inés María Baldeón B.

**Quito, 2017**



## Cláusula de Cesión de Derechos de Publicación de Tesis o Monografía

Yo, Liliana Lorena Zúñiga Mendoza, autora de la tesis intitulada: **Los acuerdos colusorios en los procedimientos competitivos de régimen común previstos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública**, mediante el presente documento dejo 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 obtención del título de magíster en Contratación Pública en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. 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 por lo tanto 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.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, y o asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha: 04 de julio de 2017

Firma: .....

## Resumen

El presente trabajo aborda la temática de los acuerdos colusorios en los procedimientos competitivos de régimen común previstos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, los cuales vulneran no solo el Derecho de Competencia sino que se constituyen en sí mismos en un obstáculo para el Estado en su objetivo de adquirir bienes, servicios y obras de manera eficiente, con proveedores que compitan activa y genuinamente para ofrecer aquello que se requiere en las mejores condiciones; según estudios internacionales los precios en los procesos en los que ha existido colusión pueden incrementarse en más de un 20%.

En este contexto, si bien la detección de estas prácticas en ocasiones se torna compleja, pues los pactos entre los proveedores que las realizan se mantienen ocultos, se requieren normas, disposiciones y elementos diseñados para ayudar a las entidades contratantes a garantizar una competencia legítima; por ende un acercamiento a este tema permite dotar tanto a la Administración Pública como a la ciudadanía en general de herramientas que les permitan identificarlas, lo cual favorecerá, por añadidura, a generar alertas y coadyuvar al inicio de investigaciones administrativas que terminen por sancionarlas y erradicarlas.

El trabajo se sustenta en un análisis eminentemente práctico de evaluar la normativa actual y su congruencia con el combate de la colusión, unidos a la conciencia de los riesgos y costos que generan los acuerdos colusorios, los mecanismos para reducirlos en el diseño de los pliegos del proceso, así como los procedimientos a adoptarse frente a presunciones de su existencia, planteando posibles soluciones que permitan combatirlos e intensificar la sana competencia que redundará en beneficio no solo de las entidades contratantes sino más bien del colectivo en general.

Finalmente con el empleo de criterios interpretativos de carácter jurídico se analizan propuestas relativas a la modificación de la normativa en contratación pública de cara a su aplicación práctica.

Palabras clave: competencia, colusión, procedimiento competitivo, régimen común, compra pública.

## **Dedicatoria**

Al gran arquitecto del universo quien con su bendición me permitió cumplir cada uno de los anhelos de mi corazón, iluminó mi mente y puso en mi camino a quienes son mi soporte y compañía.

A mis padres por traerme hasta aquí y permitirme soñar; a mi hermana, unidas siempre por el amor y la sangre; y, a mi esposo, Rubén Darío, por la complicidad, por todo y por tanto.

## **Agradecimientos**

Un agradecimiento especial a la Doctora Inés María Baldeón, por la motivación, su valiosa guía y asesoramiento en la construcción del presente trabajo, pero sobre todo por la gran calidad humana demostrada con su amistad.

Al Servicio Nacional de Contratación Pública y a todos aquellos con quienes tuve la dicha de trabajar, por abrirme las puertas al mundo laboral y por ser mi escuela.

## Tabla de contenido

Introducción .....	7
Capítulo primero .....	9
Naturaleza económica y jurídica de los acuerdos colusorios.....	9
1.1. La libertad de empresa .....	9
1.2. El Derecho de Competencia .....	12
1.3. Defensa de la Competencia.....	15
1.4. La Colusión.....	18
1.5. Los Acuerdos Colusorios .....	23
Capítulo dos .....	36
El acuerdo colusorio en el marco de la contratación pública en el Ecuador	36
2.1. La Libertad de Empresa en la Contratación Pública.....	36
2.2. El Derecho de la Competencia en la Contratación Pública .....	40
2.3. Los acuerdos colusorios en el marco de la regulación y control de poder de mercado.....	46
2.4. Los acuerdos colusorios en el marco de la Contratación Pública en el Ecuador.....	49
Capítulo tres.....	73
Como inciden los acuerdos colusorios en los procedimientos competitivos de régimen común.....	73
3.1. Los procedimientos competitivos de Régimen Común previstos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública .....	73
Capítulo cuatro .....	133
Conclusiones y recomendaciones .....	133
4.1. CONCLUSIONES: .....	133
4.2. RECOMENDACIONES: .....	135
BIBLIOGRAFÍA .....	139

## **Introducción**

A través del Suplemento del Registro Oficial No. 555 de 13 de octubre de 2011, se publicó la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, cuyo objetivo relevante es, entre otros aspectos, garantizar el efectivo cumplimiento del artículo 304 numeral 6 de la Carta Fundamental que establece que la política comercial tendrá como objetivo evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados, así como asegurar el deber del Estado de impulsar y velar por un comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, promoviendo la reducción de las distorsiones de la intermediación y promoción de su sustentabilidad, asegurando de esta manera la transparencia y eficiencia en los mercados, mediante el fomento de la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades conforme lo establece su artículo 336.

Con base en lo expuesto cabe indicar que si bien la prohibición de los acuerdos colusorios se encuentran en el núcleo de lo que se constituye como defensa de la competencia, su ejecución incide también en otras áreas del derecho como la Contratación Pública, pues generan un fuerte impacto en el mercado, los proveedores participantes y en una última instancia en el Estado, el que se encontrará en una situación muy similar a la de un monopolio, actuando en desmedro de la utilización eficiente y efectiva de los recursos públicos de los que dispone para el arrendamiento o adquisición de bienes, prestación de servicios, incluidos los de consultoría o ejecución de obras, menoscabando el cumplimiento de su objetivo primordial: “el bien común”.

Si bien la situación actual del problema se encuentra medianamente atendida con la promulgación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y su Reglamento General, en materia de la contratación pública no se cuentan con todos los elementos para un efectivo combate de los acuerdos colusorios, poco o nada se conoce, al menos abiertamente de la existencia de sanciones ejemplificadoras para este tipo de conductas en las que su detección es altamente compleja o casi imperceptible para aquellos quienes se encuentren inmersos en el desarrollo de los procedimientos de contratación pública, así como también se evidencia una acción poco coordinada entre las instituciones de control y sancionadoras con las entidades contratantes.

Es por ello que la presente propuesta académica, pretende analizar los acuerdos colusorios en los procedimientos competitivos de régimen común previstos en la Ley

Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que si bien son conductas previstas en la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado su relevancia jurídica en el campo de la contratación pública resulta problemática no solo por la compleja detección que puede demandar sino que incluso una vez identificadas es poco claro el camino a seguir por quienes la hallaren y decidansancionarlas.

Por todo lo expuesto esta investigación evalúa hasta qué punto la legislación en general y la normativa sobre contratación pública están en consonancia con la lucha contra la colusión y las malas prácticas entre oferentes en los procedimientos de contratación con el propósito de hacer más transparente el Sistema Nacional de Contratación Pública, este estudio pretende contribuir con el objetivo de avanzar con mayor celeridad y confiabilidad en este tema, y posiblemente las recomendaciones que en este se formulan pueden transformarse en acciones concretas, que promuevan mecanismos de contratación pública más justos, transparentes, eficientes y competitivos.

Si bien en el contexto internacional existe una gran cantidad de información sobre el tema a desarrollarse, el presente trabajo encierran únicamente un valor teórico sino también práctico centrado en la experiencia de nuestro país, que propende a la realización no solode una investigación pura, sino también de una investigación de carácter funcional, que valora y pondera distintos puntos de vista para plasmarlos dentro de las prácticas en la contratación pública en el Ecuador.



## Capítulo primero

### Naturaleza económica y jurídica de los acuerdos colusorios

#### 1.1. La libertad de empresa

Aquellos que desean efectuar o realizan actividades económicas en el país-ya sea de forma individual o asociada- se podrán percatar de manera casi automática cuál es el marco legal regulatorio que las rige y cómo es el control que el Estado ejerce sobre éstas, cómo se modera su realización y si se restringe en ocasiones su desarrollo.

Como punto de partida probablemente muchos acudan a observar el modelo<sup>1</sup> de estado de cada país, pues es evidente que en un estado capitalista el incentivo a las actividades económicas privadas podrá ser más extenso que en un estado socialista; y, que en los estados sociales y democráticos de Derecho se exigirá un cierto intervencionismo estatal en la vida económica en defensa de los intereses públicos, bienestar social que, en mi criterio, se encuentra vinculado mayormente y sin duda alguna al desarrollo económico sostenible; por lo tanto la intervención pública no debería dificultar ni obstruir la actividad económica individual o asociada que se realice.

He aquí el objeto de la presente investigación, en la que se tratará de abordar en un principio el análisis del intervencionismo público en la economía, comprendiendo de manera inicial la naturaleza exacta de sus disfunciones en relación con la libertad de empresa, posteriormente se examinará el marco o mecanismos regulatorios vigentes para su garantía, intentando analizar—obviamente— sus aciertos y deficiencias.

---

<sup>1</sup>El autor José María Gimeno Feliú hace la distinción entre el concepto "Constitución económica" del de "modelo económico" señalando que los mismos responden a dos enfoques distintos, el primer caso corresponde al conjunto de normas jurídico-constitucionales que hacen referencia a la economía y cuya finalidad es indicar cuáles han de ser los principios rectores de la actividad económica que habrán de desarrollar de forma conjunta tanto los particulares como el Estado; el sistema económico en cambio es el marco básico de referencia para entender el alcance de la política de intervención del Estado en el mundo económico; al respecto, el autor afirma que el sistema económico se configura por un lado por el derecho a la empresa y por otro por la ordenación de la actividad económica por parte de los poderes públicos.\* Nuestra Constitución en el art. 283, Capítulo Cuarto, sobre Soberanía Económica, define al sistema económico como uno de carácter "social y solidario que reconoce al ser humano como sujeto y fin [...]"; sin embargo de la lectura integral del texto constitucional se evidencia que el marco constitucional vigente fomenta un modelo de intervencionismo estatal de un Estado autoritario, empresario y protector resguardado en la legitimidad de la sociedad y la propuesta del Buen Vivir.

\* José María Gimeno, "Sistema Económico y Derecho a la Libertad de Empresa versus Reservas al Sector Público de Actividades Económicas", *Revista de administración pública*, No. 135 (septiembre-diciembre 1994): 149-212

Conforme a lo expuesto y en una primera aproximación al tema que nos ocupa podemos decir que nuestra actual Constitución no contempla en la integridad de su texto de forma expresa el término “libertad de empresa”, más sin embargo el numeral 15 del artículo 66 del capítulo sexto “Derechos de libertad” prevé el reconocimiento y garantía del derecho de las personas a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental, surge entonces la interrogante de si acaso el término libertad de empresa es un símil del término libertad económica<sup>2</sup>.

La Constitución Española en su artículo 38 señala que se “Reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”<sup>3</sup>.

De su parte, siguiendo el análisis de Derecho Comparado iniciado en el párrafo anterior, podemos citar el artículo 333 de la Constitución Colombiana, el mismo que establece:

La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación<sup>4</sup>.

En consecuencia de lo expuesto, en mi criterio, el concepto libertad de empresa admitiría habitualmente al concepto libertad económica, siendo en la gran mayoría de países elevada a rango constitucional; en tal virtud se podría aseverar que

---

<sup>2</sup>Ecuador, *Constitución de la República*, Registro Oficial No 449 (20 de octubre de 2008): art. 66, numeral 15.

<sup>3</sup>España, *Constitución Española, Boletín del Estado* (29 de diciembre de 1987): art. 38.

<sup>4</sup>Colombia, *Constitución Política de Colombia, Gaceta Constitucional No. 114* (4 de julio de 1991), art. 333.

aunque no de manera expresa nuestra Constitución habla de libertad de empresa abordada con otra terminología.

Por otro lado, es importante señalar que el legislador ecuatoriano no ha incluido una definición legal general del término empresa, sin embargo el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones publicado en el Suplemento del Registro Oficial 351 de 29 de diciembre de 2010, en el primer inciso de su artículo 53 nos da un concepto de lo que deberá entenderse como micro, pequeña y mediana empresa señalando que “La Micro, Pequeña y Mediana empresa es toda persona natural o jurídica que, como una unidad productiva, ejerce una actividad de producción, comercio y/o servicios, y que cumple con el número de trabajadores y valor bruto de las ventas anuales, señalados para cada categoría, de conformidad con los rangos que se establecerán en el reglamento de este Código”.

En este contexto acudiremos a la doctrina con el objeto de realizar una interpretación extensiva de dicho concepto, la misma que considera mayoritariamente que “...la empresa constituye una unidad de producción basada en el capital y el trabajo con una finalidad lucrativa, creada para la realización de obras materiales, negocios o proyectos destinados a la producción de bienes o servicios.”<sup>5</sup>, en Europa la Comisión Europea en el caso POLIPROPILENO en cuanto a la empresa afirmó que “La expresión “empresa”[...] se aplica a cualquier ente que ejerza actividades comerciales...”<sup>6</sup>.

Con base en lo anotado una vez que contamos con el concepto de empresa<sup>7</sup> trataremos de definir el de libertad de empresa; para la doctora Inés María Baldeón la libertad económica en general es un derecho propio del ser humano, siendo una condición necesaria para el fortalecimiento de la democracia. La libertad económica permitiría garantizar el derecho de las personas a lograr su propia realización personal y

---

<sup>5</sup>Rubén Darío Andrade, *Legislación Económica del Ecuador*, ed. 7ma (Quito: Abya Yala, 2003), 65.

<sup>6</sup>Comisión Europea, “Causa No. IV/31.149-Polipropileno: Sentencia de 23 de abril de 1986 relativa a un procedimiento de conformidad con el art. 85 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea”, 1.

<sup>7</sup> Para el autor Alberto Bercovitz en una economía de mercado, la noción de empresa no concuerda con el criterio tradicional. En la actualidad se establece un criterio mucho más amplio de empresa que la equipara a un operador económico, lo que significa que a efectos de considerar el principio de libertad de empresa, la empresa debe entenderse como equivalente a operador económico u operador de mercado, que es el que participa en el mercado ofreciendo bienes o servicios aunque no posee una infraestructura adecuada u organizada para su actividad en el mercado.\*

\*Alberto Bercovitz, *Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad*, Tomo 1 (s.l.: Tirant lo Blanch, 2014), 13.

facilita una justa recompensa de los éxitos individuales, así como la imposición de las fallas cometidas, reconoce los diferentes fundamentos de derecho al ejercicio de cualquier actividad económica, considerando la naturaleza emprendedora de los seres humanos.<sup>8</sup>

Sobre esa base se podría entonces llegar a la conclusión de que la libertad de empresa es un derecho reconocido constitucionalmente y que se constituye en la facultad basada en la libre iniciativa que tenemos las personas para ejercer una actividad económica que se encontrará sujeta a un marco regulatorio vigente en cada país.

## **1.2.El Derecho de Competencia**

Fue en la antigua Grecia en la que se registró uno de los primeros casos de Derecho de la Competencia en el que se juzgó a una asociación de vendedores de grano en el tribunal de La Heliea de Atenas a mediados del siglo IV A.C., debido a las malas cosechas y la influencia de los espartanos sobre el Helesponto (actualmente el Estrecho de los Dardanelos), los comerciantes de grano que hasta aquel entonces compitieron abiertamente en el mercado de Ática decidieron pactar los precios y encarecer su producto en perjuicio de los consumidores. Las autoridades de la época advirtieron el hecho y los vendedores fueron juzgados por ello. Años después la Lex Julia de Annona, fue adoptada durante la República Romana en el año 50A.C. Esta ley contemplaba fuertes sanciones económicas a quienes de manera directa y deliberada, restringían el grano proveniente de ultramar. Asimismo, durante el gobierno del emperador Diocleciano, un edicto del año 301 D.C. tipificó, bajo sanción de pena capital, el reducir u ocultar bienes de consumo básico para la población.

En épocas más cercanas a nuestros tiempos, entre los casos que se tiene constancia están aquellos resueltos por los tribunales ingleses por la vía del *common law*, actuaciones que restringían el comercio (*restraints of trade*) y versaban sobre acuerdos que afectaban a la libertad de comerciar (caso Jhon Dyer, de 1414). Otros se referían a monopolios derivados de la concesión de patentes, privilegios o aduana y prácticas *foresteel* que consistía en adquirir bienes antes de su puesta en el mercado a fin de forzar la subida de su precio. Las decisiones de los jueces se basaban en el derecho a proteger la libertad económica y el derecho a competir.

---

<sup>8</sup> Inés María Baldeón, *La Libertad de Empresa y el Derecho de la Competencia en el Marco de la Contratación Pública del Ecuador*(Quito: CEAS, 2015), 39.

En la actualidad se conoce que fue en Canadá y EEUU, con motivo de la adopción de la Act for the Prevention an Suppression of Combinations formed in restraint of Trade (1889) y de la Sherman Act (1890), donde se instauraron los primeros sistemas de Derecho de la Competencia, tal como es concebido en nuestros días.<sup>9</sup>

Las Naciones Unidas en los años 70 procuraron sancionar los códigos internacionales de conducta en materias vinculadas al Derecho de la Competencia aprobándose un Código sobre Prácticas Restrictivas que pretende impedir estas conductas dentro de comercio internacional, pero por su falta de aplicación carecen de un auténtico valor.

Nuestra legislación actual se nutre sin duda alguna del derecho antitrust americano o antimonopolio, las normas de Derecho de la Competencia nacen por la influencia de las corrientes mundiales dadas a través de organismos como la Organización Mundial de Comercio (OMC) y la Comunidad Andina de Naciones (CAN). Las normas sobre competencia formuladas por la CAN e incorporadas en nuestra legislación son principalmente la Decisión 608 y 616, dictadas el 29 de marzo de 2005 y 15 de julio del año 2005, respectivamente, para cuya aplicabilidad se dictó el Decreto Ejecutivo No. 1614 promulgado en el Registro Oficial No. 558 de 27 de marzo de 2009.<sup>10</sup>

Es preciso señalar que la primera normativa comunitaria andina emitida para la corrección económica del mercado está contenida en la Decisión 230 de 11 de diciembre de 1987 que estableció las normas para prevenir o corregir las prácticas que pueden distorsionar la competencia, hasta que finalmente se emitió la Decisión 608, que contiene de manera específica disposiciones para la protección y promoción de la libre competencia, establece conceptos básicos sobre regulación de defensa de la competencia, entendiéndose ésta como un mecanismo de corrección del tráfico económico; sin embargo en ésta, el Ecuador solicitó un plazo de 2 años para su vigencia en el país o esperar a que se dicte la normativa interna respectiva, por lo que su artículo 51 estableció que dicho instrumento entraría en vigencia en Ecuador el 27 de marzo de 2007, o si antes de ese plazo se aprobase la Ley Nacional de Competencia en el ámbito

---

<sup>9</sup> Juan Ignacio Signes, Isabel Fernández y Mónica Fuentes, *Derecho de la Competencia* (Pamplona:Ed. Aranzadi, 2013), 31-2.

<sup>10</sup> Patricia Alvear y Blanca Gómez, *Derecho de corrección económica defensa de la competencia y competencia desleal*, (Quito: Universidad Internacional SEK, 2012), 35.

nacional, lo que generó internamente un vacío normativo que dejó en la indefensión a quienes fueron objeto de algún tipo de actuación colusoria o práctica restrictiva de la competencia. El artículo 51 fue derogado con la Decisión 616, denominada entrada en vigencia de la Decisión 608 en la República del Ecuador, que establecía que el 1 de agosto del 2005 el Ecuador debía designar dentro de su jurisdicción a la autoridad nacional que se encargaría de la ejecución de la Decisión 608 de manera interina.

Sin perjuicio de lo señalado, no es sino con el Decreto Ejecutivo No. 1614 publicado en el Registro Oficial 558 de 27 de marzo de 2009, que se dictaron en nuestro país las normas para la aplicación de la Decisión 608 de la CAN, y que en su artículo 1 se designó como autoridad de aplicación de la Decisión 608 de la Comisión de la Comunidad Andina, al Ministro de Industrias y Productividad y como autoridad investigadora a la Subsecretaría de Competencia, que se creó dentro del referido Ministerio.

Es decir, las conductas anticompetitivas en el Ecuador se encuentran prohibidas desde al año 2005, cuando entró en vigencia la Decisión 608, sin embargo no es sino a través de la promulgación del Decreto 1614 de 27 de marzo de 2009 que se estableció el procedimiento de aplicación de la misma en el país.

En un marco general, al hablar de competencia, quizás lo primero que vendrá a nuestra mente podrá ser la idea de rivalidad entre dos o más sujetos para lograr un objetivo en concreto. En el ámbito de la empresa, la situación sin lugar a duda es similar. Las empresas deben competir entre ellas dentro de un mercado en específico con el fin de alcanzar un resultado, que se concretaría en su mayoría con el incremento de las ventas e ingresos económicos, pero es preciso tomar en cuenta que la competencia además puede traer aparejada consigo beneficios significativos para el mercado, porque es a través de una competencia efectiva que se podrá disciplinar la conducta de las empresas, abaratar los precios en el mercado, en lo que sea posible; incentivar una constante preocupación por la mejora de los productos o servicios, generar inversión a favor de los operadores de manera eficiente o a favor de técnicas más efectivas, dinamizando la economía y favoreciendo en conjunto el bienestar social.

En este contexto es importante proteger la competencia, no solo para los consumidores sino para la sociedad en general, como uno de los instrumentos fundamentales de una sólida política económica.

El Derecho de la Competencia surge como una herramienta que sin interferir directamente en la toma de decisiones empresariales permite contar con los elementos suficientes que garanticen un correcto funcionamiento de los procesos de mercado, porque es el Derecho a través de su aplicación judicial y administrativa el elemento preponderante a la hora de ejercer una actividad económica, de emprender, de invertir, en fin de otorgar seguridad y certeza a los diferentes agentes económicos en la sociedad.

El Derecho de la Competencia es, entonces, el conjunto de normas, principios y estándares que tienen como finalidad evitar que, bien los agentes privados, bien las autoridades públicas, incurran en comportamientos que pudieran falsear o distorsionar la disciplina que impone la competencia en el mercado.<sup>11</sup>

En palabras de Patricia Alvear y Blanca Gómez:

[...]el derecho de la competencia o derecho de defensa de la competencia es la expresión nata del derecho de corrección económica por cuanto su objetivo es regular, tipificar y sancionar aquellas conductas que en lo macro pueden distorsionar el mercado y afectar a los consumidores, a través de recursos ilícitos para captación de clientela u obtención de mayores beneficios económicos.<sup>12</sup>

### **1.3. Defensa de la Competencia**

Para Manuel Campos en su artículo denominado: “La regulación como finalidad distinta al Derecho de la Competencia”<sup>13</sup>, en estos últimos tiempos habría existido cierto cambio en el objeto regulado, pues el Estado prestador de servicios públicos, por si o a través de técnicas de cuño más o menos concesional, se ha convertido en un Estado menos gestor y más garante, con no pocos límites, de que las empresas públicas o privadas presten sus servicios de interés general en un escenario liberalizado, conforme a un marco uniforme de regulación de sus actividades mercantiles.

En mi criterio, se tornaría entonces indiscutible la importancia de una correlación entre una política de defensa de la competencia y el ejercicio de la potestad sancionadora en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, cuando se den violaciones a dicha competencia, pues en el devenir de los tiempos se ha vuelto evidente el hecho de que

---

<sup>11</sup> Ricardo Alonso, *La defensa de la libre competencia*, vol. 1 (Madrid: Civitas, 2006), 302.

<sup>12</sup> Patricia Alvear y Blanca Gómez, *Derecho de corrección económica defensa de la competencia y competencia desleal*, 11.

<sup>13</sup> Paloma Ávila y otros, *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas*, dir. Javier Guillén (Pamplona: Arazandi, 2011), 88.

cualquier prohibición que carezca de su consecuente sanción correrá la suerte de pasar desapercibida. Precisamente en este contexto, y con el objeto estatal de precautelarel Derecho de la Competencia se promulgó en el Ecuador en el año 2011, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado<sup>14</sup>, es decir que en nuestro país la regulación de defensa de la competencia ha sido denominada como normas de regulación y control de poder del mercado, sobre cuya base se ha articulado la existencia de un órgano técnico administrativo de control en el ámbito nacional para la lucha contra las prácticas restrictivas al Derecho de la Competencia.

El Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado se expidió mediante Decreto Ejecutivo No. 1152, publicado en el Registro Oficial No. 697 de 7 de mayo de 2012.

A partir de la promulgación de la Ley se produjo tan solo una reforma a la misma, el 12 de septiembre de 2014. El objetivo del mencionado cuerpo normativo conforme se describe en su artículo 1 es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando 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. Se compone tan solo de 93 artículos, distribuidos en siete capítulos.

El primer capítulo de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado establece su objeto y ámbito, señala que corresponde a la autoridad administrativa determinar la naturaleza de las conductas investigadas, los lineamientos

---

<sup>14</sup> El numeral 15 del art. 74 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas establece los deberes y atribuciones del ente rector del SINFIP (Ministerio de Finanzas) y prevé como una de las responsabilidades del Ministro de Finanzas el “Dictaminar en forma previa, obligatoria y vinculante sobre todo proyecto de ley, decreto, acuerdo, resolución, o cualquier otro instrumento legal o administrativo que tenga impacto en los recursos públicos o que genere obligaciones no contempladas en los presupuestos del Sector Público no Financiero, exceptuando a los Gobiernos Autónomos Descentralizados. Las Leyes a las que hace referencia este numeral serán únicamente las que provengan de la iniciativa del Ejecutivo en cuyo caso el dictamen previo tendrá lugar antes del envío del proyecto de ley a la Asamblea Nacional”(sic)\*, en tal virtud mediante oficio No. MINFIN-DM-2011-1246 de 5 de agosto de 2011 el Ministro de Finanzas emitió su dictamen favorable al proyecto de Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado.

\*Ecuador, Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, Suplemento, Registro Oficial No. 306 (22 de octubre de 2010): art. 74.



para la regulación del poder de mercado y los principios entre los que se encuentra la no discriminación, transparencia, proporcionalidad y debido proceso.

El segundo capítulo se ocupa de establecer el régimen de regulación y control, prevé que será la Superintendencia de Control del Poder de Mercado quien determinará para cada caso el mercado relevante, considerando el mercado del producto o servicio, el mercado geográfico y las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores participantes de dicho mercado; además incluye definiciones de las que se emplean en su texto como poder de mercado, concentración económica, práctica desleal, determina criterios para determinar si un operador económico tiene poder de mercado en un mercado relevante, establece las conductas que constituyen abuso de poder de mercado, acuerdos y prácticas restrictivas que están prohibidas, prácticas desleales, exenciones a las prohibiciones de acuerdos y prácticas restrictivas, entre otras.

Un tercer capítulo regula la acción estatal mediante la intervención de una Junta de Regulación y las ayudas públicas por razones de interés social o público o en beneficio de los consumidores.

El cuarto capítulo establece que la rectoría, planificación, formulación de políticas públicas en el marco de la regulación y control del poder de mercado corresponde a la Función Ejecutiva, crea la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, establece sus facultades y atribuciones, las del Superintendente y sus servidores.

Finalmente el quinto capítulo determina las facultades investigativas de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado y la obligatoriedad de todos de contribuir con dicho organismo, consagra el procedimiento de investigación y las medidas correctivas y sanciones.

Es importante destacar durante este análisis que en los diferentes textos normativos de otros países se aborda por separado la defensa o libre competencia y la regulación contra la competencia desleal, pues habrá de entenderse que la naturaleza jurídica en este último caso es de carácter más bien privada, ya que se busca precautelar los intereses particulares, sin embargo en nuestro país en un mismo instrumento convergen ambas instituciones jurídicas.

El ámbito del Derecho de Defensa de la Competencia conocido en nuestro país

como regulación y control del poder del mercado incluye de manera fundamental la calificación de las concentraciones económicas, la regulación y sanción de actuaciones indebidas de mercado, como prácticas colusorias prohibidas, el abuso de posición dominante y las ayudas públicas.<sup>15</sup>

#### **1.4.La Colusión**

##### **1.4.1. Aspectos generales:**

Con la expedición del Código Orgánico General por Procesos, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 506 de 22 de mayo de 2015, se deroga la Ley para el Juzgamiento de la Colusión, emitida con Decreto Supremo No. 1106, publicado en el Registro Oficial No. 269 de 3 de febrero de 1977. Dicho Código en su artículo 290 prevé que:

Las acciones colusorias, se tramitarán en procedimiento ordinario. Entre otras, las que priven del dominio, posesión o tenencia de algún inmueble o de algún derecho real de uso, usufructo, habitación, servidumbre o anticresis constituido sobre un inmueble o de otros derechos que legalmente pertenecen a un tercero.

Quedará sin efecto la conducta colusoria, anulando el o los actos, convenciones o contratos que estén afectados por ella y se repararán los daños y perjuicios ocasionados, restituyendo al perjudicado la posesión o tenencia de los bienes de que se trate o el goce del derecho respectivo y reponiendo las cosas al estado anterior de la conducta colusoria.

Es decir que la colusión dentro de nuestra legislación puede ser analizada desde varias aristas, una de ellas es la civil, la misma que a mi juicio ha sido considerada en nuestro Código Orgánico General por Procesos.

Desde el punto de vista penal, estimo importante considerar el contenido del artículo 17 del Código Orgánico Integral Penal que señala que: “Se considerarán exclusivamente como infracciones penales las tipificadas en este Código. Las acciones u omisiones punibles, las penas o procedimientos penales previstos en otras normas jurídicas no tendrán validez jurídica alguna, salvo en materia de niñez y adolescencia”. En ese sentido, de la revisión del documento en cuestión, se evidencia que la colusión no ha sido tipificada como delito, lo que si sucedía con nuestra anterior Ley para el

---

<sup>15</sup>Patricia Alvear y Blanca Gómez, *Derecho de corrección económica defensa de la competencia y competencia desleal*, 37.

juzgamiento de la colusión<sup>16</sup>, pues en su artículo 7 se señalaba que el afectado podía iniciar la correspondiente acción penal privada, para que se interponga a los responsables de la colusión la pena de un mes a un año de prisión por el cometimiento de la colusión, y que el plazo de la prescripción iniciaba desde la ejecutoría de la sentencia en el juicio civil.

Sin embargo de lo expuesto, es importante reflexionar sobre un tipo penal denominado “agiotaje” y que está previsto en nuestra actual legislación penal, lo que a mi criterio sería el delito que más se acoplaría a la figura de la colusión, en ese sentido el artículo 308 del Código Orgánico Integral Penal determina:

Artículo 308.- Agiotaje.- Será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años:

1. La persona que, fraudulentamente, por reunión o coalición entre los principales tenedores de una mercancía o género haga alzar o bajar el precio de la mercadería, de los papeles, efectos o valores, con el fin de no venderlos sino por un precio determinado.

En consideración de lo señalado y en un contexto generalizado acudiremos a la doctrina a fin de establecer que se entenderá por colusión, independientemente del área del derecho que se ocupe de ella. Para el autor ecuatoriano Leónidas Aguilar la colusión “es el convenio fraudulento y secreto que hacen dos o más personas sobre cualquier negocio jurídico ilícito, en perjuicio de terceras personas.”<sup>17</sup>

El autor Germán Coloma señala que la colusión es la:

---

<sup>16</sup>La Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, señaló que: “La Asamblea Nacional Constituyente de 1945 al fundamentar el Decreto por el cual estableció procedimientos para el juzgamiento de la colusión, la definió como “El convenio fraudulento entre dos o más personas sobre algún asunto o negocio, en perjuicio de un tercero”. Consideró la Asamblea que la colusión es un acto delictuoso del que no pueden derivarse efectos jurídicos y estimó pertinente arbitrar procedimientos especiales y sumarios para reponer las cosas a su estado anterior. [...] La colusión viene a ser una forma de dolo en perjuicio de terceros y, como tal, un hecho antijurídico (contrario al sistema normativo), imputable, que causa daño y ejecutado con esa intención. La imputabilidad que desencadena responsabilidad se funda en la culpabilidad, factor psíquico, con sus dos variantes: culpa y dolo.”(sic)\*.La Ley para el juzgamiento de la colusión a mi juicio era una norma híbrida, pues contenía -inmersa en la misma- sanciones civiles y penales a la vez; por un lado permitía dejar sin efecto todo acto o contrato colusorio, y por otro permitía sancionar con la cárcel a quien intervino con una actuación colusoria en los mismos.

\*Ecuador, Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Sala de lo Civil y Mercantil, “Sentencia”, *Juicio Sumario/Especial que seguía Washington Herrera en contra de Ronald Alvarado y otros*, (22 de abril del 2015).

<sup>17</sup>Leónidas Aguilar, *La Colusión, el Juicio Colusorio*, 3a. ed. (Cuenca: Ed. Jurídica L y L, 2013), 4.

Situación en la cual una serie de empresas acuerdan no competir entre ellas con el objetivo de incrementar los beneficios conjuntos de todo el grupo. Dicho incremento puede lograrse a través de diferentes instrumentos (acuerdo de precios, acuerdo de cantidades, repartos de mercados), pero tiene la característica común de que trae aparejado un aumento de precios y una reducción en los volúmenes comerciados respecto de los que regirán en una situación en la cual las empresas competirán entre sí.<sup>18</sup>

William Mc Eachern establece que la colusión es un acuerdo entre empresas de una industria para dividirse el mercado y fijar el precio. Un cartel es un grupo de empresas que acuerdan coludirse y poder ganar así como un monopolio y obtener ganancias monopolísticas.

#### **1.4.2. El bien jurídico protegido**

Es importante hacer una distinción respecto a que las acciones colusorias a las que nos referiremos en el presente documento, serán analizadas desde el punto de vista económico, más no civil, como conductas que afectan y distorsionan el Derecho de la Competencia; consecuentemente a ello, es propio señalar que tanto la colusión en materia civil como los acuerdos colusorios en materia de competencia comparten algunas características, sin embargo y a mi criterio es el bien jurídico tutelado lo que distinguirá a una de la otra.

Es procedente considerar que la Ley para el Juzgamiento de la Colusión instituía en su primer considerando que "...la acción de colusión fue establecida con el objeto de juzgar y sancionar procedimientos fraudulentos entre dos o más personas, efectuados para causar perjuicios a terceros, para cuyo fin se dictó la Ley para el juzgamiento de la Colusión, con trámite y competencia especiales". Del análisis de este texto se puede afirmar que la acción colusoria (civil) y la práctica o acuerdo colusorio (en materia de competencia) comparten una misma raíz jurídica que sería el acuerdo, pacto, concertación o confabulación en perjuicio de un tercero.

Sin embargo delo expuesto en el párrafo precedente, las acciones colusorias a las que se refiere el Código General por Procesos pretenden privar a una persona, natural o jurídica, del dominio, posesión o tenencia de algún inmueble, o de algún derecho real de uso, usufructo, habitación, servidumbre o anticresis constituido sobre un inmueble o de

---

<sup>18</sup>Germán Coloma, *Defensa de la Competencia: Análisis Económico comparado* (Argentina: Uccema, 2003), 79.

otros derechos que legalmente le competen, mientras que los acuerdos, conductas o prácticas colusorias a las que se refiere la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado y su Reglamento General afectarían el derecho de una persona natural o jurídica a competir lealmente.

Con base en lo anotado no creo que el bien jurídico en los acuerdos colusorios sea el patrimonio, debido a que, lo que al legislador le habría interesado, habría sido el preservar la competencia en el mercado, asegurar la integridad y rectitud en el comportamiento de los agentes económicos en el mercado, y así lo establecen dos de sus trece considerandos:

[...] el artículo 335 de la Constitución de la República, impone al Estado las obligaciones de regular, controlar e intervenir, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas, definir una política de precios orientada a proteger la producción nacional y establecer los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio u oligopolio privado o de abuso de posición de dominio en el mercado, así como *otras prácticas de competencia desleal*;

[...] el artículo 336 de la Carta Fundamental impone al Estado el deber de impulsar y velar por un comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, promoviendo la reducción de las distorsiones de la intermediación y promoción de su sustentabilidad, asegurando de esta manera la transparencia y eficiencia en los mercados, *mediante el fomento de la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades*, lo que se definirá mediante Ley [...] (El énfasis es mío).

Por lo antes expuesto podemos concluir que el bien jurídico tutelado por la normativa legal sancionatoria ecuatoriana de los acuerdos colusorios es la *libre competencia*, la misma que se vería mermada y gravemente venida a menos cuando la prestación de un servicio o la provisión de un bien o en el caso de una obra es obtenido por un interesado que acuerda ilegalmente con uno o varios agentes económicos a fin de obtener condiciones mucho más ventajosas en perjuicio de quien requiere de dichos bienes, obras o servicios, y que generaría que las empresas o personas que contratan indistintamente con el Estado o con el sector privado vean sus posibilidades de participación y éxito notablemente reducidas, o las mismas sean prácticamente nulas, pues para obtener algún resultado positivo primero debían llegar a un acuerdo ilícito antes que competir en condiciones de igualdad de oportunidades.

Sobre esa base, el mercado -en lo que atañe a la adquisición de productos- se vería profundamente distorsionado pues el proveedor no respondería a quien ofrece un mejor precio, o condiciones de calidad o un mejor bien o servicio, sino al que llegó a un

acuerdo inclusive con los propios empleados o trabajadores de la empresa, los corrompió; y con base en ello -y valiéndose de cualquier medio- logró confabularse con éstos de manera ilegal, defraudando las expectativas sociales públicas o privadas, en el ámbito patrimonial. Esta clase de atentados a la competencia dañan principalmente a los consumidores y a los mercados como un todo. En tanto que, en el campo civil, la sanción a las acciones colusorias constituye un instrumento esencialmente compensatorio del perjuicio que dichas conductas infringen a víctimas individuales e identificables en su derecho real de dominio, posesión, tenencia, uso, usufructo, habitación, servidumbre o anticresis constituido sobre un inmueble.

En el marco de la Contratación Pública, en mi criterio, los acuerdos colusorios constituyen un pacto ilícito que tiene como fin último alterar las condiciones del mercado. El móvil que se observaría consistiría en conductas que no permiten el acceso o libre escogencia en los procedimientos de Contratación Pública. Sin embargo de lo expuesto, es importante señalar respecto de este punto que existen autores que consideran que al Estado lo que le interesa es poder comprar bienes de buena calidad a un precio adecuado, al margen de si dicha operación se realiza con una empresa monopólica o que interviene en régimen de competencia, pues –en dicho criterio- al Estado como a cualquier agente económico lo que le importaría es adquirir bienes y contratar servicios a un buen precio y a una buena calidad, independientemente de si existe libre competencia o no<sup>19</sup>, por lo que señalan que en esta clase de comportamientos el bien jurídico que se protege es el patrimonio, criterio que no comparto pues si bien los acuerdos colusorios deben ser interpretados en clave económica, lo que a mi juicio busca la Ley Orgánica de Control del Poder del Mercado no es velar por el patrimonio estatal o privado sino garantizar la competencia justa y leal en igualdad de condiciones, más aún si consideramos que el artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública dentro sus principios incluye al trato justo, la concurrencia, igualdad, calidad, y transparencia, entre otros.

Además de lo expuesto en el párrafo precedente, en mi criterio, habría que considerarse que no siempre se afectará al patrimonio de un tercero en el entendido que éste pudo o no ganar pese a que no haya existido concertación suponiendo el caso del no

---

<sup>19</sup>Percy García y José Castillo, *El Delito de Colusión* (Lima: Ed. Jurídica Grijley, 2008), 70-1.

cumplimiento de condiciones legales o técnicas establecidas en los pliegos, por lo que las expectativas económicas no integrarán el concepto de patrimonio, en la medida en que todavía no se convierten en derecho, ni se puede disponer de las mismas de forma válida.

### **1.5.Los Acuerdos Colusorios**

La prohibición de los acuerdos colusorios, cualquiera que sea la forma de éstos, está en el núcleo y origen de las legislaciones de defensa de la competencia. En palabras del profesor Bork “la norma más antigua y -correctamente entendida- más valiosa de este derecho establece que es ilegal per se el que los competidores se pongan de acuerdo para limitar la competencia entre ellos.”<sup>20</sup> En términos generales, la conducta colusoria engloba todas aquellas conductas o prácticas empresariales mediante las cuales los agentes económicos independientes entre sí coordinan su actividad en el mercado, sustituyendo por tanto la libre y personal autonomía empresarial en la adopción de sus decisiones por alguna forma –más o menos explícita, más o menos global- de concertación.<sup>21</sup>

Se entenderá entonces por acuerdos colusorios, los pactos escritos o verbales en virtud de los cuales varios operadores económicos se comprometen a restringir la competencia; a estos efectos, habrá colusión siempre que exista un intercambio de voluntades entre varias personas que puedan ser consideradas operadores económicos independientes, tanto si se trata de acuerdos de tipo horizontal, como si se trata de acuerdos de tipo vertical.<sup>22</sup>

Los acuerdos colusorios prohibidos ya sean efectuados por operadores que actúen en la esfera privada o pública deben ser entendidos en sentido amplio, incorporando las actuaciones de quienes puedan distorsionar la estructura del mercado o de los consumidores, por ello para un análisis más profundo de los mismos es importante partir de las definiciones que estableció el Ministerio de Productividad en el caso No. MIPRO-002-2011, proceso de investigación No. SCC-DC-0013-201, y que constituye jurisprudencia en la materia, refiriéndose a la Decisión 608 de la CAN:

---

<sup>20</sup> Bork, R.H, *The Antitrust Paradox, A Policy at War with Itself* (New York Ed. Free Press, 1993), citado por Alberto Arribas y otros, *Comentarios a la Ley de Defensa a la Competencia*, 263.

<sup>21</sup> Alberto Arribas y otros, *Comentarios a la Ley de Defensa a la Competencia*, dir. José Salas y otros, (España: Civitas, 2008) 35-6.

<sup>22</sup> Juan Signes, Isabel Fernández y Mónica Fuentes, *Derecho de la Competencia*, 29.

A efectos de la presente Decisión, se entenderá por: *Conducta*: todo acto o acuerdo; *Acto*: todo comportamiento unilateral de cualquier destinatario de la norma; *Acuerdo*: todo contrato, convenio, arreglo, combinación, decisión, recomendación, coordinación, concertación u otros efectos equivalentes realizados entre agentes económicos o entidades que los agrupen...>>. Respecto de los acuerdos, la doctrina en el mismo sentido amplio de la norma transcrita establece: <<Importa, sin embargo, destacar muy especialmente que la concurrencia del requisito del entendimiento o concierto de voluntades se juzga con criterios muy poco formalistas. Basta comprobar que varias empresas han actuado coordinadamente en el mercado de forma consciente para que la prohibición les sea aplicable, sin que tengan mayor trascendencia las disquisiciones sobre la naturaleza del entendimiento a través del cual se haya producido la coordinación, esto es, si se trata de un acuerdo, de una decisión o de una recomendación>><sup>23</sup>: En consecuencia, se infiere que en materia de competencia <<acuerdos>> se los debe considerar en sentido amplio y no restringido.- El artículo 7 que consta en el Capítulo 3, de la Decisión 608, denominado SOBRE LAS CONDUCTAS RESTRICTIVAS DE LA LIBRE COMPETENCIA>> establece ejemplificadamente: <<Se presumen que constituyen *conductas restrictivas* a la libre competencia, *entre otros*, los acuerdos que *tensan el propósito o el efecto* de: a) Fijar directa o indirectamente precios u otras condiciones de comercialización; b) Restringir la oferta o demanda de bienes o servicios; c) Repartir el mercado de bienes o servicios; d) Impedir o dificultar el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado; o, e) Establecer, concertar o coordinar posturas, abstenciones o resultados en licitaciones, concursos o subastas públicas. Se excluyen los acuerdos intergubernamentales de carácter multilateral.>>.-En consecuencia, por imperativo de esta disposición, en territorio ecuatoriano se sancionan *las conductas* de los agentes económicos, que tengan *el propósito o el efecto* de falsear, restringir o dañar la competencia, y que se manifiestan, entre otras formas, en los acuerdos descritos en los numerales antes referidos. De lo expuesto se desprende que para determinar si procede imponer una sanción por las conductas denunciadas, previamente debe analizarse si dichas conductas han tenido por fin o por efecto falsear, distorsionar, restringir, o afectar la competencia que es de orden público y, por tanto, constituyen un imperativo constitucional su protección conforme el artículo 336 de la Constitución Ecuatoriana<sup>24</sup>.>>

De su parte el artículo 1 de la Decisión 608 señala que se entenderá por:

“*Acuerdo*: todo contrato, convenio, arreglo, combinación, decisión, recomendación, coordinación, concertación u otros de efectos equivalentes realizados entre agentes económicos o entidades que los agrupen;”, sin embargo de lo señalado es en la Guía práctica para la aplicación de la Decisión 608 “Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina” en la que se desarrolla con mayor amplitud y precisión el tema que nos ocupa y señala que:

Los acuerdos que inciden sobre la competencia suponen un comportamiento coordinado, una disposición premeditada, un convenio entre dos o más agentes

---

<sup>23</sup>AlbertoBercovitz, Rodríguez Cano, *Apuntes de Derecho Mercantil Competencia y Propiedad Industrial*, 2a.ed. (España: Thomson Reuters Aranzadi, 2001), 298.

<sup>24</sup>Ecuador, Ministerio de Productividad, “Resolución”, *Caso No. MIPRO-002-2011 proceso de investigación No. SCC-DC-0013-201, Suplemento, Registro Oficial No. 628*, (27 de enero de 2016), 6.



económicos que generan, como efecto de su actuación, una restricción a la competencia en el mercado.

Según la norma andina se entiende por acuerdo, todo contrato, convenio, arreglo, combinación, decisión, recomendación, concertación y otros de efectos equivalentes que realizan los agentes económicos o las entidades que los agrupan. En el entendido de la Decisión 608, el término acuerdo puede ser toda confluencia de voluntades manifestada en cualquier forma posible e inequívoca, todo pacto verbal o escrito mediante el que varios operadores económicos se comprometen en una conducta que tiene por finalidad o efecto restringir la competencia.

Estos acuerdos pueden ser realizados entre empresas que se ubican en el mismo escalón del proceso productivo (acuerdos horizontales), que se ubiquen en diferentes escalones del proceso productivo (acuerdos verticales) o si pertenecen a sectores diferentes.<sup>25</sup>

Las recomendaciones se llevan a cabo principalmente en gremios o asociaciones que agrupan a agentes económicos. Si estas recomendaciones tienen por finalidad o efecto restringir las condiciones de competencia en el mercado, su implementación puede constituir una conducta restrictiva a la libre competencia.

Las prácticas concertadas, son otro tipo de conducta de efecto equivalente. Este tipo de prácticas evidencian una coordinación que se refleja en el comportamiento de los participantes que puede llevar a condiciones de competencia que no corresponden a las condiciones normales de mercado. Por su parte, en este grupo se pueden incluir las prácticas conscientemente paralelas que realizan las empresas en el mercado, sin que medie un acuerdo expreso o tácito entre ellas, como simple consecuencia del desarrollo de sus actividades con el propósito de evitar la discordancia, conociendo cada una previamente los fines y medios de las demás.<sup>26</sup>

Para el autor Alonso Soto los acuerdos colusorios son:

[...]pactos escritos o verbales en virtud de los cuales varios operadores económicos se comprometen a restringir la competencia o, aún sin perseguir este efecto, producen una efectiva restricción de la competencia en el mercado.

Se trata de un concepto económico que no corresponde con la noción formal que nos ofrece el Derecho. A estos efectos, habrá acuerdo siempre que exista intercambio de voluntades entre varias personas que puedan ser consideradas operadores económicos independientes, sea cual sea la forma jurídica que revista o a través de la cual se manifieste.<sup>27</sup>

En cuanto a lo expuesto, este aspecto preliminar importante como es el concepto de acuerdo, cabe señalar que cualquiera que sea la forma que éste revista, tiene un

---

<sup>25</sup> Julio Pascual, *Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia en España y Europa* (España: Ed. Civitas, 2002), 56.

<sup>26</sup> *Ibíd.*, 320.

<sup>27</sup> El autor señala que el acuerdo desde la perspectiva del Derecho de la Competencia, no equivale al de contrato vinculante que obligue jurídicamente a las partes a su cumplimiento, en el marco de los acuerdos colusorios basta con la existencia de una concertación entre operadores económicos, no siendo necesario el efecto obligatorio de la mismas, en segundo lugar se requiere de una pluralidad de voluntades independientes y autónomas.\*

\*Alonso Soto, “Acuerdos, Decisiones y Otras Conductas Explícitas”, 2009, 67, <<http://espacioinvestiga.org/de001/>>.

marcado carácter objetivo, es decir, independiente de la intención y motivo con la que se adopte. La inexistencia de intencionalismo será tenida en cuenta a los efectos de graduación o como atenuante en la determinación de la sanción, pero no es un eximente del ilícito anticompetitivo.<sup>28</sup>

En España los Procuradores de los Tribunales de Ponteareas mediante resolución de 18 de octubre de 2006, en cuanto al concepto de acuerdo señalaron que “se trata de un concepto objetivo de acuerdo, pues éste resultará prohibido cualquiera que haya sido la motivación que guió la actuación de las partes, si por su contenido y/o contexto económico se muestra apto para restringir la competencia.”<sup>29</sup>

Con base en lo señalado el término acuerdo no atañe únicamente al negocio jurídico por el que se crean o extinguen obligaciones con efectos vinculantes para las partes, por lo tanto su sentido es amplio y flexible, más allá de su concepción contractualista, pudiendo ser o no jurídicamente obligatorios o vinculantes, escritos o verbales, bilaterales o multilaterales.

Los factores, que no tendrán relevancia a la hora de constatar la existencia de un acuerdo serán: la forma contractual, el hecho de que se haga o no una descripción detallada de la conducta, la observación o no de sus disposiciones, su terminación formal, el cambio de las partes en el tiempo o las razones de las partes para alcanzar dichos acuerdos, lo importante es el abandono del comportamiento independiente, y la existencia de un objetivo común y una fórmula propia de cooperación de al menos dos empresas independientes, esto es, con capacidad de establecer de manera autónoma su comportamiento antes de generar el acuerdo.<sup>30</sup>

En la Decisión 608 este tipo de prácticas o ilícitos, acuerdos expresos o tácitos que se dan en sección horizontal o vertical del mercado realizados por agentes económicos que tengan el propósito de distorsionar o afectar la eficiencia del mercado y la libre competencia, se encuentran previstos en su artículo 7, el mismo que establece que se presumen conductas restrictivas a la libre competencia, entre otros, los acuerdos cuyo propósito o efecto sea:

---

<sup>28</sup> Alberto Arribas y otros, *Comentarios a la Ley de Defensa a la Competencia*, 37.

<sup>29</sup> España, Tribunal de la Competencia de España, “Resolución”, *expediente 603/05*, FD 1º, (18 de octubre de 2006).

<sup>30</sup> Alberto Arribas y otros, *Comentarios a la Ley de Defensa a la Competencia*, 40.

- a) Fijar directa o indirectamente precios u otras condiciones de comercialización;
- b) Restringir la oferta o demanda de bienes o servicios;
- c) Repartir el mercado de bienes o servicios;
- d) Impedir o dificultar el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado; o,
- e) Establecer, concertar o coordinar posturas, abstenciones o resultados en licitaciones, concursos o subastas públicas.

En relación con las licitaciones, concursos a que se refiere el literal e), estos pueden ser públicos o privados. Las subastas son aquellas realizadas por entidades gubernamentales.

De lo expuesto concluimos que los acuerdos que tienen los efectos señalados son expuestos únicamente a manera de ejemplo, pues la Decisión es clara en señalar su carácter enunciativo, además de que estas prácticas deberán ser evaluadas en función a lo dispuesto en el artículo 5 a) de la Decisión 608, relacionado con los “*efectos reales*” que se deben demostrar para que estos acuerdos puedan ser prohibidos o sancionados.

Finalmente es importante considerar que de manera unánime la doctrina ha resaltado el carácter nocivo para la competencia de los acuerdos colusorios:

...las concertaciones entre empresas con un objeto o un efecto lesivo para la competencia constituyen un grave atentado contra ésta, toda vez que por esta vía las empresas sustituyen la actuación autónoma en el mercado tratando de obtener el éxito económico en base a la bondad de sus prestaciones, por una actuación coordinada en la que los incentivos para la captación de clientes se ven reducidos, en perjuicio de éstos y de la eficiencia del sistema en general.<sup>31</sup>

### **1.5.1. Caracterización de los Acuerdos Colusorios**

Los acuerdos colusorios tienen entre otras, las siguientes características relevantes:

- Son prácticas concertadas expresa o tácitamente (verbales o escritas) entre dos o más empresas independientes una de la otra, y que en virtud del acuerdo alcanzado actúan de forma que impiden, restringen o falsean la competencia, a nivel del mercado local o nacional.
- Limitan la competencia, alteran las condiciones del mercado y en última instancia afectan a los demás competidores y a los consumidores.

---

<sup>31</sup> José García, *Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad* (Valencia: Tirant lo Blanch 2014), 65.

- Generan beneficio mutuo para los intervinientes en el acuerdo, quienes en virtud de ello no tienen incentivos que les motiven a abandonar esta conducta pues consideran que no existen elementos externos que puedan desestabilizarla.
- Impiden que el mercado funcione eficientemente y restringen el alcanzar un comercio justo en bienestar de todos los administrados.
- Producen ausencia de rivalidad como resultado del reparto del mercado lo que incidirá en el precio de la obra, bien o servicio a adquirir, generando en ocasiones un resultado parecido al que se podría obtener en caso de monopolio.
- Influyen en el precio de los productos, estableciéndolos por encima del costo marginal, se incrementan los precios.
- Es mucho más viable entre empresas similares (productos, precios, capacidad de producción, entre otros), pues los intereses se encontrarán en armonía.
- A mayor probabilidad de concentración del mercado, mayor probabilidad de que se produzca la colusión; si existen un limitado número de proveedores que controlan el mercado se facilitaría la colusión, pues sería más fácil llegar a: a) realizar un acuerdo que favorezca a todos, sin muchos criterios opuestos o dispersos, b) realizar un control en caso de desviación de uno de los intervinientes en el acuerdo colusorio, c) generar un mayor incentivo económico si existen pocas empresas participantes.
- Generan deficiencia en la distribución de recursos estatales (en el caso de los acuerdos colusorios en Contratación Pública) sin maximizar el bienestar común, el Estado se ve afectado al adquirir productos a precios más altos a los que podría acceder si los proveedores deciden competir en el mercado.
- La entrada de nuevos competidores es una de las principales causales de su ruptura, el aumento de precios en el mercado pueden atraer la entrada de nuevos proveedores.
- Se generan mayormente en productos homogéneos pues es más simple establecer los términos de la coordinación y monitorear su cumplimiento. Cuando un producto es heterogéneo o goza de distintas variedades consecuentemente tendría distintos precios para lo cual se requeriría llegar a acuerdos mucho más detallados, así como una inversión respecto de su seguimiento.
- Se generan en menor medida cuando existe en el mercado competidores significativos que representan una alternativa viable para quienes demandan el producto.

- En nuestro país puede ser investigada y sancionada por vía administrativa en aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado.<sup>32</sup>

### **1.5.2. La configuración del Acuerdo Colusorio**

En el acuerdo colusorio se requiere que se concierten dos o más operadores económicos con la finalidad de causar un perjuicio a un tercero, por ello un elemento de dicha conducta es la concertación en detrimento de otro u otros operadores económicos. Como elemento adicional se puede rescatar que el autor del ilícito será un operador económico, el ámbito tipo no necesariamente existirá de por medio un contrato por escrito pues el acuerdo puede ser tácito; y, el sujeto pasivo puede estar constituido tanto por una persona jurídica como por una persona natural ya sea pública o privada que participe del mercado.

Lo importante del acuerdo será entonces que cause detrimento en la competencia generada en un determinado mercado, por lo que se entiende que el mismo debe ser idóneo para causar perjuicio y constituirse en una conducta socialmente no tolerada.

Para que se configure un acuerdo colusorio será necesario que exista como primer elemento objetivo la transgresión a una norma jurídica, y como elemento subjetivo el dolo ejecutado con discernimiento, intención y libertad de quien lo realiza;asimismo, otro de sus elementos es que resulte perjudicial para un tercero y que este perjuicio sea pecuniario, efectivo y real.

---

<sup>32</sup>En otros países como Perú la colusión ha sido tipificada como un delito y es sancionada penalmente, el art. 384 original del Código Penal de 1991 de Perú establece “El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concerta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de Libertad no menor de tres ni mayor de seis años. El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare el Patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años.”(sic)\*, es decir el legislador peruano se refiere al tema colusorio únicamente cuando existen acuerdos con la intervención de funcionarios públicos, ha establecido dos tipos de colusión, la primera de ellas se refiere al acuerdo entre los sujetos que ha sido identificada antes de la defraudación al patrimonio Estatal (colusión ilegal simple), el segundo caso ocurre si el acuerdo de los intervinientesha sido identificado después de causar perjuicio al patrimonio Estatal consumándose el hecho (colusión ilegal agravada). Nuestra legislación sanciona los acuerdos colusorios por vía administrativa pero estos se refieren únicamente a los acuerdos entre operadores económicos sin considerar los acuerdos en los que intervienen servidores públicos. No se encuentra tipificada la colusión como delito en nuestra legislación.

\*Perú, Código Penal, Decreto Legislativo No. 635, promulgado 03de abril de 1991, publicado el 08de abril de 1991.

A partir de las condiciones precedentes se denota que el acuerdo generaría condiciones menos ventajosas en el mercado de las que se podrían haber alcanzado si hubiese existido una competencia real y justa, sin embargo de ello mal podría iniciarse una acción para sancionar una conducta colusoria si en un momento normal una determinada compañía decide comprar gas a un valor considerablemente mayor al precio que se manejaba con regularidad en el mercado y que dicho valor responda a razones especulativas o de variación coyuntural del precio internacional del petróleo, pues en este caso se elimina la competencia por el precio en el mercado que hubiese permitido conseguir el gas a un precio normal. Además en ese momento es posible que la decisión de la compañía de no adquirir gas hubiese provocado la paralización de sus actividades, por ejemplo la no preparación de los alimentos que procesa ocasionándole un perjuicio mucho más significativo.

Por lo tanto, el acuerdo atentará la competencia leal siempre que establezca condiciones más desfavorables a las que se podían haber alcanzado si hubiese existido una competencia real y justa en el mercado mediante la concurrencia de varios proveedores que propongan sus mejores ofertas sin ningún tipo de interferencia o elemento externo que pueda influir en su propuesta.

Por otro lado surge la interrogante de si este tipo de conductas pueden configurarse por omisión de los agentes económicos, es decir si una conducta omisiva puede llegar a ser estructural y normativamente equivalente a la realización activa de la colusión. Al respecto cabe señalar que resultaría sumamente complicado encontrar una actuación del tipo omisiva que pueda corresponderse con el elemento del acuerdo previo, sin embargo de ello no obsta que se pueda presentar un acto concluyente que permita afirmar la existencia de una concertación, en la que si bien ésta no se presenta mediante un acuerdo expreso, sería resultado de una conducta activa que se manifiesta concluyentemente para efectivizar dicha concertación.

Propongo al respecto de lo señalado en el párrafo precedente, el siguiente ejemplo: el proveedor A es convocado por los proveedores B y C, quienes han decidido proponerle realizar un acuerdo que falsee la competencia real del mercado del bien que éstos suministran; estos tres proveedores a nivel del mercado nacional son los más representativos ya sea por su experiencia, autorización de distribución otorgada por el fabricante entre otros, sin embargo el proveedor A decide no ser parte de este acuerdo

específicamente referente a la participación en el procedimiento de contratación X convocado por la entidad contratante y, sin embargo fenecido el tiempo límite para la presentación de las ofertas se constata que pese a que le llegó la invitación y que tenía la capacidad técnica y legal para participar en el procedimiento, el proveedor A decidió no intervenir en el proceso y solo presentaron sus ofertas los proveedores B y C, cuyos precios se encuentran por encima del valor real del mercado causando un perjuicio considerable para el Estado; en dicho caso, probablemente para muchos el proveedor A podrá resultar responsable por la omisión de denunciarlos, pero no por colusión.

Si a criterio de varios autores que niegan la posibilidad de una realización omisiva de la colusión le asiste o no la razón dependerá en gran medida de si dicha omisión puede equipararse o no a la concertación en perjuicio de un tercero<sup>33</sup>.

### **1.5.3. Prácticas colusorias: restricciones horizontales**

Doctrinariamente los acuerdos anticompetitivos se pueden presentar en diferentes esferas de la cadena de producción, para Patricia Álvarez y Blanca Gómez los acuerdos horizontales:

...son aquellos celebrados entre dos o más empresas u operadores económicos que se encuentran en la misma sección de mercado, o escalón del proceso productivo o comercial.

---

<sup>33</sup>Para el autor Alonso Soto, la jurisprudencia comunitaria ha dado una respuesta afirmativa al supuesto de si ¿puede considerarse el silencio o la no oposición expresa de la contraparte como una manifestación de voluntad para determinar su calificación como acuerdo bilateral? Así, por ejemplo, ha establecido que el hecho de que un fabricante incluyera en las facturas de venta la mención «exportación prohibida» era una manifestación de la existencia de un acuerdo entre dicho fabricante y los distribuidores, y lo mismo sucede en el caso de una circular remitida por un fabricante a los distribuidores. Esta doctrina jurisprudencial no ha sido seguida, sin embargo, en otros casos más recientes, como el asunto Bayer/Adalat. En este caso, frente a la posición de la Comisión Europea que había considerado que la conducta de la empresa farmacéutica, al racionar los suministros en función de las necesidades del mercado local, era constitutiva de un acuerdo anticompetitivo por existir un concurso de voluntades entre el fabricante y los distribuidores basándose en el mero hecho de que estos últimos habían aceptado la compra del producto en las condiciones señaladas, el Tribunal de Luxemburgo consideró que no hubo pluralidad de voluntades porque no existió una aceptación tácita de los distribuidores, sino más bien una imposición por parte del fabricante de una práctica que no favorece a aquéllos. En definitiva, la asunción de la situación por los distribuidores no significa que haya habido colaboración y, por tanto, acuerdo o concertación. En conclusión, hay que diferenciar las medidas unilaterales adoptadas sin participación expresa o tácita de la contraparte, que de ninguna manera podrían encajarse en el concepto de acuerdo, de aquellas otras en las que el carácter unilateral es sólo aparente porque cuentan con la aquiescencia, al menos tácita, de la otra parte. En definitiva, para que se pueda aplicar la prohibición habrá que demostrar dicha aquiescencia expresa o tácita. \*

\* Alonso Soto, “Los Acuerdos, Decisiones y Otras Conductas Explícitas”, (2009), 68-9, <[http://espacioinvestiga.org/wp-content/uploads/2015/09/DE00104\\_Acuerdos\\_decisiones\\_otras\\_conductas\\_explicitas-Alonso.pdf](http://espacioinvestiga.org/wp-content/uploads/2015/09/DE00104_Acuerdos_decisiones_otras_conductas_explicitas-Alonso.pdf)>

Estos acuerdos se pueden exteriorizar, por ejemplo, a través de:

1. Reparto de mercados o fuentes de aprovisionamiento;
2. La fijación directa o indirecta de precio o de otras condiciones comerciales o de servicio en una misma sección de mercado entre competidores; como entendimientos sobre garantías, plazos de entrega, precios, etcétera. Esta prohibición es muy significativa frente a los contratos de adhesión utilizados por varias empresas cuando tienen cláusulas coincidentes.
3. La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico a las inversiones, por ejemplo, los entendimientos por los que se fijan cifras cuotas máximas de producción o de distribución a las empresas, o cuando se limitan las calidades o las gamas de productos, o las inversiones para la creación de redes de distribución o nuevas plantas de producción o para la investigación, entre otras.
4. La celebración de contratos sujetos a prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos de comercio, no guarde relación por su naturaleza con el objeto principal de tales contratos. Se refiere a los contratos ligados, es decir, que quien quiera comprar un producto debe comprar otro de diferente naturaleza.
5. Licitación colusoria: Es el acuerdo entre proveedores del Estado que participan en licitaciones públicas.<sup>34</sup>

Es decir que las prácticas horizontales son aquellas que monopolizan cadenas productivas completas, evitando todo tipo de competencia, por ello suelen denominarse como prácticas absolutas, mundialmente se ha considerado que este tipo de conductas eliminan completamente la competencia.<sup>35</sup>

Para el autor Germán Coloma, las prácticas horizontales concertadas consisten en acuerdos celebrados entre empresas competidoras dentro de un mismo mercado. Su objetivo puede variar y obedecer a motivos ligados con la eficiencia económica o a causas relacionadas con el ejercicio de poder de mercado. En el primer grupo se incluye acuerdos que implican integración horizontal parcial entre empresas y que pretenden aprovechar economías a escala o usar de forma común algún recurso (investigación y desarrollo, canales de distribución, personal especializado, etc.). Cuando los acuerdos horizontales están motivados por razones basadas en el ejercicio del poder de mercado, en cambio, la explicación más común es que nos encontremos frente a prácticas de naturaleza colusiva.

Las prácticas horizontales colusivas pueden definirse como una situación en la cual una serie de empresas acuerdan no competir entre ellas con el objetivo de incrementar los beneficios conjuntos de todo el grupo. Dicho incremento puede lograrse

---

<sup>34</sup> Patricia Alvear y Blanca Gómez, *Derecho de corrección económica defensa de la competencia y competencia desleal*, 68-9.

<sup>35</sup> Jorge Witker, "Prácticas Desleales y Prácticas Restrictivas, Estudios en torno a la Ley Federal de Competencia Económica", México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 145.



a través de diferentes instrumentos (acuerdos de precios, acuerdos de cantidades, repartos de mercados), pero tiene la característica común de que trae aparejado un aumento en los precios y una reducción en los volúmenes comerciados respecto de los que regirían en una situación en la cual las empresas compitieran entre sí<sup>36</sup>, esto se traduce en que todos los operadores inmersos en el acuerdo compiten en el mismo campo dentro de un mercado común y automáticamente comparten intereses similares en relación a los objetivos a plantearse respecto al fruto de la actividad particular en la que se desempeñan dentro del mercado.<sup>37</sup>

Como resumen entonces diremos que se entenderá por acuerdos horizontales a aquellos pactos entre personas naturales o jurídicas proveedoras de bienes o servicios similares o sustitutos en un único eslabón de la cadena de producción, por citar un ejemplo: un arreglo entre los productores de cacao.

#### **1.5.4. Prácticas colusorias: restricciones verticales**

Las prácticas verticales o relativas, por su parte son aquellas que se pueden presentar entre etapas contiguas de un proceso productivo y acompañadas de alguna actividad auxiliar del proceso. Dichas prácticas implican por lo general la existencia de contratos explícitos o tácitos que establecen restricciones al comportamiento de las unidades económicas que los celebran. Tales restricciones no son necesariamente anticompetitivas, pero suelen implicar algún tipo de limitación en lo que al proceso de competencia se refiere.<sup>38</sup>

Los criterios de evaluación en las prácticas relativas son la determinación del mercado relevante y la posición dominante en ese mercado relevante; en materia de monopolios cuando se hace referencia a mercado relevante del producto se hace alusión al mercado del producto y al mercado geográfico, se analiza entonces en su conjunto el mercado en el que el producto es comercializado y el sitio donde opera el agente económico, el mercado geográfico se refiere a la zona donde se comercia el producto, misma que puede ser de cualquier tamaño, dependiendo del producto y agente económico.

---

<sup>36</sup> Germán Coloma, *Defensa de la Competencia* (Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2003), 79-80.

<sup>37</sup> Leónidas Pólit, "Tolerancia de los Acuerdos Horizontales entre empresas en Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado", (tesis de grado, Universidad San Francisco de Quito, Sede Ecuador, 2012), 18.

<sup>38</sup> *Ibíd.*, 187.

La posición dominante se refiere a la situación donde un agente económico o varios de ellos colusionados, controlan el mercado relevante del producto o servicio particular:<sup>39</sup>

Es decir, los acuerdos verticales consisten en el acuerdo o los acuerdos entre dos o más empresas u operadores económicos, situados en diferentes secciones de mercado, procesos de producción o de comercialización que tengan por fin impedir, falsear o restringir la competencia.

Este tipo de acuerdos se exterioriza por ejemplo como:

1. Imposición de productores sobre distribuidores en cuanto a precios de reventa o <<prohibiciones de vender a determinadas personas o empresas>>, lo cual es llamada la fijación de precio en la reventa;
2. Acuerdos de exclusividad que falseen la competencia;
3. Reparto de mercado;
4. Ventas condicionadas o vinculadas.<sup>40</sup>

En conclusión los acuerdos verticales son aquellos convenios entre agentes económicos que se encuentran en diferentes niveles de la cadena de producción, por ejemplo, el que surgiría entre un productor de cacao y un distribuidor mayorista de chocolate.

Respecto a este punto, es del caso señalar que la doctrina ha admitido la posibilidad de que un cartel sea tolerado y que sus miembros no sean sancionados por la autoridad de competencia siempre que resulte irrelevante para el mercado pero funcional y útil para quienes se encuentren inmersos en éste, como muestra de este tipo de conductas admitidas tenemos, el de transferencia tecnológica, la franquicia, de investigación y desarrollo, de marca, los acuerdos mercantiles de distribución, acuerdo de agencia o de representación comercial, acuerdo de cooperación que son lícitos si no falsean la competencia.

Finalmente es importante mencionar que lo expuesto en este primer capítulo constituye una primera aproximación a los acuerdos colusorios, pues su análisis se lo realiza en un contexto generalizado y desde la óptica del Derecho de la Competencia más no ha sido abordado en el marco especializado de la Contratación Pública; situación que será objeto de análisis en el segundo capítulo. Adicional a ello es preciso mencionar que a mi juicio las prácticas en las que interviene un servidor público no

---

<sup>39</sup>Jorge Witker, *Prácticas Desleales y Prácticas Restrictivas*, 145.

<sup>40</sup>Patricia Alvear y Blanca Gómez, *Derecho de corrección económica defensa de la competencia y competencia desleal*, 69-70.

pertenecen a ninguna de las clasificaciones arriba detalladas pues desde mi perspectiva el espíritu de la normativa de Competencia no busca castigar conductas unilaterales de quienes dirigen estas formas asociativas (operadores económicos, proveedores) sino evitar que éstas sean utilizadas como mecanismos para conseguir o promover la concertación de los agentes que participan en un mismo sector o mercado, lo que no ocurriría con la intervención de un servidor público quien evidentemente no participa como operador económico, sin embargo dicho análisis será ampliado con mayor profundidad en el capítulo siguiente.

## **Capítulo dos**

### **El acuerdo colusorio en el marco de la contratación pública en el Ecuador**

#### **2.1. La Libertad de Empresa en la Contratación Pública**

En ocasiones parecería imposible encontrar un punto de equilibrio entre el interés privado y el bien común, pues surge la pugna entre el reconocimiento de la libertad del individuo para ejercer por propia iniciativa, sus intereses, realizar actividades que le permitan alcanzar su bienestar económico (libertad de empresa) y la necesidad del Estado de garantizar que el comportamiento de éste último sea consecuente hasta el límite del marco jurídico que el Estado ha establecido y que le son reconocidas también a sus conciudadanos.

Si bien la libre competencia es un principio que incluye en sí mismo la libre iniciativa privada o libertad de empresa, y que la libertad económica es tutelada por el Estado que debe instrumentar medidas que impidan su vulneración o la restrinja, principalmente si éstas surgen en favor de productos o servicios específicos, lo más importante será reconocer que la libertad del individuo se encuentra atemperada siempre por la prevalencia del interés colectivo, por el intervencionismo y regulación estatal, pero sobre todo por la racionalización por parte de la administración de la economía en procura de la mejoría de la calidad de vida de sus ciudadanos, una distribución equilibrada de la riqueza y de las oportunidades y beneficios. En este contexto, la libertad de empresa no puede erigirse como derecho absoluto ni barrera infranqueable para la intervención del Estado.

En línea de las reflexiones expuestas cabría señalar que si bien a través de la libertad de empresa los individuos pueden crear organismos que se dediquen a determinadas actividades, en ciertos casos el Estado por mandato legal será quien los regule, por ejemplo en la explotación de recursos naturales, uso del suelo, producción y distribución de bienes o servicios que implican indudables limitaciones, correctivos y controles para la iniciativa privada.

Se trata de cumplir con los fines fundamentales del Estado, como los de promover el bienestar general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Norma Suprema, en ejercicio de un papel activo y eficiente propio de su rol básico de dirección general de la economía; es decir que la libertad de

empresa no excluye a la injerencia del Estado para alcanzar sus objetivos propios sin que esto signifique que el Estado no deba motivar adecuada y suficientemente los límites que impone en los procesos de creación y funcionamiento de las empresas.

Podría extrapolarse respecto de las ideas propuestas que la Contratación Pública constituiría una de las herramientas fundamentales a través de la cual la administración pública podría establecer políticas de intervención en la vida económica, social y política de un Estado, y que la Libertad de Empresa en el marco de la Contratación Pública, contribuirá a promover y estimular un mercado competitivo, pues a través de la misma se garantiza la posibilidad real de ofrecer lo que demanda la administración pública en el marco de sus facultades o competencias reguladas en la Norma Suprema.

El autor Ariño Ortiz, distingue tres dimensiones dentro de lo que considera el “*contenido esencial*” de la libertad de empresa, a saber: la libertad de acceso al mercado, la libertad de ejercicio de la empresa y la libertad de cesación en ese ejercicio<sup>41</sup>. En este contexto los proveedores del Estado, ya sean personas naturales o jurídicas, en el ejercicio de su derecho de libertad de empresa, deciden dedicarse a actividades económicas como proveedores de bienes, obras o servicios para la administración pública, aunque en ocasiones deban ceder cierta autonomía en la toma de decisiones, pues existen condiciones que el Estado impondrá para contratar con ellos. Claro está que este intervencionismo procede bajo la anuencia y conocimiento previo del oferente, pues nadie está obligado a licitar en un procedimiento de contratación que efectúe cualquier entidad del Estado.

Para un mejor entendimiento de lo expuesto en líneas anteriores procederé a ejemplificar lo señalado de la siguiente manera: es conocido no solo a nivel de nuestro país sino en el ámbito internacional que existen contratos públicos que se derivan de procedimientos de contratación administrativa que incluyen las denominadas “Cláusulas Sociales”<sup>42</sup>, éstas incorporan en sí mismas criterios sociales que vienen admitidos y

---

<sup>41</sup> Gaspar Ariño Ortiz, *Economía y Estado, crisis y reforma del sector público*, (Madrid: Ed. Marcial Pons, 1993), 435-7.

<sup>42</sup> Para el autor Daniel Martínez Fons, el concepto se emplea de manera genérica para referirse al hecho de que la inversión pública que acompaña a la Contratación Pública toma en consideración, promueve o impulsa objetivos de política social en sentido amplio. Consiguientemente, puede decirse que son cláusulas sociales, en sentido genérico, aquellas estipulaciones que obligan a los adjudicatarios de un contrato público a dar cumplimiento, junto con el objeto propio del contrato, a ciertos objetivos de política social que se estiman de interés general. La cláusula social en el sentido ahora expuesto constituye una estipulación añadida al cumplimiento de la obligación contractual principal y autónoma a

fomentados por el Estado; la intervención pública entonces incidirá en la libertad de una empresa de incluir dentro de su personal a una mayor cantidad de mujeres por ejemplo, ya que en ocasiones se impone un número mínimo de personal femenino, o se incluye como condicionante para la ejecución del contrato que se realice un incremento en un porcentaje mínimo anual de trabajadoras.<sup>43</sup>

La introducción de cláusulas sociales en la Contratación Pública supone que las empresas contribuyen a la consecución de objetivos sociales mediante la contratación de personas desempleadas en general. Incorporándose a la consecución de estos objetivos se fomenta la responsabilidad de las empresas centradas por tradición en el aspecto puramente lucrativo de su objetivo social. Las Administraciones Públicas han de tener un papel ejemplarizante en la sociedad que sirva de revulsivo para mover conductas de las empresas, no atendiendo solo al precio de los bienes y servicios sino al valor ético y social que la compra pública puede generar.<sup>44</sup>

También es posible establecer como condicionante en los procedimientos de Contratación Pública criterios medioambientales como exigir a los proveedores la compra de vehículos eléctricos, equipos de computación con eficiencia energética, material o insumos de oficina reciclado, productos de consumo humano que procedan de agricultura ecológica, entre otros.

Otro ejemplo de lo expuesto, ya en el ámbito nacional, podría ser la admisibilidad o inadmisibilidad de ofertas que cumplan un porcentaje de Valor

---

ella, ya que, con carácter general, dicha cláusula nada tiene que ver con las especificaciones técnicas o términos de referencia exigidos para la ejecución del contrato.\*

\*Daniel Martínez Fons, “Cláusulas sociales, libre competencia y contratación pública”, *Fundación Alternativas*, (2009),1, <[http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/laboratorio\\_documentos\\_archivos/f04408dde31c25ad9d03a44a1cddb9f6.pdf](http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/laboratorio_documentos_archivos/f04408dde31c25ad9d03a44a1cddb9f6.pdf)>

<sup>43</sup> En Ecuador se incluyen estas cláusulas bajo la denominación de “requisitos de desempeño”; por ejemplo el pliego para la selección de proveedores para la suscripción de convenios marco de Catálogo Electrónico para la “Adquisición de Termo Tanques Eléctricos” No. SERCOP-SELPROV-035-2016, efectuado por el Servicio Nacional de Contratación Pública, en la Sección V, numeral 5.3 “RESPONSABILIDAD DE LOS PROVEEDORES ADJUDICATARIOS”, se establece: “*Requisitos de desempeño*: [...]5. En el plazo de ocho meses incrementar el número de mujeres contratadas, con el fin de que representen al menos el 30% de su equipo técnico, directivo y/o administrativo.”, sin embargo de lo expuesto el término requisitos de desempeño para María Elena Cardero “[...]se refieren a las condiciones o requisitos que muchos países imponen a la inversión extranjera para que pueda radicarse en el territorio nacional [...]”(sic)\*.

\* María Elena Cardero, “Qué ganamos y que perdemos con el TLC”, 2da ed., (México: Siglo XXI, 2003), 221

<sup>44</sup> Purificación Medina Jurado, “Las Cláusulas Sociales en la Contratación Pública, Retos y Perspectiva”, *Revista Cemci*, No. 7, (Marzo-Junio 2010), 7, <<http://revista.cemci.org/numero-7/pdf/doc1.pdf>>.

Agregado Ecuatoriano –VAE-, pues con nuestra normativa actual en ciertos procedimientos únicamente aquellas empresas o proveedores que cumplan con el porcentaje mínimo de VAE, conforme al CPC<sup>45</sup> establecido para el procedimiento, podrán participar sin ser descalificadas; éste particular influirá significativamente en el tipo de proveedor que a su vez buscan los participantes al momento de abastecerse con los insumos que les permitirá cumplir con el objeto del contrato, es decir los proveedores del Estado con el fin de declarar un porcentaje de Valor Agregado Ecuatoriano buscarán que a su vez sus proveedores nacionales sean productores o empleen la mayor cantidad de materia prima nacional.

Para ciertas personas quizá este tipo de condiciones en los procesos de contratación restringen o limitan la libertad propia de una empresa, su capacidad de autodecisión, su libertad de contratación, su acceso al mercado estatal, o dicho de otro modo afectan algunas de las manifestaciones propias de la Libertad de Empresa, entiéndase como: libertad para contratar trabajadores, libertad para dirigirse, libertad para administrarse, proveerse, libertad para firmar contratos con otros proveedores, autonomía privada, etc.; ya que no decidirán libremente el género del personal a contratar, el equipo, insumos o maquinaria que van a utilizar o quizás el proveedor que les va a suministrar a costos más bajos sin considerar si es importador o no, pues “La libertad de empresa es entendida también como libre iniciativa privada y se interioriza claramente en la *libre organización y disposición de los componentes de producción, donde incorpora la libertad contractual*, ésta es practicada por los agentes de comercio ya sea comerciante o empresa, confluirán en un equilibrio de intereses los distintos sujetos”.<sup>46</sup>(El énfasis es mío).

Sin perjuicio de ello -y a mi criterio- estos requisitos suponen una adecuada regulación de la libertad de empresa, pues constituyen herramientas rentables económica, ambiental y socialmente, que contribuyen a fomentar la producción

---

<sup>45</sup> El Clasificador Central de Productos –CPC-, es una herramienta de aplicación en Contratación Pública que permite la clasificación de cada producto sea bien, obra, servicio o consultoría con un código único e independiente, se encuentra sustentado en las recomendaciones de la Organización de las Naciones Unidas.

<sup>46</sup> Nubia Catalina Mongui, “Intervención del Estado en la libertad económica, la libertad de empresa y las garantías constitucionales”, Universidad Santo Tomás, *Revista ITER AD VERITATEM*, No 10, (2010): 176.

nacional, disminuyen las importaciones y en general contribuyen con el bienestar colectivo, por encima del interés privado.

## **2.2.El Derecho de la Competencia en la Contratación Pública**

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en adelante LOSNCP, prevé para la aplicación de la misma y de los contratos que de ella se deriven los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad y participación nacional; sin embargo de ello la libre competencia es uno de los principios preponderantes que rigen el procedimiento de selección de un contratista, encaminado a garantizar un trato justo e igualitario a todos quienes, teniendo la capacidad, anhelan ser contratistas, refiriéndome particularmente a los procedimientos competitivos y dejando de lado aquellos que requieren una invitación o contratación directa.

La libre competencia es un principio básico en la Contratación Pública, aunque no se encuentre de forma explícita detallado en el artículo 4 antes señalado; se encuentra presente de manera indirecta en varios de sus principios, respecto de lo cual y en referencia al principio de participación nacional es necesario realizar algunas puntualizaciones en cuanto a la competencia, empezando por el reconocimiento de que el postulado principal de la misma supone la rivalidad entre agentes económicos de cualquier tipo, sean estos nacionales o extranjeros sin distinción alguna, pues lo que le interesa a la competencia es garantizar la concurrencia y participación de ofertas, con el objeto de asegurar un mercado más eficiente, libre y dinámico, por ello el contexto de la libre competencia en una economía abierta predominante conllevará que las importaciones converjan en el mercado con los productos nacionales bajo el principio de no discriminación, no siendo una de las prioridades de las que deba encargarse la libre competencia el fomento de la participación nacional, sin perjuicio de ello en ocasiones el Estado se verá en la obligación de adoptar medidas temporales protectoras del comercio nacional y restrictivas de la competencia como las salvaguardias por ejemplo que se implementan por el aumento de las importaciones de ciertos productos cuando las mismas hayan generado o atenten con causar un grave daño a una o varias ramas de la producción nacional competidora, o mediante el establecimiento de derechos arancelarios, contribuciones, requisitos de contenido local en los productos que fabrican las empresas extranjeras dentro de su territorio o regulación de precios de los productos



importados. Si bien el principio de no discriminación ha sido recogido en las distintas normas de la competencia a nivel mundial, entendido como la prohibición de aplicar, en las relaciones comerciales o de servicio, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen en desventaja a ciertos competidores frente a otros, el intervencionismo estatal constituye la excepción a su ámbito de aplicación toda vez que el mismo puede eximir de manera excepcional la aplicación de la legislación de competencia por razones de interés público, a algún área de la economía nacional como se señaló líneas arriba.

La libre competencia en el marco de la Contratación Pública se puede ver seriamente comprometida por factores tanto externos como podrían ser los acuerdos colusorios así como por factores internos y atribuibles a la propia entidad contratante y que se encuentran vinculados con requisitos condicionantes de la competencia en el caso de los procedimientos competitivos por ejemplo en una licitación o cotización, o con la aplicabilidad de ciertos procedimientos de contratación que no permitirían una participación abierta como un procedimiento de Régimen Especial de Comunicación Social por Contratación Directa en el caso ecuatoriano. En este contexto cabe señalar que el procedimiento que favorecerá más al principio de concurrencia será un procedimiento abierto en el que puedan ofertar todos aquellos proveedores que reúnan los requisitos de aptitud que éste exija, mientras que en los procedimientos restringidos solo pueden participar los proveedores que han sido invitados, sin que en la práctica las entidades contratantes justifiquen adecuadamente el porqué de las mismas o identifiquen el impacto en la competencia de dicha acción.

De lo expuesto se colige que para que se den las invitaciones la regla general casi siempre será que las entidades contratantes se pongan en contacto de forma directa con los oferentes que a su criterio podrían participar e inclusive a la par identifique, con éstos, aspectos técnicos y económicos del procedimiento de contratación.

Sin perjuicio de lo anotado, cabe señalar que con el fin de garantizar la competencia efectiva en aquellos procedimientos en los que pese a existir una invitación directa al o los proveedores, exista un mínimo y un máximo para el efecto, habrá, siempre que sea posible, procurar superar el mínimo legal, por ejemplo en los procedimientos de Régimen Especial de Comunicación Social por proceso de selección o en una consultoría mediante Lista Corta.

Por otro lado, hay que considerar las reglas de participación incorporadas en el artículo 65 de la Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública mediante Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072 de 31 de agosto de 2016 y su alcance con Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000074 de 23 de diciembre de 2016, las que son aplicables a las personas jurídicas que participen en todos los procedimientos previstos en la LOSNCP, con excepción de aquellas contrataciones calificadas por el Presidente de la República como necesarias para la seguridad interna y externa del Estado que estén a cargo de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional y de las contrataciones interadministrativas.

Al ser consideradas como condiciones mínimas a ser cumplidas por las personas jurídicas que quieran participar en los procedimientos detallados en el párrafo anterior, resulta trascendental analizar la apertura a la competencia, pues en ocasiones se constituyen en verdaderas barreras de entrada a nuevos proveedores, que sin estas limitaciones estarían en condiciones de dotar a la Administración satisfactoriamente de mejores prestaciones y de mejores costes.

Como consecuencia de lo señalado en los dos párrafos precedentes, podríamos señalar que la aptitud de una persona jurídica proveedora del Estado en los procedimientos señalados vendrá determinada por su tiempo de existencia legal (mínimo 3 años en los procedimientos cuyo presupuesto referencial es superior a los USD 500.000) y su patrimonio en relación al presupuesto referencial del procedimiento de contratación, sin embargo de ello quizá dichas reglas para ciertos proveedores podrían resultar discriminatorias, aunque para la Administración significaría quizá todo lo contrario pues con éstas se estaría transparentando la idoneidad de los proveedores de bienes, servicios y ejecución de obras en el mercado público, para satisfacer el cumplimiento del principio de oportunidad, o al menos así lo señalaba el considerando cuarto de la Resolución INCOP No. RE-2013-000082 a través de la cual por primera vez se expidieron dichos requisitos; a mi criterio esta normativa se creó con el fin de evitar la participación de empresas “fantasmas”.

En cuanto a los bienes objeto de un contrato administrativo está prohibida la referencia a marcas o especificaciones técnicas como determinante del acceso a la participación en el proceso, o certificaciones internacionales que no sean indispensables para la administración, en palabras de Daniel Martínez:

...las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad a los licitadores, sin que la inclusión de las exigencias de orden técnico puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados sobre la competencia [...] las especificaciones técnicas deben [...] no reducir la competencia, ser transparentes y, en fin, no discriminar a los eventuales licitadores [...].

En este sentido, las especificaciones técnicas cumplen diversas funciones. En primer lugar describen las características de la oferta, de modo que los eventuales licitadores pueden decidir si les interesa o no. Asimismo, en segundo lugar, constituyen el estándar mínimo que deben cumplir los oferentes. Y, por último, son requisitos evaluables que necesariamente han de cumplir los participantes. Por consiguiente, las especificaciones técnicas se convertirán en criterio de selección del adjudicatario, que deberán presentar sus propuestas de conformidad con las referidas prescripciones [...]<sup>47</sup>

Adicionalmente a lo expuesto otro punto importante a abordar y que resulta atentatorio a la libre competencia es, a mi criterio, la fijación de criterios de valoración de las ofertas que no son objetivos y que en ocasiones no están relacionados con el objeto del contrato o a sus condiciones de ejecución, más aun cuando los parámetros de evaluación no serían lo suficientemente claros y podrían estar dotados de subjetividad total por parte de la Comisión Técnica o del funcionario delegado encargado de la calificación; y, no demandan una justificación adecuada sobre la elección en el proceso y de los criterios considerados para la adjudicación; por lo tanto los factores de calificación deben aplicarse exclusivamente en función de la oferta, entendida como los elementos del negocio jurídico sobre los cuales la entidad contratante va a desarrollar la comparación de las ofertas para obtener la más favorable, teniendo en cuenta las condiciones técnicas y económicas de escogencia y la ponderación precisa y detallada de las mismas, contenidas en los pliegos de condiciones, siendo en mi opinión, la transparencia en el sistema de asignación de puntajes crucial en la Contratación Pública, para evitar los excesos de discrecionalidad, que podrían devenir en arbitrariedad; las entidades contratantes están en la obligación de identificar de forma clara y precisa en los pliegos de los procedimientos que demandan una evaluación por puntaje, la forma en la que calificarán y asignarán la puntuación por cada requisito solicitado, de su parte los oferentes en caso de identificar que dicha calificación contiene ambigüedades que puedan beneficiar la adjudicación a una determinada oferta sin que exista de por medio el criterio de trato justo, imparcialidad e igualdad con los demás participantes por parte

---

<sup>47</sup> Daniel Martínez Fons, “*Claúsulas sociales, libre competencia y contratación pública*”, 12.

de quienes están a cargo de dicha etapa, deberán solicitar la respectiva aclaración del manejo de puntajes durante la etapa de preguntas, respuestas y aclaraciones.

Asimismo en cuanto a las posibilidades de mejorar las ofertas, es del caso señalar que en aquellos procedimientos en los que se realizan negociaciones que admitirían este supuesto, como la Subasta Inversa Electrónica, no sería posible consentir que el oferente plantee ejecutar servicios o proveer bienes no previstos en el procedimiento o que no guardan relación directa con lo solicitado por la entidad contratante, pues se entiende que los términos de referencia o las especificaciones técnicas fueron definidos ya con claridad por la misma; y, fueron supervisados y aprobados por varias instancias. Por lo que solo lo que se requirió en un principio es lo que podrá ejecutarse, de modo tal que no da lugar a la ejecución de algo distinto a lo ya aprobado por las máximas autoridades o sus delegados, cambiar los características o condiciones del proceso en la etapa de negociación podría resultar perjudicial para otros proveedores quienes una vez analizado el pliego y los requerimientos en éste planteados inicialmente, se abstuvieron de participar al no cumplir con los mismos, sin embargo si en lo posterior las condiciones o características fueron alterados de manera sustancial, probablemente el mercado de oferentes variaría y aquel o aquellos proveedores que decidieron no participar por no cumplirlas, bajo las nuevas condiciones que fueron alteradas se encontraban en la posibilidad de participar.

El plazo del contrato también es determinante a fin de identificar una probable restricción en la competencia, especialmente cuando, concatenadamente con lo señalado en el párrafo precedente, se utiliza el mismo como un criterio para la adjudicación estableciendo que la disminución de éste le otorgará un mayor puntaje a la oferta que presente un plazo mucho más corto respecto del establecido por la propia entidad, por ejemplo la entidad A establece que durante la evaluación por puntaje se asignará la máxima puntuación a aquella oferta que proponga el plazo más corto para la entrega del producto X en relación al plazo determinado en el pliego, y a las demás ofertas se asignará el puntaje de manera proporcional respecto de la mejor puntuada, esto pese a que es la propia entidad contratante, la que debe establecer el plazo de ejecución contractual y cumplimiento de obligaciones, además de aquellos casos en los que se solicitan plazos que solamente pueden cumplir ciertas empresas, que quizá cuentan con una infraestructura mucho más amplia por ejemplo, o con mayor personal. La

identificación correcta del plazo contractual es importantísima para garantizar una competencia adecuada, la duración del contrato dependerá entonces de la naturaleza del mismo, de las características de las formas de pago, entre otras, pues si se establecen plazos muy cortos se puede dificultar en algunos casos la amortización de las inversiones a las que están sujetos ciertos proveedores para poder participar en el procedimiento, eliminando su posibilidad de concursar y estableciendo condiciones ventajosas a oferentes ya instalados que no deban realizar nuevas inversiones.

Otros puntos importantes a considerar respecto a la garantía de participación en un procedimiento es la tramitación “con el carácter de urgente” de los procesos de contratación en los que se reduce a tiempos demasiado cortos las etapas de los mismos, arguyendo –en ocasiones- aparentes razones institucionales para agilizar su adjudicación; cuando generalmente ya en la realidad, esto responde a temas de una mala planificación institucional, que busca aminorar el tiempo para la presentación de las ofertas, lo que resulta perjudicial para la competencia, pues dificulta el acceso al mercado, por lo tanto estas actuaciones deberían ser evitadas en lo posible y bajo circunstancias debidamente justificadas. Las entidades contratantes deben elaborar el Plan Anual de Contrataciones –PAC de manera responsable y eficiente no únicamente con el afán de cumplir con lo que establece la normativa y ya en el camino ir corrigiéndolo, por ello el mismo debe ser construido conforme a los requerimientos y metas de todas las unidades orgánicas que las conforman, considerando los tiempos que conlleva no solo realizar un procedimiento en el portal de compras públicas sino inclusive el tiempo que demanda la elaboración de los estudios y los términos de referencia o especificaciones técnicas que incluyen las condiciones y características, cantidades y calidad de las adquisiciones, así como el tiempo podría demandaría volver a iniciar un proceso en el caso de que éste se cancele o declare desierto, adicionalmente las unidades de planificación y seguimiento de cada entidad están en la obligación de vigilar que se cumplan los plazos (cuatrimestres) consignados en el PAC para realizar las compras, pues las unidades requirentes suelen descuidar las mismas y no es sino durante los últimos meses que comprende el ejercicio fiscal que tratan de cumplir con las contrataciones previstas, que para ese entonces se han tornado en “urgentes”, pues existe el afán de ejecutar los montos asignados a cada entidad y cumplir con sus contrataciones “planificadas”, lo que para muchos resulta siendo un indicador del buen

o mal manejo en su gestión, para ello las máximas autoridades institucionales podrían establecer políticas internas de restricción en cuanto a las modificaciones en el PAC principalmente en lo referente a posponer los plazos de adquisición de las compras e incentivando a que las mismas se realicen durante los dos primeros cuatrimestres del ejercicio fiscal en lo posible.

### **2.3.Los acuerdos colusorios en el marco de la regulación y control de poder de mercado**

Dentro del objeto de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado, en adelante LORCPM, se hace alusión de manera expresa a la intención de la misma de prevenir, prohibir y sancionar los acuerdos colusorios. La colusión entre operadores económicos para restringir, falsear o distorsionar la competencia en términos generales es una de las prácticas anticompetitivas que se hallan previstas en el artículo 11 de la LORCPM, que a mi criterio se ha constituido en una cláusula abierta de prohibición para las prácticas o acuerdos restrictivos y una extensiva ejemplificación de supuestos concretos.

El desarrollo de los acuerdos colusorios en los términos previstos en el artículo 11 antes citado, cuando los mismos 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, ha sido catalogado como una infracción grave y muy grave, al amparo de lo previsto por los literales a) de los números 2 y 3 del artículo 78 de la norma en referencia.

Nótese que los acuerdos colusorios pueden afectar no solo al ámbito público sino también al ámbito privado, pero en general y a mi juicio esta clase de actuaciones resultan siendo una de las más perjudiciales para la libre competencia.

Ahora bien es importante considerar que no todos los acuerdos podrán ser sancionados y precisamente es este el tema que será abordado a continuación.

#### **2.3.1. La regla del minimis en el ordenamiento nacional**

La expresión latina *minimis* en el ámbito legal se refiere a algo que no tiene la importancia suficiente como para que la ley se ocupe de ella.<sup>48</sup>

---

<sup>48</sup>Wikipedia, [https://es.wikipedia.org/wiki/De\\_minimis](https://es.wikipedia.org/wiki/De_minimis), 13 de marzo 2017.

La regla de *minimis* se fundamenta en el aforismo *minimislex non curat*, es decir que la Ley no está para ocuparse de asuntos de importancia menor o asuntos triviales<sup>49</sup>, en el caso que nos ocupa y respecto de las prácticas anticompetitivas quedan fuera de las prohibiciones los acuerdos que no afecten de manera significativa o sensible la competencia, por lo tanto las autoridades no se encuentran obligadas a seguir un procedimiento administrativo ni a imponer sanciones de ninguna naturaleza, ampliando el ámbito de la autonomía privada y reduciendo las funciones de control a cargo de las entidades competentes.

Para Ingrid Ortiz Baquero, la “sensibilidad” es la categoría general bajo la cual se analiza la magnitud con que una conducta impacta sobre el funcionamiento competitivo del mercado y su existencia se predica no sólo desde el requisito de “afectación de la competencia”, sino además de la “afectación del comercio”.<sup>50</sup>

Es decir que, la regla del *minimis* permite dar una mayor libertad a la iniciativa privada pues racionaliza el alcance de las normas que sancionan conductas anticompetitivas con el objeto de conseguir un justo equilibrio entre la autonomía privada y la promoción y defensa de la libre competencia económica.

La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado determina en su artículo 11 cuales son los acuerdos y prácticas comerciales que se encuentran prohibidos por su significativa afectación a la competencia en el mercado y señala que:

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.* [...] (El énfasis es mío).

Sin perjuicio de lo expuesto existen acuerdos y prácticas que en aplicación de la regla de *minimis* se consideran tolerables y no están prohibidos y así lo precisa el artículo 13 *ibídem* que establece que: “Las prohibiciones establecidas en el artículo 11

---

<sup>49</sup> Roberto, Vallina, *¿De minimislex non curat o de minimispraetor non curat?*, GJUEC, No.2, nueva época, marzo-abril, (2008): 47-61.

<sup>50</sup> Ingrid Ortiz Baquero, “La Regla de *Minimis* en el ámbito de los Acuerdos Restrictivos de la Libre Competencia”, *Revista e-Mercatoria*, Vol. 8, No. 2, (2009): 12.

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.”

Es así que dicha Junta según los criterios expresados en el artículo 2 de la Resolución No. 003 de 15 de enero de 2014, publicada en el Registro Oficial No. 291 de 17 de julio de 2014, estableció como umbrales para la aplicación de la Regla de Minimis para acuerdos y prácticas restrictivas, por lo tanto no le aplicarían las prohibiciones contenidas en el artículo 11 de la LORCPM los siguientes:

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

De lo señalado se colige que la norma considera la existencia de una conexión entre el acuerdo, la cuota de participación del operador en el mercado relevante y su eventual poder de mercado, que constituiría en sí misma una definición negativa al criterio de sensibilidad, pues define de manera expresa lo que no afecta gravemente la competencia; consecuentemente las conductas amparadas por la regla de minimis serían conductas atípicas desde la óptica del Derecho Antitrust.

Un ejemplo de la aplicación de la regla del minimis es el contrato de franquicia a través del cual intervienen dos partes jurídicas e independientes económicamente, en la que una de ellas denominada franquiciador otorga a la otra denominada franquiciado el derecho a utilizar bajo ciertas condiciones de control, por un tiempo determinado y en una zona determinada un sistema propio de comercialización de servicios o productos; los contratos de franquicia son admitidos bajo la regla del minimis siempre que no superen ciertas cuotas de mercado relevante y que no se hayan establecido las denominadas cláusulas negras como lo son la fijación de precios de venta de los



productos, es decir los franquiciadores solo pueden recomendar los precios de venta o establecer precios máximos, más no imponer restricciones a la libre competencia que tiene el franquiciado para establecer los precios de venta de su mercancía, tampoco cuando se establecen cláusulas de abastecimiento exclusivo en los se obliga al franquiciado a adquirir productos que establezca el franquiciador que no son esenciales para que funciones la marca.

En conclusión podemos decir que el papel que juega la regla de *minimis* permitiría excluir del ámbito sancionatorio del Derecho de Competencia aquellas conductas que no lo afectan de manera sensible, propiciando que la autoridad sancionadora competente se ocupe de aquellas conductas verdaderamente relevantes, invierta eficientemente sus recursos y dedique sus labores a asuntos de mayor importancia; asimismo permitiría ampliar el margen de autonomía privada con el no intervencionismo estatal para aquellas conductas que no rebasen los porcentajes establecidos, pues no existe fundamentación alguna por parte de las autoridades para prohibir conductas que no afectan el funcionamiento del mercado.

Finalmente se debe aclarar que la regla del *minimis* de conformidad con lo previsto en el artículo 9 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado no le es aplicable a los acuerdos colusorios que se efectúen en los procedimientos de Contratación Pública celebrados al amparo de la LOSNCP y su Reglamento General; sin perjuicio de lo expuesto era necesario conocer cuál es su significado y alcance en materia de competencia.

## **2.4.Los acuerdos colusorios en el marco de la Contratación Pública en el Ecuador**

### **2.4.1. Aspectos generales**

La Contratación Pública desempeña un papel preponderante en la dinamización de la economía de un país; las adquisiciones, el arrendamiento de bienes, la ejecución de obras y la prestación de servicios, incluidos los de consultoría que se realicen, dotan al Estado de un gran poder económico pues en su ejecución se ven involucrados grandes volúmenes de capital, lo que fomenta una competencia más agresiva entre los proveedores así como la aparición de conductas que en relación a los objetivos de la compra pública pueden vulnerar sus principios.

Para José Antonio Gaspara y Fernando Araya Jasma la colusión en compras públicas radica en el hecho de que "...participantes reales o potenciales en uno o más

procesos licitatorios alcanzan acuerdos con el propósito de eliminar o restringir la competencia que se esperaba tuviera lugar en dichos procesos [...]”.<sup>51</sup>

Es decir que la colusión se presenta cuando dos operadores económicos o más, que públicamente aparecen como rivales, acuerdan causar perjuicio a un tercero, o para distribuirse un procedimiento de contratación transgrediendo las normas sobre promoción de la competencia<sup>52</sup>.

...cuando los oferentes coluden entre sí para distorsionar el proceso licitatorio, la adjudicación podría no ser el resultado de un proceso competitivo sino de un acuerdo ilícito que contraría la libre competencia, constituyéndose en una de las principales vías de defraudación al Estado. Eso es lo que en la doctrina se conoce con el nombre de colusión entre oferentes en licitaciones o concursos, también llamada bid rigging o collusive tendering, la cual se produce cuando empresas, que en ausencia de dicha colusión habrían competido sin compartir información entre sí, se ponen de acuerdo para elevar los precios o disminuir la calidad de los productos o servicios a ser proveídos a adquirentes interesados en obtenerlos mediante un proceso competitivo.<sup>53</sup>

En virtud de lo señalado el Derecho de Competencia en nuestro país sentó sus bases en el ámbito de la Contratación Pública, por lo que no es extraño que las autoridades estatales de ambas materias instruyan documentos que aborden el tema. Así en el año 2015, la Subdirección General de Control y Coordinación Técnica de Controversias del Servicio Nacional de Contratación Pública -SERCOP y la Intendencia de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas de la Superintendencia de Control del Poder del Mercado lanzaron de manera conjunta el Manual de Buenas Prácticas en la Contratación Pública para el Desarrollo del Ecuador 2015, Versión 1, lo que constituye únicamente un documento referencial pues será la

---

<sup>51</sup> José Antonio Gaspar y Fernando Araya Jasma, “Derecho Corporativo y de Libre Competencia”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, No. 18, (julio 2012): 223-241.

<sup>52</sup> La finalidad última de los operadores económicos que coluden e intervienen en un procedimiento de contratación es obtener la mayor cantidad de beneficio económico, al respecto la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico dentro de sus Lineamientos para Combatir la Colusión entre Oferentes en Licitaciones Públicas, señala que “la manipulación de licitaciones (o la colusión entre oferentes en licitaciones) 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 o servicios que ofrecen a los compradores que buscan adquirir bienes o servicios por medio de un proceso de licitación.” (sic)\*.

\*Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, *Lineamientos para Combatir la Colusión entre Oferentes en Licitaciones Públicas*, (2009), 1, <<http://www.oecd.org/competition/cartels/42761715.pdf>>

<sup>53</sup> Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, *Guía Práctica para Combatir la Colusión en las Licitaciones*, (Bogotá: Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, 2010), 10-1.

Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y su Reglamento los que legitimen a las autoridades de la competencia para investigar tales conductas y en su caso, establecer alguna de las sanciones previstas por éstas.

Es importante tener en cuenta que el Derecho de la Competencia es transversal, por ello no importará que el mercado en el que se emplee discorra a través de un procedimiento administrativo, ni que quien sea el receptor de las prestaciones sea el propio Estado, aunque el principio de la especialidad explica el por qué el Derecho de la Competencia a veces encuentra un hueco de aplicación en la Contratación Pública, pues en ocasiones el complejo normativo-orgánico que disciplina esta última materia tiene como objetivo asegurar la obtención eficiente y por el menor precio de bienes y servicios y su carácter represivo es secundario; por lo que las consecuencias perjudiciales nacen para el proveedor en la medida en la que no respete ese objetivo principal<sup>54</sup> (descalificación de su oferta en el procedimiento, suspensión en el Registro Único de Proveedores, ejecución de garantías, terminación unilateral, etc.):

...a la aplicación del Derecho de la competencia en el marco de la contratación pública se oponen una serie de condiciones, de carácter tanto etiológico como operativo.

En primer lugar, hace quebrar la idea de que el Derecho de la contratación pública conforma un sistema normativo completo, en el cual se encarna el principio de ‘competencia por el mercado’ frente al de ‘competencia en el mercado’ propio del Derecho *antitrust*. Pone también en cuestión la complitud de sus reglas de resolución de conflictos. Y sirve de argumento para cuestionar la cada vez mayor inflación de órganos administrativos y judiciales dedicados –algunos en exclusiva- a tareas de consulta y de fiscalización sobre los procesos de contratación pública.

En segundo lugar, la normativa de competencia ha salido ‘de fábrica’ con una importante limitación: su tarea fundamental es la de castigar infracciones ya producidas, no prevenirlas o evitarlas.

En su vertiente sancionadora una Autoridad de competencia sólo goza de legitimación para intervenir respecto de hechos presuntamente anticompetitivos que hayan llegado a su conocimiento. Carece así de la fuerza para impedir la comisión de ilícitos futuros, sanciona por ello infracciones ya cometidas, con independencia de que hayan producido daños virtuales o reales al proceso competitivo o a los consumidores. Por ende, dicha Autoridad es ajena al procedimiento de contratación, no participa en su desarrollo y, salvo modificación legislativa siguiendo el modelo norteamericano, es difícil concebir su intervención directa en la prevención de la infracción o sus consecuencias. [...] El hecho es que en la práctica está impidiendo combatir las

---

<sup>54</sup>Antonio López Miño y Patricia Valcárcel, “Insuficiencia del Derecho Español para impedir y corregir la colusión en la contratación pública”, *Social Science Research Network*, (2012): 2-3, <<http://ssrn.com/abstract=2191797>>.

conductas anticompetitivas en el interior del procedimiento de contratación y evitar adjudicaciones viciadas por la colusión entre los licitadores.<sup>55</sup>

Con base en lo señalado podemos concluir que si bien el Derecho de la Competencia y la Contratación Pública que forma parte del Derecho Administrativo persiguen objetivos distintos, en aquellas ocasiones en las que pueda producirle su interrelación están llamados a entenderse y coordinarse, en orden a respetar la razón de ser de cada uno de ellos.

Por otro lado debemos considerar que un procedimiento de contratación competitivo será exitoso siempre que los participantes que intervengan en el mismo, preparen y presenten sus ofertas de forma totalmente independiente; lo contrario a lo antes anotado, generará -en todos los casos- perjuicio en un primer plano al Estado y en segundo lugar a aquellos proveedores que ven mermadas sus posibilidades de crecimiento económico que existiría en un mercado de competencia efectiva o real.

La competencia entre proveedores es la manera de garantizar que el Estado y finalmente la ciudadanía se beneficien de las mejores ofertas en cuanto a precio, calidad e innovación de bienes, obras o servicios, lo que sin duda alguna generaría una utilización eficiente de los recursos públicos<sup>56</sup>.

#### **2.4.2. Normativa**

En el marco regulatorio de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y de su Reglamento General de aplicación, ninguno de sus

---

<sup>55</sup>Ibíd., 3.

<sup>56</sup>La Resolución MIPRO 01-2012 dictada en el Procedimiento de Investigación No. Subcomp-001-2011, en el que se sancionó a operadores económicos privados intervinientes en una subasta pública inversa en aplicación del literal e) del artículo 7 de la Decisión 608, estableció que: “Una de las características esenciales para que los procesos de contratación pública sean un éxito radica en el hecho de que los ofertantes preparen y presenten sus ofertas de forma totalmente independiente. No obstante, en ocasiones los ofertantes se ponen de acuerdo con el objetivo de evitar competir entre ellos y así obtener un contrato más beneficioso que aquél que habrían obtenido si hubieran competido de forma efectiva. Haciendo uso de esta estrategia, la empresa ganadora del proceso de contratación pública obtiene un beneficio extraordinario con el que puede compensar al resto de empresas que han participado de forma fraudulenta en la contratación pública [...]. La colusión no es una conducta que afecta solamente a los demás oferentes que no participaron en un acuerdo colusorio, sino que consecuentemente tiene un impacto directo en el mercado al incrementar los precios de los bienes y servicios contratados, los montos involucrados y la complejidad en la normativa. Según estudios de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), las adquisiciones del sector público representan hasta el 15% del Producto Interno Bruto (PIB), lo que convierte a la contratación pública en un componente importante de la actividad económica de cualquier país...”(sic)\*.

\*Ecuador, Ministerio de Productividad, “Resolución”, *Procedimiento de Investigación No. Subcomp-001-2011*, (2011).

artículos hace alusión a los acuerdos colusorios, sin perjuicio de ello el número 3 del numeral 1.1 del Formulario de la oferta de los modelos de pliego de uso obligatorio realizados por el Servicio Nacional de Contratación Pública, Versión SERCOP 1.1 de 20 de febrero de 2014, publicados en el portal institucional del SERCOP establecen la declaración por parte del oferente que participa en cualquiera de los procedimientos de contratación de que:

La oferta la hace en forma independiente y sin conexión abierta u oculta con otra u otras personas, compañías o grupos participantes en este procedimiento y, en todo aspecto, es honrada y de buena fe. Por consiguiente, asegura no haber vulnerado y que no vulnerará ningún principio o norma relacionada con la competencia libre, leal y justa; así como declara que no establecerá, concertará o coordinará –directa o indirectamente, en forma explícita o en forma oculta- posturas, abstenciones o resultados con otro u otros oferentes, se consideren o no partes relacionadas en los términos de la normativa aplicable; asimismo, se obliga a abstenerse de acciones, omisiones, acuerdos o prácticas concertadas o y, en general, de toda conducta 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 este procedimiento de contratación. En tal virtud, declara conocer que se presumirá la existencia de una práctica restrictiva, por disposición del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, si se evidencia la existencia de actos u omisiones, acuerdos o prácticas concertadas y en general cualquier conducta, independientemente de la forma que adopten, ya sea en la presentación de su ofertas, o buscando asegurar el resultado en beneficio propio o de otro proveedor u oferente, en este proceso de contratación.<sup>57</sup>

Es decir que dicho compromiso nos traslada automáticamente en caso de incumplimiento de lo declarado por el oferente a la aplicación de lo previsto por la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y consecuentemente a su Reglamento.

Por otro lado el Manual de Buenas Prácticas en la Contratación Pública para el Desarrollo del Ecuador 2015, Versión 1, preparado por la Subdirección General de Control y Coordinación Técnica de Controversias del SERCOP y la Intendencia de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas de la Superintendencia de Control del Poder del Mercado en su Capítulo II denominado “Estratagemas de la Contratación Pública: Prácticas a evitar, denunciar y combatir”,

---

<sup>57</sup>Ecuador, Servicio Nacional de Contratación Pública, *Formulario de la Oferta del Modelo de Pliego de Subasta Inversa Electrónica versión SERCOP 2.0*, (06 de febrero 2017), <[http://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/cat\\_normativas/subas\\_inversa\\_electronica\\_bs](http://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/cat_normativas/subas_inversa_electronica_bs)>.

aborda el tema de la colusión haciendo una definición simple de la misma. En un principio la define como el “Pacto ilícito en daño de tercero”<sup>58</sup>, posteriormente con el afán de clarificar el tema de la colusión se realiza una descripción más amplia de la colusión en los siguientes términos: “*Colusión*: Esta 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>59</sup>, y se cita el ejemplo que a continuación transcribo:

Los oferentes que participan en una subasta pactan previamente hasta dónde pujar, el piso, y quién se la gana. También se pacta con anterioridad la suma que, a manera de “indemnización”, el “ganador” pagará al “perdedor”. (Proveedores de una misma actividad económica, llegan al acuerdo de repartir equitativamente los procedimientos en los cuales participen, pactando quien será el ganador, producto de esto tenemos que no se lleva a cabo el objetivo principal de la puja, el cual es encontrar el costo menor de una contratación, ya que el ganador rebaja su oferta lo mínimo posible).<sup>60</sup>

El Manual en referencia a continuación y en una sección distinta denominada “Prácticas anticompetitivas” hace un llamado a los operadores económicos: proveedores, oferentes o contratistas del Estado nacionales o internacionales que participen en los procedimientos de contratación pública que realiza el Estado Ecuatoriano a denunciar las prácticas y actitudes comerciales injustas, realizar acciones conjuntas para enfrentar el comercio ilegal, promocionar la libre competencia, cumplir las disposiciones de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, su Reglamento de aplicación y los reglamentos y actos administrativos que emita la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, y finalmente realiza una clasificación de las formas de coludir en contratación pública lo que será objeto de un análisis posterior.

---

<sup>58</sup>Ecuador, Servicio Nacional de Contratación Pública y Superintendencia de Control de Poder del Mercado, Subdirección General de Control, Coordinación Técnica de Controversias e Intendencia de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, *Manual de Buenas Prácticas en la Contratación Pública para el Desarrollo del Ecuador 2015*, Versión 1, (2015): 16, <<http://www.scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2015/12/Manual-de-Buenas-Pr%C3%A1cticas-en-la-Contrataci%C3%B3n-P%C3%ABblica.pdf>>.

<sup>59</sup>Ibíd., 25-6.

<sup>60</sup>Ibíd., 26.

De su parte la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado-LORCPM, en los numerales 6 y 21 del artículo 11 establece como acuerdos y prácticas prohibidas y que por ende serán sancionados:

6. Los actos u omisiones, acuerdos o prácticas concertadas y en general todas las conductas de 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.

[...]

21. Los acuerdos entre proveedores y compradores, al margen de lo que establece la ley, que se puedan dar en las compras públicas que direccionen y concentren la contratación con el afán de favorecer injustificadamente a uno o varios operadores económicos.

El Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado en el numeral 4 de su artículo 8 establece la presunción de práctica restrictiva y señala que:

4. También están sujetos a la presunción establecida en este artículo los actos u omisiones, acuerdos o prácticas concertadas y en general todas las conductas de proveedores u oferentes, cualquiera sea la forma que adopten, 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.

Asimismo el artículo 41 *ibídem* dispone la implementación de sistemas y mecanismos de monitoreo de los procesos de contratación y subcontratación realizados por operadores económicos contratantes del Estado, con el fin de vigilar que se observen y apliquen los principios, derechos y obligaciones consagrados en la LORCPM, incluyendo las subcontrataciones que realicen las entidades previstas en el numeral 8 del artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en calidad de contratistas.

Sobre esta base normativa se desarrollará la presente investigación y servirá de fundamentación jurídica para abordar nuestro objeto de análisis. Es importante sin embargo considerar que el alcance de la LORCPM y su Reglamento es transversal como ya se explicó y no alcanzaría únicamente a la esfera de la Contratación Pública,

no obstante lo cual, en su texto existen artículos puntuales que hacen alusión a ella y que han sido citados. Por lo tanto, si bien la LOSNCP y la LORCPM son normas cuya finalidad es distinta, cuando se deba sancionar una conducta colusoria identificada en un procedimiento de Contratación Pública dependerá tanto la una como la otra de sus diferentes contenidos no solo porque la sanción solo estará identificada en la LORCPM sino también porque no sería posible que esto suceda sin entender la lógica y la dinámica que sigue y rigen los procesos de Contratación Pública previstos en la LOSNCP, menos aún el identificar las posibles técnicas, herramientas y formas de coludir que podrían emplear los distintos operadores económicos.

### **2.4.3. La aptitud en los acuerdos colusorios**

El requisito de la aptitud objetiva en los acuerdos colusorios ha sido considerado en países como España y Chile; en este último, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en sentencia No. 74/2008 de 2 de septiembre de 2008, en el caso Ampatagonia, se refirió a la aptitud objetiva en los siguientes términos:

Para configurar el ilícito de colusión se requiere acreditar no solo la existencia de un acuerdo entre competidores y su incidencia en algún elemento relevante de competencia, sino también su aptitud objetiva para producir un resultado contrario a la libre competencia, sin que sea necesario que efectivamente dicho resultado lesivo se haya producido [...], basta que un hecho, acto o convención tienda a producir efectos contrarios a la libre competencia para que pueda ser sancionado.

Es decir que para que se configure el acuerdo colusorio se agrega como elemento sustancial la determinación de que no solo exista un acuerdo con un objetivo determinado y la voluntad de los intervinientes de llevar a cabo el mismo, sino que será preciso se determine la existencia de la aptitud objetiva de dicho acuerdo para producir algún efecto contrario a la libre competencia tanto para el mercado como para los actores que participan en él. Por ejemplo si se determina que quienes han coludido carecían de poder de mercado o posición dominante en el mercado relevante carecerían de aptitud objetiva pues su acuerdo no generará influencia en las ventas de otros operadores económicos o en las adquisiciones de los consumidores.

Para identificar si un acuerdo colusorio goza de aptitud objetiva se deberá analizar, en consecuencia, si dicha conducta atenta los principios básicos que regulan las normas de la libre competencia, y si se ha causado afectación real o potencial a la libre competencia.



Para autores como Fernando Araya el requisito de la aptitud objetiva para afectar la libre competencia es una ruta alternativa en la misma dirección de aligerar la carga procesal de configurar un ilícito de colusión.<sup>61</sup>

En nuestro país la normativa en materia de protección de la competencia tiene un marcado carácter preventivo; siendo preciso no solo justificar que la actuación colusoria ocasionó un daño efectivo a la competencia sino que basta con que tenga la aptitud para provocar esa distorsión o falseamiento del derecho a la competencia, distorsión que es la que normalmente activa los resortes de la legislación de defensa de la competencia.<sup>62</sup>

La calificación de los acuerdos anticompetitivos no está condicionada entonces a la obligatoriedad de un acuerdo, pues será suficiente su aptitud para afectar la libre competencia, con independencia de su obligatoriedad jurídica, ya que puede derivarse de una conciliación verbal.<sup>63</sup>

Con base en lo expuesto podemos aseverar que los acuerdos colusorios deben contar con aptitud objetiva, la que no requerirá de manera obligatoria de la existencia de un perjuicio actual, por lo que no será necesario exigir la acreditación de la producción de un daño conforme a la naturaleza preventiva de las leyes y normas en materia de defensa de la competencia, las que procurarán evitarlo. Menos sentido tendría esperar a que ese daño alcanzase tal relevancia que llegue a perjudicar el interés general.

Daniel Hargain sostiene que “Debe interpretarse que lo que se está exigiendo, es que se trate de conductas que realmente tengan aptitud para perjudicar el sistema, no debiendo intervenir [...] en situaciones que afecten individualmente a uno o más empresarios. El valor jurídico protegido no son los intereses individuales sino los colectivos”<sup>64</sup>

La aptitud objetiva es, por lo tanto, aquella que permite el intervencionismo estatal toda vez que el perjuicio es relevante por tratarse del interés general, de no

---

<sup>61</sup>Fernando Araya Jasma, “Derecho de la Libre Competencia, Una lectura deontológica del requisito de aptitud objetiva del acuerdo entre competidores para afectar la libre competencia”, *Revista chilena de derecho privado*, No. 19, (Chile, 2012): 238-244.

<sup>62</sup>José Massaguer y otros, *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, 3a. ed. (Pamplona: Aranzadi, 2012), 36.

<sup>63</sup>Bolivia, Ministerio de Desarrollo Productivo y Economía Plural/Viceministerio de Comercio Interno y Exportaciones, *Manual de Prácticas Anticompetitivas*, (La Paz: Ministerio de Desarrollo Productivo y Economía Plural/Viceministerio de Comercio Interno y Exportaciones, 2010), 24.

<sup>64</sup>Daniel Hargain, “Análisis de la legislación de defensa de la competencia”, en López Rodríguez Rodríguez Olivera Bado&Cardozo, *Preguntas y Respuestas de Derecho Comercial*, (2004), <<http://www.derechocomercial.edu.uy>>.

existir o tener el carácter de particular o privado las partes deberían ponerlo en consideración de la función judicial. Por ejemplo si solo se genera perjuicio a un comerciante o a un grupo de ellos, no se estaría afectando al interés común, bajo el cual es admitido en nuestro ordenamiento la intervención directa del Estado, el que deberá abstenerse de intervenir en problemas que afecten a un particular.

La normativa entonces en materia de competencia en nuestro país para esquivar que el Estado se vea tentado a intervenir en asuntos privados, exige la constatación de la relevancia del perjuicio, acentuando con ese calificativo el ámbito restringido de actuación de la Administración, por lo que no depende de que haya producido un efecto anticompetitivo real, pero sí es necesario comprobar que el comportamiento de los coludidos tuvo la aptitud objetiva de crear una posición de mercado que les habría permitido abusar de ella, atentando contra la competencia.<sup>65</sup>

#### **2.4.4. Técnicas o formas de colusión en Contratación Pública**

La colusión en los procedimientos de Contratación Pública será viable siempre que sea posible:

- 1) Llegar a un acuerdo y objetivo común entre los proveedores;
- 2) Se cuente con medios o herramientas a través de las cuales sea posible alcanzarlos;
- 3) Exista algún mecanismo para “sancionar” a quien haya incumplido lo pactado;
- 4) Influyan a la par las condiciones del mercado en el que se desarrolle el procedimiento.

En general existen varias técnicas que se emplean para llevar a cabo las concertaciones entre los oferentes, sin embargo las técnicas más comunes son las que se detallan a continuación:

a) Ofertas o posturas encubiertas (cover bidding): los miembros del acuerdo designados en un principio para no ganar el procedimiento de contratación presentan ofertas que no tienen ninguna posibilidad de ganar; estas ofertas son conocidas bajo distintas denominaciones como ofertas de resguardo, simbólicas, complementarias, etc.; y, pueden adoptar varias formas, por ejemplo: 1) alguno o varios competidores aceptan presentar ofertas considerablemente elevadas para ser tomadas en cuenta, o lo

---

<sup>65</sup> Carlos López Rodríguez, *Derecho de la competencia*, <http://www.derechocomercial.edu.uy/ClaseCompetencia.htm>

suficientemente altas para dejarlas por fuera de la que se acordó sería la ganadora, 2) cuando se incluye términos o condiciones que serán difícilmente aceptados por la entidad contratante, de esta forma señalan la oferta ganadora y dotan de una apariencia de dotan de una apariencia de legalidad al proceso.<sup>66</sup>

b) Supresión o retiro de ofertas (bid suppression): En este caso la estrategia que toman las empresas que intentan coludir consiste en el hecho que una o más de estas aceptan: 1) abstenerse de presentar una oferta en el proceso de contratación, 2) retirar una oferta presentada de manera que se adjudique el contrato al ganador designado en el acuerdo o 3) presentar una oferta conjunta cuando la podrían haber formulado por separado.<sup>67</sup>

c) Rotación del ganador (bid rotation): los participantes del acuerdo se dividen entre si los turnos para ganar los procedimientos a través, habitualmente, de la utilización de ofertas encubiertas, de esta forma todas las empresas que intervienen en el acuerdo resultarán adjudicatarias de algún contrato no siendo necesario realizar un reparto posterior de ganancias.<sup>68</sup>

d) Asignación de mercados (marketallocation): Los proveedores, o bien, se reparten el mercado por áreas geográficas, o bien, acuerdan asignarse carteras de clientes, por ejemplo, las empresas se asignan una cartera de clientes de manera que sus competidores no harán ofertas (o presentarán ofertas de resguardo) cuando estos clientes soliciten un servicio mediante licitación. A cambio, el competidor en cuestión, no presentará ofertas a aquellos grupos de clientes que han estado asignados a otras empresas que también forman parte del acuerdo.<sup>69</sup>

Es del caso señalar que la clasificación expuesta coincide con la propuesta por el Manual de Buenas Prácticas en la Contratación Pública para el Desarrollo del Ecuador

---

<sup>66</sup> España, Comisión Nacional de la Competencia, *Guía sobre Contratación Pública y Competencia*, (s.l.: Comisión Nacional de la Competencia, 2008), 36.

<sup>67</sup> España, Dirección General de la Autoritat Catalana de la Competencia, *Guía para la prevención y detección de la colusión en la contratación pública*, (Barcelona: Autoritat Catalana de la Competencia, 2010), 6.

<sup>68</sup> Borja Colón de Carvajal Fibla, *Derecho de la Competencia y Contratos Públicos: Medidas de Lucha Contra las Prácticas Ilícitas en el Libre Mercado*, España, (2012): 6-7, <<http://borjacolon.blogspot.com.es>>.

<sup>69</sup> Dirección General de la ACCO, *Guía para la prevención y detección de la colusión en la contratación pública*, (Barcelona: ACCO, 2010), 7.

2015,<sup>70</sup> asimismo se debe hacer notar que no en todos los casos estas formas de colusión son mutuamente excluyentes entre sí, por lo tanto en un procedimiento podrían concurrir varias de éstas.

#### **2.4.4.1. La intervención de servidores públicos para coludir en los procedimientos de Contratación Pública**

La Superintendencia de Control del Poder de Mercado elaboró una propuesta de Guía de competencia en la Contratación Pública en la que establece que existen dos tipos de colusión. La primera es la colusión vertical que a decir de la referida Institución es la que se daría “entre oferentes y funcionarios que manejan las adquisiciones en la entidad contratante”<sup>71</sup> y la segunda es la colusión horizontal que es aquella que se realiza “entre operadores que participan en el mismo mercado, oferentes”<sup>72</sup>.

Respecto de lo antes anotado debo señalar que conforme lo expuesto en el capítulo primero, en mi juicio, las prácticas verticales son aquellas que se pueden presentar entre etapas contiguas de un proceso productivo y acompañadas de alguna actividad auxiliar del proceso, es decir entre operadores económicos que se encuentran en diferentes niveles de la cadena de producción; por ejemplo los acuerdos de exclusividad, ventas condicionadas, imposición de productores sobre distribuidores, etc.; mientras que las prácticas horizontales son aquellas que se realizarían entre operadores económicos en un único eslabón de la cadena de producción por ejemplo en acuerdos de precios, cantidades o repartos de mercado. En este contexto y en mi criterio la intervención de un servidor público dejaría, en principio, por fuera dicha conducta de la clasificación de horizontal y vertical toda vez que el servidor no es un operador económico y no pertenecería a ninguno de los niveles, esferas o eslabones de la cadena de producción o sección del mercado.

Pese a que en el referido documento no existe una exposición de los motivos por los que la Superintendencia clasificó como “verticales” a los acuerdos entre oferentes y servidores públicos, el criterio probablemente se base en el presupuesto de que el

---

<sup>70</sup>Ecuador, Servicio Nacional de Contratación Pública y Superintendencia de Control de Poder del Mercado, Subdirección General de Control, Coordinación Técnica de Controversias e Intendencia de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, *Manual de Buenas Prácticas en la Contratación Pública para el Desarrollo del Ecuador 2015*, 36-37.

<sup>71</sup>Ecuador, Superintendencia de Control del Poder del Mercado, *Propuesta para la Guía de Competencia en la contratación Pública*, (Quito: Superintendencia de Control del Poder del Mercado, 2013): 16, <<http://www.scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2013/07/dia2I-Jer%C3%B3nimo-Callejas.pdf>>.

<sup>72</sup> *Ibíd.*, 16.

servidor público y el oferente no resultan siendo competidores entre sí y evidentemente no pertenecen a un mismo eslabón en el mercado, pues el oferente pertenece a los eslabones de diseño, producción o distribución y el funcionario sería el último eslabón de la cadena productiva o proceso productivo, esto es, “el consumidor”.

Gary Gereffi define a la cadena productiva como el “...amplio rango de actividades involucradas en el diseño, producción y comercialización de un producto...”<sup>73</sup>; de su parte los autores Augusto Guidi y Pablo Mamani la definen como “El conjunto de actores involucrados directamente en la producción, transformación, distribución, y *consumo de un producto*.”<sup>74</sup> (El énfasis es mío). Por lo tanto, la cadena productiva alcanzaría al mercado consumidor involucrando al servidor público entendiéndose por éste a la entidad contratante que finalmente es la persona jurídica que realizó la compra y que no puede actuar por si misma sino a través de sus servidores públicos.

Sin perjuicio de lo expuesto es del caso hacer las siguientes puntualizaciones; si bien nuestra legislación no tiene una definición concreta de lo que deberá entenderse para efectos de la aplicabilidad de la LORCPM como operador económico, de la lectura del artículo 2 de la Ley en referencia se colige que operadores económicos son aquellas personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que las agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país; en palabras de la doctora Inés María Baldeón los operadores económicos podrían ser:

1. Los entes contratantes en los términos y el alcance previstos en el artículo 1 de la LOSNCP [...]
2. Los proveedores de obras bienes y/o servicios que actúan en el mercado de la Contratación Pública para los entes señalados en el número precedente. Para el efecto de este análisis en el concepto “proveedor”, [...]se engloban:
  - 2.1. Personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, con o sin fines de lucro.
  - 2.2. Los consorcios de las personas señaladas en el número 2.1. precedentes.

---

<sup>73</sup> Antonio Gomes de Castro, Suzana Valle y Carlos Pedroso, “Cadenas productivas: marco conceptual para apoyar la prospección tecnológica”, *Revista Espacios*, Vol. 23, (2002), <<http://www.revistaespacios.com/a02v23n02/02230211.html> >

<sup>74</sup> Thomas Bernet, *Conceptos, pautas y herramientas: Enfoque participativo en cadenas productivas y plataformas de concertación* ( s.l.: International Potato Center, 2005), 8.

2.3. Los gremios que agrupan a las personas señaladas en los números 2.1. y 2.2. precedentes; y,

2.4. No solo los proveedores que tengan el carácter de contratistas propiamente dichos; es decir no solo quienes tengan una adjudicación y/o contrato en firme con el ente contratante, sino también –y con mucho énfasis – los oferentes en la etapa incluso anterior al procedimiento precontractual y durante éste; pues es en cuyos momentos en los que pueden producirse los acuerdos colusorios previstos en la LORCPM.<sup>75</sup>

Por lo señalado, en mi criterio, el servidor público no se constituye, como tal, en operador económico pues no se encontraría inmerso en ninguna de las condiciones antes descritas, a menos que a la par de sus funciones como servidor público forme parte de alguna empresa o ejerza como persona natural alguna actividad económica, en éste único caso podría ser considerado como operador económico y conforme al tipo de intervención en el acuerdo y al nivel, esfera o eslabón de la cadena de producción o sección del mercado que pertenezca podría ser clasificado el acuerdo en el que participe como horizontal o vertical.

Es importante señalar que de conformidad con el numeral 1 del artículo 230 de la Constitución del Ecuador “En el ejercicio del servicio público se prohíbe, además de lo que determine la ley: 1. Desempeñar más de un cargo público simultáneamente a excepción de la docencia universitaria siempre que su horario lo permita”, concordantemente el artículo 12 de la Ley Orgánica del Servicio Público –LOSEP establece que “Ninguna persona desempeñará, al mismo tiempo, más de un puesto o cargo público, ya sea que se encuentre ejerciendo una representación de elección popular o cualquier otra función pública”<sup>76</sup>, por lo expuesto existe una posibilidad real de que cualquier servidor público ejerza una actividad económica independientemente de que trabaje para el Estado constituyéndose en operador económico siempre que no se trate de otro cargo público y que obviamente ésta actividad no interfiera en el normal desempeño de sus actividades por ejemplo ausentándose de su puesto de trabajo, así podría entonces ser accionista de una empresa o tener algún negocio que administre a través de su personal contratado, para entender mejor propongo el siguiente ejemplo: el servidor X trabaja para la Secretaría del Buen Vivir y él y su esposa tienen una empresa

---

<sup>75</sup> Inés María Baldeón, *La Libertad de Empresa y el Derecho de la Competencia en el Marco de la Contratación Pública del Ecuador*, 232.

<sup>76</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de Servicio Público, Suplemento, Registro Oficial N. 294* (6 de octubre de 2010): art.12.

de distribución de tóneres de la cual se encarga exclusivamente su esposa pues el servidor X debe asistir a su lugar de trabajo de manera permanente y dentro de su horario habitual de trabajo.

Tanto la Constitución como la LOSEP no prohíben a un servidor público ejercer una actividad económica independientemente de que preste su contingente para el Estado, más sin embargo lo que sí estaría prohibido conforme al artículo 24 de la LOSEP es:

[...] i) Mantener relaciones comerciales, societarias o financieras, directa o indirectamente, con contribuyentes o contratistas de cualquier institución del Estado, en los casos en que el servidor público, en razón de sus funciones, deba atender personalmente dichos asuntos;

j) Resolver asuntos, intervenir, emitir informes, gestionar, tramitar o suscribir convenios o contratos con el Estado, por sí o por interpuesta persona u obtener cualquier beneficio que implique privilegios para el servidor o servidora, su cónyuge o conviviente en unión de hecho legalmente reconocida, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Esta prohibición se aplicará también para empresas, sociedades o personas jurídicas en las que el servidor o servidora, su cónyuge o conviviente en unión de hecho legalmente reconocida, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad tengan interés;

k) Solicitar, aceptar o recibir, de cualquier manera, dádivas, recompensas, regalos o contribuciones en especies, bienes o dinero, privilegios y ventajas en razón de sus funciones, para sí, sus superiores o de sus subalternos; sin perjuicio de que estos actos constituyan delitos tales como: peculado, cohecho, concusión, extorsión o enriquecimiento ilícito;

Esto quiere decir que el funcionario que realice una actividad económica no puede dotar de bienes o servicios a una institución del Estado siempre que éste se halle involucrado de algún modo con la entidad que contrata, en el mismo ejemplo antes propuesto, el servidor X de la Secretaría del Buen Vivir no pueden participar en procesos de adquisición de tóneres que realice dicha Secretaría pero si podría participar en el proceso de Subasta Inversa de adquisición de tóneres para el Municipio de Loja, lo dicho guarda relación con las inhabilidades generales y especiales previstas en el artículo 62 y 63 de la LOSNCP y 110 y 111 de su Reglamento General, las cuales se circunscriben a la entidad contratante en la que intervienen los dignatarios, funcionarios y servidores o su cónyuge o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo grado de afinidad, excepto si se tratare de funcionarios del SERCOP o de funcionarios como el Presidente, Vicepresidente, Ministros, Consejeros Provinciales,

Concejales Municipales, Alcaldes, entre otros, quienes en ningún caso pueden contratar con el Estado.

En esta línea de ideas es importante considerar que el epígrafe del artículo 2 de la LORCPM se denomina “Ámbito” es decir que en él se establece quienes estarán sometidos a la misma, por ello y a mi juicio un servidor público que no realice ninguna actividad económica pese a haber intervenido en un acuerdo colusorio con algún operador económico no debería ser sancionado administrativamente por la LORCPM, ya que se encontraría fuera de su ámbito de aplicación; para éste caso habría de observarse lo previsto en la Ley Orgánica del Servicio Público –LOSEP. Por lo tanto el servidor público (que no es operador económico) debería ser sancionado administrativamente con base en lo previsto por la LOSEP y su Reglamento General de aplicación y no por la LORCPM. Sin embargo, en mi criterio, siguiendo la línea argumental señalada, los operadores económicos a quienes se favoreció o se quiso favorecer si deberían ser sancionados por ésta última, sin perjuicio de las acciones penales a las que ambos estarían sujetos por los delitos de peculado, enriquecimiento ilícito, cohecho o concusión según corresponda. Es importante dejar claro que si el servidor público también es un operador económico si le sería aplicable la LORCPM y las sanciones por ésta previstas, a la par de una posible destitución del cargo en aplicación de la LOSEP y una sanción penal por el cometimiento de un delito contra la eficiencia de la administración pública conforme lo establece el Código Integral Penal.

Asimismo es importante considerar que el Art. 76, numeral 7, letra i) de la Constitución de la República señala que “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden se asegurará el derecho al debido proceso, que incluirá las siguientes garantías básicas: [...] 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: [...] i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia”, en este contexto debemos analizar que existen tres tipos de responsabilidad para un servidor público de conformidad con el artículo 39 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado en concordancia con el artículo 5 del Reglamento de Responsabilidades de la Contraloría General del Estado, esta son: administrativa, civil y penal, consecuentemente la determinación de responsabilidad administrativa traerá aparejada consigo una sanción de carácter administrativa, entendiéndose como sanción administrativa “una resolución administrativa de gravamen



que disminuye o debilita –incluso elimina– algún espacio de la esfera jurídica de los particulares, bien porque se le priva de un derecho, bien porque se le impone un deber u obligación, siempre como consecuencia de la generación de una responsabilidad derivada de la actitud de los mismos”<sup>77</sup>. Ahora bien dentro de las causales para establecer responsabilidades administrativas se encuentra de acuerdo al numeral 4 del artículo 45 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado el “Exigir o recibir dinero, premios o recompensas, por cumplir sus funciones con prontitud o preferencia, *por otorgar contratos a determinada persona o suministrar información*, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar;”<sup>78</sup>(el énfasis es mío), concordantemente el artículo 46 *ibídem* prevé que para este tipo de responsabilidad la sanción podría ser una multa de una a veinte remuneraciones básicas unificadas del trabajador del sector privado, al dignatario, autoridad, funcionario o servidor, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales a que hubiere lugar, de acuerdo a la gravedad de la falta cometida, pudiendo además ser destituido del cargo, de conformidad con la ley.

Con base en lo expuesto considerando que las sanciones que se derivan del incumplimiento o violación a las normas previstas en la LORCPM y su Reglamento General constituyen en sí mismas sanciones también de naturaleza administrativa, a mi juicio y bajo el principio constitucional de *Non bis in ídem* no cabría sancionar administrativamente dos veces a un servidor público por el mismo acto, esto es, el acuerdo colusorio con un operador económico, más aun cuando de conformidad con el artículo 79 de la LORCPM se establecen como sanciones ya sea por faltas leves, graves o muy graves multas, es decir medidas de constreñimiento económico igual que lo previsto por el artículo 46 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado que adicionalmente a las multas establece también la posibilidad de destitución. Por lo expuesto en mi criterio personal sería inconstitucional que se establezcan dos sanciones de naturaleza administrativa que se materializarían ambas en una multa a un servidor público por coludir en un proceso de contratación ratificándose una vez más sobre el

---

<sup>77</sup>José Bermejo Vera, *Derecho Administrativo, parte especial*, 4a. ed. (Madrid: Civitas, 1999), 81.

<sup>78</sup>Ecuador, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, Suplemento, Registro Oficial No. 595* (12 de junio de 2002), art. 45.

criterio de que la LORCPM no sería aplicable a los acuerdos colusorios con servidores públicos a menos que éste último sea un operador económico.

Por otro lado en cuanto al alcance que tendría el numeral 21 del artículo 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado- LORCPM, éste establece que:

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.

En particular, las siguientes conductas, constituyen acuerdos y prácticas prohibidas:

[...]

21. Los acuerdos entre proveedores y compradores, al margen de lo que establece la ley, que se puedan dar en las compras públicas que direccionen y concentren la contratación con el afán de favorecer injustificadamente a uno o varios operadores económicos.” (El énfasis es mío)

En virtud de lo señalado, considero que conforme al contenido del primer párrafo de la norma en referencia la misma alcanzaría únicamente a los operadores económicos y no a los servidores públicos por las razones antes expuestas, por lo tanto debe ser entendida sobre la conceptualización de lo que es el acuerdo vertical, es decir, es aplicable únicamente a operadores económicos que no compiten entre sí por encontrarse en distintos niveles, esferas o eslabones de la cadena de producción o sección del mercado, por ejemplo el productor o fabricante de tóneres (vendedor) y el distribuidor de tóneres (comprador) se ponen de acuerdo y consensuan en que el distribuidor de tóneres contará de manera exclusiva con el certificado de distribuidor autorizado de la marca “patito” en el Ecuador, creando un monopolio absoluto en el mercado y vendiendo dicho producto a un valor exorbitante que no guarda armonía con su costo a nivel internacional.

En conclusión los acuerdos entre operadores económicos vendedor-comprador constituyen acuerdos colusorios inclusive si interviene un servidor público, para efectos de sancionar únicamente a los operadores económicos, sin embargo y de intervenir un servidor público considero que por sus particularidades y condiciones no debería enmarcarse en la clasificación habitual de horizontal o vertical, sino más bien constituye

un tipo sui géneris de acuerdo colusorio, al menos en nuestra legislación y conforme a su ámbito de aplicación, por lo tanto la LORCPM no le sería aplicable para efectos de establecer una sanción a un servidor público pues estaría fuera de su alcance: 1. al no ser operador económico, 2. al constituirse en una infracción a la LOSEP, a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (sanción administrativa), y 3. al ser un delito tipificado en el Código Orgánico Integral Penal, más sin embargo le sería aplicable al operador económico con el que coludió el servidor para la aplicación de una sanción administrativa prevista por la LORCPM sin perjuicio de la acción civil o penal que se pudiera ejercer una vez que éste se compruebe.

Finalmente considero que una posible solución a todo lo planteado en este ítem sería reformular la definición de operador económico prevista en el artículo 2 de la LORCPM ampliando su alcance, a la vez que se podría especificar que el numeral 21 del artículo 11 únicamente aplica a proveedores del Estado e individualizar en un artículo independiente la colusión en contratación pública en la que haya formado parte un servidor público, sin perjuicio de considerar la inconstitucionalidad de una eventual doble sanción por una misma conducta a efectos de establecer dicha reforma.

#### **2.4.5. Detección de los acuerdos colusorios en la Contratación Pública**

La detección de la colusión<sup>79</sup> en ocasiones es compleja y lo es aún más si se investiga un procedimiento de contratación de manera independiente, pues en ocasiones los acuerdos colusorios se mantienen en el tiempo y afectan a varios procedimientos, es decir no se crean únicamente con el fin de intervenir en un solo proceso en específico, aunque tampoco se podría descartar esta posibilidad; sin embargo existen algunos indicadores que permitirán identificar a la administración pública cuando debe intervenir e investigar un determinado procedimiento de Contratación Pública, pues

---

<sup>79</sup>En cuanto a qué se debe hacer en caso de sospechas previas de actos colusorios la autora Inés María Baldeón establece algunos principios básicos que orientarán las acciones a seguir en caso de existir sospechas así tenemos: usar procedimientos ordinarios y no abusar de acuerdos marco, verificar la situación jurídica de los oferentes, informar las penas/sanciones a los oferentes, en caso de que se haya acudido a consultores extranjeros, evitar que éstos realicen la etapa precontractual, vigilar la subcontratación, no repartir el contrato entre ofertas similares, informar o de ser el caso denunciar de la presunción de acuerdos colusorios a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, para que inicie el trámite de investigación correspondiente, establezca las infracción y sanciones y denuncie a la Fiscalía de ser el caso de que hubiera a lugar responsabilidades de tipo penal.\*

\*Inés María Baldeón, *La Libertad de Empresa y el Derecho de la Competencia en el Marco de la Contratación Pública del Ecuador*, 375.

podría haberse configurado la existencia de acuerdos colusorios, así tenemos como señales de advertencia en las diferentes etapas las siguientes:

A) En la etapa de presentación de ofertas en los procedimientos de contratación pública:

- Un mismo proveedor es el que frecuentemente presenta la mejor oferta
- Se evidencia un aparente reparto geográfico entre los proveedores (algunos proveedores solamente presenten sus ofertas en cierta parte del territorio ecuatoriano pese a que estarían en capacidad de presentar sus ofertas en otra región).
- Algunos participantes desisten inesperadamente de participar en el proceso.
- Hay un claro patrón de rotación entre los vencedores de los procedimientos.
- Proveedores que a pesar de tener todas las condiciones para participar, no acostumbran a presentar sus propuestas en una determinada entidad contratante, pese a que sí lo hacen para otra.
- Ciertos proponentes presentan sus ofertas frecuentemente pero nunca resultan adjudicados.
- El participante vencedor repetidamente subcontrata el trabajo de oferentes no adjudicados.
- Los proveedores que podrían participar de manera independiente pues cumplen con las condiciones para ello presentan sus propuestas en consorcios o asociaciones<sup>80</sup>.

---

<sup>80</sup>Nótese que si bien es cierto que el art. 27 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública permite a los oferentes participar en consorcio o asociación en los procedimientos de contratación pública, dicha figura no debe ser usada para vulnerar la competencia en los términos previstos en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado. Es importante destacar que la asociación o consorcio de los proveedores no debe ser vista siempre como un indicador de que existe una práctica anticompetitiva, pues podría suceder que dos proveedores se asocien para un procedimiento determinado al no contar con todos los equipos, patrimonio o personal requerido por citar algunas condiciones de las contrataciones, y que en lo posterior se presenten de manera independiente en otros procedimientos, ya que al tratarse de requisitos diferentes que varían conforme a la naturaleza de la contratación, en ocasiones no resultaría necesario consorciarse, pues para un determinado proceso cumplen con todos los requerimientos de la entidad contratante de manera individual. Sin perjuicio de lo señalado podría servir de alerta en ciertos casos, como por ejemplo si en un procedimiento anterior con un objeto similar se presentaron de manera asociada y en un nuevo procedimiento se presentan de forma

- El oferente al que se adjudica, desiste o cede el contrato y posteriormente aparece como subcontratista<sup>81</sup>.

B) En la etapa de presentación de la documentación de las ofertas:

- Las ofertas presentan un mismo esquema de presentación con los mismos caracteres, tamaño y tipo de letra así como la distribución de documentación es similar, son redactadas de manera semejante, con igual papelería, tipografía o formatos.
- Las ofertas contienen iguales errores de tipeo, ortográficos, correcciones, tachaduras.
- Los documentos presentados por uno de los oferentes hacen alusión a las ofertas de otros competidores, utilizan el membrete, dirección<sup>82</sup>, teléfonos o fax de otro de los participantes.
- Existe coincidencias en la relación de personal que presentan distintos oferentes.
- Ofertas diferentes contienen errores de cálculo similares, o valores coincidentes o equivalentes.

C) Precio de las propuestas:

---

independiente además de que se ha evidenciado que dichos proveedores socializan constantemente o sostienen reuniones de forma frecuente pese a estar participando de manera independiente.

<sup>81</sup> Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, *Guía Práctica para Combatir la Colusión en las Licitaciones*, (Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, 2010) 13-16.

<sup>82</sup> La Superintendencia de Control de Poder del Mercado sobre la evidencia física recabada en los allanamientos realizados a los operadores económicos investigados que: “[...] El funcionamiento en una misma ubicación domiciliaria entre los operadores económicos [...] permitió que se encuentren hojas membretadas y documentación varia confundida en los expedientes de ambos operadores económicos; sin embargo, se debe dejar sentado que la ubicación continua o el uso de un mismo bien inmueble, en general, debe ir acompañado de una separación física y administrativa si se tratase de dos operadores económicos no vinculados o que efectúen sus operaciones indistintamente. Haciéndose notar que entre ambos operadores económicos no solo se trata de una ubicación domiciliaria idéntica, sino de un espacio físico compartido e indiferenciado, lo cual lleva a presumir que administrativamente los operadores económicos eran dirigidos de manera indistinta y posiblemente idéntica, recalándose dicha presunción al encontrar personal, insumos y equipo de oficina que no se hallaba diferenciado o separado.”(sic)\*. Por lo tanto una declaración en las ofertas de los proveedores podría servir para identificar prácticas anticompetitivas conforme lo demuestra el informe antes referido.

\*Ecuador, Superintendencia de Control de Poder del Mercado, Dirección Nacional de Investigación de Acuerdos y Prácticas Restrictivas, *Informe No.SCPM-IIAPMAPR-DNIAPR-020-2016 de 13 de abril de 2016 dentro del expediente signado con el número SCPM-IIAPMAPR-EXP-021-EXP-021-2015*, (Quito: Superintendencia de Control de Poder del Mercado, 2016).

- Hay un margen de precios extraño y poco racional entre las propuesta ganadora y las otras propuestas, se presentan diferencias significativas entre el precio de la oferta adjudicada y el precio de las otras propuestas.
- Algunos oferentes presentan precios bastante diferentes en los diversos procedimientos en los que participan, a pesar de que el objeto y las características de los procesos sean coincidentes, y en la misma época.
- Empresas locales y no locales determinan costos de transporte similares.
- Las propuestas de algunos oferentes presentan variaciones de precios mínimas.
- El precio de las ofertas es significativamente reducido cuando un nuevo proveedor participa en el proceso quien probablemente no participe en el acuerdo.

D) En cualquier momento del procedimiento:

- Las observaciones presentadas por la entidad contratante a las ofertas son similares o idénticas.
- Las propuestas o convalidación de errores presentadas por distintos oferentes en tiempos sucedáneos antes del cierre del procedimiento.
- Una empresa presenta su oferta y la de un competidor.
- Los oferentes se han asociado o consorciado de forma frecuente para participar en otros procesos.
- Los proveedores socializan constantemente o sostienen reuniones frecuentes.<sup>83</sup>

E) Otros indicadores que se debería tomar en cuenta en la presentación y en la adjudicación de ofertas son:

- El número de proveedores que presentan ofertas es más reducido de lo habitual, algunas empresas no participan en un proceso de contratación al que normalmente se hubieran presentado, mientras siguen participando en procedimientos de similares características ante otras entidades, por ejemplo si históricamente la entidad ha realizado procedimientos con el mismo objeto de

---

<sup>83</sup> Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, *Guía Práctica para Combatir la Colusión en las Licitaciones*, (Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, 2010) 13-16.

contratación en el que habitualmente ha existido un considerable número de participantes y en el procedimiento que realiza existe una cantidad mínima de oferentes y los requisitos y precios del mercado no han variado.<sup>84</sup>

- Presentación de ofertas por parte de varias empresas vinculadas a un mismo grupo. Si bien esta situación puede estar permitida por la normativa, pertenecer a un mismo grupo empresarial puede facilitar la coordinación de sus estrategias.<sup>85</sup>
- El proveedor que presenta la mejor oferta ante una entidad contratante es frecuentemente la misma, lo que probablemente sea debido a un acuerdo colusorio previo de reparto de mercado.<sup>86</sup>
- Una empresa que no puede cumplir el contrato presenta igualmente su oferta.<sup>87</sup>
- La oferta de un licitador es manifiestamente inaceptable.<sup>88</sup>

Una vez finalizado el procedimiento, algunos órganos encargados de la competencia como la Dirección de la Autoridad Catalana de la Competencia -ACCO de Barcelona recomiendan incorporar los datos en un documento en formato electrónico de manera que se pueda configurar una base de datos que permita identificar patrones de comportamiento recurrentes en los procesos adjudicados y que puedan constituir indicios de una posible colusión. Esta información debería estar disponible únicamente para la propia administración y tendría que contener al menos las siguientes variables: presupuesto referencial del proceso, precio del contrato adjudicado, breve descripción

---

<sup>84</sup>El artículo 191 del Código Orgánico Monetario y Financiero, al referirse al concepto de empresas vinculadas señala que: “Para efectos de esta Ley se considera empresas vinculadas al conjunto de entidades que, aunque jurídicamente independientes, presentan vínculos de tal naturaleza en su propiedad, administración, responsabilidad crediticia o resultados que hacen presumir que la actuación económica y financiera de estas empresas está guiada por los intereses comunes, o que existen riesgos financieros comunes en los créditos que se les otorgan o respecto de los valores que emitan.”(sic)\*.

\*Ecuador, *Código Orgánico Monetario y Financiero, Suplemento, Registro Oficial No. 215*, (22 de febrero de 2006), art.191.

<sup>85</sup>El artículo 191 del Código Orgánico Monetario y Financiero, al referirse al concepto de empresas vinculadas señala que: “Para efectos de esta Ley se considera empresas vinculadas al conjunto de entidades que, aunque jurídicamente independientes, presentan vínculos de tal naturaleza en su propiedad, administración, responsabilidad crediticia o resultados que hacen presumir que la actuación económica y financiera de estas empresas está guiada por los intereses comunes, o que existen riesgos financieros comunes en los créditos que se les otorgan o respecto de los valores que emitan.”(sic)\*.

\*Ecuador, *Código Orgánico Monetario y Financiero, Suplemento, Registro Oficial No. 215*, (22 de febrero de 2006), art.191.

<sup>86</sup> España, Comisión Nacional de la Competencia, *Guía sobre Contratación Pública y Competencia*, (s.l.: Comisión Nacional de la Competencia, 2008), 38.

<sup>87</sup>España, Dirección General de la ACCO, *Guía para la prevención y detección de la colusión en la contratación pública*,(Barcelona: ACCO, 2010), 25.

<sup>88</sup>Ibíd., 25.

del contrato (tipología, territorio, etc.), plazo del contrato, proveedores participantes en el procedimiento y precios ofrecidos por cada uno de ellos, adjudicatario final del contrato, identificación del procedimiento de contratación y cualquier circunstancia anómala que haya tenido lugar en el desarrollo del proceso (supresión de ofertas, presentación de ofertas con valores especialmente elevados, subcontratación, asociación o consorcio de proveedores), todo esto con el objeto no solo de facilitar la detección de conductas colusorias en un momento posterior a la finalización del procedimiento de contratación, sino que podría servir también para el diseño<sup>89</sup> de futuros procedimientos con un alcance similar.<sup>90</sup>

---

<sup>89</sup> Según la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, existen ciertas características que podrían fomentar la colusión, pues garantizan la implementación con éxito de un acuerdo, entre las que encontramos: 1) Ofertas repetitivas: Las compras repetitivas aumentan las probabilidades de coludir, toda vez que la frecuencia en la presentación de ofertas ayuda a los integrantes del acuerdo a asignar contratos entre ellos; 2) Productos o servicios idénticos o sencillos: Se produce cuando los bienes o servicios que ofertan los proveedores son idénticos o muy similares, resulta entonces mucho más fácil que las empresas lleguen a un acuerdo en torno a una estructura de precios común.\*

\* Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, *Lineamientos para Combatir la Colusión entre Oferentes en Licitaciones Públicas*, (2009), 3-4, <<http://www.oecd.org/competition/cartels/42761715.pdf>>

<sup>90</sup> Dirección General de la ACCO, *Guía para la prevención y detección de la colusión en la contratación pública*, 25-6.

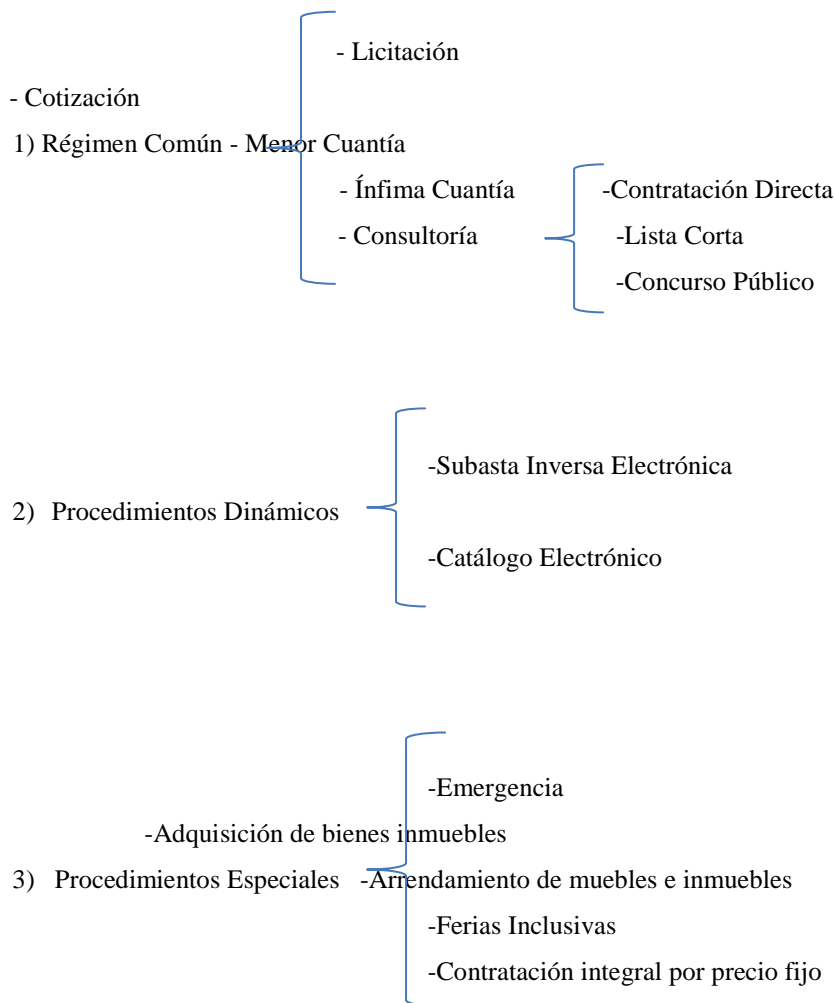


## Capítulo tres

### Como inciden los acuerdos colusorios en los procedimientos competitivos de régimen común

#### 3.1. Los procedimientos competitivos de Régimen Común previstos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

Ni la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública -LOSNC- ni su Reglamento General de aplicación establecen con claridad cuáles son los procedimientos de Régimen Común, sin embargo si especifican y detallan cuáles son los Procedimientos Dinámicos, de Régimen Especial y Procedimientos Especiales, de lo dicho se deduce que los procedimientos comunes serían todos aquellos excepto los que pertenecen a los Procedimientos Dinámicos, de Régimen Especial y a los Procedimientos Especiales, así tenemos:



- Adquisición de fármacos
  - Seguridad interna y externa del Estado
  - Actividades de comunicación social
  - Asesoría y patrocinio en materia jurídica
  - Obra artística literaria o científica
- 4) Régimen Especial-Repuestos y accesorios
- Transporte de correo internacional e interno
  - Contrato entre entidades públicas o sus subsidiarias
  - Celebrados por las instituciones del sistema financiero y de seguros
  - Los de contratación del Banco Central del Ecuador
  - Bienes y servicios únicos en el mercado

En cuanto a esta clasificación, la Codificación y Actualización de las Resoluciones del Servicio Nacional de Contratación Pública emitida mediante Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072 de 31 de agosto de 2016 y su reforma mediante Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000073 de 30 de septiembre de 2016, en varios de sus artículos clasifica del modo indicado en líneas precedentes, a los procedimientos de Contratación Pública; así podemos verificar que contiene un Título IV denominado “Procedimientos Dinámicos” y un Título V denominado “De los Procedimientos de Régimen Común”. Hago alusión a esto toda vez que varios autores nacionales consideran a los Procedimientos Dinámicos como parte del Régimen Común, sin embargo dicha Codificación en el desarrollo de su texto los distingue de manera inequívoca, separando a los procedimientos de contratación de Régimen Común y al procedimiento de Subasta Inversa Electrónica por ser un Procedimiento Dinámico<sup>91</sup>.

Ahora bien, es importante destacar que no todos los procedimientos de contratación que forman parte del Régimen Común son procedimientos competitivos,

---

<sup>91</sup>Por ejemplo el artículo 164 de la Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072, refiriéndose a los parámetros de evaluación de las ofertas señala “El presente Capítulo es aplicable a los parámetros de evaluación de las ofertas establecidos en las condiciones particulares de los modelos de pliegos de los diferentes *procedimientos de contratación de Régimen Común y Subasta Inversa Electrónica* que tienen por objeto establecer los criterios fundamentales para la determinación de la capacidad técnica, económico-financiera y/o jurídica de los participantes y sus ofertas.”. (El énfasis es mío) (sic)\*.

\*Ecuador, Servicio Nacional de Contratación Pública, *Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072* (31 de agosto de 2016): art. 164.

pues en ocasiones la normativa permite realizar una invitación directa a un proveedor sin que sea necesario propiciar un entorno de competencia entre proveedores, por ejemplo en el procedimiento de Ínfima Cuantía, el que conforme al segundo inciso del artículo 52.1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se realizará de forma directa con un proveedor seleccionado por la entidad contratante, sin que sea necesario que esté habilitado en el Registro Único de Proveedores, así también en el procedimiento de contratación directa de Consultoría; así como en el procedimiento de menor cuantía pues, éste últimose regula conforme al segundo y tercer inciso del artículo 51 de la LOSNCP:

En los casos de los numerales 1 y 3 *se podrá contratar directamente*; para el efecto, se contará con al menos tres proformas, salvo el caso de manifiesta imposibilidad.

En el caso previsto en el numeral 2 se adjudicará el contrato a un proveedor registrado en el RUP escogido por sorteo público de entre los interesados en participar en dicha contratación. (El énfasis es mío).

Concordantemente con lo antes señalado, el numeral 3 de los artículos 320 y 321 de la Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072 establecen que en menor cuantía de bienes y servicios la entidad contratante es la que selecciona directamente a un oferente de aquellos que hayan manifestado su interés; y, en menor cuantía de obras, es el sistema el que favorece a un proveedor conforme al artículo 328 ibídem, por lo que en dichos procedimientos no existe una real competencia, pues si bien en menor cuantía de obras todas las ofertas previo al sorteo público deben cumplir con requisitos mínimos (calificación cumple/no cumple) no ganará aquella oferta que presente una mejor propuesta que en este caso sería la económica, pues es un procedimiento de adhesión al presupuesto referencial.

Con base en lo expuesto se puede definir a los procedimientos competitivos de Régimen Común como aquellos procedimientos que no forman parte de los Procedimientos Dinámicos, de Régimen Especial, ni de los Procedimientos Especiales; y, que se caracterizan por permitir la concurrencia de dos o más participantes, empleando un proceso de selección de las ofertas presentadas que fue previsto en el pliego del procedimiento, con el fin de elegir aquella que cumpla con los criterios prefijados, presente las mejores condiciones y ofrezca el mejor costo o el mejor precio

de acuerdo a la naturaleza de la contratación, entiéndase como tales los procedimientos de: cotización, licitación, consultoría por lista corta y concurso público.

### **3.1.1. La incidencia de los acuerdos colusorios en los principios de la Contratación Pública**

Los principios de la Contratación Pública se constituyen en un necesario elemento unificador que aporta seguridad jurídica y lucidez en la interpretación y aplicación del Derecho de la Contratación Pública y son el fundamento de todo contrato administrativo.

El artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece que “Para la aplicación de esta Ley y de los contratos que de ella deriven, se observarán los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional.”, a estos principios enunciados por la norma en referencia añadiría el principio de confidencialidad que es un principio propio y aplicable de manera específica a varios procedimientos de Régimen Especial (sobre todo a los de Seguridad Interna y Externa, así como a los de Asesoría Jurídica y Patrocinio Jurídico) como al procedimiento de Subasta Inversa Electrónica, así el artículo 45 del Reglamento General de la LOSNCP refiriéndose a la etapa de calificación de participantes y oferta económica inicial de la Subasta Inversa en su quinto inciso señala que “Quienes intervengan en el proceso de calificación guardarán absoluta confidencialidad y asumirán las responsabilidades que se generen en el caso de que violaren dicho principio.”.

En este contexto y con el fin de analizar la incidencia de los acuerdos colusorios en los principios arriba detallados revisaremos de manera breve a que se refiere cada uno de ellos:

- *Legalidad*: Este principio implica que las actuaciones tanto de la administración pública como de los proveedores, se realicen de acuerdo al imperio de la Ley. En otras palabras el principio de legalidad es la estricta sujeción y respeto a la Ley con la que deben operar todos los actores del Sistema Nacional de Contratación Pública.<sup>92</sup> El principio de legalidad pretende sujetar las actuaciones de la

---

<sup>92</sup>Ecuador, Servicio Nacional de Contratación Pública y Superintendencia de Control de Poder del Mercado, Subdirección General de Control, Coordinación Técnica de Controversias e Intendencia de

Administración Pública y los proveedores a lo que de manera expresa reconocen las normas correspondientes, esto significaría que las mismas están supeditadas a una habilitación legal previa, sin la cual carecería de todo sustento jurídico.

- *Trato justo*: El artículo 20 del Reglamento General de la LOSNCP determina que “Los Pliegos no podrán afectar el trato igualitario que las entidades deben dar a todos los oferentes ni establecer diferencias arbitrarias entre éstos.”, por lo tanto es responsabilidad de todas las entidades contratantes brindar el mismo trato a todos los postores de un proceso por igual, sin que exista de por medio ningún tipo de distinción; garantizando que exista acceso y participación para contratar en condiciones semejantes a las de los otros participantes, quedando prohibido que existan privilegios, ventajas o prerrogativas.

Conforme al Manual de Buenas Prácticas el trato justo es el derecho que tienen todos los actores del Sistema Nacional de Contratación Pública, a que se le dé a cada quien lo que le corresponde, permitiendo establecer un equilibrio en la relación precontractual, contractual y de ejecución entre la entidad contratante y el proveedor, evitando que se perjudiquen los intereses estatales, y evitando que los servidores públicos actúen con arbitrariedad o subjetividad. Dicho principio propiciaría que la relación entre las partes se dé en términos transparentes, éticos y morales.<sup>93</sup>

- *Igualdad*: Los actores del Sistema Nacional de Contratación Pública, deben garantizar la igualdad de todos los oferentes dentro de un procedimiento de contratación, evitando cualquier conducta o actitud de carácter discriminatorio y aplicando las mismas condiciones establecidas en los pliegos, es decir no favoreciendo a unos en perjuicio de otros; respetando nuestra Constitución que manifiesta que todas las personas son iguales y gozan de los mismos derechos, deberes y oportunidades.<sup>94</sup>

- *Calidad*: La Contratación Pública debe ser una vía a través de la cual la entidad contratante garantice la calidad tanto del gasto público, al realizarse en forma eficiente y eficaz, como del objeto de contratación, al cumplir con los estándares que salvaguarden de la mejor forma posible el cumplimiento de los objetivos que persiga dicha

---

Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, *Manual de Buenas Prácticas en la Contratación Pública para el Desarrollo del Ecuador 2015*, 38.

<sup>93</sup>Ibíd., 38.

<sup>94</sup>Ibíd., 38-9.

contratación.<sup>95</sup> El principio de calidad orienta a las entidades contratantes a que los valores tanto de los bienes, obras o servicios generen un beneficio al Estado pues cumplen con el justo precio y responde a cierto tipo de estándares.

-*Vigencia tecnológica*: Los bienes, servicios u obras en relación a este principio deben reunir ciertas condiciones de calidad y modernidad tecnológica con el fin de cumplir con el propósito por el cual han sido adquiridos, por un tiempo determinado y previsible de duración (tiempo de vida útil); adicionalmente los mismos deben permitir la posibilidad de adecuarse, integrarse y repotenciarse si fuera el caso, con los avances científicos y tecnológicos<sup>96</sup>.

- *Oportunidad*: el principio de oportunidad guarda relación directa con la planificación institucional, es por ello que las entidades contratantes deben garantizar que sus procedimientos de contratación se realicen en los plazos requeridos y de forma eficiente, a efectos de cubrir sus requerimientos y cumplir las metas, objetivos y misión institucional; cumplir con el principio de oportunidad permite optimizar el gasto público pues realizar una obra, prestar un servicio o provisionar un bien a tiempo casi siempre evitará incurrir en nuevas erogaciones estatales que se pueden generar por múltiples factores, por ejemplo una obra no realizada en su momento podría comprometer otra infraestructura aledaña lo cual implicaría incurrir en gastos extras, así también una entidad que no contrata a tiempo un servicio o un bien indispensable para el desempeño de sus actividades cotidianas podría suspender su normal desempeño generando pérdidas en recursos materiales, humanos, entre otros, en ocasiones la falta de oportunidad en la compra pública podría recaer en contrataciones de último momento, sin verdaderos estudios previos que reflejen valores acordes al mercado, y que por lo contrario generaría sobreprecio para el que contrata.

-*Concurrencia*: Para el autor Roberto Dromi:

El principio jurídico de la concurrencia o no discriminación afianza la posibilidad de competencia y oposición entre los interesados en la futura contratación. A su vez, implica la prohibición para la Administración de imponer condiciones restrictivas para el acceso al concurso. Por ello, resulta inadmisibles la inclusión en los

---

<sup>95</sup>Ibíd., 89.

<sup>96</sup>Perú, Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, Subdirección de Capacitación del OSCE, “*Principio rectores de la contratación pública*”, (Lima: Subdirección de Capacitación del OSCE), 14, <[http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/cap2\\_m1\\_a.pdf](http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/cap2_m1_a.pdf)>.

pliegos de base y condiciones de cláusulas de carácter limitativo y restrictivo, pues conspiran contra la posibilidad de obtener la más amplia oportunidad de participación.<sup>97</sup>

*-Transparencia:* Se entiende por transparencia<sup>98</sup> la disponibilidad de información sobre el proceso de toma de decisiones en la contratación, lo que no solo incluye la publicidad externa del acto de contratación, sino igualmente la información que se difunde a los concursantes durante el proceso de contratación o tras ella. Garantizar un apropiado grado de transparencia a lo largo de todo el proceso de Contratación Pública es decisivo para minimizar el riesgo de corrupción y la incorrecta gestión de los fondos públicos, así como para equilibrar las condiciones para las empresas y, por ende, promover la competencia. La posibilidad de acceder a la información y la participación de los interesados en las principales etapas del proceso de contratación son esenciales para dotar de transparencia y responsabilización a la Contratación Pública<sup>99</sup>.

*- Publicidad:* En virtud de este principio, todas las actuaciones que realicen las entidades previstas en el artículo 1 de la LOSNCP dentro de los procedimientos de Contratación Pública deben ser de acceso público (con excepción de aquellos destinados para la seguridad interna y externa<sup>100</sup>, a la asesoría y patrocinio jurídico o de giro específico de negocio), por lo que conforme a dicha norma deben realizarse a través del portal institucional del SERCOP pudiendo tener acceso a los mismos de forma gratuita cualquier persona<sup>101</sup>, garantizando de esta forma la publicidad y

---

<sup>97</sup>Roberto Dromi, *Licitación Pública*, 4ta ed., (Buenos Aires: Hispana Libros, 2010), 99.

<sup>98</sup>Según la Secretaria de la OCDE el concepto de transparencia tiene cuatro aspectos principales que consisten en: 1) Proporcionar publicidad adecuada a las oportunidades de contrato; 2) garantizar la disponibilidad y el conocimiento público de las normas por las que se rigen los procedimientos de adjudicación; 3) instaurar un sistema de contratación basado en normas, limitando el poder discrecional de las autoridades de contratación; y 4) brindar la oportunidad de que las partes interesadas (entre otros, pero no solo, los proveedores interesados) cumplan las normas y puedan comprobar que se han respetado.

<sup>99</sup>Banco Interamericano de Desarrollo y Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, “Foro Latinoamericano de Competencia Sesión III –Mejorando la eficacia en las licitaciones públicas: combatiendo la colusión y la corrupción”, (foro, Santo Domingo, República Dominicana, 18-19 de septiembre de 2012), 9.

<sup>100</sup>El Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en su artículo 87 señala “Confidencialidad.- Al tratarse de un procedimiento precontractual de bienes, obras y servicios destinados para la Seguridad Interna y Externa, su trámite debe ser llevado con absoluta confidencialidad y reserva, por tanto no será publicado en el Portal [www.compraspublicas.gob.ec](http://www.compraspublicas.gob.ec).”(sic)\*.

\*Ecuador, *Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, en *Suplemento, Registro Oficial No. 588* (12 de mayo de 2009), art. 87.

<sup>101</sup>El artículo 148 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública señala respecto al carácter de la información que “La información que conste en el

transparencia de las contrataciones y permitiendo que cualquier persona ejerza control social respecto de las actuaciones de las entidades contratantes.

*-Participación Nacional:* Este principio establece una “excepcionalidad” al trato igualitario previsto en la LOSNCP, pues pretende favorecer la producción nacional frente a la extranjera, la propia Constitución señala en su artículo 288 “Las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social. *Se priorizarán los productos y servicios nacionales*, en particular los provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades” (el énfasis es mío); concordantemente el artículo 9 de la LOSNCP contempla en el numeral 4 como uno de los objetivos prioritarios del Estado el “Convertir la Contratación Pública en un elemento dinamizador de la producción nacional;”, de su parte el último inciso del artículo 20 del Reglamento General de la LOSNCP prevé que en los pliegos no podrán exigirse: “...especificaciones, condicionamientos o requerimientos técnicos que no pueda cumplir la industria nacional, salvo justificación funcional.”.

En procura de propiciar este principio se han creado figuras como el Valor Agregado Ecuatoriano (para bienes y servicios) y la Desagregación Tecnológica (para obras), que conforme a los artículos 70 y 71 y el numeral 73 del artículo 2 de la Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072 contemplan:

*Art. 70.-Ofertasecuatorianasde bienesoservicios.-Para queunaofertaseaconsiderada ecuatoriana el Valor Agregado Ecuatoriano de la misma deberá ser igual o superior al umbral del Valor Agregado Ecuatoriano del procedimiento de Contratación Pública, publicado por la entidad contratante conforme lo establecido por el Sistema Oficial de Contratación del Estado –SOCE.*

*Art. 71.-Ofertasecuatorianasdeobras.-Unaofertaenunaobrasedeconsiderarácomo ecuatoriana cuando cumpla el porcentaje de Valor Agregado Ecuatoriano mínimo de los Estudios de Desagregación Tecnológica aprobados por la entidad contratante, conforme lo establecido por el Sistema Oficial de Contratación del Estado-SOCE.*

*Art. 2. Núm. 73.- Umbral de Valor Agregado Ecuatoriano del procedimiento de Contratación Pública.-Es el porcentaje que se obtiene de la relación entre el consumo intermedio de componentes nacional respecto al valor de la producción a precios básicos de la Matriz Insumo Producto. Las compras de bienes y/o*

---

Portal [www.compraspublicas.gob.ec](http://www.compraspublicas.gob.ec) relacionada con los contratos, proveedores y entidades contratantes es pública y gratuita, a la que podrá acceder cualquier persona.”\*.

\*Ecuador, *Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, en *Suplemento, Registro Oficial No. 588* (12 de mayo de 2009), art. 148.



servicios que utilizan las empresas como insumos para generar sus productos denominados consumo intermedio. Este porcentaje constituye como el valor mínimo, en dólares generados dentro del territorio ecuatoriano, que un producto ofertado al Estado debe cumplir y acreditar para acceder a preferencias por producción nacional, como lo detalla la presente Codificación.

*-Confidencialidad:*

- en la Subasta Inversa Electrónica: este principio pretende que las entidades contratantes no divulguen información relativa a los proveedores participantes de un procedimiento previo a la etapa de puja, es decir este principio únicamente se refiere a mantener en reserva la identidad de los proponentes pues dicho contenido podría ser usado para falsear la competencia y no participar de manera independiente en la puja; en todo caso es importante señalar que posteriormente a la etapa de puja toda la información se tornará pública y estará sujeta a los principios de publicidad y transparencia.

- en procedimientos de régimen especial como el de Seguridad Interna o Externa, de Asesoría y Patrocinio Jurídico o algunos de Giro Específico de Negocio: hay varios tramos del proceso que están sujetos al régimen de confidencialidad, no necesariamente o exclusivamente por temas de competencia, sino por objetos de contratación sensibles, por temas de interés nacional o de estrategia empresarial, entre otros.

Una vez que tenemos claro a que se refiere cada principio previsto en la LOSNCP y en su Reglamento General es necesario hacer un análisis en torno a la incidencia de los acuerdos colusorios en cada uno de ellos.

En cuanto al principio de *legalidad* los propios pliegos de los procedimientos de contratación emitidos por el SERCOP en el numeral 1.1 del Formulario de la oferta “PRESENTACIÓN Y COMPROMISO” establecen el acuerdo por parte de los proveedores participantes de realizar su oferta de forma independiente y sin conexión abierta u oculta con otra u otras personas, compañías o grupos participantes en este procedimiento. Adicionalmente con Resolución No. R.E.-SERCOP-2017-0000075 de 1 de marzo de 2017 se introducen algunas reformas a la Resolución No. RE-SERCOP-2016-000072 de 31 de agosto de 2017 mediante la cual se expidió la Codificación y actualización de las resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación, entre las que se incluye dentro del Título II “Normas Relativas a la participación en los procedimientos precontractuales”, Sección I “Normas relacionadas con la calificación

de proveedores y con la prohibición de ceder las obligaciones derivadas de contratos regidos por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en los procedimientos”, una disposición referente a la presentación de ofertas en cumplimiento de los principios y objetivos del Sistema Nacional de Contratación Pública que en resumen establece la descalificación automática de las ofertas cuando se identifique la existencia de vinculación o conexiones con otras ofertas, personas, compañías o grupos participantes en un proceso de contratación, por lo tanto si bien ni la LOSNCP ni su Reglamento General establecen en sus artículos algún precepto detallado respecto a la prohibición y sanción de los acuerdos colusorios, los pliegos precontractuales y el artículo 64.2 de la Codificación del SERCOP lo suplirían por lo que cualquier práctica colusoria vulneraría el principio de legalidad por encontrarse previsto en los pliegos y normativa emitida por el Servicio Nacional de Contratación Pública.

En cuanto a los principios de *trato justo e igualdad* estos se verían gravemente comprometidos en el caso de que en el acuerdo colusorio intervengan uno o varios servidores públicos de la entidad que se encuentran realizando el procedimiento pues podría generar un sesgo de favoritismo hacia ciertos participantes, produciéndose en ocasiones fuga de información y proporcionándoles información privilegiada por citar un ejemplo, vulnerando así el principio de trato justo. Otro ejemplo podría darse también cuando las entidades direccionan los procedimientos para ciertos proveedores pues incluyen condiciones restrictivas o excluyentes hacia una real concurrencia con el fin de favorecer a un solo oferente o a un grupo de ellos con la finalidad de que se les adjudiquen contratos frecuentemente, sin que se permita abrir a la competencia el mercado de bienes, obras y servicios y controlar la imparcialidad en los procedimientos. Adicionalmente habrá de considerarse que los principios de igualdad y trato justo permitirían realizar comparaciones objetivas entre las ofertas, por lo tanto exigirían que no se traten diferentes situaciones que son comparables, así tenemos que en la fase de convalidación de errores se califiquen las ofertas de manera imparcial, sin dejar por fuera aquellos proveedores que pueden presentar errores subsanables similares a otros oferentes con los que se pudo haber coludido, pues cuando una entidad contratante toma en consideración una modificación introducida en las ofertas iniciales de un solo participante, éste gozará de una ventaja sobre sus competidores, lo que vulnera los principios de igualdad y trato justo hacia los proveedores y menoscabaría la

transparencia del procedimiento. En los procedimientos de Contratación Pública deben quedar por fuera tanto las discriminaciones ostensibles como las encubiertas.

Por otro lado quizá entre los principios a los que afectarían mayormente los acuerdos colusorios estén los de *transparencia* y *publicidad*, pues los procedimientos deben permitir, a cualquier proveedor, tener acceso a la información adecuada sobre un contrato antes de su adjudicación inclusive aquellos recién llegados al mercado, de modo que, si así lo desean, estén en condiciones de participar en el mismo. La relación entre la transparencia y los acuerdos colusorios consiste en que a través de ésta se fomenta la competencia, ya que solamente difundiendo de forma transparente el procedimiento de contratación, características y requisitos, los proveedores podrán valorar sus oportunidades de participar y competir. De forma complementaria este principio permite controlar las decisiones de las entidades contratantes atenuando su discrecionalidad, pues los interesados podrán examinar las decisiones y los resultados del proceso, lo que contribuye a generar responsabilidades.

Existe un límite importante a considerar respecto a la transparencia que se encuentra atado al principio de la *confidencialidad* para el procedimiento de Subasta Inversa Electrónica, pero también aplicable a los procedimientos en general, pues en ocasiones la transparencia “extrema” en un procedimiento podría incrementar la incidencia de acuerdos colusorios principalmente si se suscita la divulgación innecesaria de información comercialmente delicada que propicie concertar estrategias entre los proveedores, generando el establecimiento de cárteles colusorios.

En el caso de la Subasta Inversa Electrónica, a mi criterio, el hecho de que se haga pública la identidad de los participantes y el importe de las ofertas permitiría concertar más eficazmente, ya que dicha información facilita generar acuerdos entre los proveedores previo a la puja o detectar posibles desviaciones en el acuerdo pactado previamente, facilitando el control de lo pactado, por ello y con el objetivo de evitar que los proveedores participantes conozcan la identidad de sus competidores dentro de la etapa de convalidación de errores se estableció con Resolución No. RE-INCOP-2013-0000091 de 17 de julio de 2013, actualmente derogada e incorporada en el artículo 156 de la Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072 de 31 de agosto de 2016, la obligatoriedad de que las entidades contratantes convoquen en un mismo día pero en diferentes horas a los oferentes a fin de que realicen por separado la

convalidación de errores; asimismo el segundo inciso del artículo 273 de la norma en referencia señala que “Durante el desarrollo de la puja, el Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública, alertará a los oferentes el valor de su oferta es no el más bajo en ese momento, *sin que se conozca la identidad y las posturas económicas de los demás oferentes que se encuentran participando en la misma.*” (Énfasis añadido). Desde mi punto de vista el conocimiento de las posturas económicas de otros participantes en la Subasta podría impactar en el precio de la mismas, pues los oferentes podrían convenir su coordinación en la puja para que la entidad contratante termine pagando más de lo debido o en su defecto podrían concertar limitar sus ofertas económicas y sus pujas con la finalidad de que uno de los participantes del acuerdo colusorio sea el que consiga la mejor postura y resulte adjudicado. Se podría decir que esta otra arista del principio de transparencia que debe ser considerada por las entidades contratantes pues en ocasiones entre menos información se proporcione sobre el procedimiento, siempre que no resulte restrictivo obviamente, más difícil será lograr manipular las ofertas.

Es evidente que la *calidad* de los bienes, servicios u obras podría resultar menoscabada sino se garantiza un espacio propicio para que los agentes económicos en competencia provean los mejores productos o servicios en la relación precio-calidad. Los acuerdos colusorios consisten en varias ocasiones en que los proponentes se ponen de acuerdo para elevar los precios pero también en disminuir la calidad de los productos o servicios a ser proveídos, pues la colusión no permite mejorar ni tratar de dar una opción, y así las entidades contratantes se ven afectas al no tener alternativas de elección, más aún el interés público que genera la necesidad de la compra. En aquellos casos en los que los proveedores tienen un alto poder de impacto en el mercado tienen la facultad de fijar no solo los precios sino también las condiciones comerciales y de calidad desfavorables de los bienes, obras o servicios; la posibilidad de que las entidades dispongan de varias alternativas condiciona el comportamiento de los proveedores, pues si ofrece condiciones menos favorecedoras que el resto de participantes se podrá optar por la mejor oferta.

Frente a una real competencia, los proveedores se ven en la obligación de moderar sus precios, mejorar la calidad de sus productos y prestar un mejor servicio.

La *vigencia tecnológica* se encontraría atada en parte a lo señalado respecto al principio de calidad, pues a mi criterio se encuentra dentro de las condiciones de calidad de un bien, por lo tanto si los acuerdos colusorios restringen las opciones de mercado para la adquisición de bienes por parte de la Administración Pública es posible que no se adquieran los equipos más óptimos, actuales o idóneos o se adquieran unos de peor calidad que cuando no hay colusión.

El principio de *oportunidad* aseguraría que mediante un procedimiento específico, las entidades contratantes garanticen que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, logrando el mayor grado de eficiencia en las adquisiciones efectuadas por el Estado, para efectos de una inmediata prestación de servicios públicos. Este principio debe ir ligado a la planificación institucional de las entidades sin embargo en la práctica sabemos que en ocasiones este ideal de realizar las compras en el momento oportuno y con la debida anticipación no siempre ocurre, sucede entonces que las instituciones en ocasiones realizan sus compras sin realizar de manera eficiente un buen uso de los recursos públicos pero sobre todo cumpliendo su deber imperativo de ejecutar las contrataciones bajo criterios de selección objetiva, pues existe la obligación de escoger la propuesta más favorable.

Así que, en estos casos se estará en presencia de pliegos con plazos inejecutables, definición que no solo resulta trascendente para efectos de una inmediata y eficiente prestación de un servicio, ejecución de una obra o entrega de un bien, sino también para precisar el valor real de aquellas cosas que serán objetos del contrato; o por el contrario nos veremos frente a pliegos con características propias de una marca que provee un solo agente económico con quien ya se habría pactado de forma previa frente a la premura del tiempo, por ejemplo en el caso de que una entidad requiera adquirir bienes tecnológicos para mejorar o ampliar su infraestructura, misma que admitiría, en cuanto a compatibilidad, una diversidad de marcas, sin embargo y por la necesidad de la entidad de adquirir dichos bienes en el menor tiempo posible y asegurar una adjudicación, al haber trabajado en ocasiones anteriores con un proveedor determinado y con el objeto de no correr “riesgos” durante la ejecución contractual que pudieran retardarla, deciden establecer en el pliego del procedimiento especificaciones o condiciones direccionadas a una marca puntual, dejando por fuera a proveedores que comercializan otro tipo marcas que bien podrían ser empleadas por la entidad.

Los pliegos de los procedimientos de contratación deben contener no solo parámetros técnicos, presupuestales, de mercado y jurídicos sino también parámetros de oportunidad en la compra, los mismos que deben ser observados previamente por los servidores para cumplir con la planificación institucional, pues se trata de exigencias que deben materializarse con la debida antelación a la publicación de los procesos de Contratación Pública, para lo cual resulta indispensable contar con el tiempo suficiente para elaborar previamente los estudios, basados en un análisis suficiente, serio y sobre todo completo para iniciar un procedimiento, estos estudios entre otros aspectos relevantes serán tendientes a identificar las opciones para satisfacer una necesidad existente, la calidad, cantidad, condiciones y demás características que deben cumplir los bienes, obras o servicios, los valores, costos y alternativas que a un valor real de mercado podría demandar la ejecución de los contratos que posteriormente se deriven, la existencia y disponibilidad en el mercado nacional o de ser el caso internacional de proveedores.

Sobre la base de lo señalado la falta de planificación podría afectar seriamente la participación de algunos proveedores, facilitar acuerdos colusorios entre otros, y en ocasiones frente a la desesperación por la ejecución de un proceso tardío los acuerdos entre servidores y proveedores a efectos de que estos últimos sean los que resulten adjudicados. Los procedimientos de contratación no deben ser el resultado de una improvisación, sino deben ser el fruto de tareas programadas y preconcebidas.

Desde otra perspectiva en cuanto al principio de oportunidad cabe señalar que en el caso de que durante la ejecución de un procedimiento de contratación sea necesario investigar más en cuanto a la presunción de una posible práctica colusoria por parte de los proveedores participantes, la entidad se vería en la obligación de suspender el procedimiento hasta que se obtenga algún resultado y con el fin de no vulnerar ningún derecho de los participantes, por ejemplo posponiendo la adjudicación; lo que consecuentemente comprometerá los intereses y misión institucional generando como resultado la imposibilidad de prestar los servicios, proveer los bienes o ejecutar una obra de forma oportuna. Inclusive se ha dado casos en que otros proveedores participantes son los que presentan reclamos ante el SERCOP a través de los cuales denuncian estas malas prácticas y las entidades se ven obligadas a dar trámite a

dichos reclamos, para ello deben suspender el procedimiento conforme al artículo 102 de la LOSNCP.

La *participación nacional* se puede ver lesionada si existe de por medio acuerdos colusorios que restrinjan las ofertas nacionales y generan la adjudicación no solo a proveedores extranjeros sino inclusive a proveedores nacionales con productos importados o con componentes que en su mayoría son del exterior y no se produjeron en el país.

Finalmente el principio de *conurrencia* al pretender garantizar el mayor número posible de postulantes en un procedimiento de Contratación Pública, resultaría seriamente comprometido si a través de un acuerdo colusorio se restringe la participación de proponentes generando inclusive que no sea posible la contienda entre proveedores en los procedimientos de Contratación Pública, misma que no puede existir si sólo se presenta un solo participante o ninguno, esto podría ocurrir por ejemplo en el caso de un acuerdo colusorio entre un proveedor y la entidad contratante en el cual se comprometa esta última a elaborar los pliegos de modo que los mismos se encuentren direccionados a un solo oferente, por lo tanto el principio de concurrencia implica la ausencia de acuerdos entre proveedores o entre proveedores y entidades contratantes para propiciar el triunfo de alguno en particular, o para que quien resulte adjudicado obtenga una utilidad desmesurada. Cabe señalar que este principio no se encuentra únicamente en los procedimientos competitivos, pudiendo ser vulnerado también en las contrataciones o invitaciones directas, con base en la exclusión de un número indeterminado de potenciales proveedores interesados a quienes no se realiza invitación alguna.

### **3.1.2. La incidencia de los acuerdos colusorios en los procedimientos competitivos de Régimen Común previstos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación**

Somos conscientes de que los acuerdos colusorios vulneran de manera directa el derecho de competencia, sin embargo en Contratación Pública esta clase de concertaciones violentan también sus principios rectores como ya se analizó; la aplicabilidad de una sanción administrativa como resultado de la determinación de un acuerdo colusorio en el ámbito de la Contratación Pública no es el objeto de este apartado por lo que será analizado con detenimiento en lo posterior, sin embargo lo que

reflexionaré a continuación es el cómo afectan los acuerdos colusorios a los procedimientos competitivos de Régimen Común.

Si una entidad contratante se encuentra realizando un procedimiento competitivo podría suceder que durante el desarrollo del mismo y en sus distintas etapas se presenten actos o hechos irregulares que les permitan presumir la existencia de un acuerdo colusorio, en este caso las entidades contratantes al no ser competentes para determinar su existencia se encontrarán llamadas a correr traslado de dichas presunciones a la Superintendencia de Control del Poder del Mercado, único organismo que cuenta con atribuciones para realizar investigaciones de este tipo y resolver su existencia.

Ahora bien, mientras la Superintendencia efectúa el proceso de investigación ¿Qué pasa con los procedimientos de contratación que realizan las entidades contratantes?, ante este cuestionamiento considero que como primer punto las entidades podrían ver comprometidas las fechas programadas en el cronograma de ejecución del proceso o el plazo del contrato, pues en el primer caso deberán tomar la decisión de seguir con el proceso, suspenderlo o en su defecto declararlo desierto; el continuar con el proceso que a su vez implicaría dos posibilidades: a) que en el transcurso del mismo los proveedores que se creía intervienen en una concertación sean descalificados por errores no susceptibles de convalidación o inclusive si superan los mismos exista una oferta mejor que resulte siendo la ganadora o b) que no existan errores en su oferta, la misma supere la etapa de calificación de las ofertas y que con base en su propuesta venza a las demás propuestas presentadas resultando ganadora, al respecto en el caso planteado en el literal a) sino pasa/n la/s oferta/s que presuntamente colude/n solo restaría esperar el pronunciamiento de la Superintendencia sin que afecte de manera directa la gestión de las entidades contratantes, pero si la oferta que se presume participa en un acuerdo colusorio resulta ganadora entonces corresponderá a la máxima autoridad institucional o su delegado tomar la decisión de adjudicar el contrato o en su defecto declarar desierto el procedimiento.

La causal de declaratoria de desierto en un procedimiento de contratación que quizá podría emplear como último recurso la entidad contratante es la contenida en el literal c) del artículo 33 de la LOSNCP, es decir “Por considerarse inconvenientes para los intereses nacionales o institucionales todas las ofertas o la única presentada. La



declaratoria de inconveniencia deberá estar sustentada en razones económicas, técnicas o jurídicas;”, ahora bien el literal d) de la norma ibídem señala que incluso una vez adjudicado podría declararse desierto el procedimiento si se encontrare por parte de la entidad contratante inconsistencia, simulación o inexactitud en la información presentada por el adjudicatario, y si no existen otras ofertas calificadas que convengan técnica y económicamente a los intereses nacionales o institucionales, sin embargo habría que valorar si dentro de la oferta presentada por el adjudicado que coludió se ha incurrido efectivamente en inconsistencia, simulación o inexactitud lo cual no siempre ocurre, de hecho lo que ha ocurrido en ciertos casos es que de conformidad con lo remitido por los participantes se ha logrado detectar que mantienen un tipo de nexo o conexión por ejemplo: declaran el mismo lugar de domicilio, firma el mismo representante legal, presentan su propuesta con los mismos errores de tipeo o en hojas membretadas de otra empresa participante. Finalmente la causal de declaratoria de procedimiento desierto por no celebrarse el contrato por causas imputables al adjudicatario, siempre que no sea posible adjudicar el contrato a otro oferente, no resultaría aplicable pues incluso tras ser declarado como autor de un acuerdo colusorio por la Superintendencia de Control del Poder del Mercado no se encontraría impedido de suscribir el contrato pues no existe norma que se pueda invocar para alegar un impedimento para ello.

Por todo lo antes señalado podemos concluir como un primer punto que los acuerdos colusorios obstaculizan el desenvolvimiento normal de los procedimientos de Contratación Pública pues ocasionan en algunos casos un retraso innecesario, generando afectación a la planificación institucional ya que podría alterar el cronograma del procedimiento; y, esto ocurre no solo en la fase pre contractual, sino que puede ocurrir también en la fase contractual, es decir que una vez suscrito el contrato se llegue a identificar la posible existencia de un acuerdo colusorio previo, en este caso la entidad deberá tomar la decisión de si suspende el procedimiento mientras la Superintendencia de Control de Poder del Mercado resuelve, a efectos de que en el caso de que sea culpable el contratista se pueda dar por terminado el contrato invocado el contenido del número 3 del numeral 1.1 del Formulario de la oferta “PRESENTACIÓN Y COMPROMISO” en la que declaró que su oferta la hacía sin haber incurrido en este tipo de prácticas o continúa con la normal ejecución del contrato. Respecto del primer

punto es preciso señalar que la propia LOSNCP en su artículo 96 establece que el contratista podrá demandar la resolución del contrato por la suspensión de los trabajos por más de sesenta (60) días, dispuestos por la entidad sin que medie fuerza mayor o caso fortuito, en ese sentido cabría señalar que a mi criterio suspender un procedimiento hasta que resuelva la Superintendencia no entraría dentro de la definición que nos da el artículo 30 del Código Civil sobre la fuerza mayor o caso fortuito, esto es que, “Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”<sup>102</sup>.

Ahora bien este retardo que generan los acuerdos colusorios en la compra pública podría a la par inducir a la entidad que incurra en nuevos gastos, que haga adquisiciones temporales para solventar los requerimientos que no se han podido cubrir, pues el proceso en el que se investiga la colusión no logró culminar, esto implica emplear recursos no solo económicos sino humanos también. Si se llegare a tener una respuesta oportuna por parte del organismo competente en el que se declare que efectivamente hubo colusión y si la entidad teniendo esta resolución decide terminar unilateralmente el contrato, deberá iniciar -si la necesidad persiste- un nuevo procedimiento que aún si aplicase una contratación directa por terminación unilateral, no le obvia de generar informes, liquidaciones, liberar la partida empleada si no se cuenta con recursos adicionales, etc., todo lo cual, le podría demandar un tiempo considerable.

### **3.1.3. La incidencia de los acuerdos colusorios en la libre competencia de los proveedores**

El grado de afectación que los acuerdos colusorios pueden generar radica básicamente en la distorsión del mercado y las relaciones económicas, pues las prácticas colusorias alteran el funcionamiento concurrencial del mercado. La restricción de la competencia de los proveedores debe ser entendida en un sentido económico, pues se considera que tal restricción existe cuando dentro de un mercado determinado se despoja a los consumidores de los beneficios de una sana competencia, eficaz en términos de provisión o precios sin que ocurra de por medio ninguna posición de dominio en el mercado, sin que se hayan generado barreras de entrada, impedido el

---

<sup>102</sup> Ecuador, *Código Civil, Suplemento, Registro Oficial No. 46* (24 de junio de 2005), art. 30.

acceso a la demanda o dejado de lado a otros proveedores; para aquellos proveedores que no cuentan con una fuerte solvencia económica puede ocasionar la imposibilidad de incrementar sus ingresos con base en una sana competencia, sin embargo la incidencia de dichas prácticas en el ámbito de la Contratación Pública perjudicanal Estado, pues afectan a sus fines, recursos y en general al bien común ya que fomentan el incremento en el costo social que se impone a los consumidores que somos todo el conglomerado social.

Por otro lado la imposibilidad de concursar en los procedimientos de Contratación Pública de forma transparente -me refiero estrictamente a los procedimientos competitivos, cuando existen de por medio actuaciones anticompetitivas a nivel del mercado- merma el número de proveedores del Estado, lo que consecuentemente afecta la calidad de los bienes, obras o servicios que se contratan e incrementa de forma automática su costo.

La afectación que los acuerdos colusorios producen en los procedimientos de Contratación Pública va mucho más allá de la rivalidad porque ésta constituye por sí misma un factor de crecimiento económico; autores como Felipe Serrano sostienen que la competencia entre oferentes en una licitación pública o la ausencia de ella inciden directamente en el crecimiento productivo de un país, señala además que aquellas naciones en donde existe una fuerte competencia tienen un crecimiento económico sostenido más elevado que aquellas en las que la rivalidad local es débil, pues la competencia local genera innovación y la innovación (no solo refiriéndose a productos nuevos, sino también procesos y métodos de administración) es el factor determinante para el crecimiento sostenido, según dicho autor la innovación le da a los productos y servicios valor exponencial para los consumidores y reduce su costo de fabricación:

...la prevención y represión de prácticas comerciales restrictivas, entre las cuales se encuentran aquellas que impiden la adjudicación de contratos estatales en condiciones de competencia, tienen un efecto directo sobre el crecimiento productivo del país. Se puede afirmar incluso que la pérdida en eficiencia que produce la adjudicación de un contrato estatal permeado por colusión o por corrupción tiende a ser mayor que la pérdida derivada de la colusión que se produce en transacciones privadas. Esto porque el bien o servicio objeto de un contrato estatal normalmente impacta la mayoría de los sectores en la economía, en especial cuando está relacionado con proyectos de infraestructura. Así, por ejemplo, la adjudicación de una obra de infraestructura vial que resulta de una colusión o de actos de corrupción no solo afecta el mercado de obras civiles, sino también todas aquellas empresas que utilizan la infraestructura vial para distribuir, importar o exportar sus bienes o servicios.

[...]La actuación oportuna de la autoridad de competencia para evitar la ocurrencia de prácticas comerciales restrictivas en la Contratación Pública es, por consiguiente, un factor determinante en el crecimiento económico y la competitividad nacional.<sup>103</sup>

Los acuerdos colusorios en sí, representan el malogro de los fines de la contratación cuando se generan al hilo de la adjudicación de los contratos administrativos, pues la Contratación Pública pretende que los bienes, servicios u obras que se contratan sean adquiridos de la manera más eficiente posible y que el proveedor adjudicado sea quien en términos de legalidad y oportunidad haya presentado la mejor oferta; por lo tanto y si no se llega a detectar el ilícito colusorio previo a la adjudicación y suscripción del contrato, estos fines estarían seriamente comprometidos.

Es importante considerar también que la Contratación Pública constituye un elemento de la política socio-laboral de las naciones, ya que estimula las oportunidades de generación de empleo, por lo tanto la elaboración de las bases de los procedimientos deben propender a brindar acceso a todos proveedores en condiciones de igualdad, sin ningún tipo de discriminación y sin que se incorporen exigencias de carácter técnico sin motivación que afectan la competencia y oportunidad de concurrencia de ofertas, esto ocurre generalmente cuando coluden con los propios servidores que laboran en la entidades que efectúan los procesos; por otro lado debo señalar que los proveedores se ven afectados doblemente con esta clase de conducta, la primera forma de incidencia radica en su imposibilidad de participar en un procedimiento de contratación en una competencia sana, la segunda como contribuyentes cuando se afecta el erario público con sobrepagos en la compra pública.

Con base a todo lo antes expuesto es importante considerar que la colusión entendida como otra de las formas de corrupción en la Contratación Pública puede generar en los proveedores del Estado y en la ciudadanía en general una disminución de la confianza general en la Administración Pública y en el mercado, debilitando el desarrollo económico de un país. Además de que, la colusión y la corrupción van

---

<sup>103</sup> Felipe Serrano-Pinilla, "El derecho de la competencia como mecanismo para garantizar rivalidad en las licitaciones públicas e impulsar el crecimiento económico", 19 *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, N° 147-182, (2011): 151-2, 155-6.

asociadas a menudo con otros delitos, tales como lavado de activos, fraude contable, la evasión fiscal y la extorsión.<sup>104</sup>

El dinero perdido por la subversión del proceso de contratación pública representa un despilfarro de fondos públicos. Las pérdidas resultantes en términos de infraestructura y servicios públicos, ya sea en calidad o variedad, suelen pesar más directamente sobre las personas más necesitadas de la sociedad, que dependen en mucha mayor medida de los servicios públicos. La existencia de colusión en la contratación pública puede mermar la confianza en el proceso competitivo y debilitar los beneficios que reporta un mercado competitivo.

Además, la distorsión del proceso de contratación pública perjudica a la democracia y la solidez de la gobernanza pública y reprime la inversión y el desarrollo económico. De ahí que las deficiencias de la contratación pública repercutan en la economía en su conjunto con una intensidad que no se registra en el caso de la contratación privada.<sup>105</sup>

De lo antes señalado se deduce que esta falta de confianza que se genera respecto de la Administración podría traducirse en un momento determinado en el desinterés por parte de los oferentes de ser proveedores del Estado e influir de manera determinante en el número de licitadores que se presentan en los procedimientos competitivos, eliminando la posibilidad de que se amplíe y diversifique el abanico de participación, más aún si se considera que no solo las grandes empresas privadas sino inclusive una persona natural elaboran sistemas propios para presentarse en los procedimientos empleando una buena parte de sus recursos tanto de tiempo como humanos y económicos, para ello en ocasiones incurre en la adquisición de bienes o contratación de personal que conozca de la materia sin dejar de lado los costos propios de la prestación de sus servicios que van desde el suministro eléctrico hasta el suministro de materiales. Por ende la poca concurrencia de competidores significativos en el mercado que no intervengan en acuerdos de tipo colusorio terminaría por eliminar la posibilidad de contar con un elemento desestabilizador entre los concursantes que coluden, por lo que bien podrían los participantes subir los precios de manera significativa y quienes requieren los bienes, obras o servicios no podrán encontrar alternativas viables de abastecimiento en empresas que actúan de forma competitiva.

---

<sup>104</sup> Banco Interamericano de Desarrollo y Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, “Foro Latinoamericano de Competencia Sesión III –Mejorando la eficacia en las licitaciones públicas: combatiendo la colusión y la corrupción”, (foro, Santo Domingo, República Dominicana, 18-19 de septiembre de 2012), 2.

<sup>105</sup> *Ibíd.*, 6.

Lo que resultaría aún más grave a lo antes acotado sería el hecho de que los proveedores que conscientes de que si sus ofertas son presentadas de manera independiente tienen pocas o nulas posibilidades de ganar y ser adjudicados terminen por caer en este tipo de prácticas a efectos de que sus ofertas no sean descartadas, lo que eliminaría por completo la rivalidad o más bien la necesaria competencia entre las empresas, elemento que como ya se analizó resulta trascendental para obtener los mejores resultados dentro de un procedimiento de contratación pública.

### **3.2.2. Sanciones administrativas en el ámbito de la Contratación Pública**

De conformidad con la Guía Práctica para la aplicación de la Decisión 608 “Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina”<sup>106</sup>, la actividad probatoria de las prácticas restrictivas a la libre competencia se basa en indicios o en presunciones pues quienes participan en estas conductas no dejan por escrito los acuerdos a los que llegan, a la par que, las pruebas directas o todo rastro que demuestren su comportamiento coordinado, son eliminadas. Por otro lado las pruebas a ser presentadas por quienes acusan el ilícito se resumen en cualquier tipo de documentos que describan el compromiso colectivo sobre una conducta prohibida por la norma como por ejemplo: actas de directorios, actas de asambleas de socios, actas de juntas de accionistas, informes, correspondencias o documentos entre las empresas, testimonio de funcionarios de las empresas involucradas, etc.

Ahora bien para poder establecer que una conducta es anticompetitiva se deberá valorar si produce un efecto real, es decir analizar si generó una consecuencia anticompetitiva en relación a las circunstancias que cada caso en específico presenta. El mismo instrumento señala que por ejemplo aquellos acuerdos que pretenden elevar estándares de calidad de un producto o intercambio de información entre agentes económicos a través de sus asociaciones o gremios no siempre incurren en violación a la competencia, siempre que no se empleen para establecer de manera conjunta los precios de dichos productos, o condiciones de comercialización, repartición del mercado, limitar la competencia, coordinar posturas, abstenciones o resultados en procedimientos de contratación, por ello el investigado deberá propender a comprobar que por ejemplo es transparente el intercambio de la información pues la misma es de

---

<sup>106</sup> Comunidad Andina, Comisión de la Comunidad Andina, *Decisión 608 Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina*, 21 de marzo de 2005.

conocimiento público o al menos para aquellos que tienen interés en ella, que en la práctica no tiene efectos anticompetitivos.<sup>107</sup>

Dentro de la LOSNCP y su Reglamento General no existe una sanción específica si el órgano de control respectivo, refiriéndome a la Superintendencia de Control del Poder del Mercado, llegase a determinar que dentro de un procedimiento de Contratación Pública se perpetró un acuerdo colusorio, sin embargo es importante considerar con base al análisis de las normas referidas que en ellas no se establece de manera clara cuáles son todas las sanciones que se podrían aplicar a los proveedores en materia de contratación pública, pues a más de las previstas en el artículo 106, existen otro tipo de sanciones que se encuentran plasmadas en los distintos artículos de la LOSNCP, por ejemplo la suspensión por 3 o 5 años en caso de declaratoria de adjudicatario fallido o contratista incumplido, en su orden, la cual no se haya incorporada en el Título VI “De las infracciones y sanciones” de la LOSNCP, no obstante la misma se refiere a éstas como sanciones, de lo que se puede colegir que las sanciones en el ámbito de la contratación pública se traducen en la suspensión en el RUP por un lapso de tiempo determinado.

En esta línea de ideas cabe hacer un análisis del contenido de los modelos de pliegos emitidos por el SERCOP y referirme de manera concreta al numeral 1.1 “PRESENTACIÓN Y COMPROMISO”<sup>108</sup> del formulario de la oferta, documento

---

<sup>107</sup>Comunidad Andina, Secretaría General de la Comunidad Andina, “Guía práctica para la aplicación de la Decisión 608 Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina”, SG/dt 396 (23 de octubre de 2007), 11.

<sup>108</sup>Los autores Antonio López Miño y Patricia Valcárcel, señalan que las funciones principales del compromiso son la informativa y la disuasoria. La primera opera en el procedimiento de contratación. En todos los casos, pero más en aquéllos de relativización de la competencia (mercados locales, escasas empresas participantes, predominio de Pymes, etc.), la exigencia del compromiso concede al licitador una idea exacta *ab initio* de la importancia de concurrir autónomamente respecto a sus rivales. Su presencia, unida a la formación que proporcionen al licitador las explicaciones sobre *bidrigging* anexadas a y referenciadas en el pliego no es sino otro medio de promoción de la competencia en la Contratación Pública. Su valor intrínseco como tal es enorme dado el gigantesco volumen de procedimientos y la garantía de diseminación que ofrece el perfil de contratante, adicionalmente permite que el licitador no se le ofrezcan dudas sobre los efectos derivados de su incumplimiento, por ello, para los autores en el modelo de compromiso deben primar ideas puramente negativas: la promesa de no participar en prácticas colusorias y las consecuencias de incurrir en ellas, afirmando entonces que la virtualidad esencial del compromiso es disuasoria, asimismo destacan que la constancia de una firma al pie del mismo apuntalaría otros indicios de manipulación conocidos en el curso de un proceso penal o de un procedimiento de investigación instado por las autoridades de competencia. En el ámbito penal el compromiso engañoso podría encajar en el tipo de falsificación documental, más o menos agravada según se tuviese a aquél por documento privado, oficial o público.\*

quedebe ser suscrito y entregado de manera obligatoria por aquellos proveedores que quieran participar en cualquier procedimiento competitivo y que contiene el siguiente texto que me permito transcribir:

### 1.1 PRESENTACIÓN Y COMPROMISO

El que suscribe, en atención a la convocatoria efectuada por (*nombre de la entidad contratante*) para (*objeto de la contratación*), luego de examinar el pliego del presente procedimiento, al presentar esta oferta por (*sus propios derechos, si es persona natural*) / (*representante legal o apoderado de ..... si es persona jurídica*), (*procurador común de..., si se trata de asociación o consorcio*) declara que:

[...]

3. *La oferta la hace en forma independiente y sin conexión abierta u oculta con otra u otras personas, compañías o grupos participantes en este procedimiento y, en todo aspecto, es honrada y de buena fe. Por consiguiente, asegura no haber vulnerado y que no vulnerará ningún principio o norma relacionada con la competencia libre, leal y justa; así como declara que no establecerá, concertará o coordinará –directa o indirectamente, en forma explícita o en forma oculta- posturas, abstenciones o resultados con otro u otros oferentes, se consideren o no partes relacionadas en los términos de la normativa aplicable; asimismo, se obliga a abstenerse de acciones, omisiones, acuerdos o prácticas concertadas o y, en general, de toda conducta 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 este procedimiento de contratación. En tal virtud, declara conocer que se presumirá la existencia de una práctica restrictiva, por disposición del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, si se evidencia la existencia de actos u omisiones, acuerdos o prácticas concertadas y en general cualquier conducta, independientemente de la forma que adopten, ya sea en la presentación de su ofertas, o buscando asegurar el resultado en beneficio propio o de otro proveedor u oferente, en este proceso de contratación.[...]

7. *Acepta que en el caso de que se comprobare una violación a los compromisos establecidos en el presente formulario, la Entidad Contratante le descalifique como oferente, o dé por terminado en forma inmediata el contrato, observando el debido proceso, para lo cual se allana a responder por los daños y perjuicios que tales violaciones hayan ocasionado.”* (El énfasis es mío)

Del texto citado se destaca lo siguiente:

- a) Al presentar las ofertas los participantes declaran, con la suscripción del documento, no haber concertado ni en el futuro concertar para beneficiarse o beneficiar a un tercero vulnerando la real competencia del procedimiento.
- b) Aceptan que se descalifique su oferta (etapa precontractual) o se dé por terminado inmediatamente el contrato (etapa contractual) en caso de que se descubra una conducta colusoria.

---

\* Antonio López Miño y Patricia Valcárcel, “Insuficiencia del Derecho Español para impedir y corregir la colusión en la Contratación Pública”, 12.



En esta misma línea el Servicio Nacional de Contratación Pública el 1 de marzo de 2017 emitió la Resolución No. R.E.-SERCOP-2017-0000075 a través de la cual introdujo algunas reformas a la Codificación y actualización de resoluciones emitidas por el SERCOP promulgada con Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072 de 31 de agosto de 2016, que incluye un artículo específico relacionado con la vinculación de ofertas, cuyo contenido textualmente transcribo:

Art. 64.2.- Presentación de ofertas en cumplimiento de los principios y objetivos del Sistema Nacional de Contratación Pública.-Las ofertas por parte de los participantes en los procedimientos de contratación pública deben ser presentadas de manera independiente y sin conexión o vinculación con otras ofertas, personas, compañías o grupos participantes en dicho procedimiento, ya sea de forma explícita o en forma oculta.

La conexión o vinculación de ofertas ya sea de forma explícita o en forma oculta con otras ofertas, personas, compañías o grupos participantes en un procedimiento de contratación pública se encontrará definida en la metodología que para el efecto emita el Servicio Nacional de Contratación Pública, misma que será publicada en el Portal Institucional del SERCOP. Dicha metodología podrá ser modificada, por lo que, bastará su notificación y publicación en dicho Portal.

En caso de que se identifique la existencia de vinculaciones o conexiones con otras ofertas, personas, compañías o grupos participantes en dicho procedimiento, ya sea de forma explícita o en forma oculta, con el fin de cumplir, garantizar, asegurar y exigir los principios y objetivos del Sistema Nacional de Contratación Pública entre los que se encuentra la concurrencia, trato justo, igualdad, así como, garantizar la transparencia evitando la discrecionalidad en los procedimientos de contratación pública, y precautelar los intereses institucionales y del Estado, las ofertas serán descalificadas de manera automática en dicho procedimiento de contratación.

Con base en lo señalado se deduce que son los pliegos a través del formulario de la oferta <sup>109</sup> y el artículo 64.2 de la Codificación y actualización de Resoluciones del

---

<sup>109</sup> Para Antonio López y Patricia Valcárcel Fernández “En términos generales, los pliegos de cláusulas administrativas particulares contienen estipulaciones de dos tipos: las que instrumentan la gestión del procedimiento contractual por el órgano de contratación y las que regulan los requisitos y conductas de las empresas a efectos de su entrada, participación y selección de sus ofertas. A la segunda categoría pertenecen las que ahora nos ocupan. Su expresión en el pliego tiene como objetivo hacerlas partícipes de los efectos informativo y normativo que caracterizan a aquél en cuanto “ley del contrato”. Entre las múltiples clasificaciones que admiten las cláusulas anticolusorias, nos hemos decidido por un criterio funcional. Así diferenciamos entre: a) indicaciones relativas a los aspectos de la contratación de más fácil manipulación; b) el compromiso del licitador de no incurrir en prácticas colusorias.”, sin embargo, en mi criterio la incorporación de estas cláusulas anti colusorias en el pliego del procedimiento no pueden efectivizarse de manera directa por parte de las entidades contratantes sin que intervenga de por medio la Superintendencia de Control del Poder del Mercado, por lo tanto dicho organismo no cumpliría el papel en el ámbito de la Contratación Pública de ser una entidad subsidiaria o colaboradora sino que se torna indispensable contar con su participación.\*

\*Antonio López y Patricia Valcárcel Fernández, “Insuficiencia del Derecho Español para impedir y corregir la colusión en la Contratación Pública”, 9. < <https://ssrn.com/abstract=2191797> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2191797>>

SERCOP los que hacen referencia a las concertaciones en perjuicio de los participantes de un proceso de Contratación Pública.

La razón de que sean los pliegos los que traten las prácticas colusorias en la contratación pública, radica quizás en que la LOSNCP se promulgó en el año 2008, mucho antes que la LORCPM que fue expedida en el año 2011, razón por la cual no se encuentren articuladas, además de que pese a las reformas que se han dado hasta la presente fecha en cuanto al contenido de la primera, ninguna ha abordado las prácticas colusorias, a pesar de que parecerían ser cada día más frecuentes y tener un mayor impacto en la contratación pública.

Por lo señalado en el párrafo precedente y al corresponderle al Estado disipar el problema de elegir al proveedor más idóneo para celebrar un contrato, de forma que resulte en las mejores condiciones para quien lo selecciona, es a través del pliego que las entidades contratantes pueden plasmar todas las cláusulas administrativas referentes a los derechos y obligaciones que del procedimiento se derivarán, los datos relevantes que enmarcarán el proceso como su objeto, plazo de ejecución, prescripciones técnicas que han de cumplir los bienes, obras o servicios, precio, etc., además de incorporar las normas por las que luego se regirá el contrato, por ende, aquellos proveedores que decidan participar en un procedimiento al momento de presentar sus propuestas de manera implícita aceptan de por sí todas las cláusulas en él contenidas.

El procedimiento de selección previsto en el pliego tiene como objetivo instituir un tipo de selección objetiva de los oferentes, lo cual se concreta en la expedición de un pliego reglado íntegramente, de manera que, cualquier persona que repita el proceso de selección llegue a la misma conclusión de quien lo realizó en un principio; para el autor Escola el proceso de formación de la voluntad de la administración en la contratación pública involucra actos administrativos, hechos, conceptos, el perfeccionamiento del contrato, etc., y en este proceso se puede diferenciar dos etapas:

La primera relativa al orden interno de la Administración Pública, y es la que se refiere a la formación de la voluntad administrativa, a la decisión de contratar en sí misma y a la forma y condiciones de esa contratación [...]. La segunda, en cambio, atañe al conjunto de las relaciones de la Administración con los particulares, y es la que se refiere a la formación del contrato como tal y a las formas y modalidades de

selección del cocontratante particular, que llevarán, finalmente, a la declaración de voluntad que constituirá el contrato.<sup>110</sup>

Con base en lo señalado, al constituirse el pliego en las reglas del procedimiento sobre las cuales la Administración actuará y al encontrarse en el mismo la facultad de la entidad contratante de descartar las ofertas que no cumplan con lo establecido en él, los oferentes asumen la posibilidad de que su oferta sea rechazada sobre la base del incumplimiento de cualquier disposición prevista en el pliego. Ahora bien es importante indicar que el rechazo de una oferta por incumplimiento de una condición prevista con antelación en el pliego no debe ser entendida como una sanción, pues no ha sido calificada como tal en la LOSNCP, sino más bien resulta siendo la consecuencia del sometimiento, por decisión propia del proponente, al ordenamiento jurídico – administrativo propio de la contratación y que forma parte de la facultad de selección objetiva de la que goza la Administración para poder elegir la oferta que mejor convenga a sus intereses siempre que se cumpla con la verificación de las condiciones previstas en el pliego.

Como complemento a lo antes acotado es importante realizar un análisis de la potestad sancionadora de la Administración, al respecto el artículo 24, numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador en cuanto al principio de legalidad señala que “Nadie podrá ser juzgado por un acto u omisión que al momento de cometerse no está legalmente tipificado como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza, ni se le aplicará una sanción no prevista en la Constitución y la ley [...]”, del texto citado se deduce que las sanciones administrativas gozan de reserva legal por lo que solo pueden encontrarse establecidas en una norma con rango de ley<sup>111</sup>, y así lo establece el numeral

---

<sup>110</sup> Héctor, Escola, *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*, Vol. 1 (De Palma: 1977), 287- 8.

<sup>111</sup> El autor Tomas Cano Campos señala que “La peculiaridad principal reside en que la reserva legal no excluye la intervención reglamentaria imprescindible en éste ámbito, dada la inviabilidad real de la reserva absoluta. Por ello, la colaboración reglamentaria no es una excepción a la reserva de Ley, sino una modalidad de su ejercicio, por lo que lo verdaderamente importante es determinar el alcance de la intervención del reglamento.”, el autor hace referencia a las llamadas leyes en blanco y llega a la conclusión de que lo importante es la existencia de colaboración reglamentaria con la ley ya sea por la habilitación que le da la propia la ley al reglamento o por la remisión que la misma realiza a este, el tema en cuestión es que doctrinariamente es admitida la posibilidad de establecer sanciones a través de un reglamento siempre que sea la propia ley la que: 1. Le habilite o 2. Le remita a la sanción prevista en un reglamento, en conclusión se admite la colaboración reglamentaria en cuanto al establecimiento de sanciones. Sin perjuicio de lo señalado existen otros autores que defienden una postura distinta y señalan que se debe considerar que es la propia ley la que debe establecer de manera expresa que la violación al

2 del artículo 132 de la Constitución que señala que se requerirá de ley para tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes.

La Corte Constitucional del Ecuador sobre el principio de reserva de ley ha emitido algunas sentencias, entre las que podemos destacar la No. 002-14-SIN-CC<sup>112</sup>, en el marco de la causa No. 0056-12-IN y acumulados, en la que señala:

Es fundamental anotar entonces, que el principio constitucional de reserva de ley o reserva legal establece que determinadas materias deben ser reguladas exclusivamente por normas expedidas por el órgano legislativo, constituyéndose en una importante garantía de orden democrático que asegura a la ciudadanía representada por el Parlamento, la facultad de definir y regular las materias de especial importancia a través de debates plurales y transparentes dotados de legalidad.

Adicionalmente en sentencia No. 013-16-SIN-CC de 2 de marzo de 2016, caso No. 0058-12-IN, la Corte Constitucional establece que:

La concepción de que, sola la función legislativa regule mediante su producto (la ley) el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, así como el establecimiento de infracciones, sanciones y tributos, radica además, en la sujeción al principio de independencia de las distintas funciones del Estado, pudiendo incluso atribuir deberes, responsabilidades y competencias [...] o modificar la división político-administrativa del país u otorgar los organismos públicos de control y regulación la facultad de expedir normas de carácter general en las materias propias de su competencia.

Así, los Ministerios en uso de sus atribuciones, pueden expedir las regulaciones necesarias que ayuden al cumplimiento de sus objetivos con énfasis en el bienestar social, pero dichas regulaciones, deben ser dictadas acorde a los establecidos principalmente por la Constitución, así como de las leyes de la República.<sup>113</sup>

De las sentencias anotadas se colige que el tema se centraría en la delimitación de *iuspuniende* de la Administración Pública, dentro del cual se encuentra la facultad sancionadora de la propia Administración que recae únicamente sobre ciertos

---

ordenamiento jurídico será sancionada, por lo tanto el incumplimiento de dicho precepto incurriría en inconstitucional inclusive cuando sea la propia ley la que delegue al reglamento la tipificación de las infracciones y el establecimiento de sanciones pues transgrediría el principio de legalidad, dicho precepto guarda una garantía de orden material traducida en la obligatoriedad de que exista norma previa que determine cuáles son las conductas ilícitas y sus sanciones y una segunda garantía de orden formal en la que se exige un rango en cuanto a las normas que tipifican las conductas y las castigan\*

\* Tomas Cano Campos, "Derecho Administrativo sancionador", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 43, (Enero-Abril 1995): 345.

<sup>112</sup>Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, "Sentencia No. 002-14-SIN-CC", *causa No. 0056-12-IN*, (14 de agosto de 2014).

<sup>113</sup>Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, "Sentencia No. 013-16-SIN-CC", *causa No. 0058-12-IN*, (2 de marzo de 2016), <<https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencias/relatoria/relatoria/fichas/013-16-SIN-CC.pdf>>.

organismos y entidades públicas y que debe ser concedida, a efectos de dotar de legitimación a dicho poder, expresamente por la Constitución, restringiendo de esta manera la arbitrariedad en la que podría incurrir la Administración Pública.

Por lo expuesto cabe hacer el análisis de si el SERCOP está facultado o no para establecer sanciones; la Constitución del Ecuador no dice nada al respecto, sin embargo dentro de lo previsto por el artículo 10 de la LOSNCP no consta ninguna atribución que le faculte a dicho organismo imponer sanciones, lo que si puede realizar al amparo de la ley y conforme al numeral 9 de la norma en referencia es dictar normas administrativas relacionadas con la ley, adicionalmente cabe mencionar que tampoco la Ley habilita o remite a su Reglamento General de aplicación la posibilidad de imponer sanciones, es más el referido Reglamento no contiene ninguna sanción adicional a las previstas en la LOSNCP, por lo tanto la inclusión como causal de rechazo de la oferta en la etapa precontractual incorporada por el SERCOP en el formulario de la oferta, no debe ser entendida como una sanción sino como un incumplimiento por parte del proveedor de uno de los requisitos previstos en el pliego para seguir siendo parte del procedimiento de selección, más aún si reflexionamos en cuanto a que el proceso de contratación no es un procedimiento sancionador, es decir su fin último no es imponer una sanción a un proveedor, sino más bien seleccionar de manera objetiva la mejor propuesta para la entidad que desea contratar.

La administración para poder elegir aquella oferta más conveniente a sus intereses se encuentra sujeta a procedimientos previamente instituidos en las leyes, reglamentos y los pliegos de los procesos de contratación, lo que forma parte, como lo señale previamente, de su capacidad de selección objetiva y es una regla de conducta de la actividad contractual, ya que en derecho público la elaboración, adjudicación y celebración de contratos es una actividad particularmente reglada y las partes están en la obligación de cumplir con el procedimiento prefijado en el orden jurídico vigente, bajo la estricta observancia de los principios que garantizan la igualdad y libre concurrencia de los oferentes y el cumplimiento de los fines estatales, lo que significa que cualquier persona que aplique a la misma realidad fáctica, la LOSNCP su Reglamento General de aplicación, normativa expedida por el SERCOP y el pliego del procedimiento llegará a la misma decisión en cuanto a la selección del proveedor ganador y adjudicatario del

contrato, descartando cualquier posibilidad de discrecionalidad y subjetividad por parte de la autoridad al momento de adjudicar.

Lo antes señalado guarda relación con el presupuesto de que las actuaciones de la administración se sujetan al principio de legalidad como premisa esencial de toda manifestación del poder público, por ende la actuación de las entidades contratantes se legitima siempre que se desarrollen en el marco de lo previsto en el propio pliego, bajo el entendido de que al estar considerado en los pliegos las decisiones administrativas encajarían en la noción de acto reglado, por ello al encontrarse en el pliego la prohibición de presentar ofertas vinculadas, la condición de su cumplimiento se traslada en un requisito habilitante para poder participar en el proceso y por ende ha sido considerado bajo el criterio de admisión o rechazo, el cual es susceptible de ser verificado por los miembros de la Comisión Técnica o el funcionario o funcionarios encargados de llevar adelante el procedimiento en la etapa precontractual.

Ahondando en lo señalado debemos considerar algunos matices propios de la relación de la Administración con el Derecho que devienen no solo del principio de legalidad que para algunos es el fundamento de su actuar, sino que es necesario reconocer a la par otra potestad de la cual se encuentra dotado el Estado y que lo distingue del ciudadano común, me refiero exclusivamente a la *autotutela*, que representa en sí misma una prerrogativa a través de la cual la Administración Pública sin necesidad de acudir a un juez o tribunal capaz de imponer su voluntad e inclusive ejecutarla, reglamenta sus actuaciones, impone derechos u obligaciones de manera unilateral a los ciudadanos y los hace actuar conforme y por sí misma, sin tener que acudir a un tercero, por ende y con base en este principio los actos administrativos se presumirán legítimos y pueden ejecutarse, lo que no resulta incompatible al control de los jueces, a quienes deben recurrir los ciudadanos cuando se encuentren en contra de las decisiones y reglamentación administrativa.

El aspecto más importante a considerar en cuanto a la *autotutela* es que la misma es ejercida con base en la defensa del interés común, siempre que su ejercicio no implique ser juez y parte en cuanto a la resolución de sus propios intereses privados, sino que se la aplica únicamente a favor de los intereses ajenos a los que sirve la Administración. La *autotutela* considerada como una institución o como principio del Derecho Administrativo es un término construido esencialmente por la doctrina, por ende no ha sido considerada

ni en la Constitución ni en la normativa administrativa de forma expresa, sin perjuicio de ello existen preceptos legales que se encuentran contemplados en las normas que rigen la administración y que caracterizan la autotutela, así tenemos el artículo 68 del Estatuto de Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva que prevé “Los actos administrativos se presumen legítimos y deben cumplirse desde que se dicten y de ser el caso, se notifiquen, salvo los casos de suspensión previstos en este estatuto”, con el cual se otorgaría valor y eficacia a las actuaciones estatales.

Al respecto el propio Pleno de la Corte Constitucional ha reconocido este principio y mediante Resolución No. 0227-08-RA de 10 de abril de 2012, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 735 de 29 junio de 2012, se refirió a este en los siguientes términos:

[...] la potestad de autotutela administrativa es el poder de actuar que posee la administración, sin la necesaria intervención de un tercero imparcial que le dé certeza y valor jurídico, por encima y en detrimento de los derechos e intereses de los terceros particulares que se ven obligados jurídicamente a soportar esta actividad administrativa y que sólo les queda la posibilidad de recurrir a ese tercero imparcial o a la función judicial por intermedio de un juez, una vez cumplida la voluntad administrativa, para reestablecer la situación jurídica que pudiera infringir sus derechos o para reparar las lesiones patrimoniales o morales que este actuar pudiera ocasionarle.

Dentro de la configuración de los Estados Modernos, para el eficiente logro de los fines asignados se requiere, más que de una organización política, de una organización ejecutiva, que en la administración y uso de esa organización y la utilización de los medios y recursos disponibles, pueda lograr la satisfacción de las necesidades públicas que la sociedad por sí sola no pueda darse.

Para la obtención de los fines y cometidos asignados, a los órganos administrativos se les ha concedido ciertas prerrogativas, y que la justificación de su existencia y este otorgamiento no está, per se, en el interés público que persigue, sino en la necesidad del ejercicio de esos poderes públicos.

La autotutela administrativa no puede ser ejercida de manera genérica para todo el actuar administrativo; por el contrario, su ejercicio debe ser excepcional, concreto y específico, como última ratio de manera exclusiva para la consecución de necesidades estrictamente generales, que de actuar de otra forma serían imposibles.[...] Es este principio de autotutela es el que es capaz de explicar en unidad todo ese complejo sistema posicional. Al respecto, esta Sala considera que este privilegio de la administración, en la decisión y ejecución de sus actos, se lo puede considerar como una prerrogativa, pero bajo ningún concepto, éste puede ser arbitrario porque la administración no es un fin en sí mismo sino que está al servicio de la comunidad, y porque es de la esencia del Estado Social de derecho que se ejecute, sin dilaciones, la protección legal al encausado. Es decir, la autotutela administrativa tiene un límite: la razonabilidad. Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia, ha determinado que el concepto de razonabilidad en la autotutela debe ser abierto, en otras palabras, la

razonabilidad hace relación a que un juicio, raciocinio o idea esté conforme con la prudencia, la justicia o la equidad que rige para el caso concreto.<sup>114</sup>

Por ello la incorporación en los pliegos de los procedimientos del rechazo de una oferta o declaratoria de terminación inmediata de un contrato por la verificación de la falta de independencia en la presentación de las ofertas y la conexión con otro u otros proponentes constituye una forma de ejercicio de la autotutela de la Administración. La condición de los proponentes de presentar su oferta de forma independiente presupone una nueva forma y contenido en cuanto al deber de selección objetiva que tienen las entidades contratantes cuya finalidad principal es perfeccionar los factores de escogencia en los procedimientos de contratación basados en garantizar el derecho de competencia de los proveedores, de tal manera que se configure en un factor habilitador para la participación en un determinado procedimiento, limitando la posibilidad de participar a proponentes vinculados.

Es conveniente agregar que la responsabilidad de verificar que se cumpla con los requisitos o condiciones propias de los oferentes (de no mantener vinculación con otras ofertas) recae sobre la Comisión Técnica o el encargado de llevar adelante el procedimiento en la etapa precontractual, según corresponda, por ello son éstos quienes están facultados para rechazarlas en caso de incumplimiento al compromiso consignado en el numeral 1.1 del Formulario de la oferta, que ha sido incorporado como una medida de saneamiento del proceso en cuanto a ofertas que restrinjan la libre competencia, dicho de otro modo los oferentes tienen la carga de presentar sus ofertas de forma íntegra y en la forma prevista en el pliego, respondiendo a todos los puntos previstos en el mismo, incluyendo la documentación de soporte sobre las condiciones técnicas, jurídicas y financieras requeridas, y cumpliendo con el compromiso de que su oferta la hacen de manera independiente, sin ningún tipo de vinculación con otro u otros proponentes, de tal forma que la Comisión Técnica o el encargado del procedimiento pueda evaluar eficientemente las ofertas y si evidencia que incumple algún requisito o documentación no susceptible de convalidación pueda rechazar o descalificar las mismas.

Se debe tener en claro que la posibilidad de rechazar una oferta no es una facultad ilimitada de la administración pues conlleva límites legales precisos dentro del

---

<sup>114</sup> Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, “Resolución No. 0227-08-RA de 10 de abril de 2012”, en *Suplemento, Registro Oficial No. 735* (29 junio de 2012).



marco de selección objetiva y de los principios propios de la contratación pública, sobre los cuales se enmarcará cualquier actuación.

Por otro lado, en el ámbito de la contratación pública es importante tener presente que uno de los principios básicos y deberes de conducta que le corresponde respetar a los oferentes y contratistas, no solo en la etapa contractual sino inclusive en la precontractual, es la buena fe, incluido por algunas legislaciones latinoamericanas como parte de los principios que rigen la contratación estatal, como en el caso de Colombia, sin embargo en nuestra normativa de contratación pública no consta de manera expresa tal precepto, en virtud del cual los oferentes deben alinear sus actuaciones con la obligación de proceder con lealtad, seriedad, rectitud y honradez.

El autor Christian Campos se refiere a este principio en la contratación pública en los siguientes términos:

...en cuanto en los trámites de las licitaciones y en general, en todo lo concerniente a la contratación administrativa, se considera como un principio moral básico que la administración y oferentes actúen de buena fe, en donde las actuaciones de ambas partes estén caracterizadas por normas éticas claras, donde prevalezca el interés público sobre cualquier otro.<sup>115</sup>

A la vista de estos antecedentes y como se señaló, si bien la LOSNCP no incluye este principio, conforme al segundo inciso del artículo 112 del RGLOSNCOP “El contrato se regula por las normas de la Ley, las disposiciones de este Reglamento General, por la normativa que emita el SERCOP; y, supletoriamente, por las disposiciones del Código Civil en lo que sean aplicables.”, por ello revisado el Código Civil podemos indicar que éste se refiere a la buena fe en los siguientes términos:

Art. 721.- La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de cualquier otro vicio.

Así, en los títulos translativos de dominio la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla, y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato.

El justo error, en materia de hecho, no se opone a la buena fe.

Pero el error, en materia de derecho, constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario.

---

<sup>115</sup>Christian Campos Monge, “Contratación pública y corrupción, un análisis particular de los principios rectores de la contratación administrativa”, *Revista Ciencias Jurídicas*, No. 112 (Costa Rica, 2007): 187.

Adicionalmente el artículo 1562 *ibídem* señala que “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella.”; en todo caso se entiende como regla general, que la buena fe en los procedimientos de contratación se presume y debe ser entendida como la manera usual de comportamiento.

El deber de buena fe es de gran importancia dentro de los procesos de contratación, pues su ausencia podría ser considerada en ciertos casos como una conducta colusoria, por ejemplo en el caso de que un proponente manifieste su intención de participar en un proceso, presente su oferta y en lo posterior decida retirar la misma sin que de por medio exista una justificación debidamente sustentada. Del principio de buena fe se derivan entonces varios deberes y obligaciones por parte de los oferentes, entre los que se incluye el deber de informar de hechos, circunstancias y condiciones de manera clara y completa sin falsear, ocultar o encubrir sus posturas, nexos o vinculaciones con otro u otros oferentes participantes en el procedimiento, información que la otra parte interesada (entidad contratante) debe conocer, por ende las entidades contratantes entenderán que existe mala fe cuando media una conducta que deviene en contraria al orden jurídico o se encuentra sancionada por este, en este caso la prohibición de conexiones entre los oferentes y la ausencia de independencia en la presentación de ofertas prevista en los pliegos a más de las disposiciones establecidas en la LORCPM.

A la luz de lo antes señalado, se concluye que si bien la autoridad encargada de conocer de forma privativa las investigaciones administrativas por colusión en procedimientos de contratación pública y sancionarlas es la Superintendencia de Control del Poder del Mercado, son las entidades contratantes a través de sus Comisiones Técnicas o encargados de llevar adelante el procedimiento en la etapa precontractual, según corresponda, quienes tienen la potestad de rechazar las ofertas en las que se evidencie algún tipo de vinculación o conexión que tenga por objeto falsear o restringir una activa y honesta competencia o distribuir la adjudicación del procedimiento, más aun cuando las reglas de la experiencia indican que cuando existe un verdadero ánimo de competencia, basado en una intención real de resultar adjudicatario de un contrato estatal, no es normal que los proponentes colaboren o intercambien información sensible sobre sus posturas entre sí, mucho menos que tengan ofertas con características parecidas, con

el mismo personal, equipo o maquinaria, o que presenten propuestas manifiestamente destinadas al fracaso, etc., por el contrario lo que sucederá como regla general es que los participantes mantengan reservada con especial sigilo la información que resulta significativa y que le garantizaría su selección final en el procedimiento.

Con estos antecedentes se despejaría cualquier duda que pudiera surgir en cuanto a la legalidad del contenido del Formulario de la oferta de rechazar una oferta cuando medie la vinculación entre ofertas participantes.

Por lo expuesto y como resultado del análisis aquí efectuado se infiere que no existe una sanción en materia de contratación pública cuando se detectare una práctica anticompetitiva en la etapa precontractual ya que lo que se da únicamente es el rechazo de la oferta u ofertas dentro del procedimiento de selección, e inclusive si ante este rechazo se pusiera en conocimiento de la entidad competente la solicitud<sup>116</sup> de investigar y sancionar la práctica colusoria, esto es, la Superintendencia de Control y Poder del Mercado, debemos considerar que la sanción terminará siendo siempre pecuniaria y no repercutirá de forma alguna en cuanto a la posibilidad que tienen los proveedores sancionados de seguir participando en los procedimientos de contratación pública.

Sin embargo de lo indicado si reflexionamos respecto a la posibilidad de terminar inmediatamente el contrato cuando el acuerdo colusorio es identificado en la etapa contractual, la premisa de que no existe ningún tipo de sanción en contratación pública

---

<sup>116</sup>La Ley Orgánica de Regulación Control del Poder del Mercado establece en su artículo 53 que “El procedimiento se iniciará de oficio, a solicitud de otro órgano de la Administración Pública, por denuncia formulada por el agraviado, o por cualquier persona natural o jurídica, pública o privada que demuestre un interés legítimo.” (sic)\*; quizá sea un error en el manejo de los términos en los que se redactó este artículo pero a mi entender la ley únicamente le da la calidad de “denuncia” cuando la acusación proviene del agraviado, y le llama “solicitud” cuando la misma proviene de las entidades contratantes, lo que resultaría limitativo, pues se consideraría, refiriéndome en materia de Contratación Pública puntualmente, como agraviados única y exclusivamente a los oferentes participantes a quienes se les restringió su derecho a una competencia real y justa, sin embargo habrá que considerar desde otra perspectiva por supuesto que las entidades contratantes son también las que resultan perjudicadas con tales actuaciones, por ello y en mi afán de encontrar una explicación del porqué la utilización de denominaciones distintas llegué a la conclusión de que se consideran agraviados exclusivamente a los oferentes porque son ellos a quienes se restringió su derecho a la competencia, que finalmente es el derecho que pretende tutelar la LORCPM; y no a la entidad contratante; sin perjuicio de lo señalado esta distinción de términos genera a mi criterio en lo posterior del articulado cierta confusión, pues al denominar de manera diferenciada a las acusaciones de las entidades públicas y a las de los agraviados se produce un vacío ya que los artículos 54 en adelante hablan únicamente del contenido de la denuncia y su tramitación olvidándose por completo de los requisitos de la solicitud o en su defecto se debería incluir este término en la redacción de los mismos a efectos de que se comprenda que deben cumplir con los mismos requisitos y que su trámite será idéntico.

\*Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*, en *Suplemento, Registro Oficial No. 555* (13 de octubre de 2011), art.53.

varia, pues la terminación del contrato procede conforme al artículo 92 de la LOSNCP, por cumplimiento de las obligaciones contractuales, por mutuo acuerdo de las partes, por sentencia o laudo ejecutoriados que declaren la nulidad del contrato o la resolución del mismo a pedido del contratista, por declaración unilateral del contratante, en caso de incumplimiento del contratista; y, por muerte del contratista o por disolución de la persona jurídica contratista que no se origine en decisión interna voluntaria de los órganos competentes de tal persona jurídica, respecto de las cuales la única que a mi criterio podría ser empleada en caso de que se verifique la participación en un acuerdo colusorio por parte contratista sería la causal de terminación unilateral del contrato por incumplimiento del contratista al compromiso establecido en su oferta de que la misma no mantenía ningún tipo de conexión con otras ofertas.

Por ello y para resolverla terminación unilateral del contrato será necesario considerar que la misma produce de manera concatenada la declaratoria de contratista incumplido y la suspensión en el RUP por el plazo de 5 años, lo que conforme al artículo 19 de la LOSNCP si es considerada como una sanción, pues su texto señala:

Causales de Suspensión del RUP.- Son causales de suspensión temporal del Proveedor en el RUP:

1. *Ser declarado contratista incumplido* o adjudicatario fallido, *durante el tiempo de cinco (5) años* y tres (3) años, respectivamente, contados a partir de la notificación de la resolución de terminación unilateral del contrato o de la resolución con la que se declare adjudicatario fallido;

[...]

Una vez superadas las causas o los tiempos de *sanción* previstos en los numerales anteriores, el Servicio Nacional de Contratación Pública rehabilitará al proveedor de forma automática y sin más trámite.

Por ende y al tratarse de una sanción que se encuentra prevista en la LOSNCP y por ende cumple con el principio de reserva legal, se debe cumplir con el presupuesto constante en el propio pliego, esto es, seguir el debido proceso por tratarse de un procedimiento sancionador en el ámbito de la contratación pública, más no en el ámbito del Derecho de la Competencia lo cual debemos tener claro, pues éste se basa nuevamente en el principio de autotutela que le permite no recurrir ante un tercero, es decir a la Superintendencia de Control y Poder del Mercado, la que tendría competencia exclusiva para investigar y resolver la culpabilidad o no del contratista en la participación de un presunto acuerdo colusorio e imponer las sanciones respectivassiempre que se trate

de la aplicación del Derecho de la Competencia, más no del Derecho de la Contratación Pública y de las obligaciones derivadas del pliego.

De lo antes transcrito debemos referirnos también a que el debido proceso incluye entre otras garantías el principio de presunción de inocencia que si bien para algunos autores es propio del Derecho Penal, debemos recordar que la presunción de inocencia es en sí mismo un derecho humano por ello ha sido incorporado en los múltiples tratados internacionales sobre la materia, de los que Ecuador es parte y sobre los cuales fue reforzada nuestra Constitución, por lo tanto se constituye en una garantía de la que es titular cualquier sujeto pasivo en un procedimiento sancionador, inclusive y si se mantiene el criterio de que es una garantía propia del Derecho Penal no podemos desconocer que la jurisprudencia internacional también ha señalado que los principios del Derecho Penal se aplican en el Derecho Administrativo por extensión con lo cual también podría ser asumido en el ámbito de la contratación pública; sin embargo de ello debo precisar que nuestra Constitución no lo ha incorporado como una garantía básica del proceso penal sino más bien lo ha incluido como parte del debido proceso *en general*, por ello consta en su artículo 76, más no en el artículo 77 que se refiere a las garantías propias del proceso penal, disponiendo de manera expresa que es parte de todo proceso en que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, lo que refuerza mi teoría inicial.

Lo anterior significa que para la aplicación de dicha sanción administrativa de un acuerdo colusorio en el ámbito de la contratación pública por parte de las entidades contratantes es preciso que medie la aplicación de las condiciones de comprobación y el debido proceso, lo que en la práctica podría inclusive comprometer el plazo de ejecución contractual pues quizá la entidad deba suspenderse el plazo del contrato mientras resuelve, sin embargo y a mi criterio esto dependerá en gran medida de la necesidad institucional,<sup>117</sup> pues cuánto llegará a perjudicar a la Administración que necesita el contrato para la gestión de intereses generales debe ser determinado por la entidad que

---

<sup>117</sup> La Autoridad Catalana de la Competencia inclusive establece que sería admisible una restricción a la competencia bajo el principio de necesidad y el principio de proporcionalidad, el primero consistiría en la existencia de una relación de causalidad entre la restricción a la competencia y la consecución de uno de los objetivos previstos en la Ley de Contratación del Sector Público, en nuestro caso la LOSNCP; y, el principio de proporcionalidad en cuanto a una mejora en términos de bienestar social que sea superior al daño que genera a la competencia, señalando que estos son los dos únicos casos de excepción y que en los demás la administración pública debe favorecer siempre la competencia.\*

\*España, Autoridad Catalana de la Competencia, *Guía para la prevención y detección de la colusión en la contratación pública*, 11.

contrata ya que en ocasiones las entidades contratantes no pueden detener las contrataciones.

En este punto del análisis es necesario hacer hincapié en que pese a que es el propio proveedor quien a través de la suscripción del numeral 1.1. del Formulario de la Oferta “Presentación y compromiso” acepta su descalificación o declaratoria de proveedor incumplido en caso de participación en un acuerdo colusorio, dicho instrumento no podría estar por encima de la garantía básica de *in dubiis reus est absolvendus*, principio general del Derecho, previsto en el numeral 2 del artículo 76 de la Constitución de la República que señala que “Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.”, un derecho irrenunciable conforme lo determina el numeral 6 del artículo 11 de la norma *ibídem*; por ende si no se cumple con el debido proceso, mal podría una entidad contratante declarar incumplido a un contratista, fundamentados en el numeral 4 del artículo 11 de la Constitución que prevé que “Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”, por ende el numeral 1.1 del Formulario de la oferta “PRESENTACIÓN Y COMPROMISO” y su consecuente suscripción así como el artículo 64.2 de la Codificación y actualización de las resoluciones del SERCOP no pueden, en mi opinión, ser utilizadas por las propias entidades contratantes para sancionar a un contratista sin el cumplimiento del debido proceso que involucra no solo realizar una notificación previa y cumplir con los requisitos del artículo 95 de la LOSNCP sino que contempla su derecho a la defensa, a ser escuchado, a presentar las razones o argumentos de los que se crea asistido, el derecho a la réplica, a presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra, entre otros aspectos.

Finalmente y con el objeto de realizar un análisis integral en cuanto a todas las normas emitidas por el SERCOP referentes a los acuerdos colusorios es de suma importancia indicar que según el documento titulado “Cuaderno de Trabajo Vinculación entre proveedores en Modelos de Riesgos de la Contratación Pública (Versión 1.0)” emitido por el SERCOP con base en la reforma en la que se introdujo el artículo 64.2, sería el SISTEMA el que va a descalificar pues señala “se desprenden dos tipos de acciones que el sistema realiza: descalificaciones o suspensiones. La primera acción la

realiza sobre los proveedores en los que identificó una vinculación evidente. La segunda acción lo realiza sobre el procedimiento de contratación más no sobre los proveedores, cuando detecta vinculación no evidente, para precautelar las buenas prácticas de participación, el principio de trato justo, concurrencia y los intereses del Estado.”<sup>118</sup>. Adicionalmente indica:

a. De la Descalificación:

Reglas para Descalificación: cuando el sistema identifique que se cumplen cualquiera de las siguientes reglas:

- i. Cuando dos o más empresas tienen el mismo representante legal.
- ii. Cuando dos o más empresas participantes comparten el mismo accionista mayoritario absoluto.
- iii. Cuando dos o más empresas participantes no comparten el mismo accionista mayoritario absoluto al primer nivel, pero sí al llegar a participación efectiva a nivel de persona natural, computando la participación ponderada sobre la cadena sucesiva de propiedad hasta identificar siempre accionistas personas naturales o, en su defecto, empresas que cotizan en bolsas de valores o extranjeras.
- iv. El representante legal de una empresa es accionista mayoritario absoluto de otra.
- v. Cuando los representantes legales de dos o más empresas participantes son cónyuges.
- vi. Cuando los accionistas mayoritarios absolutos de dos o más participantes son cónyuges.
- vii. Cuando el accionista mayoritario absoluto de una empresa es cónyuge del representante legal de otra empresa.

b. De la Suspensión:

Reglas para suspensión de procedimiento:

- i. El representante legal de una empresa es accionista no absoluto de otra (participación es menor que 50% en el primer nivel de desagregación).
- ii. Cuando dos o más empresas participantes comparten el mismo accionista no absoluto (participación es menor que 50% en el primer nivel de desagregación)
- viii. Cuando dos o más empresas participantes no comparten el mismo accionista no absoluto al primer nivel, pero sí al llegar a participación efectiva a nivel de persona natural, computando la participación ponderada sobre la cadena sucesiva de propiedad hasta identificar siempre accionistas personas naturales o, en su defecto, empresas que cotizan en bolsas de valores o extranjeras.
- iii. Cuando existan vínculos familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad entre los accionistas o representantes legales de empresas o personas naturales participantes<sup>119</sup>

---

<sup>118</sup> Ecuador, Servicio Nacional de Contratación Pública, “Cuaderno de Trabajo Vinculación entre proveedores en Modelos de Riesgos de la Contratación Pública (Versión 1.0)”, (Servicio Nacional de Contratación Pública: 2017), 12, <[http://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wpcontent/uploads/2017/03/xviii\\_vinculacion\\_proveedores\\_modelos\\_riesgos\\_contratacion\\_publica\\_version1.0.pdf](http://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wpcontent/uploads/2017/03/xviii_vinculacion_proveedores_modelos_riesgos_contratacion_publica_version1.0.pdf)>

<sup>119</sup> *Ibíd.*, 12-3.

De lo señalado cabe realizar un análisis de si puede el portal institucional del SERCOP descalificar una oferta, o es una de las atribuciones propias y exclusivas de la Comisión Técnica o del responsable encargado de llevar adelante el proceso en su etapa precontractual, según corresponda. A mi juicio no es competencia del SERCOP la descalificación de ofertas, pues hacerlo rebasaría el ámbito de sus atribuciones convirtiéndose sus actuaciones en arbitrarias e ilegales, por lo que bien podrían los proveedores que se sientan afectados iniciar una acción en contra de dicho organismo, más no en contra de las entidades contratantes pues la responsabilidad de su descalificación ya no recaería en éstas últimas, ante lo cual el SERCOP difícilmente podría demostrar que se encuentra legalmente dotado de una atribución que le facultó a descalificar un oferta dentro de un proceso del que no forma parte. Quiero entonces pensar que quizá lo que existe fue un error en el manejo de los términos al momento de la redacción del mencionado documento y que probablemente lo que ocurra es que el sistema *alerte* sobre una posible práctica anticompetitiva por parte de los oferentes y a su vez el ente rector sea quien corra traslado a las entidades contratantes para que éstas inicien las acciones que en derecho correspondan.

En cuanto a la suspensión, la clasificación de las causales consideradas para la misma parecen responder a que podrían ser desvirtuadas con mayor facilidad por lo que cabe la duda de la existencia o no de una práctica anticompetitiva, por ende el SERCOP amparado en las atribuciones establecidas en los numerales 2 y 4 del artículo 6 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública puede hacer recomendaciones a la entidad contratante de suspender el proceso, considero entonces que esta sugerencia quizás sea la más factible legalmente en casos de presunción de colusión; si bien el documento elaborado por el SERCOP no especifica la suspensión con qué fin se realizaría ni señala que en estos casos se correrá traslado al organismo competente para su resolución, espero que sea con el objetivo de ser resuelto por la entidad competente.

### **3.2.2.1. Es sancionable la colusión en la Contratación Pública**

Las prácticas restrictivas de la competencia en los procesos de contratación pública están prohibidas por la LORCPM y por ende están sujetas a sanciones por parte de la Superintendencia de Control del Poder del Mercado, organismo competente para investigarlas y castigarlas, sin embargo de ello es importante hacer énfasis en que dicha



sanción se genera dentro del ámbito del Derecho de la Competencia, sin embargo en materia de contratación pública la respuesta a esta pregunta sería que conforme al análisis realizado en el numeral 3.2.2 de este capítulo, existe sanción únicamente si se produce la terminación unilateral del contrato y se suspende al contratista por el plazo de 5 años en el RUP, de lo que se infiere que en la etapa precontractual no existe sanción alguna.

Una propuesta de solución eficiente ante esta disyuntiva y con el propósito de abordar las prácticas colusorias desde la LOSNCP, podría ser que se incluya como inhabilidad específica para contratar con el Estado el haber sido declarado responsable de participar en un acuerdo colusorio dentro de un procedimiento de Contratación Pública, para el efecto la Superintendencia de Control de Poder del Mercado podría volver disponible la base de datos de los proveedores o contratistas sancionados por colusión en procesos de contratación, con el objeto de que las entidades en la etapa de calificación revisen que ninguno de los participantes de los procesos que realiza mantenga dicha inhabilidad; una segunda opción podría ser incluir dentro del artículo 106 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que contiene las infracciones de los proveedores-, el haber sido sancionado por la Superintendencia por la participación en un acuerdo colusorio, en este caso sería necesaria la interoperatividad entre los sistemas del SERCOP y la Superintendencia de Control de Poder del Mercado para que la suspensión en el RUP sea inmediata ya que los términos<sup>120</sup> previstos en la norma citada son relativamente cortos en relación a los otros tipos de sanción contemplados en la

---

<sup>120</sup> El artículo 107 de la LOSNCP señala que “Las infracciones previstas serán sancionadas con la suspensión en el Registro Único de Proveedores por un lapso entre 60 y 180 días.”(sic)\*, pero no se establece con claridad si se refiere a días plazo o término, sin embargo el Servicio Nacional de Contratación Pública ha interpretado dicha sanción en días término, conforme se puede revisar en las múltiples resoluciones sancionatorias publicadas en el portal de compras públicas [http://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-content/uploads/2016/11/RESOLUCION\\_INTERNA\\_454\\_2016.pdf](http://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-content/uploads/2016/11/RESOLUCION_INTERNA_454_2016.pdf). en aplicación del artículo 106 de la LOSNCP. La razón quizá radica en el contenido del numeral 1 del artículo 118 del Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva que prevé “Cómputo de términos y plazos. 1. Siempre que por ley no se exprese otra cosa, cuando los plazos o términos se señalen por días, se entiende que éstos son hábiles, excluyéndose del cómputo los sábados, domingos y los declarados festivos. Además, los plazos expresados en días se contarán a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar la notificación o publicación del acto de que se trate, o desde el siguiente a aquel en que se produzca la aceptación por silencio administrativo.”(sic)\*,

\*Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, en *Suplemento, Registro Oficial No. 395* (4 de agosto de 2008), art. 107.

\*Ecuador, *Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva*, en *Registro Oficial No. 536* (18 de marzo de 2002), art.118.

LOSNCOP y podría ser que mientras se notifica al SERCOP de la resolución de sanción, los tiempos de suspensión en el RUP ya se hayan cumplido, entendiéndose que la sanción debería contabilizarse a partir del día siguiente en que cause ejecutoria la resolución (20 días), pues no sería correcto que la sanción se aplique desde que el SERCOP tenga conocimiento de la resolución, esta última propuesta viabilizaría que se pueda sancionar en lo posterior una conducta atentatoria a los principios y buenas prácticas en la Contratación Pública.

Para concluir es menester analizar si es procedente legalmente establecer sanciones a la par en el campo de la contratación pública en cuanto a las prácticas colusorias, para responder aquello partiremos de un concepto fundamental que debe ser atendido dentro de este análisis, esto es, el principio constitucional recogido en el literal i) numeral 7 del artículo 76 Constitución de la República que establece “Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia...”, es decir que nadie puede ser sancionado de manera reiterada por una infracción que ya fue previamente impuesta por autoridad competente, respecto a esto cabe puntualizar que si la Superintendencia de Control y Poder del Mercado sanciona a un proveedor, dicha sanción se circunscribe al ámbito del Derecho de la Competencia, por ello resulta posible establecer otra sanción o sancionessi se transgreden ordenamientos jurídicos distintos que atienden a diferentes valores jurídicos pues existe distinción entre los sujetos, los hechos y los fundamentos de la infracción. En cuanto a los sujetos en el caso de los acuerdos colusorios en el ámbito de la Contratación Pública intervendría como sujeto afectado la propia administración pública, los hechos se referirán a la transgresión de los principios previstos en la LOSNCOP y al erario público, más no al Derecho de la Competencia protegido por la LORCPM y finalmente en cuanto a los fundamentos, estos deben sujetarse a la transgresión de dos ordenamientos distintos (el uno sería la LORCPM, afectación al derecho de la competencia, y dos la LOSNCOP, afectación a los principios de la Contratación Pública) y consecuentemente causas distintas, por lo que no se estaría vulnerando a mi criterio personal este principio.

### **3.2.3. Sanciones en casos de colusión en la Contratación Pública**

#### **3.2.3.1. Casuística**

Si la pregunta que se nos viene a la mente es si se han sancionado casos de colusión en la Contratación Pública del Ecuador, podemos señalar que existen diversos

casos resueltos ya por la autoridad competente y en los que la conducta probada fue encajada como acuerdo colusorio. Quizá uno de los procesos de contratación más difundidos mediáticamente y en los que se llegó a determinar la existencia de prácticas anticompetitivas fue el caso de colusión denunciado en el procedimiento de Subasta Inversa Electrónica No. SIE-IESS-015-2011 para la contratación del servicio de call center del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IESS, denominado “SISTEMA INTEGRAL PARA LA GESTIÓN, AGENDAMIENTO E INTERRELACIÓN EN LA ATENCIÓN DE SALUD Y MEJORAMIENTO DE LOS SERVICIOS QUE BRINDA EL IESS A SUS USUARIOS”, con un presupuesto referencial de USD 20,893,890.00, este procedimiento es quizá uno de los de mayor relevancia en cuanto al estudio de temas colusorios en Contratación Pública pues presenta varias aristas en las que la colusión podía ser investigada y sancionada.

La Contraloría General del Estado en razón de la orden de trabajo No. 0010-DADSySS-2012 de 25 de septiembre de 2012, emitió el Informe General “A los procesos precontractual, contractual y ejecución del contrato para el servicio del Call Center con la empresa RECAPT.”, el monto de los recursos examinados ascendía a la cantidad de USD \$ 20`893.890,00, dentro de dicho informe se resumen los siguientes hechos relevantes:

De acuerdo al cronograma del proceso SIE-IESS-015-2011, el 23 de enero de 2012, seis empresas presentaron sus ofertas: SMART BUSINESS, CRONIX Cía. Ltda., RECAPT S.A., SOLNET, PROYECING –TECSIBLE y EMERGIA –SOFLO. La Comisión Técnica, en sesión de 6 de febrero de 2012, resolvió habilitar a las empresas: RECAPT S.A., y SOLNET S.A.; y descalificó a las empresas: SMART BUSINESS, CRONIX Cía. Ltda., PROYECNG –TECSIBLE, y EMERGIA – SOFLO, por no cumplir con los requisitos mínimos establecidos en los pliegos. La Comisión Técnica, el 14 de los mismos mes y año, después de conocer el resultado de la puja, determinó que el precio más bajo fue el de la empresa RECAPT S.A., de 19`452.211,00 USD y sugirió al Director General del IESS adjudicar a la empresa RECAPT S.A., por convenir a los intereses institucionales y por cumplir con los requisitos técnicos, legales y financieros, con Resolución Administrativa CT-IESS-008-2012 de 23 de febrero de 2012; por lo que el Director General del IESS, adjudicó a la Empresa RECAPT S.A. el contrato correspondiente al proceso realizado.

Del análisis de las ofertas que dicho organismo de control realizó se presentaron las siguientes novedades:

1. Existen similitudes y coincidencias entre estas RECAPT S.A. y SOLNET S.A., e inclusive, en los documentos de la primera, que resultó adjudicada, aparece el nombre de SOLNET S.A., y viceversa [...]

3. Dos certificados sobre la experiencia, que fueron presentados por RECAPT S.A., que corresponden a SICONTAC CENTER de 29 de julio de 2011; e INTEGRAL SOLUTIONS S.A., de 17 de junio de 2011, fueron suscritos por el mismo Gerente General, cuyo período de gestión fue anterior a las fechas de los mencionados certificados; es decir, cuando ya no era Gerente de las citadas empresas, situación que fue ratificada por el Gerente General de INTEGRAL SOLUTIONS S.A. y SICONTAC CENTER S.A. [...]<sup>121</sup>

Como producto de la misma orden de trabajo referida en el párrafo anterior, se inició un Examen Especial y como producto de dicho examen la Contraloría General del Estado estableció que “existen similitudes y coincidencias entre dos empresas, e inclusive, en los documentos de RECAPT S.A., empresa adjudicada, aparece el nombre de SOLNET S.A.; y viceversa[...] Situación que evidencia que las empresas RECAPT S.A. y SOLNET S.A. adoptaron procedimientos irregulares para favorecerse en el proceso de evaluación y calificación de las ofertas.”<sup>122</sup>, por lo que concluyó que “En la información que sustenta las ofertas técnicas entregadas por RECAPT S.A. y SOLNET S.A., se observan similitudes y coincidencias entre estas dos ofertas, e inclusive, en los documentos de RECAPT, empresa adjudicada, aparece el nombre de SOLNET y viceversa, situación que evidencia que estas dos empresas adoptaron procedimientos irregulares para favorecerse en el proceso de evaluación y calificación de las ofertas.”<sup>123</sup>; por los hechos relatados estableció indicios de responsabilidad penal en contra de las autoridades, directivos y varios servidores y terceros relacionados, por sus

---

<sup>121</sup>Ecuador, Contraloría General del Estado, Dirección de Auditoría de Desarrollo Seccional y Seguridad Social, *Informe General No. DADSySS-0008-2013 “A los procesos precontractual, contractual y ejecución del contrato para el servicio del Call Center con la empresa RECAPT” período desde 2011-08-01 hasta 2012-08-31*, (Quito: Contraloría General del Estado: 2013), 26.

<sup>122</sup>Ecuador, Contraloría General del Estado, Dirección de Auditoría de Desarrollo Seccional y Seguridad Social, *Informe de Indicios de Responsabilidad Penal No. DADSySS-0003-2013 “Como parte del examen especial a los procesos precontractual, contractual y ejecución del contrato para el servicio de call center suscrito entre el Instituto ecuatoriano de Seguridad Social y la empresa Recuperación de Capital Contac Center S.A., Recapt S.A. por el período comprendido entre el 1 de agosto de 2011 y el 31 de agosto de 2012, se analizó el proceso de Subasta Inversa Electrónica SIE-IESS-015-2011, publicado el 16 de diciembre de 2011, que concluyó con la ejecución del contrato 64000000-1002-C suscrito el 13 de marzo de 2012”*, (Quito: Contraloría General del Estado, 2013), 9.

<sup>123</sup>Ibíd., 29.

actuaciones en los procesos precontractual y contractual del contrato, estableciendo que se generaron pagos en exceso y sin sustento legal ni contractual por un monto de USD \$ 1'214.964,53, este informe de Contraloría fue aprobado el 6 de febrero de 2013 y enviado a la Fiscalía.

Durante la etapa precontractual del procedimiento se presentaron 6 oferentes; y, la investigación por parte de la Superintendencia de Control de Poder del Mercado inició por denuncia de 1 de octubre de 2013, es decir siete meses después de la aprobación de Contraloría, la denuncia fue presentada por uno de los operadores económicos y participante en el procedimiento, el proceso fue publicado en el portal institucional del SERCOP el 16 de diciembre de 2011 y la Superintendencia resolvió el mismo el 7 de septiembre de 2015, es decir 26 meses después de presentada la denuncia, declarando que los operadores económicos RECAPT RECUPERACIÓN DE CAPITAL Y CONTACT CENTER S.A. y SOLNET S.A., falsearon y distorsionaron la competencia en la presentación de ofertas y en la etapa de puja del proceso de Contratación Pública, infringiendo la norma contenida en el numeral 6 del artículo 11 de la LORCPM por lo que se le impuso al operador económico RECAPT RECUPERACIÓN DE CAPITAL CONTACT CENTER S.A. la multa sancionadora de USD \$ 2'334.265,32 y al operador económico SOLNET S.A. la multa de USD \$ 9.874.72; adicionalmente y como medida correctiva se solicitó que se remitan copias del proceso a la Corte Provincial de Pichincha a efectos de que sirva declarar la nulidad de pleno derecho del proceso de contratación No. SIE-IESS-015-2011.<sup>124</sup>

Posterior a la resolución de 7 de septiembre de 2015, los dos operadores económicos sancionados interpusieron recurso de apelación respecto de lo cual el Superintendente de Control del Poder del Mercado resolvió el 15 de enero de 2016 negar los recursos interpuestos por improcedentes ratificándose en lo dispuesto por la Comisión de Resolución de Primera Instancia y en este caso también se corrigió el error de solicitar la nulidad a la Corte Provincial de Pichincha disponiendo se ponga en conocimiento de la Procuraduría General del Estado para que de ser pertinente ejerza la

---

<sup>124</sup>Ecuador, Superintendencia de Control del Poder de Mercado, Comisión de Resolución de Primera Instancia, oficio No. SCPM-CRPI-2015-0293 de 7 de septiembre de 2015, *expediente No. SCPM-CRPI-2015-019*, (Quito:Superintendencia de Control del Poder de Mercado, 2015).

facultad determinada en el art. 65 de la LOSNCP<sup>125</sup>. Finalmente se interpuso una solicitud de ampliación y aclaración que fue resuelta el 15 de marzo de 2016 desechándola.

De su parte la Procuraduría General del Estado planteó la demanda de nulidad del contrato Nro. 64000000-1002-C celebrado el 13 de marzo del 2012 derivado de la Subasta Inversa SIE-IESS-015-2011, por un monto de USD: 19'450.795,59 y un plazo de ejecución de 730 días contados a partir de la fecha de notificación de acreditación del anticipo en la cuenta bancaria del contratista, causa signada con el número 17811-2013-14713, en contra del Gerente de la Compañía Recapt-Recuperación de Capital Contact Center S.A. y el Director General del IESS planteando la demanda de nulidad del contrato, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 1 en sentencia de 16 de marzo de 2016, aceptó la demanda de nulidad de contrato propuesta por la Procuraduría General del Estado y declara la nulidad del contrato Nro. 64000000-1002-C de 13 de marzo del 2012, celebrado entre el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, IESS y la Compañía RECAPT RECUPERACION DE CAPITAL CONTACT CENTER S.A., disponiendo para el efecto la práctica pericial de la liquidación de los bienes, servicios y valores, que fueron cancelados por el IESS y los trabajos real y debidamente ejecutados por RECAPT S.A., de conformidad con el Art. 279 del Código de Procedimiento Civil<sup>126</sup>.

Es importante señalar que la nulidad declarada no tuvo nada que ver con el tema colusorio y se basó principalmente en la actualización de la certificación presupuestaria que no se dio en su momento, ya que para el procedimiento SIE-IESS-015-2011 se empleó la certificación de un proceso anterior que fue cancelado y el cual difería de su objeto y presupuesto referencial.

Finalmente es importante señalar que también se realizó una investigación en la Fiscalía por el presunto delito de peculado respecto a este caso, indagación previa No.

---

<sup>125</sup>Ecuador, Superintendencia de Control del Poder de Mercado, Comisión de Resolución de Primera Instancia, “Resolución”, expediente de apelación No. SCPM-CRPI-2015-019-A-019-DS, (15 de enero de 2016).

<sup>126</sup>Ecuador, Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con Sede en el Distrito Metropolitano de Quito, “Sentencia”, causa No. 17811-2013-14713, que sigue el Director Nacional de Patrocinio y Delegado del Procurador General del Estado en contra del Gerente General y Representante Legal de la Compañía Recuperación de Capital Contact Center Recapt S.A. y el Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social –IESS (16 de marzo de 2016), <<http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>>.

170101812062264-FEAP2, el Fiscal de la Administración Pública No. 2, Dr. Pablo Santos Basantes luego del análisis correspondiente solicitó la desestimación y archivo de la indagación previa por considerar que no existió perjuicio patrimonial alguno al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social como consecuencia de la suscripción del contrato en cuestión porque no existieron cobros en exceso o por conceptos ajenos a los pactados en el contrato, y que no existió favoritismo o direccionamiento de los funcionarios y autoridades del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Posteriormente tuvo conocimiento de esta causa la Jueza Vigésima de Garantías Penales de Pichincha, Dra. Verónica Medina Niama, causa No. 17270-2014-0048, la que mediante auto de 13 de marzo de 2014 *aceptó* el requerimiento presentado por la Fiscalía y se *ordenó* el *archivo definitivo* del expediente.<sup>127</sup>

Lo que quisiera destacar en cuanto a este caso en particular es el tiempo que conllevó sancionar una práctica de este tipo, la función tan importante que cumple la Comisión Técnica, pues si ésta hubiese analizado de manera correcta e íntegra todas las propuestas y aplicado el contenido del formulario de la oferta podía rechazar las mismas evitándole a su institución todos los conflictos legales y económicos en los que incurrió después, así como el prescindir en lo posterior de un servicio que requerimos todos los afiliados para poder agendar una cita médica de manera eficiente y en el menor tiempo posible; adicionalmente es importante resaltar que la investigación que se realizó en materia penal nada tuvo que ver con el ilícito de la colusión, que antes podía ser sancionada penalmente y que fue eliminada con la vigencia del COGEP, por lo que el delito en el que ahora podría devenir esta práctica, bajo el supuesto que haya participado un servidor público y solo en ese caso, a efectos de ser sancionado en materia penal sería el de peculado, por otro lado la sanción en materia de contratación pública que se generó fue la declaración de nulidad del contrato más no su terminación unilateral y se produjo por haberse prescindido de los procedimientos y las solemnidades legalmente establecidas (falta de certificación presupuestaria) conforme lo determina el numeral 2 del art. 65 de la LOSNCP, sin que nada se haya dicho respecto a la sanción en el ámbito de contratación pública por haber incurrido en una práctica colusoria-, por otro lado es

---

<sup>127</sup> Ecuador, Juzgado Vigésimo de Garantías Penales de Pichincha, “Auto”, *causa de Desestimación No. 17270-2014-0048*, (13 de marzo de 2014), <<http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/información.jsf>>.

importante destacar que en el portal el procedimiento se encuentra en estado “en ejecución” y el proveedor sancionado sigue habilitado en el RUP por lo que puede prestar sus servicios a cualquier entidad contratante, inclusive en el año 2016 se volvió a realizar un nuevo procedimiento de licitación con el mismo objeto “Contratación del servicio de contact center, para servicios de: agendamientos de citas médicas y la gestión, promoción y difusión de servicios que brinda el IESS a los afiliados, beneficiarios y empleadores”, signado bajo el código No. LICBS-IESS-001-2016, con un presupuesto referencial de \$18,638,391.01, actualmente declarado desierto y en el que nuevamente volvió a participar la empresa Recuperación de Capital Contact Center S.A. pese a haber sido sancionada, el motivo de su descalificación en este procedimiento conforme consta en el acta de calificación de 17 de agosto de 2017 publicada en el portal institucional del SERCOP<sup>128</sup> se fundamentó en el hecho de que el accionista mayoritario de dicha empresa no se encontraba habilitado en el RUP al mantener obligaciones pendientes con el SRI y ser deudor moroso del Estado o sus instituciones, por lo tanto se infiere que pese a que el proveedor incurrió en una infracción a la competencia dentro de procedimiento de contratación, que sin duda alguna es una de las manifestaciones de la corrupción y una mala práctica en la contratación pública, la Administración parecería estar atada de manos al encontrarse plenamente habilitando para seguir siendo proveedor del Estado. Con base en lo señalado sería importante considerar la propuesta de que la sanción de un proveedor que colude sea incorporada como una inhabilidad para ser contratista del Estado al menos por un lapso de tiempo determinado, lo cual a mi juicio aumentaría el efecto disuasorio de estas malas prácticas y generaría un impacto mucho más significativo en los proveedores pues de algún modo se vería obstruida su posibilidad de seguir generando ingresos que se deriven del sector público, limitando sus actividades comerciales.

Otro caso en conocimiento de la Superintendencia de Control del Poder del Mercado fue el expediente de investigación No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-021-2015, respecto del proceso de Subasta Inversa Electrónica signado con el código No. SIE-MDT-008-2015 realizado por el Ministerio del Trabajo cuyo objeto de contratación fue la adquisición de tóneres para dicha entidad. La investigación inició a solicitud del

---

<sup>128</sup>[https://www.compraspublicas.gob.ec/ProcesoContratacion/compras/PC/informacionProcesoContratacion2.cpe?idSoliCompra=iVeYnJsQ\\_ONJrp1SLy6uZu04JUXdKgeQYaICGVQ-LfE](https://www.compraspublicas.gob.ec/ProcesoContratacion/compras/PC/informacionProcesoContratacion2.cpe?idSoliCompra=iVeYnJsQ_ONJrp1SLy6uZu04JUXdKgeQYaICGVQ-LfE),



Servicio Nacional de Contratación Pública mediante oficio No. SERCOP-CTC-2015-0112-OF de 11 de junio de 2015, con base en el reclamo efectuado por uno de los participantes del procedimiento, el SERCOP en el referido oficio indicó que “[...] existe una presunción de violación de los artículos 9 y 11 de la Ley Orgánica del Control del Poder del Mercado [...] En el caso concreto, se ha determinado la existencia de una relación entre varios participantes dentro del procedimiento que presumiría la existencia de actos que deben ser objeto de investigación y de ser el caso, de sanción por parte de la Superintendencia del Control del Poder de Mercado”, señaló además que se detectó la existencia de vinculación entre los participantes Caiza Cerón Marco Antonio, EMSYS Servicios y Soluciones Empresariales Cía. Ltda., Cyberbox Cía. Ltda., y Workcomputer S.A. y que “existiría una conexión entre todos los oferentes señalados dado que el representante legal de la compañía Workcomputer S.A. es el señor Omar Joaquín Caiza Cerón, hermano del proveedor Marco Antonio Caiza Cerón y del accionista de la compañía Cyberbox Cía. Ltda.”, en el oficio en referencia el mencionado organismo de manera textual manifiesta que “...no sería consecuente que la entidad contratante continúe con un procedimiento de contratación que posee hechos que deben aclararse. Para el efecto, el camino adecuado consiste, en mi opinión, en poner la información en manos de la Superintendencia de Control del Poder del Mercado a fin de que realicen las acciones que fueran del caso.”<sup>129</sup>

Hasta la presente fecha no se emite resolución alguna por parte de la Superintendencia de Control del Poder del Mercado, es decir después de un año ocho meses no se cuenta ni siquiera con una resolución de primera instancia; sin embargo el procedimiento de contratación pública fue declarado desierto mediante Resolución No. MDT-CGAF-2015-0030 de 23 de junio de 2015 al amparo del literal d) del artículo 33 de la LOSNCP, esto es, “Si una vez adjudicado el contrato, se encontrare que existe inconsistencia, simulación o inexactitud en la información presentada por el adjudicatario, detectada por la entidad contratante, la máxima autoridad de ésta o su delegado, de no existir ofertas calificadas que técnica y económicamente a los intereses nacionales e institucionales...”, conforme consta en el portal institucional del SERCOP,

---

<sup>129</sup> Ecuador, Superintendencia de Control del Poder del Mercado, Informe No. SCPM-IIAPMARP-DNIAPR-024-2016 de 13 de mayo de 2016, *expediente de investigación No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-021-2015*, (Quito: Superintendencia de Control del Poder del Mercado, 2016).

es importante enfatizar que en el mismo instrumentose revocó la Resolución No. MDT-CGAF-2015-0030 de 14 de abril de 2015, a través de la cual se adjudicó el contrato del proceso No. SIE-MDT-008-2015 al oferente Caiza Cerón Marco Antonio, con RUC 1709766453001, quiennunca fue declarado adjudicatario fallido en el portal de compras públicas, la motivación sobre la que se funda la declaratoria de procedimiento fue el contenido del oficio No. SERCOP-CTC-2015-0112-OF de 10 de junio de 2015, a través del cual el Coordinador Técnico de Controversias del SERCOP recomendó la suspensión definitiva del procedimiento y declaratoria de procedimiento desierto.

El proveedor adjudicado Marco Antonio Caiza Cerón interpuso posteriormente una acción de protección en contra del Servicio Nacional de Contratación Pública, la Procuraduría General del Estado y el Ministerio de Trabajo por la declaratoria de desierto y revocatoria de la adjudicación a su favor, causa No. 17986-2015-00747, sustanciada por el Juzgado Décimo Sexto de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, aduciendo principalmente la vulneración de su derecho al trabajo, a la igualdad y al debido proceso, sin embargo como se llegó a demostrar dentro de dicha causa que se trataba de un asunto de mera legalidad, pues lo que se pretendía era analizar la legalidad o ilegalidad del acto administrativo de declaratoria de desierto y revocatoria de adjudicación, la interposición de dicha acción de protección fue rechazada por improcedente.

Dentro de este proceso se debe destacar que fue el propio ente regulador de la Contratación Pública el que señaló que correspondía a la Superintendencia de Control de Poder del Mercado determinar la existencia o no de una presunta práctica colusoria, es decir que en este caso y dado el estado del procedimiento “adjudicado” el formulario de presentación y compromiso no contemplo una alternativa para que el propio Ministerio de Trabajo o cualquier entidad contratante declare al proveedor como adjudicatario fallido si evidenció hasta aquel momento que el proveedor participó en una práctica colusoria, de lo que se desprende con base en este análisis que el formulario de presentación y compromiso presenta un vacío frente a la sanción que podría imponerse a un proveedor si la presunción de una práctica anticompetitiva surge después de la calificación de las ofertas o una vez adjudicado el contrato, pues el formulario establece la aceptación del participante de que en el caso de que se comprobare una violación a los compromisos establecidos en el presente formulario, la

entidad contratante *le descalifique como oferente (hasta la etapa de calificación de ofertas)*, o *dé por terminado en forma inmediata el contrato* (una vez suscrito el contrato), es decir nada se dice respecto de la etapa posterior a la calificación de ofertas y adjudicación, retomando la sanción una vez suscrito el contrato, esto sería, la terminación unilateral.

Adicional a lo expuesto líneas arriba debemos considerar que si bien el Ministerio de Trabajo revocó la adjudicación y declaró desierto el procedimiento, lo que a mi criterio es ilegal pues la revocatoria de una adjudicación requiere el inicio de una acción de lesividad además que la normativa señala que se puede declarar desierto el procedimiento estando el mismo adjudicado y de hecho solo así procedería la causal en la que se amparó la entidad contratante por lo que si se revocó la adjudicación retornaría el proceso a su estado anterior “por adjudicar” y la declaratoria de desierto debía fundamentarse en cualquier otra de las causales previstas en los literales a), b) o c) del artículo 33 de la LOSNCP; sin perjuicio de ello es realmente importante destacar que el proveedor adjudicado quien era uno de los involucrados en el presunto acuerdo colusorio no recibió sanción alguna por parte de la entidad contratante, ni por ninguna entidad al menos hasta la fecha pues la Superintendencia de Control del Poder del Mercado aún no emite su resolución en este caso específico, pese a que el propio SERCOP habría indicado la existencia de vinculaciones entre los participantes Caiza Cerón Marco Antonio, EMSYS Servicios y Soluciones Empresariales Cía. Ltda., Cyberbox Cía. Ltda y Workcomputers S. A. dentro procedimiento, y que se detalló de la siguiente manera:

La compañía Cyberbox Cía. Ltda. tiene como socios principales a los señores Segundo Joaquín Caiza Ontaneda y Juan Francisco Caiza Cerón, quienes son padre y hermano, respectivamente, del señor Marco Antonio Caiza Cerón.

El señor Segundo Joaquín Caiza Ontaneda es padre del señor Omar Joaquín Caiza Cerón, representante de la compañía Workcomputers S. A, en la cual, funge como presidente el señor Oscar Marcelo Toalombo Estrella.

El señor Oscar Marcelo Toalombo Estrella, consta como socio mayoritario (98%) de la compañía EMSYS Servicios y Soluciones Empresariales Cía. Ltda.

Como se puede apreciar, existe una conexión abierta entre el proveedor Caiza Cerón Marco Antonio, los socios de la compañía Cyberbox Cía. Ltda. y uno de los socios de la compañía Workcomputers S. A. Esta conexión se verifica por las relaciones de consanguinidad de las personas naturales inmersas como participantes directos o como socios de las personas jurídicas que participan.

Por otra parte, existe una conexión de carácter societario entre las compañías EMSYS Servicios y Soluciones Empresariales Cía. Ltda. y Workcomputers S. A. por cuanto existe un mismo accionista y administrador en ambas compañías.

Sin perjuicio de ello, existiría una conexión entre todos los oferentes señalados dado que el representante legal de la compañía Workcomputers S. A. es el señor Omar Joaquín Caiza Cerón, hermano del proveedor Marco Antonio Caiza Cerón y del accionista de la compañía Cyberbox Cía. Ltda.

De lo anotado, se desprenden tres tipos de conexión existentes en este procedimiento:

-La que relaciona a las compañías Cyberbox Cía. Ltda. y Workcomputers S. A., con el señor Marco Antonio Caiza Cerón;

-La que relaciona a las compañías EMSYS Servicios y Soluciones Empresariales Cía. Ltda. y Workcomputers S. A.; y,

-La que vincula a todos los anteriores

En lo que respecta a la primera conexión, la cual por sus características es propia de los lazos de consanguinidad, al ser una conexión abierta, si bien no impide la participación de los oferentes detallados, obliga a la entidad contratante, conforme al tercer inciso del artículo 99 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, a verificar si la existencia de esta conexión abierta actúa en detrimento de la competencia dentro del procedimiento de contratación No. SIE-MDT-008-2015.

[...] Por otra parte, en lo referente a la conexión entre las compañías EMSYS Servicios y Soluciones Empresariales Cía. Ltda. y Workcomputers S. A., cabe señalar que el artículo 261 de la Ley de Compañías manda que a los administradores de compañías les es prohibido negociar o contratar por cuenta propia, directa o indirectamente, con la compañía que administren; por tanto, la concertación de precios desprendida de la presentación de un propuesta para un mismo fin contradice la calidad de independiente que debe tener una oferta pública y se presumiría una conducta susceptible de constituir infracción tal como lo prescribe la Ley Orgánica Control del Poder del Mercado.

Por último y en lo relacionado a la conexión entre todos los oferentes mencionados, cabe añadir que si la entidad durante la etapa de evaluación de ofertas detectó estas conexiones, debía actuar para subsanarlas y no provocar la creación de presunciones respecto de la capacidad legal de los concursantes [...] <sup>130</sup>

Con base en lo antes señalado se deduce que para poder sancionar a un proveedor que ha participado en un acuerdo colusorio y que ha sido adjudicado es necesario que la entidad suscriba con este el contrato a efectos de que pueda declarar su terminación unilateral declarando al contratista como incumplido y suspendiéndolo en el RUP por 5 años, otra opción sería incluir en el pliego que en el caso de que se detecte la practica anticompetitiva en la fase de adjudicación la entidad contratante podrá declararlo como adjudicatario fallido, lo que se constituye en una sanción y también deberá observar las normas que rigen el debido proceso.

Finalmente y dentro de este análisis me permito citar uno de los casos que fueresuelto por la Superintendencia de Control del Poder del Mercado en cuanto a

---

<sup>130</sup> Ecuador, Servicio Nacional de Contratación Pública, Coordinación Técnica de Controversias, Oficio No. SERCOP-CTC-2015-0112-OF de 10 de junio de 2015, (Quito: Servicio Nacional de Contratación Pública, 2015).

acuerdos colusorios en contratación pública, corresponde al expediente de investigación No. SCPM-CRPI-2015-025, dentro del procedimiento de Subasta Inversa Electrónica No. SIE-MINEDUC-005-15 efectuado por el Ministerio de Educación para la adquisición e instalación de pupitres rotomoldeados para instituciones educativas régimen costa a nivel nacional, con un presupuesto referencial de USD 7'750,684.69, actualmente declarado desierto conforme consta en el portal institucional del SERCOPal amparo de lo dispuesto en el literal d) del artículo 33 de la LOSNCP, sin embargo revisada la Resolución Nro. MINEDUC-VGE-2015-00056-R de 16 de junio de 2015 de declaratoria de procedimiento desierto, ninguno de los considerandos expuestos por la entidad contratante justificarían la causal invocada; de hecho señalan que "...la variación de las condiciones técnicas de participación en la etapa de preguntas y respuestas por parte de la Comisión Técnica conlleva a la descalificación de ofertas y limita que se desarrolle la Subasta Inversa Electrónica con mayor participación y consecuente obtención de mejores precios a través de una puja.", es decir que atribuyen la declaratoria de desierto a una actuación propia de la entidad contratante respecto a la variación de las condiciones de participación previstas en el pliego que nada tiene que ver con la causal prevista en el literal d) del artículo 33 de la LOSNCP.

La investigación inició por solicitud del Ministerio de Educación mediante oficio No. MINEDUC-CGAJ-2015-00148-OF de 16 de julio de 2015, ya que la Comisión Técnica del mencionado procedimiento mediante informe No. MINEDUC-CT-SIE-005-2015-0002 de 3 de junio de 2015, requirió al Coordinador General de Asesoría Jurídica de dicha Cartera de Estado poner en conocimiento de la Superintendencia de Control del Poder del Mercado las prácticas o conductas evidenciadas en las ofertas presentadas por los proveedores ADOLCIT y PLASTICOS RIVAL, esto deja en evidencia que la entidad contratante durante la etapa de calificación de ofertas posiblemente ya presumía de una práctica colusoria sin perjuicio de ello se continuó el proceso y la Comisión Técnica recomendó la adjudicación del contrato al proveedor MAGNUSERV S.A. conforme consta en el Acta No. 4 de Negociación de 5 de mayo de 2015. Durante la etapa de investigación el operador económico PLASTICOS RIVAL presentó su propuesta de compromiso de cese el 13 de mayo de 2016 indicando que "En el mencionado proceso intervenimos de manera individual, pero intercambiando información y a base de los vínculos previos contractuales que manteníamos con la

compañía ADOLCIT S.A. quien es nuestro distribuidor autorizado, lo cual promovió la infracción investigada [...]”y declara que “...La fecha de infracción de la Ley mediante el cometimiento de la conducta investigada en el caso del proceso SIE-MINEDUC-005-15 fue desde el 14 de abril del 2015 hasta el 20 de abril del mismo año en el cual descalificaron mi oferta dentro del mencionado proceso. I, en el caso del proceso SIE-CZ4-005-2015 la infracción de la Ley principio el 14 de abril de 2015 hasta el 28 de mayo de 2015[...].”

Revisada el Acta de calificación de ofertas del proceso de 27 de abril de 2015, la Comisión Técnica rechazó y descalificó las ofertas de los proveedores ADOLCIT S.A. y PLÁSTICOS TIVAL CIA. LTDA, basándose en el número 7 del numeral 1.1 del Formulario de la oferta “PRESENTACIÓN Y COMPROMISO”, señalando que:

En el ítem 1.7 de la oferta de las dos empresas se evidencia que en reiteradas oportunidades han participado y ganado procesos de contratación pública bajo la modalidad de consorcio, pues presentan actas de entrega-recepción bajo dicha modalidad;

En el numeral 1.8 de los Formularios de las Ofertas presentadas, las dos empresas mencionadas detallan a las mismas personas (profesionales) como su personal técnico propuesto, lo que evidenciaría que las dos empresas tienen conexión entre sí y entre el personal técnico propuesto;

En el ítem numeral 1.9 de los Formularios de las Ofertas presentadas, las dos empresas hacen constar los mismos equipos, comprobándose lo expresado con los números de series, fotografías y facturas anexadas en las dos ofertas conducta que demuestra la ejecución de prácticas que distorsionan la competencia más aún cuando en la oferta de la empresa Adolcit no se ha anexado documento en el que conste que el propietario (Plásticos Rival, conforme figura en las facturas anexadas) de los equipos asegure la disponibilidad bajo cualquier figura jurídica para el período contractual.

De igual manera dentro de la oferta presentada por las dos empresas constan fotografías similares correspondientes al catálogo requerido<sup>131</sup>.

Dentro de esta causa la Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Control del Poder del Mercado con Resoluciones de 27 de septiembre de 2016 y 7 de octubre de 2016 aceptó las solicitudes de compromiso de cese <sup>132</sup>planteados por los operadores económicos ADOLCIT S.A. y PLASTICOS

---

<sup>131</sup>Ecuador, Ministerio de Educación, *Acta de calificación de ofertas del proceso de 27 de abril de 2015*, (Quito: Ministerio de Educación, 2015), <https://www.compraspublicas.gob.ec/ProcesoContratacion/compras/PC/informacionProcesoContratacion2.cpe?idSoliCompra=WWu4hv6dgjwNlhib7BtncnkmUcNqnkwXWtok1MaLaQ>.

<sup>132</sup>El compromiso de cese es una figura prevista en el artículo 89 de la LORCPM que puede presentarse hasta antes de la resolución de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, y permitiría a los operadores económicos investigados, relacionados o denunciados presentar una una

RIVAL CÍA. LTDA., a condición del cumplimiento de todas las medidas correctivas, complementarias y el pago de USD 61.701,75 y USD 61.764,36 en su orden, por concepto de importe de subsanación.

Este caso quizá sea uno de los pocos en los que una entidad contratante aplica de manera directa la descalificación de ofertas con base en el compromiso que hace el oferente en el formulario de su oferta, lo que le permitió en su momento continuar con el proceso sin menoscabar el derecho que tienen los otros participantes de que sus propuestas independientes sean consideradas sin que se declare por este hecho desierto el procedimiento, rechazando aquellas que no eran idóneas para continuar en el proceso de selección ya que vulneraron un compromiso prefijado en el pliego.

### 3.2.3.2. Estadísticas

De acuerdo a la memoria institucional de la Superintendencia de Control del Poder del Mercado, dicha entidad durante el período 2012-2016, realizó 522 investigaciones a nivel nacional, de las cuales 435 corresponden a casos de investigación y 87 estudios de mercado:



---

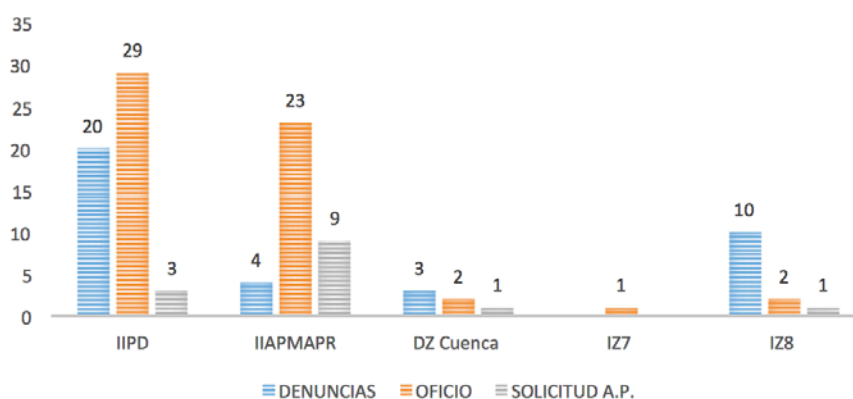
propuesta de compromiso por medio del cual se comprometen en cesar la conducta objeto de la investigación y a subsanar, de ser el caso, los daños, perjuicios o efectos que hayan producido, que produzcan o que puedan producir en el mercado relevante y en los consumidores sus prácticas que restrinjan la competencia.

Información extraída de la página de la Superintendencia de Control de Poder del Mercado<sup>133</sup>

Adicionalmente en dicha memoria se señala que de los expedientes que se sustancian, 58 se investigan por el cometimiento de potenciales prácticas desleales, establecidas en el artículo 27 de la LORCPM y 50 investigaciones por presuntas prácticas de abuso de poder de mercado y acuerdos restrictivos según lo determinado en los artículos 9,10 y 11 de la LORCPM. Por otra parte, se encuentran en análisis 9 notificaciones de operaciones de concentración tanto informativas como obligatorias y están bajo análisis de estructura de mercado once sectores económicos.<sup>134</sup>

En cuanto al análisis del tipo de inicio de las investigaciones efectuado por la SCPM se desprenden los resultados que se reflejan a continuación:

**Casos de investigación por tipo de inicio  
Periodo 2012-2016\***



\*Solicitud A.P: Solicitud de otro órgano de la Administración Pública

\*Hasta el 31 de agosto/2016

Información extraída de la página de la Superintendencia de Control de Poder del Mercado<sup>135</sup>

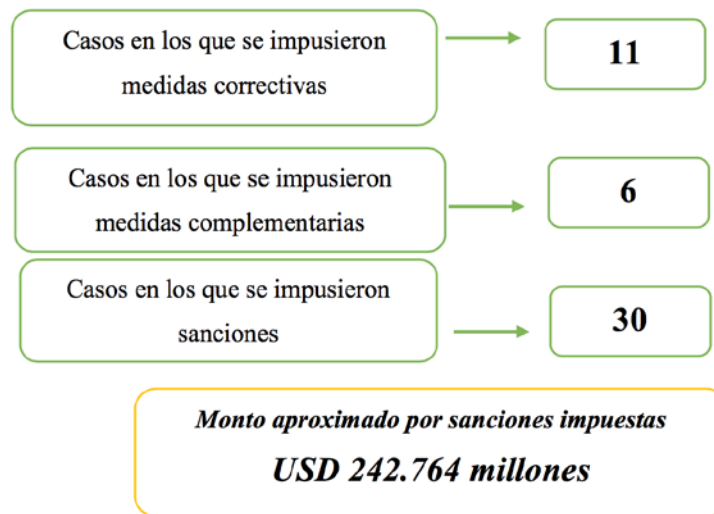
Respecto a las sanciones impuestas se establece el siguiente resumen:

<sup>133</sup>Ecuador, Superintendencia de Control del Poder del Mercado, *Memoria Institucional SCPM, 2012-2016*, (Quito: Superintendencia de Control del Poder del Mercado, 2016), 1. <<http://www.scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2016/10/Memoria-Institucional.pdf>>.

<sup>134</sup>Ibíd., 5

<sup>135</sup>Ibíd., 8.





*\*Hasta el 31 de agosto/2016*

Información extraída de la página de la Superintendencia de Control de Poder del Mercado<sup>136</sup>

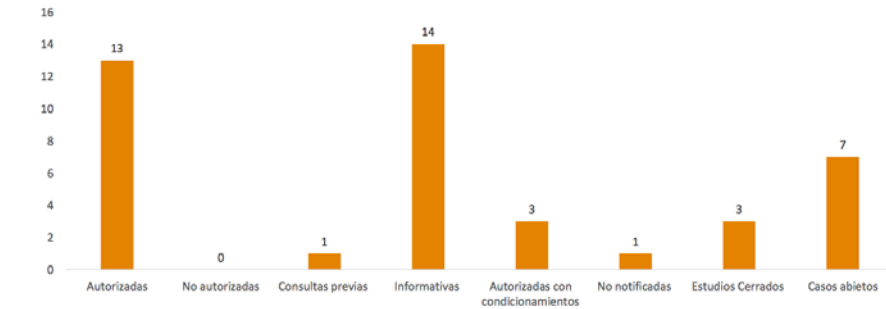
Es decir que de los 435 casos investigados en todos los años de gestión institucional se llegó a sancionar únicamente en 30, de los cuales en ningún informe o reporte institucional se pudo identificar cuantos corresponden a acuerdos colusorios.

Sin perjuicio de lo antes expuesto y debido a que en la página institucional de la SCPM no se encuentra aún disponible el informe de gestión correspondiente al año 2016, tomaré como referencia el informe de gestión correspondiente al año 2015, último informe publicado en su portal institucional, y en el que se señala que durante dicho período se analizaron 42 operaciones de concentración económica, y como resultado de dicho análisis se identificó que el 80% de dichas operaciones pertenecen a conductas de abuso de poder de mercado, consecuentemente el 20% corresponden a prácticas restrictivas y acuerdos colusorios, por las cuales se abrieron 55 expedientes de investigación que para esa fecha se encontraban 35 activos y 20 archivados.

<sup>136</sup>Ibíd., 15.

## Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas

### 42 operaciones de concentración analizadas en el año 2015

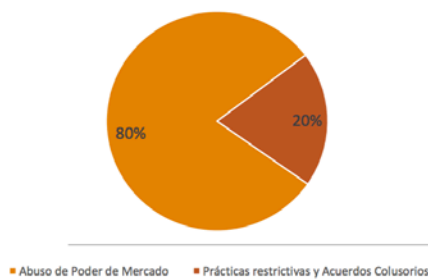


Información extraída de la página de la Superintendencia de Control de Poder del Mercado<sup>137</sup>

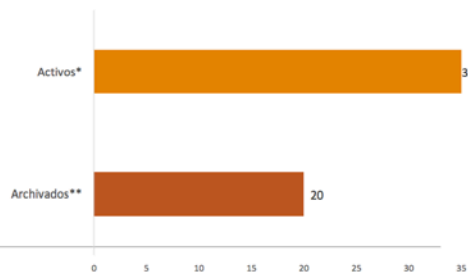
## Resultado del análisis de las operaciones de concentración económica

Enero – Diciembre 2015

### Tipo de conducta investigada



### 55 expedientes iniciados



\* Incluye 16 expedientes activos en las Intendencias Zonales  
\*\* Incluye 3 expedientes archivados en las Intendencias Zonales

Información extraída de la página de la Superintendencia de Control de Poder del Mercado<sup>138</sup>

En cuanto a sanciones el mencionado informe únicamente señala que se sancionaron a 9 operadores económicos y en todos los casos manifiesta que fue por la “No entrega de información”, de lo que se colige que no se produjo por la resolución en

<sup>137</sup> Ecuador, Superintendencia de Control de Poder del Mercado, *Informe de Gestión 2015*, (Quito: Superintendencia de Control de Poder del Mercado, 2016). <<http://www.scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2016/02/Rendicion-de-Cuentas-2015-%C3%BA%20ultima-25feb16.pdf>>

<sup>138</sup> *Ibíd.*

cuanto a la identificación de una conducta que afecta el Derecho a la Competencia, lo que nos lleva a cuestionarnos seriamente cuánto ha aportado esta Superintendencia a partir de su creación para la construcción de un sistema sin monopolios que distorsionan el mercado, o en el evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado, otras prácticas restrictivas, operaciones de concentración económica y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales.

Respecto a lo señalado en el presente capítulo y como resultado del análisis efectuado concluyo indicando que a mi criterio personal resulta no solo inaceptable sino que se torna exigible viabilizar los mecanismos necesarios que permitan sancionar una conducta colusoria sobre todo en consideración de que se afectan los intereses generales de la Administración Pública; pues no es admisible aceptar que quien participó en un proceso y ejecuta o ejecutó un contrato administrativo incurriendo en una conducta ilegítima, mantenga en lo posterior la posibilidad de acceder a un nuevo contrato, por lo tanto y en favor de promover las buenas prácticas en la Contratación Pública considero importante se trabaje en un arduo esfuerzo legislativo para introducir algún tipo de sanción a esta clase de conductas dentro del ordenamiento que regula la Contratación Pública.

Sin perjuicio de lo señalado líneas arriba no debemos desconocer que la normativa vigente de contratación representa un marco débil frente a las actuaciones colusorias, por lo cual, el organismo rector podría estudiar la incidencia de los acuerdos colusorios en los procesos de Contratación Pública y con base en ello recomendar cambios en los diversos tipos de sanciones establecidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. De su parte la Superintendencia de Control de Poder del Mercado debería compartir y mantener visibles las listas de proveedores y contratistas sancionados por dicho organismo, garantizando que las entidades contratantes tengan conocimiento y acceso a dicha información.

Por el momento el único remedio que ofrece el Derecho de la Contratación Pública frente a las manipulaciones en los procedimientos de Contratación Pública es el contenido en el formulario de la oferta y que ya ha sido analizado; o dicho de otra forma, ante indicios potentes de prácticas colusorias entre oferentes, las prácticas concertadas se hallan sometidas, en la actualidad, únicamente a la normativa de defensa

de la competencia, por ello corresponde a la Superintendencia de Control del Poder del Mercado sancionarlas, aunque el perjuicio que generan recae no solamente en los proveedores que no participaron en una sana competencia sino que en gran medida generan también perjuicio económico para las entidades que contratan y consecuentemente afecta el erario público. Por lo tanto la solución no debería estar ligada únicamente a que las entidades contratantes descalifiquen las ofertas y comuniquen las presuntas colusiones a las autoridades de la competencia sino que también debería basarse en que las propias entidades refuercen los controles dentro de sus propios procedimientos y que se generen reformas legales que fortalezcan el Sistema Nacional de Contratación Pública con un derecho coercitivo enérgico en materia de colusión.

## Capítulo cuatro

### Conclusiones y recomendaciones

#### 4.1. CONCLUSIONES:

-La libre competencia genera beneficios no solo al mercado al fomentar la eficiencia, sino inclusive al Estado y los conciudadanos como consumidores finales de las obras, bienes y servicios por éste contratados en términos de precio y calidad, por ello al tutelarla se protege tanto a los agentes económicos que compiten como a la ciudadanía en general; garantizar un adecuado ejercicio de la competencia es una atribución propia de la Superintendencia de Control del Poder del Mercado.

-Los acuerdos colusorios en los procedimientos de contratación afectan actualmente a dos normativas diferentes, la de la libre competencia y la administrativa (contratación pública), cada una de ellas persigue una propósito diferente por ello su accionar es distinto, por lo tanto y para la aplicación de una sanción ya sea en materia de competencia o en el ámbito de la contratación pública debemos tener claro el bien jurídico que se tutela, con el propósito de identificar el escenario en el que su presencia influye, dicho de otro modo, de acuerdo al fin que se persiga y la pretensión que se tenga dependerá la acción legal a iniciar, por ejemplo en un procedimiento de contratación ejecutado y finalizado ya no será posible la aplicación de ningún tipo de sanción en el ámbito de la contratación pública.

-Con base en el estudio realizado se demostró la autonomía que guarda el Derecho de la Competencia y el Derecho de la Contratación Pública, sin embargo de ello y pese a tener un ámbito material distinto no podemos desconocer su interrelación ya que el Derecho de la Competencia es transversal durante todas las etapas de los procedimientos competitivos de régimen común, y debe velar por el cumplimiento de uno de los objetivos de la Administración Pública, que es el de alcanzar la mayor cantidad de concursantes que proporcionen las mejores condiciones de los bienes, servicios u obras que pretende contratar y al menor costo.

-La colusión en los procedimientos competitivos de contratación pública es una práctica restrictiva de la competencia, que afecta no solo a los oferentes, sino que termina por afectar a la Administración Pública por los sobrecostos que genera y la ineficiencia en la asignación de recursos que repercute en los conciudadanos en general, la dificultad para obtener material probatorio y evidencia física de una práctica

colusoria explica de cierta forma el por qué se constituyen en delitos con un alto grado de impunidad, pues por su naturaleza, estas prácticas son bastante informales y por ende difíciles de demostrar, sumado a ello se ha evidenciado que en la actualidad no existen incentivos reales que estimulen dar inicio a las acciones legales que la normativa vigente prevé, pues como se ha demostrado a lo largo de este trabajo la investigación por parte del organismo competente demanda un proceso largo y su compleja comprobación dificulta que los intereses de los afectados sean reparados, desafortunadamente la realidad nos da cuenta de la ausencia de sanciones ejemplares que vayan acorde con la gravedad de éstas prácticas.

-La corrupción en los procesos de Contratación Pública es uno de los focos de afectación que debe superar la Administración Pública, por lo que se torna indispensable implementar los mecanismos que permitan combatirla. La colusión en la compra pública representa una de las aristas de la corrupción que genera defraudación al Estado, por lo que requiere impulsar la capacidad investigativa de la misma por parte de todos los organismos involucrados así como la acreditación de mecanismos que corrijan dicha práctica, considerando que la compra pública tiene un peso significativo en la economía ecuatoriana.

-Los proveedores del Estado tienen la obligación de atender los principios de la contratación pública y aquellos que si bien no se han incorporado expresamente en la normativa vigente que aborda la materia doctrinariamente forman parte de su naturaleza, como el principio de buena fe, al cual deben regir sus conductas y su obrar los proveedores, con rectitud y lealtad, y en caso de incumplimiento debe ser sancionados o al menos no deben ser consideradas sus ofertas por parte de las entidades contratantes por incumplir un requisito preestablecido en el pliego.

-El compromiso de realizar una propuesta independiente, ha sido empleado en países como Canadá, Reino Unido, Estados Unidos y Sudáfrica, y como ha sido analizado tiene su origen en el ejercicio de la Administración del principio de autotutela. La obligatoriedad de presentar dichos documento como requisito de la oferta fortalece la posición jurídica del procedimiento de contratación y reduce la posibilidad de actos de colusión pues informa a los proponentes que los acuerdos colusorios están prohibidos y también fija el mensaje de que las entidades contratantes a través de los funcionarios delegados están pendientes de este riesgo, asimismo hace posible

comprobar que no existió desconocimiento por parte de los responsables de éstas prácticas y que eras conscientes del cometimiento de un ilícito. En nuestro país la declaración que realiza el oferente en el número 3 del numeral 1.1 del Formulario de la oferta “PRESENTACIÓN Y COMPROMISO” podría permitir a las entidades contratantes dar inicio, a acciones en materia penal por haberse realizado por parte del oferente una falsa declaración.

-La colusión debería tener un múltiple reproche normativo (tanto civil, como penal y administrativo), como se lo ha hecho en otros países como Colombia o Perú, pues no solo restringe la competencia sino que afecta la actividad estatal ya que defrauda el erario público y se constituye en otro medio de corrupción. El hecho de que se haya eliminado la posibilidad de sancionar penalmente a la colusión eliminó también su efecto disuasorio para esta clase de comportamientos, pues cuando existe una multiplicidad de sanciones que se podrían imponer por estas conductas se empuja a los posibles infractores a realizar un balance de lo que podrían ganar o perder si coluden o no; y, si el régimen sancionatorio establecido es bastante alto, aumenta la posibilidad de disuasión, ya que la forma más eficaz para eliminarla es desarrollar mejores prácticas y disposiciones sobre la identificación de las prácticas colusorias en los procesos de Contratación Pública en conjunto con un sistema normativo que las sancione.

-Las entidades contratantes están llamadas a incluir dentro de sus código de ética la obligatoriedad de sus servidores de informar y reportar cualquier hecho o conducta que genere una alerta o sospecha de una presunta práctica anticompetitiva o colusoria con la finalidad de que las máximas autoridades institucionales exhorten al organismo competente a intervenir e investigar, independientemente de si incluyen o no algún tipo de estímulo o incentivo para quienes denuncien estos hechos.

#### **4.2. RECOMENDACIONES:**

-Considerando el objetivo de las entidades públicas de realizar una gestión eficaz y eficiente en cuanto a la utilización de los recursos públicos, las mismas deben propender a emplear todos los elementos que estén a su alcance y garanticen la competencia en el seno de los procedimientos de contratación pública que realizan, incluido entre ellos el análisis y cuidado en el diseño de las bases y requisitos del concurso, pues podrían terminar siendo un incentivo determinante para el desarrollo de comportamientos de carácter colusorio o en su defecto evitar la formación de estas

conductas perniciosas, por ende se recomienda instaurar un sistema en el marco de la contratación pública que permita a los oferentes no ser excluidos en los procesos cuando se encuentren en la capacidad de ejecutarlos y su descalificación no dependa de razones vinculadas específicamente con su capacidad técnica.

- Se recomienda a las entidades contratantes implementar un sistema de registro de datos electrónico que se encuentre disponible únicamente para la propia administración, de manera que se pueda conformar una base de datos que contenga al menos la siguiente información: presupuesto referencial del proceso, valor adjudicado, breve descripción del contrato (tipología, área geográfica, etc.), plazo contractual, proveedores participantes en el procedimiento y precios ofertados por cada uno de ellos, adjudicatario final del contrato, identificación del procedimiento de contratación y cualquier circunstancia anómala que haya tenido lugar en el desarrollo del proceso (supresión de ofertas, presentación de ofertas con valores especialmente elevados, subcontratación, asociación o consorcio de proveedores), de modo tal que permita identificar patrones de comportamiento recurrentes en los procesos adjudicados y que puedan constituir indicios de una posible colusión, facilitando la detección de conductas colusorias no en un momento posterior a la finalización del procedimiento de contratación, sino que podría servir también para el diseño de futuros procedimientos con un alcance similar. Un esquema colusorio se manifiesta sólo cuando se examinan los resultados de varios procedimientos de contratación competitivos durante un período de cierta extensión.

-Las entidades contratantes deben prevenir la colusión instruyéndose respecto al funcionamiento de los mercados en los que pretenden contratar y consecuentemente elaborando las bases de la contratación de tal modo que se vean mermadas las posibilidades de coludir. Los pliegos de los procedimientos de contratación deben propender a garantizar la competencia, pues si existe un alto índice de competitividad entre los concursantes será menos probable que quienes coluden tengan éxito pues los oferentes que no participan en estas prácticas los desestabilizarían con ofertas alternativas y con costos más bajos.

- Previo a generar una reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que sancione la colusión en los procedimientos de contratación es preciso se realice un análisis serio respecto de si dichas medidas coercitivas incidirían o



no en el fomento a la participación de oferentes como proveedores del Estado, pues en las pequeñas economías es posible que las sanciones reduzcan el número de participantes a niveles anticompetitivos, esto cuando la sanción se refiera específicamente a la exclusión de futuros procedimientos, sin embargo de ello si se recomienda analizar la normativa vigente y generar reformas que contribuyan en la ejecución de procesos con mejores prácticas, con múltiples esfuerzos de promoción a la sana competencia y un derecho coercitivo robusto que garantice el ahorro de gastos a la Administración Pública y a todo el colectivo y que redunde en beneficio del desarrollo y del crecimiento económico.

-Implementar dentro de las entidades contratantes previstas en el art. 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación mecanismos de formación a sus servidores que les permitan crear conciencia de los riesgos que representa la colusión para las contrataciones estatales, de ser posible con base en indicadores de colusión que permitan un aprendizaje práctico de los mismos, instruyéndolos en cuanto a la aplicación de las disposiciones y procedimientos de detección y control adecuados cuyo fin sea el prevenir y sancionar esta clase de ilícitos y generar conciencia del perjuicio que estos ocasionan.

-El Servicio Nacional de Contratación Pública al tener acceso a una gran cantidad de información que forma parte de su matriz de riesgos, como aquella referente a los vínculos familiares proporcionada por el Registro Civil, o conformación de las compañías, accionistas que la integran, administración, etc., proporcionada por la Superintendencia de Compañías, por citar algunos ejemplos, tiene la capacidad de detectar más ágilmente la posible vinculación entre proponentes, respecto de lo cual debería alertar de forma temprana a las entidades contratantes para que éstas a su vez dentro del marco de sus atribuciones y competencias adopten oportunamente las medidas correctivas necesarias, pues rechazar una oferta vinculada será siempre mucho más ventajoso que tener que dar por terminado unilateralmente un contrato, no solo por el procedimiento legal que éste último puede demandar sino inclusive por los recursos humanos y económicos que esto implica, sumados al tiempo que requiere iniciar un nuevo proceso de contratación si la necesidad institucional persiste y que finalmente podría terminar comprometiendo la planificación, misión y objetivos institucionales.

-La Superintendencia de Control del Poder del Mercado debe hacer uso de todas las facultades de las que goza y que la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado le ha concedido, para que realice las investigaciones de manera activa sobre aquellos hechos que atentan contra las normas de libre competencia y en lo posterior las sancione, cuando encuentre los suficientes elementos materiales probatorios que permitan determinar que este tipo de conductas ocurrieron; sin embargo se ha logrado apreciar en base a las estadísticas que esta entidad ha publicado, que ésta como entidad facultada para sancionar las prácticas anticompetitivas, no investiga una gran cantidad de procesos, claramente porque su competencia únicamente está encaminada a sancionar y no a desplegar acciones preventivas, razón por la cual la contratación estatal continuará presentando limitaciones a la competencia entre los oferentes. El problema entonces radica en la falta de oportunidad en la reacción frente a la conducta, por ello es necesario que este organismo vuelque su atención a generar acciones de prevención y no únicamente sancionatorias.

-La sanción económica que podría generarse como consecuencia de la determinación de un práctica anticompetitiva como la colusión en ocasiones representa para algunos proveedores simplemente el precio que deben jugarse por ser contratistas del Estado, sin embargo las autoridades competentes podrían considerar la posibilidad de establecer otro tipo de sanciones no necesariamente pecuniarias que al final de cuentas representan un mayor perjuicio para los proveedores y disuade, en mi criterio, de forma eficiente este tipo de conductas, por ejemplo la publicidad contraria, o que consten en un registro público como empresas con malas prácticas competitivas, o inclusive la posibilidad de inhabilitarlas en el ejercicio de ciertas actividades comerciales.

## BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar, Leónidas. *La colusión y el juicio colusorio*. 2da ed., Cuenca: LyL, 2010.
- Alonso, Ricardo. *La defensa de la libre competencia*. Vol. 1, Madrid: Civitas, 2006.
- Alvear, Patricia y Blanca Gómez. *Derecho de corrección económica defensa de la competencia y competencia desleal*. Quito: Universidad Internacional SEK, 2012.
- Andrade, Rubén Darío. *Legislación Económica del Ecuador*. 7ma ed. Quito: AbyaYala, 2003.
- Araya Jasma, Fernando. “Derecho de la Libre Competencia, Una lectura deontológica del requisito de aptitud objetiva del acuerdo entre competidores para afectar la libre competencia”. *Revista chilena de derecho privado*, No. 19, 2012.
- AriñoOrtíz, Gaspar. *Economía y Estado, crisis y reforma del sector público*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 1993.
- Arribas, Alberto y otros. *Comentarios a la Ley de Defensa a la Competencia*. España: Civitas, 2008.
- Ávila, Paloma y otros, *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas*. Pamplona: Arazandi, 2011.
- Baldeón, Inés María. *La Libertad de empresa y el derecho de la competencia en el marco de la contratación pública en el Ecuador*. Quito: CEAS, 2015.
- Banco Interamericano de Desarrollo y Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. “Foro Latinoamericano de Competencia Sesión III –Mejorando la

eficacia en las licitaciones públicas: combatiendo la colusión y la corrupción”.  
Foro, Santo Domingo, República Dominicana. 18-19 de septiembre de 2012.

Bercovitz, Alberto y Cano Rodríguez. *Apuntes de Derecho Mercantil Competencia y Propiedad Industrial*. 2a. ed. España: Thomson Reuters Aranzadi, 2001.

Bercovitz, Alberto. *Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad*. Tomo 1. ,s.l.: Tirant lo Blanch, 2014.

Bermejo Vera, José. *Derecho Administrativo, parte especial*. 4a. ed. Madrid: Civitas, 1999.

Bernet, Thomas. *Conceptos, pautas y herramientas: Enfoque participativo en cadenas productivas y plataformas de concertación*. S.l.: International Potato Center, 2005.

Bolivia. Ministerio de Desarrollo Productivo y Economía Plural Viceministerio de Comercio Interno y Exportaciones. *Manual de Prácticas Anticompetitivas*. La Paz: Ministerio de Desarrollo Productivo y Economía Plural Viceministerio de Comercio Interno y Exportaciones, 2010.

Borja Colón de Carvajal Fibla. *Derecho de la Competencia y Contratos Públicos: Medidas de Lucha Contra las Prácticas Ilícitas en el Libre Mercado*, España, (2012), disponible en: <<http://borjacolon.blogspot.com.es>>.

Bork, R.H. *The Antitrust Paradox, A Policy at War with Itself*. New York: Ed. Free Press, 1993.

Cano Campos, Tomas. “Derecho Administrativo sancionador”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 43, (Enero-Abril 1995).

Cardero, María Elena. “Qué ganamos y que perdemos con el TLC”. 2da ed., México: Siglo XXI, 2003.

Colombia, *Constitución Política de Colombia*, Gaceta Constitucional No. 114, 4 de julio de 1991.

Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. *Guía Práctica para Combatir la Colusión en las Licitaciones*. Bogotá: Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, 2010.

Coloma, Germán. *Defensa de la Competencia*. 1ª ed., Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2003.

Comisión Europea, “Causa No. IV/31.149-Polipropileno: Sentencia de 23 de abril de 1986 relativa a un procedimiento de conformidad con el art. 85 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea”.

Comunidad Andina, Comisión de la Comunidad Andina, *Decisión 608 Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina*, 21 de marzo de 2005.

Comunidad Andina, Secretaría General de la Comunidad Andina. “Guía práctica para la aplicación de la Decisión 608 Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina”. SG/dt 396 , 23 de octubre de 2007.

Dromi, Roberto. *Licitación Pública*. 4ta ed., Buenos Aires: Hispana Libros, 2010.

Ecuador. *Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones*. Suplemento, Registro Oficial No. 351, 29 de diciembre de 2010.

Ecuador. *Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas*. Suplemento, Registro Oficial No.306,22 de octubre de 2010.

Ecuador, *Código Civil, Suplemento, Registro Oficial No. 46* (24 de junio de 2005), art. 30.

Ecuador. *Código Orgánico General de Procesos*. Suplemento, Registro Oficial No. 506, 22 de mayo de 2015.

Ecuador. *Código Orgánico Monetario Financiero*. Suplemento, Registro Oficial No. 332, 12 de septiembre de 2014.

Ecuador. *Constitución de la República*. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Ecuador. Contraloría General del Estado, Dirección de Auditoría de Desarrollo Seccional y Seguridad Social. *Informe General No. DADSySS-0008-2013 “A los procesos precontractual, contractual y ejecución del contrato para el servicio del Call Center con la empresa RECAPT” período desde 2011-08-01 hasta 2012-08-31*. Quito: Contraloría General del Estado: 2013.

Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador. “Sentencia No. 002-14-SIN-CC”. *Causa No. 0056-12-IN*. 14 de agosto de 2014.

Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador. “Sentencia No. 013-16-SIN-CC”. *causa No. 0058-12-IN*. 2 de marzo de 2016, disponible en: <https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencias/relatoria/relatoria/fichas/013-16-SIN-CC.pdf>.

Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, “Resolución No. 0227-08-RA de 10 de abril de 2012”, *en* Suplemento, Registro Oficial No. 735. 29 junio de 2012.

Ecuador. Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Sala de lo Civil y Mercantil. “Sentencia”. *Juicio Sumario/Especial que seguía Washington Herrera en contra de Ronald Alvarado y otros*. 22 de abril del 2015.

Ecuador. *Decreto Ejecutivo No. 1614*. Registro Oficial No. 558, 27 de marzo de 2009.

Ecuador. *Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva*.  
Registro Oficial No. 536, 18 de marzo de 2002.

Ecuador. *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*. Suplemento, Registro  
Oficial No. 595, 12 de junio de 2002.

Ecuador. *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Suplemento,  
Registro Oficial No. 395, 8 de agosto de 2008.

Ecuador. *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*. Suplemento,  
Registro Oficial No. 555, 13 de octubre de 2011.

Ecuador. *Ley Orgánica Reformativa de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de  
Contratación Pública*. Segundo Suplemento, Registro Oficial No. 100, 14 de  
octubre de 2013.

Ecuador. *Ley para el juzgamiento de la colusión*. Registro Oficial No. 269, 3 de febrero  
de 1977.

Ecuador. Ministerio de Educación. *Acta de calificación de ofertas del proceso de 27 de  
abril de 2015*. Quito: Ministerio de Educación, 2015, disponible en  
<https://www.compraspublicas.gob.ec/ProcesoContratacion/compras/PC/informacionProcesoContratacion2.cpe?idSoliCompra=WWu4hv6dgjwNlhib7BtncnkmUcNqnkwXWtok1MaLaQ>.

Ecuador. Ministerio de Productividad. “Resolución”. *Caso No. MIPRO-002-2011  
proceso de investigación No. SCC-DC-0013-201, Suplemento, Registro Oficial  
No. 628*. 27 de enero de 2016.

Ecuador. Ministerio de Productividad. “Resolución”. *Procedimiento de Investigación  
No. Subcomp-001-2011*. 2011.

Ecuador. Servicio Nacional de Contratación Pública. *Cuaderno de Trabajo Vinculación entre proveedores en Modelos de Riesgos de la Contratación Pública (Versión 1.0)*. Servicio Nacional de Contratación Pública: 2017, disponible en: <[http://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wpcontent/uploads/2017/03/xviii\\_vinculacion\\_proveedores\\_modelos\\_riesgos\\_contratacion\\_publica\\_version1.0.pdf](http://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wpcontent/uploads/2017/03/xviii_vinculacion_proveedores_modelos_riesgos_contratacion_publica_version1.0.pdf)>

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

Ecuador. Servicio Nacional de Contratación Pública, “Codificación y actualización de resoluciones del Servicio Nacional de Contratación Pública”, Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072, 31 de agosto de 2016.

Ecuador. Servicio Nacional de Contratación Pública, Coordinación Técnica de Controversias. *Oficio No. SERCOP-CTC-2015-0112-OF de 10 de junio de 2015*, Quito: Servicio Nacional de Contratación Pública, 2015.

Ecuador. Servicio Nacional de Contratación Pública, *Formulario de la Oferta del Modelo de Pliego de Subasta Inversa Electrónica versión SERCOP 2.0*, (06 de febrero 2017), disponible en <[http://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/cat\\_normativas/subas\\_inversa\\_electronica\\_bs](http://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/cat_normativas/subas_inversa_electronica_bs)>.

Ecuador. Servicio Nacional de Contratación Pública, “Reformas a la Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072 de 31 de agosto de 2016, mediante se expidió la Codificación y actualización de las resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública”, Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000073, 30 de septiembre de 2016.



Ecuador. Servicio Nacional de Contratación Pública, “Reformas a la Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072 de 31 de agosto de 2016, mediante se expidió la Codificación y actualización de las resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública”, Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000075, 1 de marzo de 2017.

Ecuador. Servicio Nacional de Contratación Pública y Superintendencia de Control de Poder del Mercado, Subdirección General de Control, Coordinación Técnica de Controversias e Intendencia de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas. *Manual de Buenas Prácticas en la Contratación Pública para el Desarrollo del Ecuador 2015*. Versión 1, 2015, disponible en <<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>>.

Ecuador. Superintendencia de Control del Poder de Mercado, Comisión de Resolución de Primera Instancia. Oficio No. SCPM-CRPI-2015-0293 de 7 de septiembre de 2015. *Expediente No. SCPM-CRPI-2015-019*. Quito: Superintendencia de Control del Poder de Mercado, 2015.

Ecuador. Superintendencia de Control del Poder de Mercado, Comisión de Resolución de Primera Instancia. “Resolución”. *Expediente de apelación No. SCPM-CRPI-2015-019-A-019-DS*. 15 de enero de 2016.

Ecuador. Superintendencia de Control de Poder del Mercado, Dirección Nacional de Investigación de Acuerdos y Prácticas Restrictivas. *Informe No. SCPM-IIAPMAPR-DNIAPR-020-2016 de 13 de abril de 2016 dentro del expediente signado con el número SCPM-IIAPMAPR-EXP-021-EXP-021-2015*. Quito: Superintendencia de Control de Poder del Mercado, 2016.

Ecuador. Superintendencia de Control de Poder del Mercado. *Informe de Gestión 2015*. Quito: Superintendencia de Control de Poder del Mercado, 2016, disponible en:

<http://www.scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2016/02/Rendicion-de-Cuentas-2015-%C3%BAltima-25feb16.pdf>

Ecuador. Superintendencia de Control del Poder del Mercado. Informe No. SCPM-IIAPMARP-DNIAPR-024-2016 de 13 de mayo de 2016. *Expediente de investigación No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-021-2015*. Quito: Superintendencia de Control del Poder del Mercado, 2016.

Ecuador. Superintendencia de Control del Poder del Mercado. *Propuesta para la Guía de Competencia en la contratación Pública*. Quito: Superintendencia de Control del Poder del Mercado, 2013, disponible en: <http://www.scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2013/07/dia2I-Jer%C3%B3nimo-Callejas.pdf>.

Ecuador. Superintendencia de Control del Poder del Mercado. *Memoria Institucional SCPM, 2012-2016*. Quito: Superintendencia de Control del Poder del Mercado, 2016, disponible: <http://www.scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2016/10/Memoria-Institucional.pdf>.

Ecuador. Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con Sede en el Distrito Metropolitano de Quito. “Sentencia”. *Causa No. 17811-2013-14713, que sigue el Director Nacional de Patrocinio y Delegado del Procurador General del Estado en contra del Gerente General y Representante Legal de la Compañía Recuperación de Capital Contact Center Recapt S.A. y el Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social –IESS*. 16 de marzo de 2016, disponible en: <http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>.

Ecuador. Juzgado Vigésimo de Garantías Penales de Pichincha. “Auto”. *Causa de Desestimación No. 17270-2014-0048*. 13 de marzo de 2014, disponible en: <http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>.

Escola, Héctor. *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*. Vol. 1. De Palma, 1977.

España. Dirección General de la Autoridad Catalana de la Competencia. “Guía para la prevención y detección de la colusión en la contratación pública”. Barcelona: ACCO, 2010.

España. *Constitución Española*. Boletín del Estado, 29 de diciembre de 1987.

España. Comisión Nacional de la Competencia. *Guía sobre Contratación Pública y Competencia*. s.l.: Comisión Nacional de la Competencia, 2008.

España. Tribunal de la Competencia de España. “Resolución”. *Expediente 603/05*, FD 1º. 18 de octubre de 2006.

García, José. *Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

García, Percy y José Castillo. *El Delito de Colusión*. Lima: Ed. Jurídica Grijiley, 2008.

Gaspar, José Antonio y Fernando Araya Jasma. “Derecho Corporativo y de Libre Competencia”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, No. 18, (julio 2012).

Gimeo, José María. “Sistema Económico y Derecho a la Libertad de Empresa versus Reservas al Sector Público de Actividades Económicas”. *Revista de administración pública*, No. 135 (septiembre-diciembre 1994).

Gomes de Castro, Antonio, Suzana Valle y Carlos Pedroso. “Cadenas productivas: marco conceptual para apoyar la prospección tecnológica”. *Revista Espacios*, Vol. 23, (2002), disponible en: <<http://www.revistaespacios.com/a02v23n02/02230211.html>>

- Hargain, Daniel. “Análisis de la legislación de defensa de la competencia”. (2004), disponible en: <<http://www.derechocomercial.edu.uy>>.
- López Miño, Antonio y Patricia Valcárcel. “Insuficiencia del derecho español para impedir y corregir la solución en la contratación pública”. *Social ScienceResearch Network* (2012).
- López Rodríguez, Carlos. *Derecho de la competencia*, disponible: <<http://www.derechocomercial.edu.uy/ClaseCompetencia.htm>>
- Martínez Fons, Daniel. “Cláusulas sociales, libre competencia y contratación pública”. *Fundación Alternativas*, (2009), <[http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/laboratorio\\_documentos\\_archivos/f04408dde31c25ad9d03a44a1cddb9f6.pdf](http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/laboratorio_documentos_archivos/f04408dde31c25ad9d03a44a1cddb9f6.pdf)>
- Massaguer, José y otros. *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*. 3ª ed., Pamplona: Aranzadi, 2012.
- Medina Jurado, Purificación. “Las Cláusulas Sociales en la Contratación Pública, Retos y Perspectiva”. *Revista Cemci*, No. 7, (Marzo-Junio 2010), disponible en: <<http://revista.cemci.org/numero-7/pdf/doc1.pdf>>.
- Mongui, Nubia. “Intervención del Estado en la libertad económica, la libertad de empresa y las garantías constitucionales”. *Revista ITER AD VERITATEM*, Universidad Santo Tomás, No 10, (2010).
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. *Lineamientos para Combatir la Colusión entre Oferentes en Licitaciones Públicas*, (2009), disponible en: <http://www.oecd.org/competition/cartels/42761715.pdf>
- Ortiz, Ingrid. “La Regla de Minimis en el ámbito de los Acuerdos Restrictivos de la Libre Competencia”. *Revista e-Mercatoria*, Vol. 8, No. 2 (2009).

Perú. *Código Penal*, Decreto Legislativo No. 635, 03 de abril de 1991.

Pólit, Leónidas. “Tolerancia de los Acuerdos Horizontales entre empresas en aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de mercado.”. Tesis de grado, Universidad San Francisco de Quito, Sede Ecuador, 2012.

Perú. Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, Subdirección de Capacitación del OSCE. “*Principio rector de la contratación pública*”. Lima: Subdirección de Capacitación del OSCE, disponible en: <[http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/cap2\\_m1\\_a.pdf](http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/cap2_m1_a.pdf)>.

Serrano, Felipe. “El derecho de la competencia como mecanismo para garantizar rivalidad en las licitaciones públicas e impulsar el crecimiento económico”. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, No. 19 (2011).

Signes de Mesa, Juan Ignacio, Isabel Fernández, Mónica Fuentes. *Derecho de la Competencia*. 1ª ed., Pamplona: Aranzadi, 2013.

Soto, Alonso. “Acuerdos, Decisiones y Otras Conductas Explícitas”. 2009, disponible en: <<http://espacioinvestiga.org/de001/>>.

Pascual, Julio. *Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia en España y Europa*. España: Ed. Civitas, 2002.

Vallina, Roberto. *¿De minimislex non curat o de minimispraetor non curat?*, GJUEC, No.2, nueva época, (marzo-abril 2008).

Witker, Jorge. “Prácticas Desleales y Prácticas Restrictivas, Estudios en torno a la Ley Federal de Competencia Económica”. México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Wikipedia, [https://es.wikipedia.org/wiki/De\\_minimis](https://es.wikipedia.org/wiki/De_minimis), 13 de marzo 2017.