

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho de la Contratación Pública

**Abuso de posición de dominio por precios predatorios en
procedimientos de contratación pública en Ecuador**

María Verónica Cárdenas Vaca

Tutora: María Elena Jara Vásquez

Quito, 2020



Cláusula de cesión de derecho de publicación

Yo, María Verónica Cárdenas Vaca, autora de la tesis intitulada “Abuso de posición de dominio por precios predatorios en procedimientos de contratación pública en Ecuador”, 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 Derecho de la 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, yo 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.

23 de mayo de 2020

Firma: _____

Culmino esta etapa agradecida con Dios, con su bendición pude recorrer este camino junto a mis padres Vicente y Martha, cómplices de este logro; por su trabajo incansable, amor y apoyo, mi eterno reconocimiento.

A toda mi familia, por ser mi soporte.

A la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador y a mis maestros por compartir conocimiento y amistad.

Este trabajo deja recuerdos de largas jornadas de estudio en la mejor compañía; este logro es dedicado con cariño a Víctor Marcel porque también le pertenece, sin su ayuda no lo habría alcanzado.

Resumen

En este trabajo se analiza la conducta anticompetitiva de precios predatorios en el régimen de contratación pública ecuatoriana. La fijación de precios predatorios, como infracción, se encuentra sancionada en la Ley Orgánica de Control del Poder de Mercado por constituir abuso de posición de dominio dentro de un mercado específico. Esta conducta bien podría configurarse entre operadores económicos (oferentes) que participan en procedimientos de contratación pública para la adquisición de bienes y servicios, incluidos los de consultoría.

Por eso en el marco del análisis de la legislación nacional, doctrina y jurisprudencia de competencia se realiza una aproximación a los presupuestos fácticos de configuración de los precios predatorios, aplicados a los procedimientos de contratación pública que establece la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

El estudio de esta figura anticompetitiva se considera importante pues con su consumación se transgrede principios de libre competencia, eficiencia económica, efectivo proceso competitivo y al bienestar general que es uno de los fines primordiales del Estado.

Palabras clave: precios predatorios, mercado relevante, competencia, procedimientos de contratación pública, bienestar general

Tabla de contenidos

Introducción	13
Capítulo primero. Del derecho de la competencia y los precios predatorios.....	17
1. Antecedentes históricos relevantes del derecho de la competencia en Ecuador	17
1.1. Normativa nacional	17
1.2. Normativa supranacional.....	19
2. Nociones preliminares del derecho de la competencia	20
2.1. Sistema económico liberal	20
2.2. Sistema económico socialista.....	21
2.3. Sistema de economía social de mercado	21
2.4. Sistema económico social y solidario	22
2.5. Términos económicos relevantes	23
3. Derecho de la competencia	26
3.1. Nociones doctrinales	26
3.2. Intereses protegidos.....	27
3.3. Normativa nacional de competencia	28
3.4. Conductas anticompetitivas.....	29
3.4.1. Prácticas anticompetitivas de grupo o acuerdos.....	30
3.4.2. Prácticas desleales	31
3.4.3. Prácticas anticompetitivas unilaterales.....	32
4. Mercado relevante	32
4.1. Criterios para definir y delimitar el mercado relevante.....	33
5. Poder de mercado	35
6. Abuso de poder de mercado o posición dominante.....	38
7. Clasificación de las prácticas de abuso de poder de mercado	39
7.1. Conductas de explotación.....	39
7.2. Conductas de exclusión.....	41
8. Precios predatorios	42
8.1 Concepto.....	42
8.2 Diferencias y semejanzas entre precios predatorios y precios excesivos.....	44
8.3 Formación de los precios predatorios.....	45

8.4 Elementos de los precios predatorios	47
8.4.1 Elementos objetivos	47
8.4.2. Elemento subjetivo.....	51
Capítulo segundo. Derecho de la competencia en contratación pública.....	55
1. Panorama constitucional y legal de la contratación pública en Ecuador	55
2. Relación del derecho de competencia con la contratación pública.....	57
3. Esquema general de los procedimientos de contratación pública	60
3.1. Procedimientos concursales	60
3.2. Procedimientos no concursales	61
4. Procedimientos de contratación pública no concursales y precios predatorios	62
5. Procedimientos de contratación pública concursales y precios predatorios	63
5.1. Subasta inversa electrónica	63
5.2. Licitación.....	64
5.3. Cotización y menor cuantía.....	66
5.4. Contratación integral por precio fijo	68
5.5. Feria inclusiva	69
5.6. Consultoría	70
5.7. Lista corta.....	70
5.8. Concurso público.....	71
6. De los presupuestos normativos y fácticos que involucran la conducta de precios predatorios en procedimientos de contratación pública concursales	72
6.1. La determinación de un mercado relevante.....	73
6.2. La existencia de más de un competidor	76
6.3. Que uno de los competidores ostente posición de dominio dentro de ese mercado relevante	79
6.4. La existencia de altas barreras de entrada	81
6.5. Fijación de precio inferior a los costes de producción	82
6.6. Intención de eliminar a los competidores.....	85
6.7. Recuperación de la pérdida económica inicial	86
Conclusiones	91
Bibliografía	95

Introducción

Uno de los fines del Estado es la consecución del bienestar general, siendo la economía uno de los instrumentos más importantes para conseguirlo. Por medio del sistema económico el Estado intenta lograr una eficiente afinación y justa distribución de los recursos escasos de la sociedad.

De acuerdo con la Constitución de la República (2008) nuestra economía ya no es social de mercado (Constitución 1998) sino social y solidaria. Sin embargo, el mercado sigue siendo una institución necesaria para poder conseguir los fines sociales planteados por el Estado. En este contexto, nace la Ley Orgánica de Control del Poder de Mercado para regular la institución del mercado, la competencia y controlar posibles conductas anticompetitivas.

De este modo, el buen funcionamiento de los mercados, así como el cumplimiento de las normas y principios de libre competencia por parte de sus actores, tiene una importancia fundamental dentro de los campos privado y público. En el campo público es relevante, puesto que las entidades del Estado participan en el mercado como cualquier agente económico, al demandar bienes y servicios por medio de procedimientos de contratación pública, regulados en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

En muchos de estos procedimientos se propicia la competencia entre oferentes para ganar el favor estatal (adjudicación de un contrato). En este ámbito, bien pueden replicarse conductas anticompetitivas, que muchas veces se dan entre competidores dentro del campo privado. Una de estas conductas anticompetitivas, que la teoría del Derecho de la competencia reconoce, es la fijación de precios predatorios.

Este trabajo se centrará en el análisis de la configuración de precios predatorios en procedimientos de contratación pública concursales, sus presupuestos, alcances, efectos y su debido control por parte de las autoridades competentes, tomando en cuenta que el establecimiento de precios predatorios por parte de un operador económico implica una transgresión al proceso competitivo y a la eficiencia económica.

En ese contexto, la figura de precios predatorios será estudiada bajo el análisis de doctrina y jurisprudencia estadounidense siendo que en Estados Unidos de América fue en donde se originó el Derecho Antitrust como normas de defensa de la competencia (Ley Sherman Antitrust). De igual manera se analizará doctrina y jurisprudencia europea en razón

que el régimen de competencia ecuatoriano en materia de abuso de posición de dominio (artículo 9 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado) es muy similar al establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (artículo 102). De otro lado, también se analizará doctrina y jurisprudencia colombiana, peruana y argentina toda vez que estos países al igual que el Ecuador conforman la Comunidad Andina de Naciones, organismo regional bajo el cual debió desarrollarse la normativa interna de cada una de estos países, pues hay aspectos análogos que aportarán a nuestra investigación.

Así, en el primer capítulo se ofrece una panorámica del derecho de la competencia, sus antecedentes históricos, fines, objetivos, conductas reguladas, un análisis de la legislación nacional en esta materia y su importancia desde la óptica constitucional. Posteriormente, se definen ciertos términos económicos que son de usual manejo en Derecho de competencia. Por último, se realiza un análisis de la figura anticompetitiva de -precios predatorios-, sus presupuestos, su finalidad, su tratamiento en el derecho y jurisprudencia nacional y comparada.

En el segundo capítulo se aborda el Derecho ecuatoriano de la contratación pública, su raigambre constitucional, fines, objetivos. Se estudia los procedimientos de contratación pública que se establecen en la ley de la materia. Se realiza una división de dichos procesos en dos tipos: los concursales y los que implican contratación directa. Los que son objeto de este estudio son los concursales, que serán analizados mediante hipótesis diseñadas para verificar en qué casos podría configurarse la conducta anticompetitiva de los precios predatorios. A este respecto se han citado fallos de la autoridad de competencia nacional.

Para la comprobación fáctica de la existencia de la figura de precios predatorios (a cargo de la autoridad de competencia nacional), se realiza una abstracción, lejos de una simple citación, de los elementos de complicada naturaleza económica que sirven para determinar la existencia de ciertos fenómenos y conductas económicas, como: mercado relevante, poder de mercado, abuso de posición de dominio, entre otros.

Después del análisis realizado se procura mostrar varios hallazgos: a) Es jurídicamente procedente la aplicación de las normas de competencia en aquellos procesos de contratación pública en los cuales su diseño es el de concurso (procesos competitivos); b) La figura que atenta contra el Derecho de la competencia mercantil conocida como precios predatorios, tiene cabida únicamente respecto a los procesos de contratación pública concursales, en tanto y en cuanto se verifiquen fácticamente los presupuestos normativos establecidos en la Ley de Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado; y, c) La necesidad de que los

funcionarios de la entidad contratante que intervienen en los procedimientos de contratación pública, al evidenciar ciertas conductas de oferentes que hagan presumir la existencia de precios predatorios, notifiquen a la autoridad de competencia, a efectos de que realice la investigación respectiva, como una política de prevención para evitar los efectos nocivos de esta conducta anticompetitiva.

Durante este trabajo se ha podido evidenciar que los estudios de la relación entre competencia y contratación pública generalmente enfocan la conducta anticompetitiva de acuerdos colusorios, pero no existe mayor desarrollo doctrinal ni jurisprudencial de abuso de posición de dominio, ni precios predatorios en procesos de contratación pública. Sin embargo, estudiar esta figura es importante, ya que si bien el comprador (Estado) al principio puede obtener buenos precios, la fijación de precios predatorios por parte de oferentes puede disminuir el número de competidores para futuros procesos de contratación y por lo tanto el número de opciones que tendría el Estado para contratar precios y productos (bienes y servicios) de calidad.

Capítulo primero

Del derecho de la competencia y los precios predatorios

1. Antecedentes históricos relevantes del derecho de la competencia en Ecuador

1.1. Normativa nacional

Desde hace treinta años, las constituciones ecuatorianas han hecho referencia a principios básicos sobre la competencia en el mercado nacional.

La Constitución Política de 1979¹ establecía que la economía del Ecuador estaba basada en el libre mercado. Por lo tanto, era necesario que el Estado regule el comportamiento de los distintos operadores económicos, a través de normas que precautelen la competencia y eviten las conductas anticompetitivas. Al efecto, el artículo 45 de la Constitución, señalaba que “se prohíbe y la ley reprime, cualquier forma de abuso de poder económico, inclusive uniones y agrupaciones de empresas que tiendan a dominar los mercados nacionales, a eliminar la competencia o aumentar arbitrariamente los lucros”.² En esta época no existió una ley especial e íntegra que regulara la competencia mercantil.

La Constitución Política de 1998³ mantuvo el mismo sistema de economía capitalista, denominado social de mercado. Respecto a la institución de la competencia mercantil, se estableció que al Estado le corresponde: “promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos. Impulsar la libre competencia y sancionar, conforme a la ley, las prácticas monopólicas y otras que la impidan y distorsionen.”⁴

En esta época tampoco se promulgó una ley específica que regule la competencia mercantil.

¹ Aprobada en referéndum de 13 de enero de 1978, después de más de siete años de dictadura y con la que el país inició un período democrático, que se mantiene hasta la actualidad.

² Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador*, Registro Oficial 800, 27 de marzo de 1979, art. 45.

³ Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador*, Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998,

⁴ *Ibíd.*, art. 244.

En la Constitución de la República del Ecuador del 2008⁵ el sistema económico se denomina social y solidario. Se establece que la política comercial deberá estar encaminada a evitar prácticas que afecten el funcionamiento eficiente de los mercados.

Uno de los objetivos de la política comercial es “evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados”.⁶

La Constitución de la República en su parte pertinente señala “El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal”.⁷

El mismo cuerpo normativo manifiesta:

El Estado impulsará y velará por el comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, que minimice las distorsiones de la intermediación y promueva la sustentabilidad. El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley”.⁸

Así, tres años después de contar con estas normas de jerarquía constitucional, el Ecuador logró contar con una ley específica en materia de competencia mercantil, denominada Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado. Norma que a la fecha ya ha sido reformada por dos ocasiones.⁹ Por el ámbito de acción, esta norma es aplicable a los “operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro [...] en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional”.¹⁰

⁵ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

⁶ *Ibíd.*, art. 304, num. 6.

⁷ *Ibíd.*, art. 335.

⁸ *Ibíd.*, art. 336.

⁹ Ecuador, *Ley Reformatoria a la Ley Orgánica de Control de Poder del Mercado*, Registro Oficial Suplemento 332, 12 de septiembre del 2014 y Registro Oficial Suplemento 899, 9 de diciembre del 2016.

¹⁰ Ecuador, *Ley Orgánica de Control de Poder del Mercado*, Registro Oficial Suplemento 555, 13 de octubre 2011.

1.2. Normativa supranacional

En materia de regulación de competencia mercantil, se puede destacar la normativa regional expedida por la Comunidad Andina de Naciones¹¹ (CAN), mediante las decisiones de la Comisión¹² de este organismo.

La norma supranacional de mayor trascendencia para el Ecuador fue la Decisión 608 “Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina”.¹³ Por medio de esta Decisión se planteó implementar mecanismos que permitan prevenir o corregir las distorsiones generadas por los comportamientos empresariales que restrinjan, impidan o falseen la competencia. Solo para el Ecuador, las referidas normas no entrarían en vigencia inmediatamente.¹⁴

Pocos meses después, la Comunidad Andina de Naciones resolvió que Ecuador aplique la referida Decisión como norma interna, en aquellos casos en los cuales se practiquen conductas restrictivas en el país,¹⁵ debido a la ausencia de una ley nacional sobre competencia.¹⁶ Este acto refleja una clara rectificación del error que se estaba cometiendo al excluir al Ecuador de la aplicación inmediata de normas sustanciales para el desarrollo del comercio.

¹¹ Colombia, Comisión de la Comunidad Andina, *Codificación del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena)*, Decisión No. 563, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 940 (Lima, 1 de julio de 2003).

¹² La Comisión de la Comunidad Andina está constituida por un representante plenipotenciario de cada uno de los Gobiernos de los Países Miembros. Cada Gobierno acreditará un representante titular y un alterno. La Comisión expresará su voluntad mediante Decisiones conforme lo establece el artículo 21 del Acuerdo de Cartagena.

¹³ Perú, Comisión de la Comunidad Andina, *Decisión No. 608*, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 1180, 4 de abril de 2005.

¹⁴ Artículo 51 de la Decisión 608 “Para Bolivia, Colombia, Perú y Venezuela, la presente Decisión entrará en vigencia a su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena; y, para Ecuador, a los dos años calendarios siguientes o, si antes de este último período se aprobase la ley nacional de competencia de este país, en la fecha de la publicación de dicha norma nacional en el Registro Oficial de Ecuador”.

¹⁵ Perú Comisión de la Comunidad Andina, “Entrada en vigencia de la Decisión 608 para la República del Ecuador, Decisión No. 616, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 1221, 25 de julio de 2005.

¹⁶ La Decisión 608 establecía: “Artículo 1.- Ecuador podrá aplicar lo dispuesto en la Decisión 608, en lo que resulte aplicable, para los casos que se presenten fuera del ámbito descrito en el artículo 5 de la Decisión 608”. Por su parte el artículo 5 de la Decisión 608 prescribía: “Son objeto de la presente Decisión, aquellas conductas practicadas en: a) El territorio de uno o más Países Miembros y cuyos efectos reales se produzcan en uno o más Países Miembros, excepto cuando el origen y el efecto se produzcan en un único país; y, b) El territorio de un país no miembro de la Comunidad Andina y cuyos efectos reales se produzcan en dos o más Países Miembros. Las demás situaciones no previstas en el presente artículo, se regirán por las legislaciones nacionales de los respectivos Países Miembros”.

Adicionalmente, se dispuso que se designe interinamente a una autoridad nacional que se encargue de ejecutar la Decisión 608.¹⁷ Por lo que, se nombró al Ministro de Industrias y Productividad, como autoridad competente para la aplicación de la misma; y se creó la Subsecretaría de Competencia para que investigue los casos de prácticas restrictivas a la competencia.¹⁸

Asimismo, se establecieron varias disposiciones para sustanciar el procedimiento administrativo sancionador, medidas cautelares, correctivas y sanciones.

La sustanciación de los procedimientos administrativos en materia de Derecho de competencia, estuvo a cargo de esa cartera de Estado hasta que se expidió la Ley Orgánica de Control de Poder del Mercado.

2. Nociones preliminares del derecho de la competencia

Para abordar temas propios del Derecho de la Competencia, es fundamental realizar una breve panorámica de los tipos de sistemas económicos adoptados por los Estados.

2.1. Sistema económico liberal

Este sistema económico es propio del Estado Liberal de Derecho.¹⁹ Se caracteriza por ser “un sistema de economía de mercado presidido por la soberanía del consumidor, la libertad de precios, la libre competencia, el principio del beneficio de la libre decisión empresarial; todos ellos sobre la base de la propiedad privada de los medios de producción”.²⁰

Como se aprecia, uno de los pilares en el que asienta la economía capitalista es el derecho a la libre competencia, la cual ha sido definida en los siguientes términos: “En un sentido económico, la competencia en un determinado mercado se caracteriza por la participación de muchos vendedores que se esfuerzan por lograr el mejor de los premios: que el mayor número de compradores adquieran sus bienes y servicios. Por ello, la competencia involucra esfuerzo, superación y estrategia para lograr un objetivo o meta”.²¹

¹⁷ Ecuador, *Decreto Ejecutivo No. 1614*, Registro Oficial 558, 27 de marzo de 2009.

¹⁸ *Ibíd.*

¹⁹ Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil*, 10.^a ed. (España Madrid: Trota, 2011), 23.

²⁰ Gaspar Ariño Ortiz, *Principios de Derecho Público Económico* (Lima: ARA Editores E.Y.R.L., 2004), 171-2.

²¹ Jairo Rubio Escobar, *Derecho de los Mercados* (Bogotá Colombia: Legis Editores S.A., 2007),

Es decir el sistema liberal clásico es en el cual el Estado tiene muy poca o nula incidencia y la economía está en manos de los particulares a través de las decisiones de cada una de las personas. El Estado queda reducido a cuidar la propiedad privada y a resolver los conflictos de los individuos.

2.2. Sistema económico socialista

Este sistema económico es propio del Estado Socialista. Es “un sistema de economía de dirección, de planificación central presidido por las decisiones de la autoridad en base a las necesidades, estimadas, de los ciudadanos bajo un régimen de precios controlados y remuneraciones tasadas, tanto para la empresa como para sus agentes; todo aquello sobre la base de la propiedad colectiva de los medios de producción”.²²

Se infiere que en ese modelo de sistema económico el Estado asume la dirección de la economía, en el cual los factores de producción no son de los particulares sino del Estado. En este tipo de Estado evidentemente no existe la propiedad privada y todas las actividades económicas son dirigidas por el Estado.

2.3. Sistema de Economía Social de Mercado

Este sistema económico es conocido como Estado de Bienestar. “En este sistema se combinan los dos sistemas de decisión (individual y estatal) y de propiedad (pública y privada)”²³

En este sistema “la tarea del Estado como director general de la economía le impone velar dentro del marco de la igualdad por la salvaguarda del ‘bien común’ y el interés general”²⁴

Entre los fundamentos de este sistema la doctrina destaca los siguientes: “1. Oferta de bienes tutelares, como educación, sanidad y vivienda; 2. Garantía de rentas, como ocurre en lo relativo a las pensiones de jubilación, enfermedad, desempleo o familia; 3. Garantía de

²² Ariño Ortiz, *Principios de Derecho Público Económico*, 171-2.

²³ *Ibid.*

²⁴ Martha Patricia Guzmán Álvarez, *Breve Aproximación a las facetas económicas y constitucionales del Derecho de la Competencia* (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2009), 42.

relaciones laborales, a través de regulaciones legislativas, acciones reglamentarias e intermediaciones del más variado signo; y 4. Garantía de medio ambiente”.²⁵

Este sistema se caracteriza principalmente por los siguientes rasgos: 1. Intervención estatal en la economía para mantener el pleno empleo o al menos garantizar un alto nivel de ocupación. 2. Provisión pública de una serie de servicios sociales para la satisfacción de necesidades humanas básicas. 3. Responsabilidad estatal en el mantenimiento de un nivel mínimo de vida.²⁶

Se puede afirmar que la mayoría de nuestras democracias, las de la cultura occidental, tienen como características un Estado en el cual existe participación en la economía en ciertas áreas consideradas como importantes y garantizando los derechos económicos de los individuos como son la libertad económica y la propiedad privada. De acuerdo con las constituciones de nuestro país del año 1979 y 1998, el Estado ecuatoriano ha seguido esta orientación, es decir, el de ser un Estado social de derecho.

Quizá una excepción a esa aseveración sería el régimen cubano en el que el Estado dirige principalmente la vida económica y social de los individuos, dentro de un esquema de derechos políticos restringidos.

2.4. Sistema económico social y solidario

Este es el sistema optado por el Ecuador desde el 2008, con la expedición de la Constitución de la República. Este presenta características peculiares con relación al sistema social de mercado. La profesora María Elena Jara ha esquematizado las características de este sistema, en los siguientes términos:

1. Énfasis de la participación de los actores del segmento de la economía popular de la economía, como un mecanismo de democratización de la economía [...] 2. Impulso al papel del Estado en diversos ámbitos de actuación económica [...] 3. Acento en aspectos redistributivos y en la búsqueda de la equidad [...] 4. Redefinición de la noción de desarrollo, distanciándola de la de crecimiento económico e incluyendo dimensiones de carácter ecológico y cultural, lo que es evidente en la consagración del *sumak kawsay* (buen vivir) como objetivo del régimen de desarrollo.²⁷

²⁵ Ariño Ortiz, *Principios de Derecho Público Económico*, 140.

²⁶ Mishra (1989), citado por Carlos Berzosa, *Crisis económica y retroceso del Estado de Bienestar, en Pros y Contras del Estado de Bienestar* (España: Tecnos), 256.

²⁷ Agustín Grijalva, María Elena Jara y Dunia Martínez, *Estado, derecho y economía* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2013), 205.

Como se puede apreciar nuestra Constitución reconoce al mercado como una institución válida en nuestro sistema económico, teniendo la competencia un rol importante en el funcionamiento del sistema económico. Así lo manifiesta la doctrina ecuatoriana al sostener que “el marco constitucional ecuatoriano a partir de la Constitución de la República del Ecuador del 2008, aplicable a la defensa de la competencia, tiene como finalidad primordial velar por el interés económico general que incluye el bienestar de los consumidores y la eficiencia del mercado”.²⁸

2.5. Términos económicos relevantes

Toda vez que se ha puesto en contexto el panorama de los sistemas económicos, pasaré a analizar algunos términos económicos necesarios para entender qué regula el Derecho de la Competencia.

Competencia mercantil: “Se puede comprender como el establecimiento sistemático de una estructura dilemática que involucra a individuos de un mismo lado de la interacción económica, llámese compradores o demandantes, vendedores u oferentes”.²⁹

Es decir, la competencia mercantil es una institución económica en la que interactúan vendedores para ganarse el favor del consumidor.

Mercado: “Se puede definir un mercado como el espacio, la situación, el proceso o el contexto en el cual se lleva a cabo el intercambio, la venta y la compra de bienes, servicios o mercancías por parte de unos compradores que demandan ciertas mercancías y tienen la posibilidad de comprarlas, y unos vendedores que ofrecen las mismas”.³⁰

Asimismo, el profesor Dromi señala que mercado es:

la institución de intercambio libre de bienes y servicios, fiscalizada por el Estado a fin de que los usuarios y ciudadanos sean servidos por el mayor número posible de empresarios, con dispersión de su capacidad de influencia, con aumento de la oferta de tales bienes, de su calidad y de la capacidad de elección por parte de los usuarios y con actualización permanente de la capacidad de innovación.³¹

²⁸ Patricia Alvear Peña y Blanca Gómez de la Torre Gómez, *Derecho de corrección económica, defensa de la competencia y competencia desleal, aportes para su construcción* (Quito: Universidad Internacional SEK, 2012), 55.

²⁹ Rubén Méndez Reátegui, Efrén Guerrero Salgado, Jesús María Navalpotro, *Apuntes de Derecho de Libre Competencia* (Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador), 38.

³⁰ *Ibid.*, 48.

³¹ Roberto Dromi, *Licitación Pública*, 4.^a ed. (Buenos Aires: Hispana Libros, 2010), XII.

Es decir, el mercado es la institución utilizada para asignar recursos en el que se reúnen los ofertantes y demandantes de bienes y servicios con cuyas interacciones voluntarias se forman los precios de las cosas.

Mercado de competencia perfecta: La doctrina ha señalado que este es un mercado poco común en la práctica. Juan Ignacio Signes sostiene que “es aquél en el que concurren muchos compradores y vendedores que intercambian bienes y/o servicios que revista un alto grado de homogeneidad, dada la cantidad elevada de competidores las acciones de un comprador o de un vendedor en el mercado producen un impacto imperceptible en el precio de mercado. Por ello se dice que son ‘tomadores de precio’ o ‘precio-aceptantes’”.³²

El mercado de competencia perfecta, es aquel en el cual ninguno de los ofertantes ni demandantes de bienes y servicios, tiene el poder de fijar o influir en el precio con independencia de la actuación de los demás intervinientes.

Por su parte, Cabanellas de las Cuevas sostiene que:

debe tenerse en cuenta que los mercados reales no son de competencia perfecta, que la actividad económica presenta múltiples efectos no recogidos por el funcionamiento de los mercados — externalidades— y que el beneficio económico de las actividades productivas puede ser medido de muchas formas distintas a la característica del computo del excedente de productores y consumidores.³³

En este contexto, para este autor “la competencia perfecta queda así limitada al sector agrícola y aún así suele sufrir la interferencia de regulaciones e intervenciones estatales”.³⁴

Mercado de competencia imperfecta: “Es una situación el mercado en la que los vendedores o empresas que compiten en él tienen cierto control sobre el precio en el mercado. Además en este tipo de mercados, existe información incompleta y comportamiento emocional de compra, por lo que las empresas utilizan la promoción para informar, persuadir o recordar a su mercado las características y beneficios de sus productos”.³⁵

En otras palabras, el mercado de competencia imperfecta es el tipo de mercado más común que existe en nuestras economías; es el mercado en el cual uno o varios intervinientes pueden influir o determinar el precio de un producto de un mercado determinado. Este tipo de mercados puede ser mercado de competencia monopolística y oligopolística.

³² Juan Ignacio Signes de Mesa, Isabel Fernández Torres y Mónica Fuentes Naharro, *Derecho de la Competencia* (España: Editorial Arizandi S.A., 2013), 63.

³³ Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Derecho antimonopólico y de defensa de la Competencia*, t. 1 (Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 2005), 158.

³⁴ Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Derecho antimonopólico y de defensa de la Competencia*, 159.

³⁵ Signes de Mesa y otros, *Derecho de la Competencia*, 64.

Mercado de competencia efectiva: “La competencia efectiva requiere la eliminación de las conductas colusorias; en caso contrario, el funcionamiento del mercado tiende a acercarse al propio de los monopolios, reduciéndose la oferta, perjudicándose al consumidor con precios más altos, y sin lograrse siquiera un resultado beneficioso en términos de economías de escala o integración de los procesos productivos.”³⁶

Es una forma de competencia imperfecta en la que se pretende que no existan conductas colusorias que distorsionen el funcionamiento del mercado para que exista una competencia real.

Precio: “Es la relación de dos productos en el cambio, la medida de un valor en otro valor. Entre dos productos que se cambian hay equivalencia, una relación de igualdad y el uno es precio del otro.”³⁷

Es decir, precio es la medida de valor de bienes o servicios dentro de un proceso de mercado. El valor que se le da a un bien o servicio para su intercambio en el mercado.

Ley de la oferta y la demanda: “Según esta teoría, la ley de la demanda establece que, manteniéndose todo lo demás constante (*ceteris paribus*), la cantidad demandada de un bien disminuye cuando el precio de ese bien aumenta. Por el otro lado, la ley de la oferta indica que, manteniéndose todo lo demás constante (*ceteris paribus*), la cantidad ofrecida de un bien aumenta cuando lo hace su precio.”³⁸

Luego, la ley de la oferta y la demanda es un principio básico propio de las economías de mercado que trata de explicar el comportamiento racional de los agentes económicos cuando interactúan dentro de un mercado para la satisfacción de sus necesidades.

Monopolio: “Es aquella situación de mercado en que existe un único proveedor de un bien o servicio. Debido a la falta de competencia esa empresa posee un alto poder de mercado. [...] Se trata de una estructura de mercado en la que solo hay un único oferente, quien fija el precio del producto o servicio, como es el caso de monopolios estatales de prestación de servicios públicos”.³⁹

³⁶ Cabanellas de las Cuevas, *Derecho antimonopólico y de defensa de la Competencia*, 163.

³⁷ José Manuel Piernas Hurtado, “Vocabulario de la economía”, *Principales conceptos de la economía*, 25 de febrero de 2019, <https://www.e-torredebabel.com/Economia/diccionario-economia/precio-V-E.htm>.

³⁸ Andrés Sevilla, “Economipedia”, 25 de febrero de 2019, <https://economipedia.com/definiciones/ley-de-oferta-y-demanda.html>.

³⁹ Rubio Escobar, *Derecho de los mercados*, 16.

Generalmente los Estados se reservan el desarrollo de ciertas actividades económicas que se consideran importantes para el bienestar general, como por ejemplo la provisión de energía eléctrica a cargo de empresas estatales se realiza bajo el régimen monopólico.

Oligopolio: “Es la situación de mercado en la que domina un reducido grupo de productores, los oligopolistas. Normalmente, no hay competencia real porque, entre ellos (aprovechándose de los consumidores) suelen establecer pactos con los que consiguen aumentar sus ganancias. Las empresas oligopolistas poseen el control del mercado y lo manejan según sus propios intereses, incrementando o rebajando los precios para mejorar sus beneficios o su presencia”.⁴⁰

En virtud de la propia dinámica del capitalismo industrial de las nuevas tecnologías, existen agentes económicos o empresas que empiezan a acumular una mayor presencia en el mercado en detrimento de los competidores; por esta razón es una consecuencia casi natural la existencia de mercados oligopólicos en los cuales una empresa o muchas de ellas pueden tener poder de mercado. Sin embargo, como veremos más adelante, este poder *per se* no es una conducta anticompetitiva sino el abuso que de ella se haga. Los oligopolistas también pueden coludirse para fijar precios en este tipo de mercados perjudicando al proceso competitivo en sí y a los consumidores. El ejemplo más claro de estos acuerdos colusorios entre oligopolistas es la cartelización, cuyo insigne ejemplo es el de la Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP), cuyos Estados miembros fijan el precio del petróleo a escala internacional.

3. Derecho de la competencia

Con las definiciones señaladas se precisa revisar los aspectos que regula el Derecho de la competencia, para lo cual revisaremos varias nociones doctrinales.

3.1. Nociones doctrinales

El Derecho de la competencia es el “conjunto de normas, principios, estándares que tienen como finalidad evitar que, bien los agentes privados, bien las autoridades públicas,

⁴⁰ Diccionario Financiero, 18 de junio de 2018, https://www.elplural.com/economia/diccionario-financiero/oligopolio_130397102.

incurran en comportamientos que pudieran falsear o distorsionar la disciplina que impone la competencia en el mercado”.⁴¹

Entonces, se entiende que “el derecho de la libre competencia es una rama del derecho público económico que regula y ordena los mercados, sancionando las prácticas comerciales anticompetitivas y creando las condiciones para intercambios eficientes”.⁴²

Por otro lado, el autor Flint Pinkas respecto al derecho de la libre competencia económica sostiene que

no lo es solamente de quienes concurren al mercado en calidad de productores de bienes y servicios, constituye también un derecho esencial de los consumidores en su totalidad [...] de permitirse a las empresas anular la capacidad competitiva de otras empresas, lo harían provocando con ello perjuicios no solo a las empresas con las que compiten, sino también a los intereses de los consumidores. De allí las leyes de defensa de la competencia cuyo fin último es proteger los intereses de los consumidores.⁴³

De las definiciones doctrinales transcritas se puede colegir que, el derecho de la competencia es una rama del derecho público económico. Esta disciplina regula los comportamientos de los agentes económicos que intervienen en el mercado, para evitar conductas que lesionen el orden económico, sancionando aquellos actos anticompetitivos. Esta rama tiene un fin instrumental para la consecución del bienestar general de la sociedad, al proteger la competencia en beneficio de competidores y consumidores.

3.2. Intereses protegidos

Para la doctrina que a continuación se cita, son tres los intereses protegidos por el Derecho de la competencia:

- 1) El bienestar de los consumidores, porque mayores grados de competencia están asociados a mayor calidad de los productos y precios bajos.
- 2) La eficiencia, debido a que conduce los precios efectivos del mercado hacia los costos marginales de la empresa. Además consigue que las empresas produzcan al menor costo posible y proporciona incentivos para las actividades de investigación y

⁴¹ Rubio Escobar, *Derecho de los mercados*, 30.

⁴² Wiliam García Machmar, *Manual de la Libre Competencia*, t. 1 (Santiago: Thomson Reuter Puntotex, 2011), 32.

⁴³ Flint Pinkas, *Tratado de Defensa de la Libre Competencia: Estudio exegético del Decreto legislativo 701* (Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002), 35.

desarrollo de las empresas, y la introducción de nuevos productos y métodos de producción en los mercados.

- 3) El proceso competitivo como un todo, o sea, no busca proteger a uno como tal a alguno de los participantes en especial —sean los consumidores o las empresas—, sino que, por el contrario, busca hacer eficiente el proceso productivo, impidiendo que en alguna parte de la cadena productiva existan conductas de los agentes económicos que entorpezcan el desempeño y actividad del resto de los agentes.⁴⁴

Las afirmaciones anteriores sugieren que el derecho de la competencia protege la institución de la libre competencia, consecuentemente protege a los competidores y a los consumidores, como beneficiarios finales del proceso competitivo. Considerando además que un mercado competitivo tiende a la eficiencia económica empresarial.

3.3. Normativa nacional de competencia

El artículo 1 de la Ley Orgánica de Control de Poder del Mercado establece como su objetivo el de

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.

Mediante la Ley Orgánica de Control de Poder del Mercado, el Estado utiliza la institución de la competencia no solo para regular las prácticas comerciales de los operadores económicos dentro del mercado y sancionar aquellas que sean contrarias a la ley. Sino también como una herramienta o un medio para mejorar la eficiencia en los mercados, procurar un comercio justo y bienestar general.

Se puede destacar que con el objeto de la Ley de la materia, se persigue por medio del derecho de la competencia, la consolidación y desarrollo del sistema económico social,

⁴⁴ Jorge Witker, *Derecho de la Competencia en América* (Santiago: Fondo de Cultura Económica, 2000), 66.

solidario y sostenible. Es decir, la competencia es un elemento básico del modelo económico adoptado por nuestra sociedad a través de la Constitución.

Finalmente, es importante mencionar que con la expedición de la ley nacional en materia de defensa de competencia, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Este organismo como parte de la Función de Transparencia y Control Social, le corresponde:

asegurar la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentar la competencia; la prevención, investigación, conocimiento, corrección, sanción y eliminación del abuso de poder de mercado, de los acuerdos y prácticas restrictivas, de las conductas desleales contrarias al régimen previsto en esta Ley; y el control, la autorización, y de ser el caso la sanción de la concentración económica.⁴⁵

Entonces, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, es la institución competente para investigar y sancionar las conductas de abuso de poder de mercado y otras conductas anticompetitivas.

3.4. Conductas anticompetitivas

Una vez establecido el marco general del Derecho de la competencia, corresponde abordar las conductas anticompetitivas que regula esta materia. La doctrina colombiana, al referirse a estas conductas, las clasifica en dos grandes grupos:⁴⁶ 1) Prácticas anticompetitivas de grupo o acuerdos; 2) Prácticas anticompetitivas unilaterales. Si bien se cita doctrina colombiana pues su régimen de competencia es muy parecido al ecuatoriano, es necesario precisar que la legislación ecuatoriana reconoce tres grupos de prácticas anticompetitivas: 1) Los acuerdos o prácticas restrictivas. 2) Prácticas desleales. 3) Las de abuso de poder de mercado.

⁴⁵ Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado*, Registro Oficial Suplemento 555, 13 de octubre 2011, art. 5.

⁴⁶ Clasificación realizada por Javier Cortázar Mora, autor del libro *Curso de Derecho de la Competencia (Antimonopolios)* (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Editorial Temis S.A., 2011).

3.4.1. Prácticas anticompetitivas de grupo o acuerdos

Son las prácticas exteriorizadas mediante concierto de voluntades, expreso o tácito, de agentes económicos dentro de un mercado relevante, con fines anticompetitivos. Estas prácticas pueden manifestarse a través de acuerdos horizontales o verticales.⁴⁷

3.4.1.1 Acuerdos horizontales

“Son los que vinculan dos agentes económicos situados en el mismo nivel de la cadena productiva, por ejemplo dos o más empresas cementeras, dos o más bancos...”⁴⁸ De acuerdo con este autor, estos pueden ser:

- 1) Acuerdos de cartel
- 2) Acuerdos facilitadores
- 3) Otros acuerdos horizontales

3.4.1.2. Acuerdos verticales

“Estos acuerdos [...] tienen que ver con las relaciones entre los diferentes agentes económicos de una misma cadena productiva. Así, la relación entre un proveedor y un fabricante o la relación entre este y un distribuidor o un minorista”.⁴⁹ Estos pueden ser:

Acuerdos verticales sobre precios

Otros acuerdos verticales:

- Acuerdos de distribución exclusiva territorial
- Acuerdos de marca única
- Acuerdos de distribución limitada
- Acuerdos de compartimentación de los mercados

⁴⁷ Javier Cortázar Mora, *Curso de Derecho de la Competencia: Antimonopolios* (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Editorial Temis S.A., 2011), 63.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ Cortázar Mora, *Curso de Derecho de la Competencia*, 81.

Las conductas anticompetitivas de grupo o acuerdos en la legislación ecuatoriana, se encuentran tipificadas en el artículo 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado. De manera ejemplificativa (no taxativa), son 21 conductas de grupo prohibidas.

3.4.2. Prácticas desleales

La Ley Orgánica de Control de Poder del Mercado señala que ‘desleal’ es todo hecho, acto o práctica contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas, incluyendo aquellas conductas realizadas en o a través de la actividad publicitaria. La expresión ‘actividades económicas’ se entenderá en sentido amplio, que abarque actividades de comercio, profesionales, de servicio y otras.⁵⁰

Es decir, están prohibidos y son sancionados “los hechos, actos o prácticas desleales, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea la actividad económica en que se manifiesten, cuando impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios”.⁵¹

Estas prácticas se encuentran tipificadas en el artículo 27 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado de manera ejemplificativa y no taxativa, señalando principalmente: actos de confusión, actos de engaño, actos de imitación, actos de denigración, actos de comparación, explotación de la reputación ajena, violación de secretos empresariales, inducción a la infracción contractual, violación de normas, prácticas agresivas de acoso, coacción e influencia indebida contra los consumidores, entre otras.

Como se aprecia, la legislación ecuatoriana contempla sanciones para las prácticas desleales, entendidas como aquellos actos contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas dentro de un proceso competitivo.

En razón de que el análisis de las prácticas desleales así como de los acuerdos o prácticas restrictivas exceden los límites de esta tesis, únicamente se dejan enunciadas.

Concentraremos el análisis en el grupo de prácticas anticompetitivas unilaterales, que a continuación se expone.

⁵⁰ Ecuador, *Ley Orgánica de Control de Poder del Mercado*, Registro Oficial Suplemento 555, 13 de octubre 2011, artículo 25.

⁵¹ Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado*, Registro Oficial Suplemento 555, 13 de octubre 2011, artículo 26.

3.4.3. Prácticas anticompetitivas unilaterales

Como su nombre lo indica son conductas de agentes económicos “realizadas unilateralmente, esto es, sin el concurso de voluntades adicionales”.⁵² Es necesario tener presente en este apartado, tres conceptos que son fundamentales para entender la naturaleza de este tipo de infracciones a la competencia. Estos conceptos son: mercado relevante, poder de mercado, y abuso de poder de mercado. Ya que las dos grandes clasificaciones de conductas anticompetitivas unilaterales se diferencian por su actuación con o sin abuso de poder del mercado relevante.

4. Mercado relevante

Es el mercado en el que se identifican “aquellos productos o productores que pueden realizar algún tipo de presión competitiva sobre el producto en cuestión. Esto requiere, normalmente, la definición de dos dimensiones: la de producto, y la geográfica. Esto es, el conjunto de productos sustitutivos, y el área territorial en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas”.⁵³

En concordancia, la legislación ecuatoriana ha establecido que el mercado relevante está compuesto por “el mercado del producto o servicio, el mercado geográfico y las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado.”⁵⁴

La determinación del mercado de producto y mercado geográfico es necesaria “para cualquier análisis de competencia pues las restricciones a ella no se producen en abstracto sino con relación a bienes, servicios, áreas y clientelas concretas. De allí que generalmente la autoridad de control de competencia tiene entre sus primeras actividades realizar una investigación la determinación del mercado relevante”.⁵⁵

A criterio de la profesora María Elena Jara mercado relevante es una “categoría inherente a procesos en los cuales se busca determinar la afección al mercado de una conducta

⁵² Cortázar Mora, *Curso de Derecho de la Competencia*, 87.

⁵³ Ignacio Signes de Mesa y otros, *Derecho de la Competencia*, 246-7.

⁵⁴ Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado*, Registro Oficial Suplemento 555, 13 de octubre 2011, art. 5.

⁵⁵ Agustín Grijalva Jiménez y José Vicente Troya Jaramillo “Elementos para un derecho de la competencia en el Ecuador”, *Foro: Revista de Derecho*, n.º 1 (2003), 21.

determinada”.⁵⁶

El objetivo de definir un mercado relevante es:

determinar de forma sistemática las limitaciones que afrontan las empresas afectadas desde el punto de vista de la competencia así, la definición de mercado desde el punto de vista del producto como de su dimensión geográfica debe permitir identificar a aquellos competidores reales de las empresas afectadas que pueden limitar el comportamiento de estas o impedirles actuar con independencia de cualquier presión que resulta de una competencia efectiva.⁵⁷

Se infiere que la noción de mercado relevante, es de naturaleza instrumental, pues sirve para analizar parámetros objetivos con el fin de establecer si la actuación de un operador económico es anticompetitiva o no, dentro de un procedimiento de investigación específico. Es decir, la determinación de mercado no es una operación que se pueda realizar en abstracto, tiene que ser realizada en el marco de un expediente de investigación particular conforme las características propias del mercado indagado.

4.1. Criterios para definir y delimitar el mercado relevante

Mercado geográfico: “Comprende la zona en que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquéllas”.⁵⁸

Mercado de productos o servicios: “Comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideran intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos”.⁵⁹

Mercado temporal: “Es la delimitación del período en que se miden los posibles efectos o los efectos del acto anticompetitivo”.⁶⁰

Consumidores: “Comprende la determinación de consumidores posiblemente

⁵⁶ María Elena Jara Vásquez, “El abuso de posición de dominio en situación de dependencia económica y los problemas de su aplicación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano”, *Foro: Revista de Derecho*, n.º 26, (2016), 22.

⁵⁷ Signes de Mesa y otros, “Derecho de la competencia”, 86.

⁵⁸ José María Beneyto Pérez y varios, *Tratado de Derecho de la Competencia* (Barcelona: Editorial Bosch, 2005), 497.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ Alvear Peña y Gómez de la Torre, *Derecho de corrección económica, defensa de la competencia y competencia desleal, aportes para su construcción*, 72.

perjudicados o lesionados por el acto anticompetitivo”.⁶¹

Competidores reales y potenciales específicos: “aquellos plenamente determinados de los operadores económicos sujetos a investigación”.⁶²

Asimismo, la doctrina ha señalado entre los principios para determinar la existencia del mercado relevante la necesidad de “verificar y evaluar la posibilidad y disponibilidad que tienen los consumidores o demandantes de reemplazar el bien o servicio de que se trate por bienes o servicios sustitutos de similar calidad, precio y accesibilidad”.⁶³

Con respecto a los métodos para determinar la existencia de mercado relevante, la Junta de Regulación de la Ley de Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado emitió la Resolución 011 de 23 de septiembre de 2016, que establece los “Métodos de Determinación de Mercado Relevante”.⁶⁴ Estos criterios están basados en análisis de naturaleza económica, los cuales deberán ser aplicados por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado en sus análisis e investigaciones de conductas anticompetitivas.

Se puede concluir que en un proceso de investigación ante actos posiblemente anticompetitivos, el mercado relevante es de importancia “por existir diferentes productos que pueden hallarse comprometidos, debiendo precisar en cada caso qué variedades de los mismos, y cuáles áreas geográficas se consideran partes integrantes del mercado a tomar en cuenta. Si la conceptualización del mercado es muy amplia, la figura en contravención no se va a dar nunca; si por el contrario, la definición es muy estrecha la figura se va a producir siempre”.⁶⁵

Compartiendo los criterios de los tratadistas mencionados en líneas anteriores, la determinación del mercado resulta de gran importancia al momento de investigar una conducta anticompetitiva, sobre todo teniendo en cuenta que cada mercado es diferente siendo imposible generalizar la afectación del mercado, sin previamente revisar el espacio geográfico, los productos o servicios y el período en el que causó afectación la conducta anticompetitiva, los consumidores presuntamente perjudicados y los competidores reales y potenciales sujetos de la investigación.

Por su parte, el artículo 5 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de

⁶¹ Ibid.

⁶² Ibid.

⁶³ Grijalva y Troya, *Elementos para un Derecho de Competencia en el Ecuador*, 22

⁶⁴ Ecuador, Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, *Resolución No. 011 “Métodos de Determinación de Mercado Relevante”*. Registro Oficial 885, 18 de noviembre de 2016.

⁶⁵ Roberto Dromi, *Competencia y Monopolio: Argentina, Mercosur y OMC* (Buenos Aires: Editorial de Ciencia y Cultura, 1999), 247.

Mercado establece que la Autoridad Nacional de Competencia determinará para cada caso el mercado relevante precisamente tomando en consideración los elementos señalados en la doctrina en líneas anteriores. Dichos elementos se encuentran desarrollados con mayor amplitud en normativa de carácter secundaria específicamente la Resolución No. 011 “Métodos de Determinación de Mercado Relevante”, expedida por la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, cuerpo colegiado que de acuerdo a la ley de la materia tiene la atribución para emitir normativa necesaria para la aplicación de la ley.

5. Poder de mercado

Este elemento, también conocido como posición de dominio o posición dominante, será abordado considerando: doctrina colombiana pues su régimen es parecido al ecuatoriano; jurisprudencia estadounidense en razón de que Estados Unidos es el pionero en materia de defensa de competencia; y jurisprudencia europea, pues la regulación ecuatoriana es similar a la europea en cuanto a la infracción de abuso de posición dominante. También se analizará lo establecido en la legislación ecuatoriana.

Poder de mercado “consiste en la posibilidad de determinar las condiciones de un mercado y de actuar en él con independencia de los demás competidores y de los consumidores”.⁶⁶

La Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, precisó que la posición de dominio “es aquella que ostenta quien tiene la capacidad de controlar los precios o excluir la competencia”.⁶⁷

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado que la posición de dominio “es la fortaleza económica de impedir la existencia de condiciones de competencia en el mercado relevante, dándole a quien la tiene la amplitud de actuar independientemente de sus rivales, sus clientes y hasta de los consumidores”.⁶⁸

Para ejemplificar, la doctrina colombiana sostiene que:

⁶⁶ Rubio Escobar, *Derecho de los mercados*, 41.

⁶⁷ Cortázar Mora, *Curso de Derecho de la Competencia*, 92.

⁶⁸ Cortázar Mora, *Curso de Derecho de la Competencia*, 92, en Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: Caso 27/76 “United Brand Co. and United Brands Continental BV contra la Comisión de las Comunidades Europeas”, (1978) y Caso 85/76 “Hoffmann-La Roche & Co . AG contra la Comisión de las Comunidades Europeas”, (1979).

Una empresa u organización empresarial tiene una posición dominante cuando dispone de un poder o fuerza económica que le permite individualmente determinar eficazmente las condiciones del mercado, en relación con los precios, las cantidades, las prestaciones complementarias, etc., sin consideración a la acción de otros empresarios o consumidores del mismo bien o servicio. Este poder económico reviste la virtualidad de influenciar notablemente en el comportamiento y las decisiones de otras empresas, y eventualmente, de resolver su participación o exclusión en un determinado mercado.⁶⁹

De la doctrina señalada se puede inferir que posición de dominio es la capacidad de influir en el mercado del que goza un operador económico con presidencia de los demás actores.

Al respecto, la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado, establece:

Artículo 7. Poder de mercado.- Es la capacidad de los operadores económicos para influir significativamente en el mercado. Dicha capacidad se puede alcanzar de manera individual o colectiva. Tienen poder de mercado u ostentan posición de dominio los operadores económicos que, por cualquier medio, sean capaces de actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes, proveedores, consumidores, usuarios, distribuidores u otros sujetos que participen en el mercado...⁷⁰

Claramente se deduce que el poder de mercado es una noción contextual es decir que siempre va a estar referida a operadores y relaciones de mercado específicos. Así lo sostiene el Tribunal de Competencia de España, en la Resolución Electra Avellana, al señalar que la posición de dominio “hace referencia a un concepto poco preciso y relativo, cuya existencia hay que determinar por referencia a un operador económico y a un mercado concretos, y que se perfila a partir de dos ideas básicas: poder económico e independencia”.⁷¹

En consecuencia, no se puede establecer en abstracto que un agente económico tiene poder de mercado, sino que es necesario realizar un análisis de la estructura del mercado específico y de la incidencia de un competidor en dicho mercado.

La Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado, establece las condiciones que deben verificarse dentro de un mercado específico para que la autoridad de competencia declare que existe poder de mercado por parte de un operador económico, estas son:

⁶⁹ Carlos Ignacio Arboleda Suárez, “El abuso de la Posición de Dominio en Colombia”, *Revista Derecho Competencia* 13, n.º 13 (2017), 113.

⁷⁰ Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado*, Registro Oficial Suplemento 555, 13 de octubre 2011, art. 7.

⁷¹ Pérez y varios, *Tratado de Derecho de la Competencia*, 465.

Art. 8.- Determinación del Poder de Mercado.- Para determinar si un operador económico tiene poder de mercado en un mercado relevante, debe considerarse, entre otros, uno o varios de los siguientes criterios:

- a) Su participación en ese mercado, de forma directa o a través de personas naturales o jurídicas vinculadas, y su posibilidad de fijar precios unilateralmente o de restringir, en forma sustancial, el abastecimiento en el mercado relevante, sin que los demás agentes económicos puedan, en la actualidad o en el futuro, contrarrestar ese poder.
- b) La existencia de barreras a la entrada y salida, de tipo legal, contractual, económico o estratégico; y, los elementos que, previsiblemente, puedan alterar tanto esas barreras como la oferta de otros competidores.
- c) La existencia de competidores, clientes o proveedores y su respectiva capacidad de ejercer poder de mercado.
- d) Las posibilidades de acceso del operador económico y sus competidores a las fuentes de insumos, información, redes de distribución, crédito o tecnología.
- e) Su comportamiento reciente.
- f) La disputabilidad del mercado.
- g) Las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios; y,
- h) El grado en que el bien o el servicio de que se trate sea sustituible, por otro de origen nacional o extranjero, considerando las posibilidades tecnológicas y el grado en que los consumidores cuenten con sustitutos y el tiempo requerido para efectuar tal sustitución.”⁷²

Como se puede apreciar la legislación prevé varios supuestos, que de verificarse darían lugar a la posición de dominio o poder del mercado de un determinado agente económico. Este listado es ejemplificativo por lo que podrían configurarse otras conductas que permitirían determinar que un competidor ostenta poder de mercado.

Uno de los principales elementos para considerar si un operador económico tiene posición dominante es su grado de participación el mercado. Este supuesto *per se* es el más práctico para establecer si una empresa tiene o no dominio en el mercado.

La jurisprudencia europea señala que el porcentaje de cuota que tenga una determinada empresa es indicativo de la probabilidad de existencia de poder de mercado. Así “una cuota de mercado inferior al 10% difícilmente podrá ser considerada como dominante y será improbable cuando esté comprendida entre el 20 y el 40% ...el Tribunal de Justicia ha establecido que cuotas muy elevadas constituyen por sí misma y salvo circunstancias excepcionales, la prueba de la existencia de una posición dominante”.⁷³

Aunque el porcentaje de cuota es uno de los elementos más prácticos a la hora de determinar la posición dominante de un operador económico, no es menos cierto que para advertir la figura de precios predatorios es necesaria la concurrencia de otros elementos como

⁷² Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado*, Registro Oficial Suplemento 555, 13 de octubre 2011, 8.

⁷³ Signes de Mesa y otros, *Derecho de la competencia*, 218.

es la existencia de altas barreras de entrada al mercado. Esto conlleva a concluir que el trabajo de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado implica un exhaustivo análisis del mercado, de los productos o servicios ofertados, competidores y consumidores, es decir, todas las condiciones estructurales del mercado.

6. Abuso de poder de mercado o posición dominante

El tratadista Guillermo Cabanellas de las Cuevas, refiriéndose a la legislación de competencia argentina, señala que existe abuso de posición dominante “cuando una empresa que no enfrenta competencia efectiva en un mercado, o un conjunto de ellas que no compiten efectivamente entre sí, realizan conductas que no hubiera podido realizar de haber existido competencia efectiva en tal mercado, siendo tales conductas perjudiciales para el interés económico general”.⁷⁴

Para llegar a la definición referida, Cabanellas de las Cuevas citó el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el caso “Hoffman-La Roche”, en el que se señala:

puede existir abuso de poder dominante cuando una empresa que goza de una situación de dominio en el correspondiente mercado actúa de forma tal que el grado de competencia es debilitado y, mediante la utilización de métodos diferentes de los que condiciona la competencia normal respecto de bienes o servicios, sobre la base de las operaciones de los operadores comerciales, tiene el efecto de dificultar el mantenimiento del grado de competencia aún existente en el mercado o el crecimiento de tal competencia.⁷⁵

De acuerdo con la legislación ecuatoriana de la materia, el abuso de poder de mercado es una infracción que se encuentra proscrita en el artículo 9 que establece:

Se entenderá que se produce abuso de poder de mercado cuando uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general.⁷⁶

El abuso de poder de mercado implica que el operador económico use excesivamente o

⁷⁴ Cabanellas de las Cuevas, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, 219.

⁷⁵ Cabanellas de las Cuevas, *Derecho antimonopólico y de defensa de la Competencia*, 208, en Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: Caso 85/76 “Hoffmann-La Roche & Co . AG contra la Comisión de las Comunidades Europeas”, 1979.

⁷⁶ Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado*, Registro Oficial Suplemento 555, 13 de octubre 2011, art. 9.

de manera inadecuada su posición de dominio, atentando contra el bienestar general o la eficiencia económica.

Toda vez definidos los conceptos de mercado relevante, poder de mercado, abuso de poder mercado, se colige que las prácticas anticompetitivas unilaterales se dan cuando un operador económico con poder en el mercado relevante, hace mal uso de éste es decir abusa de este.

7. Clasificación de las prácticas de abuso de poder de mercado

Las conductas de abuso de poder de mercado son clasificadas por la doctrina en dos grandes categorías: conductas de explotación y conductas de exclusión.⁷⁷

7.1. Conductas de explotación

Este tipo de conductas “surgen cuando la posición dominante se usa en un mercado en perjuicio directo de los suministradores, clientes o consumidores, es decir, que el agente de mercado desarrolla sus actividades económicas a costa de sus clientes. Se pretende limitar las alternativas de los consumidores con el propósito de acaparar el mercado con respecto de los clientes”.⁷⁸

En estas conductas abusivas quien ostenta posición de dominio, la utiliza para “fijar precios superiores a los competitivos o, lo que es lo mismo, producir un volumen inferior al competitivo.”⁷⁹

Los autores Marcelo Celani y Leonardo Stanley señalan que estas conductas comportan:

una estrategia originada en los oferentes, sin embargo también es posible observar que el abuso venga impuesto por la parte compradora (como puede ser el caso de los supermercados o cadenas de distribución de cualquier bien o producto), abusando de su posición para imponer precios de compra por debajo de los costos de los proveedores”.⁸⁰

⁷⁷ Grijalva Jiménez y Troya Jaramillo, *Elementos para un derecho de la competencia*, 35.

⁷⁸ Rubén Méndez Reátegui, Efrén Guerrero Salgado, Jesús María Navalpotro, *Apuntes de Derecho de Libre Competencia* (Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador) 210-11.

⁷⁹ Lucas Grosman y Tomás Serebrisky “El Abuso Explotativo y la Defensa de la Competencia en Argentina”, *Boletín Latinoamericano de Competencia* 15 (2004), 2 <https://es.scribd.com/document/391529294/El-Abuso-Explotativo-y-La-Defensa-de-La-Competencia-en-Argentina>.

⁸⁰ Marcelo Celani y Leonardo Stanley, “Defensa de la Competencia en Latinoamérica: aplicación sobre conductas y estrategias”, *Estudios y Perspectivas*, n.º 28 (2005), 20.

Coincidiendo con lo señalado por los tratadistas referidos, las conductas anticompetitivas de explotación afectan directamente a los consumidores de un mercado al ser quienes asumen el pago de los costos de productos o servicios fijados por los oferentes de manera excesiva o en su defecto también son prácticas que puede ser cometidas por los consumidores especialmente cuando fijan precios por debajo de los costos de productores. Es decir, esta conducta puede ser cometida tanto por oferentes como por consumidores.

La doctrina señala que estas conductas pueden, ser entre otras, las siguientes:

a) Precios excesivos: Procede cuando una empresa que dispone de posición de dominio en el mercado no debiera aprovechar su poder económico, aplicando precios supra competitivos, para obtener un mayor beneficio a costa de los consumidores.⁸¹

Al respecto, Fernando Díez cita el criterio de la jurisprudencia europea, en los siguientes términos:

para determinar la existencia de precios excesivos el Tribunal de Justicia de la Unión Europea establece un criterio de evaluación de este carácter excesivo de los precios, al afirmar que ‘un exceso puede apreciarse, entre otras cosas, si puede determinarse objetivamente a través de una comparación entre el precio de venta del producto en cuestión y su coste de producción. La evaluación de este exceso se llevará a cabo –a la luz de esta jurisprudencia- mediante la comparación entre los precios de la empresa dominante y los precios de sus competidores, o los precios de la empresa para otros productos u otros clientes, o los precios de ese mismo producto en otros mercados geográficos.⁸²

Estas conductas comportan un beneficio económico para el vendedor al cobrar precios mucho más elevados que sus costos de producción, a través de una operación analítica que implica el contraste de los precios del agente económico que comete este acto anticompetitivo, con los precios fijados por otros competidores o los precios ofertados en mercados geográficos diferentes de los mismos productos.

b). Condiciones de transacción no equitativas: Ocurre a través de la imposición directa o indirecta de otras condiciones de transacción no equitativas, diferentes al precio.⁸³

⁸¹ Signes de Mesa y otros, *Derecho de la Competencia*, 247- 51.

⁸² Fernando Díez Estella, “*El abuso de posición dominante*”, Fundación Rafael del Pino, (Madrid: Editorial Marcial Pons, 2006), 5.

⁸³ Signes de Mesa y otros, *Derecho de la Competencia*, 247- 51.

7.2. Conductas de exclusión

Estas conductas “son aquéllas que están encaminadas a afectar la estructura competitiva, forzando la salida de los competidores existentes en el mercado relevante y/o impidiendo la entrada de competidores nuevos”.⁸⁴

La doctrina las reconoce como:

conductas cuyo efecto económico sea reducir aún más o impedir la competencia efectiva en el mercado común o una parte sustancial del mismo... Pueden definirse como aquellos en los que la empresa dominante trata de limitar la competencia, tanto entre diferentes productos (inter-brand) como en la distribución de una misma marca (intra-brand) en el mercado con el objeto de mantener y/o aumentar su poder de mercado.⁸⁵

Para la investigación este es el tipo de conducta que concentra nuestra atención, pues las conductas anticompetitivas exclusorias son comportamientos directamente atentatorios contra el proceso competitivo; es decir, un agente económico abusando de su poder de mercado impide una efectiva competencia con el afán de mantener y aumentar su posición dominante dentro de un mercado relevante.

Doctrinariamente estas conductas pueden ser, entre otras, las siguientes:

a) *Acuerdo de compra exclusiva*: “es aquel mediante el cual el cliente queda obligado a obtener toda o la mayor parte de sus necesidades únicamente del proveedor con quien contrata”.⁸⁶

b) *Discriminación*: “Se produce cuando compradores en distintos segmentos de mercado deben pagar diferentes precios por el mismo bien o servicio por razones no relacionadas con los costos”.⁸⁷

c) *Denegación de suministro*: Este tipo de acciones se refiere a la elección del oferente de a quién y a quien no suministrar un bien o servicio, por medio de esta acción se evita que otros operadores del mercado compitan a través de la selectividad”.⁸⁸

d) *Ventas atadas*: “se caracterizan por componerse por productos o bienes distintos y

⁸⁴ *Ibid.*, 247-8.

⁸⁵ Fernando Díez Estella, “*La discriminación de precios en el derecho de la competencia*”, (Madrid: Civitas Ediciones, S.L., 2003), 322.

⁸⁶ Signes de Mesa y otros, *Derecho de la Competencia*, 252.

⁸⁷ Agustín Grijalva y Jorge Troya, *Elementos para un Derecho de Competencia en el Ecuador*, 37

⁸⁸ Perú, Comisión de la Comunidad Andina, *Decisión No. 608*, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 1180, 4 de abril de 2005, art. 8. lit. e.

separables, es decir, que no son accesorios el uno de otro; también por que la venta de dicho producto está sujeto directamente a la venta del otro”.⁸⁹

e) *Precios predatorios*: “es aquella en la que una empresa dominante incurre deliberadamente en pérdidas o renuncia a beneficios a corto plazo, mediante la aplicación de precios de venta inferiores al precio de coste”.⁹⁰

Las conductas de abuso de posición dominante de explotación y de exclusión, se encuentran establecidas en el artículo 9 de la Ley Orgánica de Control y Poder del Mercado. Son veintitrés figuras o descripciones de conductas, las cuales se puede decir que no son taxativas sino ejemplificativas.

Dentro de estas conductas, se encuentra establecida la fijación de precios predatorios, que es la conducta objeto de estudio.

Una vez que se han analizado las principales nociones, es menester señalar que la Superintendencia de Control de Poder del Mercado, como autoridad nacional de competencia realiza en sus investigaciones, primero una determinación de la cuota de mercado del operador económico presuntamente infractor, para establecer que dicho operador ostenta posición de dominio, y luego realizar el análisis pormenorizado de la conducta de abuso de posición dominante, en este caso la fijación de precios predatorios como uno de los comportamiento anticompetitivo de exclusión por abuso de poder de mercado.

A continuación se analiza su concepto, principales características y sus efectos en el marco del derecho de la competencia, para posteriormente relacionarla con los procedimientos de contratación pública.

8. Precios predatorios

8.1 Concepto

En la legislación ecuatoriana no existe una definición de precios predatorios, por lo que a efectos de este trabajo de investigación, es necesario recurrir a fuentes doctrinales y a jurisprudencia comparada, para conocer el concepto y más detalles de esta conducta de abuso de poder de mercado.

⁸⁹ Rubén Méndez Reátegui, Efrén Guerrero Salgado y Jesús María Navalpotro, *Apuntes de Derecho de Libre Competencia* (Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador), 211.

⁹⁰ Signes de Mesa y otros, *Derecho de la Competencia*, 264.

Para el tratadista Alfredo Bullard, precio predatorio “consiste en el supuesto de que una empresa, con posición de dominio en el mercado, reduce sus precios por debajo de sus niveles de costos con la intención de generar pérdidas en su competidor y así sacarlo del mercado”.⁹¹

Por su parte Fernando Díez manifiesta que la fijación de precios predatorios consiste en:

vender productos a pérdida, es decir, bajo coste, de manera que se consigue que el rival abandone el mercado, y pueda entonces, desde la posición dominante que se ocupa, recuperar las pérdidas sufridas mediante una estructura de precios supra competitivos. Las pérdidas en que la empresa predatoria incurre al vender por debajo de sus costos de producción es considerada una inversión al corto plazo que será recuperada al largo plazo cuando los competidores sean expulsados y se pueda obtener rentas monopolísticas.⁹²

Los tratadistas ecuatorianos Agustín Grijalva y José Vicente Troya sostienen que “esta práctica se trata de una estrategia o conducta por la cual una empresa generalmente en posición dominante en el mercado disminuye sus precios por debajo del nivel de sus costos de producción con el propósito de expulsar a sus competidores del mercado en cuestión y proceder luego a capturar rentas monopolísticas”.⁹³

De las definiciones doctrinales mencionadas se establece elementos similares, que llevan a colegir que la fijación de precios predatorios, constituye la práctica de un operador económico que abusando de su poder de dominio en el mercado relevante, vende sus productos o servicios por debajo del costo de producción, con la finalidad de expulsar del mercado a sus competidores. Y posteriormente recuperar sus pérdidas iniciales, mediante precios monopolísticos.

Hay que manifestar que para la doctrina esta es una figura muy controvertida por que no existe unanimidad en los requisitos que deben existir para su configuración.

En nuestra legislación, la fijación de precios predatorios está tipificada como una de las conductas abusivas que infringen la Ley Orgánica del Control de Poder del Mercado, a saber:

Art. 9.- Abuso de Poder de Mercado.- Constituye infracción a la presente Ley y está prohibido el abuso de poder de mercado. Se entenderá que se produce abuso de poder de mercado cuando uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general. En particular, las conductas que constituyen abuso de poder de mercado son:

⁹¹ Alfredo Bullard González, *Derecho y Econ: el análisis económico de las instituciones legales* (Lima: Palestra editores, 2006), 1024.

⁹² Díez Estella, *La Discriminación de Precios en el Derecho de la Competencia*, 322.

⁹³ Grijalva Jiménez y Troya Jaramillo *Elementos para un derecho de la competencia en el Ecuador*, 37.

[...] 4. La fijación de precios predatorios o explotativos.

Del artículo precitado, sea dicho de paso es el único que hace referencia a los precios predatorios en nuestra legislación, se infiere que la fijación de precios predatorios constituye aquella conducta anticompetitiva unilateral realizada por un operador económico con posición dominante en un mercado relevante, que abusando de la posición que ostenta fija precios extremadamente bajos para eliminar del mercado a sus competidores; ocasionando distorsiones en que el proceso competitivo que afectan la eficiencia económica y el bienestar general.

8.2 Diferencias y semejanzas entre precios predatorios y precios excesivos

Como se analizó en el acápite de conductas abusivas, existen precios predatorios (exclusión) y precios excesivos (explotación). Si bien los dos precios son producto de conductas anticompetitivas de abuso de su poder de mercado, se considera importante puntualizar algunas diferencias y semejanzas:

Los precios predatorios son fijados por debajo de los costos de producción, con el fin de excluir del mercado a sus competidores. Mientras que los precios excesivos, son fijados por encima del costo de producción, con el fin de apropiarse de manera injustificada del excedente del consumidor.⁹⁴

Desde el punto de vista del sujeto perjudicado, tenemos que en la predación se afecta a los competidores⁹⁵ y se beneficia temporalmente a los consumidores al recibir precios bajos. Sin embargo, cuando existe una fase de recuperación de pérdidas, con la fijación de precios altos injustificados se atenta también contra el consumidor. En contraste, en los precios excesivos se perjudica directamente a los consumidores,⁹⁶ pues los bienes y servicios requeridos son vendidos a precios más elevados, obteniendo rentas monopolísticas a costa de los consumidores.

⁹⁴ Oswaldo Santos Dávalos, “¿Hacia dónde va el derecho de competencia ecuatoriano?”, <https://vlex.ec/vid/hacia-va-derecho-competencia-716897409>, 159.

⁹⁵ Jara Vásquez, “El abuso de posición de dominio en situación de dependencia”, 12.

⁹⁶ *Ibid.*

8.3 Formación de los precios predatorios

La fijación de precios predatorios conlleva acciones del operador económico dominante, divididas en dos etapas: primero, la etapa de sacrificio predación y después la etapa de recuperación. Debiendo aclarar que respecto de la existencia de una etapa de recuperación la jurisprudencia estadounidense difiere de la europea.

a) Etapa de sacrificio o predación

En esta etapa “el operador dominante adopta una estrategia de reducción de precios que el rival no puede seguir ya que le provoca unas pérdidas que no puede soportar, y acaba abandonando el mercado”.⁹⁷

Como se aprecia, en esta fase el operador económico abusando de su posición dominante en el mercado, vende sus productos o servicios por debajo del costo de producción. Provocando la expulsión de sus competidores del mercado relevante. Es decir, con esta conducta se atenta contra la eficiencia económica, pues los precios que se ofertan no son el resultado de la mejora de sus costos de producción, sino de una conducta estratégica anticompetitiva.

b) Etapa de recuperación

Existen tratadistas que consideran necesaria la recuperación de las pérdidas iniciales para que se configure la infracción de precios predatorios. En este sentido, se sostiene que la etapa de recuperación procede cuando “el dominante aplica unos precios superiores a los competitivos, recuperando así la pérdida sufrida durante la etapa de sacrificio”.⁹⁸

Sobre la recuperación, como una forma de probar la fijación de precios predatorios, existen dos posturas jurisprudenciales contrarias. Por un lado, el test aplicado por los jueces estadounidenses no exige la comprobación de la recuperación de pérdidas, mientras que la jurisprudencia europea si lo hace. Al ser pruebas contradictorias es necesario analizar cada una

⁹⁷ Juan Amadeo Petitbó, Andrés Faiña Medín y José López Rodríguez y otros, “*Economía y defensa de la competencia*”, Tribunal Galego de Defensa da Competencia, Tórculo Edicións, Santiago de Compostelo (2010):105

⁹⁸ *Ibid.*

de ellas para determinar sus diferencias a efectos de conocer precedentes en esta materia que puedan servir para la toma de decisiones de la autoridad de competencia ecuatoriana.

Para los jueces estadounidenses, el hecho de que un operador económico pueda fijar precios supra competitivos desde su posición dominante, con la finalidad de recuperar las pérdidas sufridas, constituye una prueba imprescindible para evidenciar la existencia de precios predatorios, como se muestra a continuación:

en el caso *Rose Acre*, donde el juez Easterbrook determinó que la prueba de la recuperación es la única forma en que la predación de precios puede causar daño al mercado, y cualquier investigación sobre la intención de predación es superflua e irrelevante si la recuperación es improbable; si el agente predador nunca recupera sus pérdidas, esto no representa una táctica rentable, y al no perjudicar ni al mercado ni a los consumidores no merece ser sancionada.⁹⁹

Este criterio ha sido replicado en otros fallos de las cortes estadounidenses. Por ejemplo en 1993, se juzgó el caso *Brooke Group*, sobre la fijación de precios predatorios entre las compañías *Liggett y Brown & Williamson (B&W)*, a saber:

En su análisis la Corte Suprema decidió que B&W no participó en la fijación de precios predatorios al tener que comprobar la existencia de predación mediante dos elementos: a) el precio de los productos se encuentre a un nivel por debajo de una medida apropiada del costo, y b) tengan una probabilidad “peligrosa” de recuperar las pérdidas iniciales a través de su poder de mercado mejorado.

La decisión *Brooke Group* representa el caso de predación más relevante de los tiempos modernos, al establecer el criterio de evaluación de la Corte Suprema para las siguientes décadas.¹⁰⁰

Por medio de la jurisprudencia estadounidense citada, se muestra que la recuperación, se aplica una vez que el operador económico ha eliminado a sus competidores y desde su calidad de monopolista fija precios supra competitivos injustificados, con el afán de recuperar sus pérdidas.

Por otra parte, los criterios de las cortes europeas distan de la línea jurisprudencial estadounidense sobre la prueba de recuperación. Uno de los pronunciamientos europeos relevantes fue emitido en el caso *AKZO Chemie BV (AKZO) vs Engineering and Chemical Supplies Ltd (ECS)*, cuya conclusión fue la siguiente:

⁹⁹ Patricio Pozo Vintimilla, “*El dilema de los precios predatorios: estrategias, teorías y problemas. Un análisis del Derecho de la competencia de la Unión Europea y Antitrust*”, *Revista de Derecho Foro No. 26*, (Quito: 2016), 40.

¹⁰⁰ *Ibíd.* 32.

La Comisión Europea determinó que AKZO era un agente dominante en el mercado de peróxidos orgánicos, y que, al tener una posición de dominio y perseguir una estrategia de eliminación de su competidor, infringió el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

[...] El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) determinó que los precios por debajo del AVC son predatorios y que existió un abuso de posición dominante, ya que cada venta representa una pérdida, cuyo objetivo real es desplazar a la competencia del mercado para consecuentemente alzar los precios.

[...] El caso AKZO será confirmado nuevamente por el Tribunal General de la Unión Europea (TGUE), y posteriormente en apelación por el TJUE en el caso Tetra Pak II, al decidir que la transnacional especializada en la fabricación de envases de cartón aplicó precios por debajo del AVC a sus competidores en el mercado italiano desde 1976 hasta 1981, infringiendo el artículo 102 del TFUE; siguiendo el criterio establecido en AKZO, cada venta realizada por Tetra Pak es una pérdida y solo puede ser entendida como una política deliberada para eliminar la competencia.

[...] El TGUE consideró que el requisito de recuperación no sería necesario para probar la existencia de precios predatorios...¹⁰¹

Tal como se ha mencionado, para los jueces europeos, la fijación de precios por debajo del costo promedio variable que excluya a otros operadores económicos del proceso competitivo, constituye prueba suficiente para hablar de predación de precios. Pues se entiende que bajar los precios no tiene otra intencionalidad que la de desplazar o eliminar la competencia. Lo cual permite comprender que la tendencia europea es proteccionista del mercado.

Ahora bien, Ecuador cuenta con una legislación incipiente en materia de competencia, en consecuencia, le corresponderá a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado adoptar una de las dos posturas analizadas, al momento de investigar conductas anticompetitivas como esta. Posteriormente, una vez resueltos los expedientes, la Autoridad de Competencia deberá publicar sus resoluciones a efectos de conocer sus decisiones y cumplir con los principios de transparencia y publicidad de obligatorio cumplimiento por parte de las entidades que conforman el sector público, de conformidad con lo establecido en la Constitución y la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

8.4 Elementos de los precios predatorios

Las autoridades de competencia para determinar la existencia de precios predatorios debe comprobar la existencia de elementos: objetivos y subjetivos.

8.4.1 Elementos objetivos

¹⁰¹ Pozo Vintimilla, “El dilema de los precios predatorios”, 34.

Como se ha mencionado en líneas anteriores, durante la investigación por una posible práctica anticompetitiva de fijación de precios predatorios, la autoridad de competencia debe analizar aspectos objetivos, tales como: dominio del mercado relevante por parte del operador económico, la existencia de altas barreras de entrada y la fijación de un precio por debajo de los costos (promedio) de producción.

a) Dominio del mercado relevante por parte del operador económico

El operador económico que fije precios predatorios debe esencialmente gozar de posición de dominio en determinado mercado relevante. Solo así será capaz de afrontar las pérdidas iniciales que deberá asumir mientras elimina a sus competidores.

El abogado Patricio Pozo Vintimilla señala que “solo el agente que cuente con una cuota relevante del mercado puede realizar la predación, al ser el único económicamente capaz de asumir un mayor porcentaje de dicho mercado.

Este autor en su artículo cita al profesor Herbert Hovenkamp, que opina:

La predación de precios es tan costosa que no es factible en un mercado competitivo compuesto de varios agentes, relativamente pequeños, a menos que actúen de manera concertada. Como regla general, los precios predatorios son una estrategia realista solo para una empresa que ya es dominante en el mercado y que tiene una elevada cuota de mercado, quizás superior al 70% en adelante’.¹⁰²

Como ya se mencionó en líneas anteriores, no existe una cuota fija de mercado, para considerar a un operador económico como dominante. Es relativo al caso específico que se analice y a la legislación que se aplique. Por ello, el análisis de esta conducta debe centrarse en “que los agentes infractores tengan la posibilidad económica de afrontar una guerra de precios por el tiempo necesario para eliminar a sus competidores”.¹⁰³

Se aprecia que una conducta anticompetitiva de precios predatorios es posible solo si el agente económico goza de poder de dominio, para que a más de resistir las pérdidas, sea capaz de impedir la competencia efectiva de los demás competidores de este mercado.

A este respecto es ilustrativo uno de los considerandos de la Resolución de la Superintendencia de Industrias y Comercio Colombiana, que señala:

¹⁰² Pozo Vintimilla, “El dilema de los precios predatorios”, 43

¹⁰³ *Ibíd.*

Con todo si el agente que realiza la venta por debajo de costos, no ostenta posición dominante en el mercado, o si teniendo dicha posición no realiza la conducta con el objeto previsto en la norma, no tendrá lugar la configuración de este precepto. Lo que resulta lógico, pues en caso contrario, ciertas prácticas comerciales reconocidas por el ordenamiento y habituales en el mercado, como son, por ejemplo, la penetración en los mercados, los eventos promocionales, la venta de saldos de temporada, la rotación de inventarios de productos cercanos a la fecha de vencimiento, no podrían hacerse por cuanto serían sancionables, siendo que no es su intención ni tampoco implica un agravio para el mercado, más bien, sí pueden reportar importantes beneficios para la empresa y consumidores.

Por ello, se insiste, sólo en la medida en que la disminución de los precios sea efectiva, provenga de quien tiene posición dominante en el mercado respectivo, y sea realizado buscando eliminar, disminuir, o prevenir las fuentes de competencia, tendrá lugar la infracción de la norma a que nos hemos venido refiriendo.¹⁰⁴

b) Existencia de altas barreras de entrada

Tomando como referencia la jurisprudencia europea desarrollada en los casos *United Brand* y *Hoffmann La Roche*, una de las formas más utilizadas por las Autoridades de Competencia para determinar la posición de dominio, es el análisis de la cuota de participación del mercado; sin embargo, cuando se trata de precios predatorios, es necesario que se analice también la existencia de altas barreras de entrada a determinado mercado. Noción que implica las dificultades o impedimentos que tendrían los potenciales competidores para entrar en un mercado.

Al respecto, el autor ecuatoriano Patricio Pozo Vintimilla sostiene que:

“Actualmente se cuestiona la visión predominante de que la predación no puede existir frente a la ausencia de barreras de entrada elevadas, dado que la predación en sí misma puede servir como una barrera de entrada, por ejemplo, diversas empresas pueden abstenerse de entrar en un mercado donde saben que su principal competidor es un agente monopolista que realiza actos de predación, siempre que su cuota se encuentre amenazada; mediante esta táctica el agente predador disciplina a sus posibles competidores con un claro aviso de ‘no entrar’...”¹⁰⁵

En ese sentido, la existencia de altas barreras de entrada impuestas por el agente predador, al impedir el ingreso de nuevos competidores, evidentemente afecta el proceso

¹⁰⁴ Colombia, Superintendencia de Industrias y Comercio de la República de Colombia Resolución SIC 30835 de 2004, “*Sobre determinación de precios predatorios*”, citada en el libro de Jairo Rubio Escobar, “*Derecho de los Mercados*”, 26

¹⁰⁵ Pozo Vintimilla, “El dilema de los precios predatorios”, 28

competitivo, al limitar las opciones de adquisición de bienes y servicios que tendrían los consumidores.

La teoría económica distingue tres categorías de barreras de entrada que enfrenta un potencial competidor: barreras legales (de origen normativo), barreras naturales (derivadas de la tecnología y de la situación del mercado específica a esa tecnología) y barreras estratégicas (construidas por las empresas)¹⁰⁶. Clasificación que ha sido inobservada por los legisladores de nuestro país, al señalar en la letra b) del artículo 8 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado que las barreras de entrada pueden ser de tipo legal, contractual, económico o estratégico; y, los elementos que, previsiblemente, puedan alterar tanto esas barreras como la oferta de otros competidores. Es oportuno en este punto destacar la necesidad de una reforma legal al respecto, de tal manera que se establezcan barreras de entrada acorde con la clasificación reconocida por la teoría económica.

c) Precio por debajo de los costos de producción

En el marco de un mercado competitivo, el precio de bienes y servicios se forma de la interacción de oferentes y demandantes. Sin embargo, cuando se trata de precios predatorios, el precio es fijado por debajo de los costos de producción del bien o servicio que se oferta.

Dentro de una competencia económica en un determinado segmento de bienes o servicios, puede existir un ofertante que efectivamente fije un precio de su producto en el mercado, muy inferior a los costos de sus competidores. Sin embargo, este precio no es consecuencia de una actitud que se podría considerar predatoria. Sino que en la estructura de costos de una empresa, estos precios son considerablemente menores que los de sus competidores, en razón de mejor tecnología o economía de escala. Lo que hace que este proveedor pueda ofrecer precios menores a los costos de sus competidores, pero no de sus propios costos.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Jorge Tarjizán y Ricardo Paredes, “*Organización Industrial para la Estrategia Empresarial*”, (México: Pearson Educación, 2006, Segunda Edición, 84.

¹⁰⁷ Javier Cortázar Mora, “*Curso de Derecho de la Competencia: Antimonopolios*”, (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Editorial Temis S.A., 2011), 108.

Por ello, las autoridades de competencia, al menos de las sociedades capitalistas occidentales, en el análisis de los precios predatorios, utilizan hasta la actualidad el test de costo-precios desarrollados por los profesores Areeda y Turner.¹⁰⁸

El autor ecuatoriano Patricio Vintimilla realiza el siguiente análisis al respecto :

En su estudio analizaron los dos tipos de costos en que incurren los agentes económicos: los costos fijos (CF) que son los costos que un agente incurre así no produzca nada, y no varían aun cuando aumente o disminuya la cantidad producida; y los costos variables (CV) que son los costos que varían cuando se altera la cantidad producida. Para obtener el costo total (CT) de un agente se suma los dos tipos de costos, conforme la siguiente fórmula: $CT=CF+CV$.

Sin embargo, los profesores Areeda y Turner observaron que medir de forma precisa estos dos tipos de costos resulta difícil para las agencias y tribunales de competencia, proponiendo sustituirlos por sus promedios: a) el costo total promedio (Average Total Cost, ATC por sus siglas en inglés) se obtiene de dividir el costo total por la cantidad producida por el agente; y b) el costo variable promedio (Average Variable Cost, AVC por sus siglas en inglés) es el costo variable dividido por la cantidad producida por el agente.”¹⁰⁹

La conclusión a la que llegaron los Profesores Areeda y Turner fue que “un precio debajo del costo variable promedio (AVC) se presume que es predatorio, en razón de que cada venta representa una pérdida económica para el agente al no cubrir sus costos de producción”.¹¹⁰

Es decir, un precio predatorio es aquel precio menor al costo variable promedio. Este resultado, conlleva un análisis económico pormenorizado por parte de las autoridades de competencia, con lo cual queda justificado sobremanera que la competencia es una rama del Derecho económico. Estos análisis coadyuvan a la determinación de conductas anticompetitivas que, implican evidentemente una transgresión a las normas que regulan la competencia mercantil, pero que también conlleva estudios y entendimiento en materia económica y empresarial.

Si bien los elementos objetivos tratados en este acápite, por su condición de objetividad serían aparentemente fáciles de comprobar, la práctica y siendo que en nuestro país no existen casos sancionados por esta conducta anticompetitiva demuestran lo contrario.

8.4.2. Elemento subjetivo

¹⁰⁸ Luís Miguel Hinojosa, “*Los Precios Predatorios y el Derecho de la Competencia Europeo*”, Comentario de la sentencia del TJCE de 3 de julio de 1991, as. 62/86 AKZO Chemie B. V. c. Comisión, Revista de Instituciones Europeas vol. 20 No. 1 1993, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=38080>, 237

¹⁰⁹ Pozo Vintimilla, “El dilema de los precios predatorios”, 43.

¹¹⁰ *Ibíd.*

A criterio de las profesoras Susana Grau Arnau y Ana Merino Castelló, el elemento subjetivo corresponde al propósito de eliminar a uno o varios competidores.¹¹¹

Es necesario que la autoridad de Competencia compruebe la existencia de esta intención, debido a que ésta no se presume. Al respecto, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea sostiene que “La intención de dicha empresa debe constatarse de una forma objetiva a través del desarrollo de una estrategia positiva de exclusión”.

Por su parte, la doctrina europea señala que:

la intención de la empresa dominante no es relevante, a no ser que se materialice en la práctica a través de un comportamiento de exclusión sistemático (planificado). En caso de existir, las pruebas documentales, como, por ejemplo, circulares internas o informes legales, pueden ser útiles para entender mejor lo que ocurre en el mercado (los efectos deseados) y pueden mostrar la intención de la empresa dominante; pero esta intención predatoria debe ser entendida como la ausencia de una justificación comercial objetiva que explique la conducta de la empresa dominante por razones distintas a la búsqueda de la eliminación de un competidor.¹¹²

Para comprobar la intención pueden implementarse todos los elementos de prueba que la legislación permite y será la autoridad la que determine si de las pruebas aportadas se puede inferir la existencia de tal intención.

En el caso conocido como AKZO CHEMIE¹¹³, la Autoridad de Competencia Europea, determinó que AKZO había intentado eliminar a su competidor ECS para impedirle que tuviera acceso al mercado que dominaba (peróxidos orgánicos), bajo amenazas de reducir sus precios si ECS no renunciaba a su proyecto de introducirse en este mercado, mismas que fueron cumplidas por AKZO, fijando precios por debajo de sus costes de producción.

Este caso fue conocido por el Tribunal de Justicia Europeo, instancia que confirmó la decisión de la Comisión señalando que, “una empresa no tiene ningún interés en aplicar tales precios porque cada venta produce una pérdida, a menos que su intención sea la de eliminar a un competidor y, a continuación, aumentar sus precios”¹¹⁴.

El elemento de la intención de excluir a uno o varios competidores es de gran relevancia, pues permite establecer que, el solo hecho de bajar los precios no implica la

¹¹¹ Susana Grau Arnau y Ana Merino Castelló, “Precios Predatorios: Análisis Legal y Económico”. (Catalunya, 29 de junio de 2005), 10

¹¹² Luís Miguel Hinojosa, “Los Precios Predatorios y el Derecho de la Competencia Europeo”, (Comentario de la sentencia del TJCE de 3 de julio de 1991, as. 62/86 AKZO Chemie B. V. c. Comisión), Revista de Instituciones Europeas vol. 20 No. 1 1993, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=38080>, 239

¹¹³ Tribunal de Justicia Europeo, 03 de julio de 1991, *Caso 62/86 Caso AKZO vs ECS.*, 03 de julio de 1991: https://eur-lex.europa.eu › resource › DOC_2

¹¹⁴ Juan Ignacio Signes de Mesa y otros “Derecho de la Competencia”, 269

existencia de precios predatorios. Siendo que la fijación de precios predatorios es una conducta irracional a efectos económicos de todo agente económico, pues la venta a pérdida no es negocio rentable, el hecho de que la autoridad de competencia tenga que probar la intención, dificulta aún más la comprobación de estas prácticas.

Capítulo segundo

Derecho de la competencia en contratación pública

1. Panorama constitucional y legal de la contratación pública en Ecuador

La forma de Estado que la sociedad ecuatoriana, asumió en el 2008, es el Estado Constitucional de derechos y justicia. Implica que la Constitución deviene en una norma que irradia todo el ordenamiento jurídico y no una mera declaración de principios. La finalidad de este modelo de Estado es garantizar el efectivo goce de los derechos que consagra la Constitución y la consecución del añejo valor del “bien común” denominado ahora “buen vivir” – “sumak kawsay”.¹¹⁵ Siendo el buen vivir un concepto político, sociológico y filosófico novedoso, la extinta Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo del Estado (SENPLADES), a efectos de poder ejecutar el Plan Nacional del Buen Vivir lo definió como “la satisfacción de las necesidades, la consecución de una calidad de vida y muerte digna, el amar y ser amado, y el florecimiento saludable de todas y todos, en paz y armonía con la naturaleza y la prolongación indefinida de las culturas humanas.”¹¹⁶ De acuerdo a la Constitución de la República, los medios para alcanzar la consecución del buen vivir son las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos.¹¹⁷

Por otro lado, en el artículo 275 de la Constitución se prevé un régimen de desarrollo como un conjunto de sistemas económicos, políticos, socio-culturales y ambientales, con la finalidad de lograr el *sumak kawsay*. Este régimen será planificado por el Estado. Siendo la planificación “una técnica de intervención en la actividad económica por la cual la administración pretende encauzar, racionalizar o someter a un diseño previo la actividad económica, en función de aquello que se considere necesario o beneficioso para el conjunto del país”.¹¹⁸ En consecuencia, el Estado se convierte en el actor principal del diseño de desarrollo tendiente a lograr el buen vivir.

¹¹⁵ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 3

¹¹⁶ Citado por la Dra. Inés María Baldeón, “*La Libertad de Empresa y el Derecho de la Competencia en el marco de la Contratación Pública del Ecuador*”, Grupo Empresarial CEAS, Quito, Ecuador (2015), 136

¹¹⁷ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 85.

¹¹⁸ Gaspar Ariño Ortiz, “*Principios de Derecho Público Económico*”, 409.

La Constitución en su artículo 288 respecto a las compras públicas, establece que: “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 productivas”.

Tal es el sentido que le da a esta orientación el tratadista Juan Fernando Aguirre, cuando expresa:

participo del criterio que el sistema de contratación del Estado constituye una poderosa herramienta de gestión de políticas públicas para favorecer la democratización de las adquisiciones, en términos de inclusión social, esto es, favorecer a través de políticas públicas eficientes, la redistribución de la riqueza social general destinada a los sectores que tradicionalmente no han estado considerados en las prácticas de contratación pública”¹¹⁹

Es decir, se promueve la inclusión de los micro y pequeños proveedores y actores de la economía popular y solidaria. Este autor sostiene que “dada su relevancia social y económica, no se trata simplemente de una cuestión técnica; el diseño del sistema de contratación pública implica un importante desafío para el modelo de gestión en intervención estatal.”¹²⁰

El desarrollo normativo de la contratación pública se encuentra principalmente en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento y en los actos normativos que emite el Servicio Nacional de Contratación Pública, a través de resoluciones.

Entendemos que existe contratación pública, cuando interviene el Estado a través de los organismos y entidades que lo conforman, para contratar la adquisición de bienes, prestación de servicios o construcción de obras.¹²¹

En lo que respecta a principios, la Constitución establece en su artículo 288, que las compras públicas se rigen por los principios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social. Por su parte, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública señala que los principios que rigen la contratación pública son:

¹¹⁹ Juan Fernando Aguirre, citado por la Dra. Inés María Baldeón, “*La Libertad de Empresa y el Derecho de la Competencia en el marco de la Contratación Pública del Ecuador*”, Grupo Empresarial CEAS, Quito, Ecuador (2015), 136.

¹²⁰ *Ibíd.*

¹²¹ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial Suplemento 395, 04 de agosto 2008, art. 1

“legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional”.¹²²

2. Relación del derecho de competencia con la contratación pública

La contratación pública se ha convertido en la principal actividad estatal dinamizadora de la economía de los países, pues de acuerdo a la Organización Mundial de Comercio, “el Estado es el mayor demandante de bienes y servicios en la economía, se estima su participación entre el 10% y 15% del Producto Interno Bruto (PIB) mundial.”¹²³

En el caso ecuatoriano, según el Servicio Nacional de Contratación Pública, la contratación pública representó el 20,1% del Presupuesto General del Estado para el 2018, y el 6,4% del Producto Interno Bruto (PIB) nacional.¹²⁴

La contratación pública es utilizada para dinamizar la economía del país, al impulsar a través de preferencias para micro, pequeñas, medianas empresas y actores de la economía popular y solidaria.¹²⁵ Sin embargo, este no es el único objetivo, pues por medio de la contratación pública se provee de bienes y servicios públicos a la sociedad, lo que entraña que estos deben ser de calidad, eficientes y deben responder a principios de universalidad, uniformidad, generalidad, obligatoriedad, entre otros.¹²⁶ Adicionalmente, la contratación pública genera empleo, al establecer prioridad para productos y servicios nacionales, pues esto implica que más ciudadanos puedan interactuar comercialmente con las entidades estatales.¹²⁷

Se colige entonces, que la contratación pública es una herramienta para alcanzar diversos objetivos planteados por el Estado a fin de satisfacer las necesidades de los ciudadanos, optimizando el uso de los recursos públicos, a través de mecanismos que promueven transparencia, competencia e impulso a determinados sectores de la economía.

Considerando que los operadores económicos privados regulados por la Ley Orgánica de Control del Poder del Mercado, son los participantes directos en procesos de contratación

¹²² Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial Suplemento 395, 04 de agosto 2008, art. 4

¹²³ Guillermo Rozenwurcel y Lorena Drewes. “Programa ICT4GP las PyMES y Las Compras Públicas”, (Octubre de 2012), Universidad Nacional de San Martín, Argentina, 1.

¹²⁴ Ecuador, SERCOP, “Análisis mensual de la contratación pública 2019”, publicado en el portal.compraspublicas.gob.ec, 2.

¹²⁵ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 288

¹²⁶ *Ibíd.*, art. 314.

¹²⁷ *Ibíd.*, art. 288.

impulsados por el Estado, es necesario conocer la vinculación de esta norma legal con la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Ambas ramas son de Derecho Público, algunos autores estiman que “hoy no es frecuente plantear la relación entre Derecho Antitrust y el Derecho de la Contratación Pública”,¹²⁸ sin embargo, cuando el Estado interviene, no solo para combatir las conductas que distorsionan la competencia leal entre privados (mediante el Derecho de la competencia), sino que al mismo tiempo se convierte en un operador económico, interactuando en los procesos de compras públicas impulsados por las entidades contratantes, la relación de estas dos materias es notoria.

La legislación de competencia no interviene en todos los procesos que regula la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Solamente en aquellos en los que existe concurrencia de oferentes sobre un mismo bien, servicio u obra. Procesos que se han identificado en el presente trabajo como procedimientos concursales. Deviene evidente entonces que, a dichos procedimientos concursales les es aplicable, *prima facie*, la legislación de competencia. No obstante, para ciertos autores como la tratadista ecuatoriana Inés María Baldeón, esta aseveración no es absoluta, pues existirían ciertos puntos de tensión en la aplicación de las normas de competencia a los procedimientos de contratación pública.

Para la Tratadista Baldeón, los procedimientos de contratación pública no siempre persiguen el principio de eficiencia económica, que es uno de los principales que orientan la formación y aplicación de las normas de competencia. Al respecto la autora se refiere en los siguientes términos:

considero que de alguna manera los criterios de “preferencia nacional, local o por tamaño de las empresas” sí contrarían al menos en principio el criterio de eficiencia económica per se base fundamental del Derecho de la Competencia, pero estoy consciente también que en un país con tantas asimetrías económicas y sociales los criterios de preferencia expuestos son necesarios precisamente para corregir dichas asimetrías y para lograr a partir de ahí, una real competencia que garantice una vigencia cierta del principio de eficiencia económica.¹²⁹

En esa línea, los doctrinarios Santiago Sorilla y José Silvestre sostienen que eficiencia económica, implica “logro de los objetivos económicos de una empresa, una organización, una rama o sector económico o un país, con el mínimo de recursos... Algunas formas en que se

¹²⁸ Patricia Valcárcel Fernández, *Ponencia Derecho la Contratación pública y Derecho Antitrust. Conferencia internacional antitrust*, accedido 10 de enero de 2019, en el sitio web del Observatorio de Contratación Pública de España.

¹²⁹ Inés María Baldeón, *La Libertad de Empresa y el Derecho de la Competencia en el marco de la Contratación Pública del Ecuador* (Quito: Grupo Empresarial CEAS, 2015), 136.

manifiesta la eficiencia económica son: aumento de la productividad, disminución de costos, incremento de la calidad de la producción, avances científicos y tecnológicos, etc.”.¹³⁰

Asimismo, Ramón Tamames y Santiago Gallego manifiestan que eficiencia es “la expresión que mide la capacidad o cualidad de la actuación de un sistema o sujeto económico para lograr el cumplimiento de un objetivo determinado, minimizando el empleo de recursos.”¹³¹

De las palabras de la tratadista Baldeón, se establece que, la eficiencia económica es fundamental para que se puedan cumplir los objetivos del Derecho de competencia. Sin embargo, este principio aplicado en contratación pública cedería en pro de otros que son necesarios para el cumplimiento de los objetivos del Estado que tienen que ver al final con el buen vivir.

Es por esta razón que, la tratadista Baldeón reconoce que en virtud de las asimetrías que existen entre los diferentes agentes económicos no es posible, al menos temporalmente, una aplicación ortodoxa del principio de eficiencia económica. Quizás, la razón más profunda de esta colisión entre este principio de eficiencia económica y los que se propugna en la contratación pública tiene que ver con la filosofía del nuevo Estado constitucional a partir del 2008, garantista de derechos y que irradia todo el ordenamiento jurídico.

Así, tenemos que antes de la Constitución del 2008, el Ecuador asumía una economía social de mercado. La lógica o la racionalidad que se aplicaba a las relaciones económicas era precisamente la de mercado. Actualmente, nuestra economía es social y solidaria, no completamente de mercado. Por lo que a más del principio de eficiencia económica entran en juego otros, que van más allá de la pura racionalidad económica, y acercan más al ideal de tratar al ser humano como fin de toda actividad estatal.

Para autores como Dromi, la eficiencia económica en el ámbito de lo público, queda integrada dentro de un concepto mucho más abarcador que es el de eficiencia administrativa, que implica ciertas acciones por parte de la administración pública, a saber:

¹³⁰ Santiago Sorrilla Arena y José Silvestre Méndez, *Diccionario de Economía* (México: Limusa Noriega Editores, 1994), 72.

¹³¹ Ramón Tamames y Santiago Gallego, *Diccionario de Economía y Finanzas* (Madrid: Alianza Editorial, 2001), 175.

1) Realizar el adecuado diagnóstico de las necesidades públicas. 2) cumplir los objetivos en el marco temporal programado. 3) Alcanzar la finalidad pública. 4) Obedecer el control público. 5) Satisfacer las necesidades públicas con costos razonables. 6) Respetar reglas de celeridad y sencillez. 7) Actuar con economía procesal y preservar la legalidad administrativa.¹³²

Como vemos, la eficiencia económica puede ser considerada desde el Derecho de competencia como el mejoramiento de productividad de una empresa, reducción de costos, incremento calidad, mientras que para la contratación pública la eficiencia económica queda integrado en un concepto más amplio que es el de eficiencia administrativa, pues implica la satisfacción de necesidades públicas a través de la adquisición de bienes y servicios a precios convenientes para el Estado.

3. Esquema general de los procedimientos de contratación pública

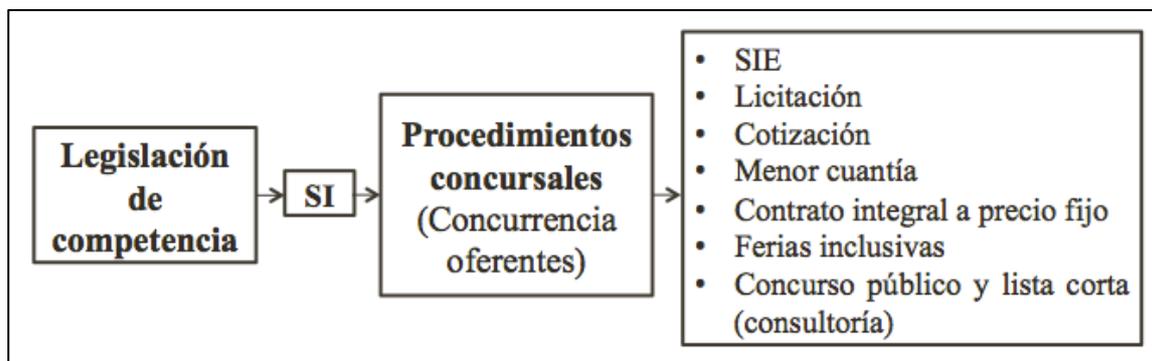
La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública clasifica los procedimientos de contratación pública en aquellos sometidos a régimen común y régimen especial. Para efectos de este trabajo, nos referiremos a aquellos procedimientos en los que existe competencia entre proveedores. Es decir, el elemento diferenciador será la presencia de competencia mercantil en los procesos. Así, clasificamos los procedimientos de contratación pública en concursales y no concursales.

3.1. Procedimientos concursales

- 1) Dinámicos: subasta inversa electrónica (art. 47 de la LOSNCP);
- 2) Licitación, cotización y menor cuantía (arts. 48, 50 y 51 de la LOSNCP);
- 3) Especiales: contratación integral por precio fijo y feria inclusiva (arts. 53 y 59.1 de la LOSNCP);
- 4) Consultoría: lista corta y concurso público (art. 40, núms. 2 y 3 de la LOSNCP).

¹³² Dromi, *Licitación pública*, XXIV.

Gráfico 1
Procedimientos concursales



Fuente y elaboración propias

3.2. Procedimientos no concursales

Entre los procedimientos no concursales tenemos: compras por catálogo electrónico, ínfima cuantía, situaciones de emergencia, adquisición y arrendamiento de bienes inmuebles. En el caso de consultoría, la contratación directa (arts. 43, 52.1, 57, 58, 59, 40.1, respectivamente, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública).

Además, también consideramos como procedimientos no concursales aquellos que hacen que tienen por objeto contratar de manera directa, sea por la calidad que ostentan de los proveedores o por otros criterios de selectividad.

Varios de estos están determinados en el artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Por ejemplo, adquisición de fármacos que celebren las entidades que presten servicios de salud; las calificadas por el Presidente de la República como necesarias para la seguridad interna y externa del Estado; aquellas cuyo objeto sea la ejecución de actividades de comunicación social destinadas a la información de las acciones del Gobierno Nacional o de las Entidades Contratantes; prestación de servicios de asesoría y patrocinio en materia jurídica; entre otras.

Para efectos del presente trabajo, solamente son interesantes los procedimientos de contratación pública concursales, por lo que solo estos serán analizados en líneas posteriores.

4. Procedimientos de contratación pública no concursales y precios predatorios

Como hemos explicado el derecho de competencia y sus principios no son integralmente aplicables a todo procedimiento de contratación pública. Puesto que hay ciertos procedimientos que no implican un régimen competencial sino uno de contratación directa. Deviene indiscutible entonces que, al no aplicarse dentro de estos procedimientos el régimen de competencia, no puede ocasionarse en estos casos, la figura de precios predatorios. Para ejemplificar lo dicho, citaremos varios casos del régimen especial de contratación pública, en los cuales no existe competencia sino que la adjudicación se realiza de manera directa.

En el artículo 2, numeral 4, de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se establece el régimen especial para la contratación de la prestación de servicios de asesoría y patrocinio en materia jurídica requeridas por el Gobierno Nacional o las Entidades Contratantes. Este procedimiento se realiza a través de una invitación directa a un proveedor previamente seleccionado.¹³³ El cual presenta su oferta y ésta es o no adjudicada por la máxima autoridad de la entidad contratante.

Aquí no existe concurso alguno y por lo tanto tampoco aplicación de principios de competencia. Consecuentemente, no cabe hablar de análisis de precios predatorios.

Otro ejemplo de contratación directa es el establecido en el artículo 2, numeral 8 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que regula la contratación “entre entidades del sector público, éstas entre sí, o aquellas con empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en el cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias; y las empresas entre sí”.

Este procedimiento al igual que el anterior, conlleva una invitación directa a una entidad pública para que presente su oferta de prestación de servicios al Estado.¹³⁴ La máxima autoridad adjudica o no esta oferta. En este procedimiento no existe régimen concursal y, por tanto, no ha lugar la figura de precios predatorios.

Por último, otro ejemplo cotidiano, es el del procedimiento para la adquisición de bienes inmuebles requeridos por entidades públicas. En este tipo de contratación, la entidad no realiza un concurso público para la adquisición de un inmueble, sino que emite un acto administrativo

¹³³ Ecuador, *Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial Suplemento 588, 12 de mayo de 2009, 92.

¹³⁴ *Ibíd.*, art. 99.

de expropiación de un bien determinado y el precio que va a pagar la entidad por dicho bien se encuentra establecido en la ley.

Se aprecia que no existe ningún procedimiento concursal, por consiguiente no puede tener lugar la figura de precios predatorios. Es más, en este procedimiento de expropiación, en el evento de existir discordancia en el precio de la expropiación, entre la entidad y el particular, la instancia judicial es la encargada de resolverlo.

En resumen, podemos manifestar que el régimen de competencia no es aplicable a la totalidad de los procedimientos de contratación pública, como se deja evidenciado. En este escenario vamos a realizar el análisis de la figura de los precios predatorios solamente en aquellos procedimientos de contratación pública en que existe competencia mercantil.

5. Procedimientos de contratación pública concursales y precios predatorios

Una vez que se ha estudiado el Derecho de Competencia de manera general, y la vinculación de esta materia con la Contratación Pública, corresponde en este acápite analizar la fijación de precios predatorios como una de las formas de abuso de posición de dominio que podría aplicarse en la contratación pública. Para lo cual vamos a estudiar aspectos generales de los procedimientos de contratación concursales. Por un lado analizaremos la fase precontractual resaltando la concurrencia de oferentes para verificar si hay o no competencia. Y por otro, analizaremos en la ejecución contractual, lo relativo a contratos complementarios como forma de recuperación de las pérdidas iniciales en la fijación de precios predatorios.

5.1. Subasta Inversa Electrónica

Este es un procedimiento en esencia concursal. Se utiliza para la adquisición de bienes y prestación de servicios normalizados que no puedan adquirirse o prestarse, mediante catálogo electrónico. En este procedimiento los proveedores pujan hacia la baja el precio ofertado, a través del portal de compras públicas.¹³⁵

¹³⁵ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial Suplemento 395, 4 de agosto 2008, art. 47.

La subasta inversa electrónica procede cuando la cuantía del bien o servicio a contratar, supera el monto equivalente al 0,0000002 del Presupuesto Inicial del Estado, es decir, cuando el monto es superior al señalado para el procedimiento de ínfima cuantía.¹³⁶

En este procedimiento pueden ocurrir dos situaciones: La primera, que existan varios proveedores que participen cuyas ofertas técnicas califiquen y sean habilitados para presentar su oferta económica en el portal, para la consecuente puja hacia la baja del precio ofertado.

La segunda, que de las ofertas técnicas calificadas solo un proveedor habilitado presente su oferta económica. O solo exista una oferta técnica calificada. En este escenario no será posible efectuar la puja. En su lugar se realizará una negociación entre la entidad contratante y el oferente, con el objeto de mejorar la oferta económica en al menos el 5% del presupuesto referencial.¹³⁷

En la subasta inversa electrónica al igual que en todos los procedimientos de contratación se promueve la participación nacional, a través de criterios de valoración que incentiven la concurrencia de proveedores nacionales. En los pliegos se deberá establecer los márgenes de preferencia con relación al origen nacional y al tamaño de los proveedores.

Como se muestra, en este procedimiento gana el proveedor que oferte el mejor costo en bienes o servicios normalizados. Es decir el proveedor cuya oferta tenga el precio más bajo, a parte de cumplir con las especificaciones y requerimientos técnicos, financieros y legales exigidos en los pliegos.¹³⁸

Como vemos en la subasta inversa electrónica se da una competencia mercantil, pues se invita a todos los proveedores registrados en el Registro Único de Proveedores del Estado. Resultando ganador aquel proveedor que oferte el precio más bajo de entre los competidores.

Con estos antecedentes, se puede colegir que, en este tipo de procedimiento es factible que se configure la fijación de precios predatorios.

5.2. Licitación

Es otro procedimiento de naturaleza concursal, la doctrina lo define como “un procedimiento legal y técnico de invitación a los interesados, para que, conforme a las bases

¹³⁶ Ecuador, *Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial Suplemento 588, 12 de mayo de 2009, art. 44.

¹³⁷ *Ibíd.*, arts. 46 y 47.

¹³⁸ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial Suplemento 395, 04 de agosto 2008, art. 2, num. 17.

preparadas al efecto, llamadas pliego de condiciones, formulen propuestas de entre las cuales se elige y acepta la más ventajosa mediante la adjudicación, que perfecciona el contrato.”¹³⁹

El procedimiento de licitación conlleva la realización de varios actos y hechos, tanto de la administración, como de los oferentes que participan en el concurso, lo que da como consecuencia la suscripción de un contrato administrativo. Al respecto el tratadista Dromi señala que “la licitación no es un contrato sino que por licitación puede celebrarse el contrato de toda clase de suministros, obras públicas, concesión de servicio público, concesiones de obra pública etc.”¹⁴⁰

En esa línea, de acuerdo a lo establecido en el artículo 48 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la licitación es aplicable en los siguientes casos:

1. Si fuere imposible aplicar los procedimientos dinámicos de catálogo electrónico y subasta inversa electrónica, o en el caso que una vez aplicados dichos procedimientos, éstos hubiesen sido declarados desiertos; siempre que el presupuesto referencial sobrepase el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico, es decir que supere el monto para el procedimiento de cotización.
2. Para contratar la adquisición de bienes o servicios no normalizados, exceptuando los de consultoría, cuyo presupuesto referencial sobrepase el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del Presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico, es decir cuando el monto supere el monto para el procedimiento de cotización de bienes o servicios no normalizados.
Tanto en bienes como en servicios se deberá evaluar la producción nacional aplicando los criterios que se establezca en los pliegos y solo en caso de ausencia de producción nacional, podrán participar oferentes que no sean productores nacionales.¹⁴¹
3. Para contratar la ejecución de obras, cuando su presupuesto referencial sobrepase el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,00003 por el monto del Presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico, es decir cuando el monto

¹³⁹ Enrique Sayagués Lazo y Rafael Bielsa, citados por Roberto Dromi, *Licitación pública*, 4.^a ed. (Buenos Aires, Hispana Libros, 2010), 76.

¹⁴⁰ *Ibíd.*, 78.

¹⁴¹ Ecuador, Subsecretaría General Jurídica de la Presidencia de la República, oficio No. T.1056 SGJ-2009-2279, 6 de octubre de 2009.

supere el monto para el procedimiento de cotización de obras. En este caso podrán participar proveedores que oferten cierta participación ecuatoriana mínima señalada en los pliegos.

Corolario a ello, este procedimiento es utilizado para seleccionar el mejor proveedor para la adquisición de bienes, provisión de servicios (excepto los de consultoría) y ejecución de obras. Por lo tanto es incuestionable que la competencia mercantil es un elemento fundamental en la licitación y en consecuencia podría existir fijación de precios predatorios.

5.3. Cotización y menor cuantía

Estos procedimientos también concursales, se aplican para contratar la adquisición de bienes, prestación de servicios (excepto los de consultoría) y ejecución de obras. No obstante, difieren de los dos anteriores, por los montos en los que se aplican y especialmente por ciertos parámetros de contratación preferente e inclusión (tipo de proveedor y localidad)¹⁴² establecidos en la legislación, estos son:

- a) Tipo de proveedor: Se privilegia la contratación con micro y pequeñas empresas, artesanos o profesionales, y sectores de la economía popular y solidaria, que participen de manera individual o asociativa.
- b) Localidad: Se privilegia la contratación con proveedores habilitados domiciliados en la circunscripción territorial en que se ejecutará el contrato.

Este es un procedimiento público en el que pueden participar todos los proveedores habilitados en el Registro Único de Proveedores, de otra circunscripción territorial o del país. No obstante, la norma reglamentaria prevé que se realizará una invitación a presentar ofertas a cinco proveedores de la localidad que serán escogidos mediante sorteo público y de forma aleatoria a través del portal compras públicas. Los proveedores favorecidos en el sorteo, obtendrán una puntuación adicional en su calificación. Esto sin perjuicio del margen de

¹⁴² Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial Suplemento 395, 4 de agosto 2008, art. 52.

preferencia que se deberá establecer en los pliegos para los demás proveedores locales que participen, sin ser invitados por sorteo.¹⁴³

Cuando no exista un proveedor local que acredite las condiciones referidas respecto a los parámetros de contratación preferente, podrá adjudicarse el contrato a un proveedor de otra circunscripción territorial (parroquia, cantón, provincia, país).

Ahora bien, para aplicar el procedimiento de cotización y menor cuantía, la legislación establece la siguiente casuística:¹⁴⁴

1. Si fuera imposible aplicar los procedimientos dinámicos de catálogo electrónico y subasta inversa electrónica o en el caso que una vez aplicados dichos procedimientos, éstos hubiesen sido declarados desiertos.

Para el caso del procedimiento de cotización siempre que el presupuesto referencial oscile entre 0,000002 y 0,000015 del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico; es decir por un monto superior al establecido para la menor cuantía e inferior al de licitación.

Para el procedimiento de menor cuantía siempre que el presupuesto referencial sea inferior al 0,000002 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico, es decir un monto menor al establecido para cotización.

2. La contratación para la adquisición de bienes y servicios no normalizados, exceptuando los de consultoría.

En cotización cuando el presupuesto referencial oscile entre 0,000002 y 0,000015 del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico. Es decir por un monto superior al establecido para la menor cuantía e inferior al de licitación.

En menor cuantía cuando el cuyo presupuesto referencial sea inferior al 0,000002 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico, es decir menor al monto de cotización.

3. Para la contratación de ejecución de obras. En cotización cuando el presupuesto referencial oscile entre 0,000007 y 0,00003 del presupuesto inicial del Estado del

¹⁴³ Ecuador, *Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial Suplemento 588, 12 de mayo de 2009, art. 56.

¹⁴⁴ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial Suplemento 395, 4 de agosto 2008, arts. 50 y 51.

correspondiente ejercicio económico. Es decir mayor al monto de menor cuantía menor a la licitación.

En menor cuantía cuando el presupuesto referencial sea inferior al 0,000007 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico. Es decir menor a la cuantía para la cotización.

En estos procedimientos se otorga preferencias a determinado sector del mercado, en razón de que nuestra economía es social y solidaria. Recordemos que la contratación pública es una herramienta para dinamizar la economía del país a través de la inclusión de aquellos ofertantes de productos y servicios de este sector de la economía, en miras de igualar las oportunidades entre proveedores.

Podemos concluir que existe competencia en los procedimientos de cotización y de menor cuantía. Una competencia diferente a la del mercado natural, en el que no existe preferencia para ningún vendedor. Como sí ocurre en las compras públicas, debido al régimen preferencial y requisitos establecidos en la ley de la materia.

En estos procedimientos que demuestran competencia entre oferentes para ganar la adjudicación de un contrato, sí podría configurarse la fijación de precios predatorios.

5.4. Contratación Integral por Precio Fijo

Este es un procedimiento concursal especial, utilizado únicamente para la contratación de proyectos de obras integrales, que incluya la construcción, servicios de provisión de equipos (bienes) y puesta en operación del proyecto. La selección del contratista se la realiza a través de una licitación, no pudiendo utilizarse los procedimientos del régimen especial o de excepción. Para utilizar este procedimiento deben cumplirse los siguientes requisitos:

1. Si del análisis previo a la resolución de la máxima autoridad, resulta más ventajosa esta modalidad con respecto a la contratación por precios unitarios;
2. Si se tratare de la ejecución de proyectos de infraestructura en los que fuere evidente el beneficio de consolidar en un solo contratista todos los servicios de provisión de equipo, construcción y puesta en operación;

3. Si el presupuesto referencial de dicha contratación sobrepasa el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,1% por el monto del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico; y,
4. Que la entidad contratante cuente con los estudios completos, definitivos y actualizados.¹⁴⁵

Como ya se ha mencionado nuestra legislación, desde la norma constitucional hasta la norma legal, tiende a incentivar el empleo de materiales, insumos, bienes y mano de obra de origen local o nacional, para cumplir este objetivo dinamizador de las compras públicas, se dispone que los pliegos prevean criterios de valoración para otorgar incentivos.

En este procedimiento existe competencia entre oferentes y una consecuente selección de un ganador. Cabe señalar que en la ejecución contractual se encuentra prohibida la celebración de contratos complementarios, la inclusión de fórmulas de reajustes de precios o cualquier otro mecanismo de variación de precios¹⁴⁶. Por lo que no podría configurarse la práctica de precios predatorios, al no existir la fase de una posible recuperación.

5.5. FERIA INCLUSIVA

Es un procedimiento de contratación preferente con la finalidad de incrementar la producción nacional y el desarrollo de la economía del país. Promueve la participación artesanos, micro y pequeñas unidades productivas y actores de la economía popular y solidaria.¹⁴⁷

Las entidades contratantes pueden optar por este procedimiento sin consideración del monto cuando requieran “adquirir obras, bienes y servicios de producción nacional, catalogados o normalizados, no catalogados o no normalizados.”¹⁴⁸

Este procedimiento se caracteriza por que únicamente pueden participar aquellos proveedores individuales, las organizaciones de la economía popular y solidaria, las unidades económicas populares, los artesanos, las micro y pequeñas unidades productivas.

¹⁴⁵ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial Suplemento 395, 4 de agosto 2008, art. 53 y 54.

¹⁴⁶ *Ibíd.*, art. 53 y 91.

¹⁴⁷ Ecuador, *Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial Suplemento 588, 12 de mayo de 2009, art. 67

¹⁴⁸ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial Suplemento 395, 4 de agosto 2008, art. 59.1

A pesar de que la concurrencia está limitada para los proveedores con las características antes referidas, si existe competencia entre los oferentes que decidan participar en este procedimiento. Consecuentemente, por la concurrencia de oferentes podría existir fijación de precios predatorios.

5.6. Consultoría

Las entidades contratantes pueden contratar a través de la consultoría, la prestación de servicios profesionales especializados no normalizados, que tengan por objeto identificar, auditar, planificar, elaborar o evaluar estudios y proyectos de desarrollo, en sus niveles de pre factibilidad, factibilidad, diseño u operación. Además de la supervisión, fiscalización, auditoría y evaluación de proyectos ex ante y ex post, el desarrollo de software o programas informáticos así como los servicios de asesoría y asistencia técnica, consultoría legal que no constituya parte del régimen especial, elaboración de estudios económicos, financieros, de organización, administración, auditoría e investigación¹⁴⁹.

Los procedimientos concursales para contratar consultoría son lista corta y concurso público, excluyéndose la contratación directa en la que no existe selección de proveedores. Por los montos establecidos, pueden ser lista corta y concurso público:

5.7. Lista corta

Procede cuando el presupuesto referencial del contrato supere el monto fijado para la contratación directa y sea inferior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del presupuesto inicial del Estado correspondiente al ejercicio económico; es decir menor al de concurso público.

En este caso la norma reglamentaria de la materia establece que la entidad contratante escogerá e invitará, a través del portal, a un mínimo de 3 y un máximo de 6 consultores registrados en el Registro Único de Proveedores que reúnan los requisitos previstos en los pliegos, para que presenten sus ofertas técnicas y económicas¹⁵⁰.

¹⁴⁹ *Ibíd.*, art 6, num. 8.

¹⁵⁰ Ecuador, *Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial Suplemento 588, 12 de mayo de 2009, art. 37.

La lista corta es un procedimiento concursal restringido. Pues no se realiza una convocatoria abierta a proveedores, sino que se invita a un número limitado de máximo 6 proveedores. Sin perjuicio de aquello, es evidente que existe competencia entre los proveedores invitados sean 3 o 6.

5.8. Concurso público

Procede cuando el presupuesto referencial del contrato sea igual o superior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico, es decir mayor al monto establecido para la lista corta.¹⁵¹

El concurso público es un procedimiento concursal puro, en el que se convoca a todos los consultores que se encuentren habilitados en el Registro Único de Proveedores para realizar la consultoría objeto de la contratación, sin restricción alguna.

Tanto en procedimiento de lista corta como en el concurso público, los parámetros de calificación no se circunscriben únicamente al mejor precio, sino también a la calidad. Estos elementos determinan el mejor costo en consultoría, es por ello que en la evaluación la oferta económica no puede tener un porcentaje superior al 20% del total del monto del contrato¹⁵².

Después de la evaluación respectiva de la oferta, se procede con la fase de negociación con aquel consultor que hubiere quedado en primer lugar en la lista de prelación de las ofertas evaluadas. Esta negociación busca analizar los términos técnicos y contractuales así como realizar ajustes económicos a la oferta. En caso de que no exista acuerdo, la entidad contratante puede iniciar otra negociación con el siguiente consultor en la lista de prelación.¹⁵³

Tanto en el procedimiento de la lista corta como en el concurso público, la competencia es manifiesta en tanto existe concurrencia de oferentes y selección, por lo que la fijación de precios predatorios podría existir.

En la ejecución de este contrato es necesario subrayar que sí existe la posibilidad de suscribir contratos complementarios hasta en el 15% del monto total del precio del contrato

¹⁵¹ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial Suplemento 395, 04 de agosto 2008, art. 40, num. 3.

¹⁵² *Ibíd.*, art. 6, num. 19.

¹⁵³ *Ibíd.*, art 41.

principal. Por excepción podrá incrementarse hasta en un 35% del valor del contrato principal previa validación de los entes de control.¹⁵⁴

6. De los presupuestos normativos y fácticos que involucran la conducta de precios predatorios en procedimientos de contratación pública concursales

Es momento de examinar los presupuestos normativos y fácticos que involucran la conducta de precios predatorios aplicándolos a los procedimientos de contratación pública concursales. Es preciso indicar que el SERCOP es el ente rector de la contratación pública, sin embargo en temas de competencia la autoridad llamada a investigar conductas anticompetitivas es la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

Para que se configure la conducta anticompetitiva de fijación de precios predatorios en el régimen de contratación pública, es necesario que concurran las siguientes condiciones:

1. La determinación de un mercado relevante;
2. La existencia de más de un competidor;
3. Que uno de los competidores ostente una posición de dominio dentro del mercado relevante;
4. La existencia de altas barreras de entrada
5. Fijación de precios inferiores a los costes de producción
6. Intención de eliminar a los competidores
7. Recuperación de la pérdida económica inicial, de ser el caso.

Estas condiciones serán analizadas a la luz de los procedimientos de contratación concursales precedentemente explicados.

¹⁵⁴ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial Suplemento 395, 04 de agosto 2008, art. 87.

6.1. La determinación de un mercado relevante

De conformidad con la doctrina señalada en el Capítulo I para la determinación del mercado relevante, la autoridad de competencia debe establecer la existencia de los siguientes parámetros:

- a) Mercado del producto o servicio;
- b) Mercado geográfico;
- c) Mercado temporal; y,
- d) Características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado.

En este punto es interesante revisar un precedente administrativo respecto a la determinación del mercado relevante en procedimientos de contratación pública. El Ministerio de Industrias y Productividad, a través de la Subsecretaría de Competencia y Defensa del Consumidor (autoridad de investigación de conductas anticompetitivas de ese entonces) señaló que en el proceso de subasta inversa electrónica SIE-MF-028-2011 del Ministerio de Finanzas, el mercado relevante

está conformado por todos aquellos productos que cumplan con las características técnicas económicas especificadas en los pliegos del proceso de contratación pública SIE-MF-028-2011, que sean ofertados en el territorio nacional entre enero y diciembre de 2011.

Esta definición, fruto del análisis efectuado por la Autoridad Investigadora en su Informe Final (págs. 25 a 30), contempla los tres ámbitos que integran el mercado relevante en materia de competencia: a) el mercado relevante por el/los producto(s) afectado(s) que para el caso lo integran “...todos aquellos productos que cumplan con las características técnicas económicas especificadas en los pliegos del proceso de contratación pública SIE-MF-028-2011”; b) el mercado geográfico que constituye el “...territorio nacional”; y, c) el mercado relevante temporal que abarca el período de tiempo comprendido: “...entre enero y diciembre de 2011”.

Esta Autoridad acoge el mercado relevante definido por la Subsecretaría de Competencia y Defensa del Consumidor; en razón de que la investigación de la conducta presuntamente anticompetitiva se circunscribe a los productos (bienes y servicios) detallados en los Pliegos del “Proceso de Contratación Pública SIE-MF-028-2011” convocado por el Ministerio de Finanzas.

En virtud de que en el referido proceso de contratación se convoca a todos los operadores económicos a nivel nacional -eventuales competidores de las Empresas investigadas- que puedan ofertar los productos requeridos por el Ministerio de Finanzas; que el ámbito de competencia administrativa de esta Cartera de Estado es nacional; y, que por estas razones la posible afectación a la competencia y al consumidor es nacional, se ratifica la determinación del mercado geográfico determinado por la Autoridad Investigadora. En lo que

corresponde a la dimensión temporal del mercado relevante, se acoge la definición efectuada por la Subsecretaría que señala a todo el año 2011, en función de que es importante analizar el comportamiento de los investigados, antes y después del proceso de contratación pública SIE-MF-028-2011, considerando que este comportamiento puede aportar con evidencia de la existencia o no de prácticas colusorias dentro de este mercado.”¹⁵⁵

El mercado relevante en esta subasta inversa electrónica (procedimiento de contratación pública de carácter concursal) se puede resumir así:

a) *Mercado de producto*: Son todos los productos que cumplan con las características técnicas y económicas especificadas en los pliegos. En este caso se trata de hardware para varios subsistemas del Ministerio de Finanzas.

b) *Mercado geográfico*: Es a nivel nacional, ya que la convocatoria fue realizada a todos los operadores económicos a nivel nacional. Así como por el alcance del Ministerio que también es nacional.

c) *Mercado temporal*: Se señala que es entre enero y diciembre de 2011. Sin embargo el procedimiento precontractual inició en mayo y fue declarado desierto en junio 2017. Esto en razón de que la autoridad de competencia sostuvo que la investigación ameritaba conocer el comportamiento anterior y posterior al procedimiento de contratación específico.

Asimismo, existe jurisprudencia ecuatoriana sobre el mercado relevante en contratación pública. La Corte Nacional de Justicia, transcribió el pronunciamiento del Tribunal Distrital de lo Contencioso en una sentencia de casación, que señala lo siguiente:

El Tribunal analiza que en razón de que los procesos de contratación con el sector público, se ciñen a las disposiciones de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la determinación de un mercado relevante tiene que estar enmarcado efectivamente en los términos en los que se van a contratar, para el caso concreto de acuerdo a las bases contractuales (pliegos), por cuanto es precisamente en este marco en el cual se desarrollaría la entrega del servicio a ser contratado, siendo pertinente entonces, a decir del Tribunal, haber definido el mercado relevante en dicho contexto, más aún cuando se han considerado para su determinación los elementos contenidos en el artículo 5 de la LORCPM, dicho criterio cabe señalar al constar en el Informe que sirvió de sustento para la decisión impugnada, permite al Tribunal establecer que en la fase de investigación sí existió la determinación de un mercado relevante, contrario a lo sostenido por la parte actora.¹⁵⁶

¹⁵⁵ Ecuador Ministerio de Industrias y Competitividad, *Resolución No. MIPRO 001-2012*, Registro Oficial 377, Edición Especial, 14 de diciembre de 2012 (Caso de colusión en Subasta Inversa Electrónica convocada por el Ministerio de Finanzas).

¹⁵⁶ Ecuador Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, *Caso No. 17811201601271. RECAPT S.A. y SOLNET contra Superintendencia de Control de Poder de Mercado*, por imposición de multa por presunta conducta anticompetitiva (artículo 11 numeral 6 de la LORCPM), dentro del proceso de contratación pública subasta inversa electrónica (No. SIE- IESS -015-2011 para la contratación del 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).

Se infiere entonces, que la determinación del mercado relevante puede realizarse en cualquier procedimiento de contratación pública de naturaleza concursal. Los requerimientos y las condiciones señaladas en los pliegos contractuales son los parámetros que servirán para determinar si existe o no mercado relevante. Se destaca este aspecto como propio de la Contratación Pública, pues la autoridad de competencia deberá analizar el espectro del procedimiento de contratación pública delimitado en los términos de los pliegos. Lo que difiere de lo que ocurre en Derecho de competencia en donde la autoridad de competencia debe analizar todo el mercado natural para determinar el mercado relevante.

Para colocar los elementos establecidos en la ley, doctrina y jurisprudencia, en el plano de la contratación pública, me permito plantear los siguientes ejemplos:

El Hospital Carlos Andrade Marín del IESS de la ciudad de Quito requiere la contratación del servicio de alimentación dietética, por un monto de cien mil dólares. Las características de este servicio no pueden ser estandarizadas ni son homogéneas, por lo tanto por el tipo y monto de contratación el procedimiento a aplicar será una cotización de servicios.

A efectos de determinar el mercado relevante en este ejemplo, la autoridad de competencia deberá analizar los requerimientos y condiciones establecidas en los pliegos, de acuerdo con los siguientes parámetros:

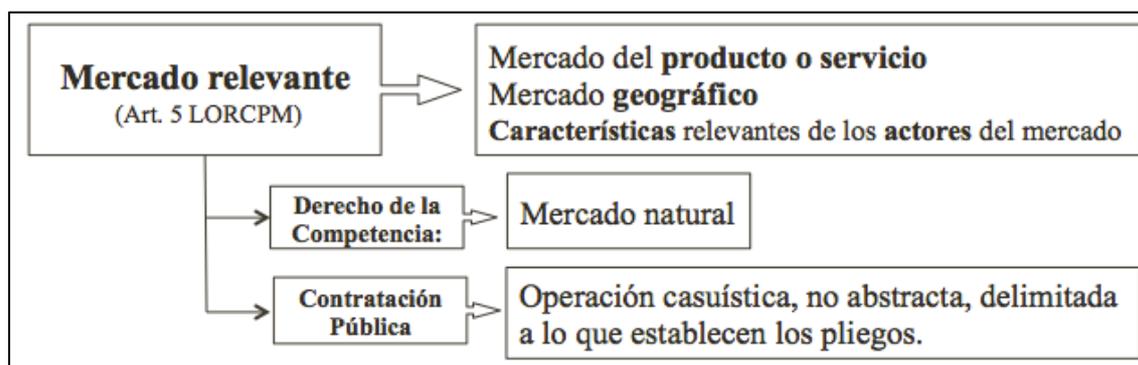
- a) Mercado del producto o servicio.- Será el servicio de alimentación dietética.
- b) Mercado geográfico.- Será el alcance territorial de la cotización, de acuerdo con la ley, en este proceso podrán participar proveedores a nivel nacional, sin embargo tendrán márgenes de preferencia aquellos proveedores de la localidad, en el presente caso de la ciudad de Quito.
- c) Mercado temporal.- Será el que establezca la autoridad de competencia en el análisis de la conducta de los operadores económicos investigados. Tiempo que podrá ser anterior o posterior al concurso objeto de la investigación.
- d) Características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado.- En esta parte la autoridad de competencia deberá realizar un análisis técnico respecto a la equiparabilidad de los intervinientes en la cotización para establecer sus características en el mercado, de acuerdo con la reglas que

determine la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.¹⁵⁷

Como queda evidenciado, la existencia de un mercado relevante dentro de un proceso de contratación pública es contextual a dicho procedimiento. Su análisis implica una operación casuística, no abstracta, delimitada principalmente a lo que establecen los pliegos.

Finalmente la determinación del mercado relevante en un procedimiento de contratación pública es fundamental para delimitar el análisis de los demás supuestos de los precios predatorios.

Gráfico 2
Determinación de mercado relevante en contratación pública



Fuente y elaboración propias

6.2. La existencia de más de un competidor

En el mercado natural regulado por el Derecho de la competencia existe la libertad de participación de todos los oferentes de bienes o servicios en un mercado determinado. En contraste con lo manifestado, en razón del carácter institucionalizado de las compras públicas, solo pueden participar como oferentes de bienes y servicios, aquellos agentes económicos que cumplen con los requisitos previstos en las normas de la materia, para su calificación y registro como proveedores del Estado, esto es el Registro Único de Proveedores (RUP), que de acuerdo

¹⁵⁷ Ecuador, Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, *Resolución No. 011 "Métodos de Determinación de Mercado Relevante"*. Registro Oficial 885, 18 de noviembre de 2016.

con el numeral 29 del artículo 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública es:

la base de datos de los proveedores de obras, bienes y servicios, incluidos los de consultoría, habilitados para participar en los procedimientos establecidos en esta Ley. Su administración está a cargo del Servicio Nacional de Contratación Pública y se lo requiere para poder contratar con las Entidades Contratantes.

En este contexto si un proveedor de bienes y servicios del mercado natural no se encuentra registrado como proveedor del Estado, simplemente no puede participar. Esto en principio implicaría a simple vista una restricción a la libre competencia, es decir a la libertad económica de los agentes del mercado para ofertar bienes y servicios. No obstante lo que subyace a esta restricción, es el cumplimiento o realización de otros principios y valores que fundamentan el régimen de contratación pública en aras del bienestar general de la sociedad.

Por otro lado, como ya se ha dicho anteriormente en los procedimientos concursales existe la posibilidad de concurrencia de uno o varios proveedores ante la convocatoria de la entidad contratante para ofertar sus bienes y servicios, según sea el caso.

Ahora bien, en la fase precontractual existe a su vez dos etapas, una de evaluación de la oferta, que permite revisar los requisitos mínimos a fin de habilitarla o rechazarla. Y la otra etapa es la calificación por puntaje, utilizada para adjudicar la oferta en base al puntaje obtenido por cada uno de los oferentes relacionados con su capacidad y condiciones.

Ante la variedad de procedimientos que hemos reseñado, es necesario exponer los escenarios que podrían presentarse a efectos de establecer la competencia efectiva dentro de los procedimientos concursales. Así, en los procedimientos de contratación abiertos, (subasta inversa electrónica, licitación, cotización, menor cuantía, contratación integral a precio fijo, ferias inclusivas, concurso público en el caso de consultoría), están convocados a participar para presentar sus ofertas todos los proveedores del Estado registrados en el Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP), y que además tengan relación con el objeto de la contratación.

Toda vez convocados los proveedores a un concurso específico, puede darse los siguientes escenarios:

- a). Que ningún proveedor participe;
- b). Que solo participe un proveedor; y,

c). Que participen varios proveedores.

Después de la evaluación de la oferta puede ocurrir lo siguiente:

- a) Que el único proveedor que participó sea evaluado positivamente y por lo tanto esté habilitado para la siguiente etapa de calificación, o que su oferta sea rechazada.
- b) Que de los proveedores que participaron ninguno sea habilitado.
- c) Que de los proveedores que participaron solo uno sea habilitado.
- d) Que de los proveedores que participaron más de un proveedor sea habilitado.

En la hipótesis en que ningún proveedor sea habilitado, es evidente que no podría pasar a la siguiente fase de calificación y por tanto no se cumpliría con la finalidad de contratación bajo el régimen de competencia. Es decir se pondría fin al concurso a través de la declaratoria de desierto.

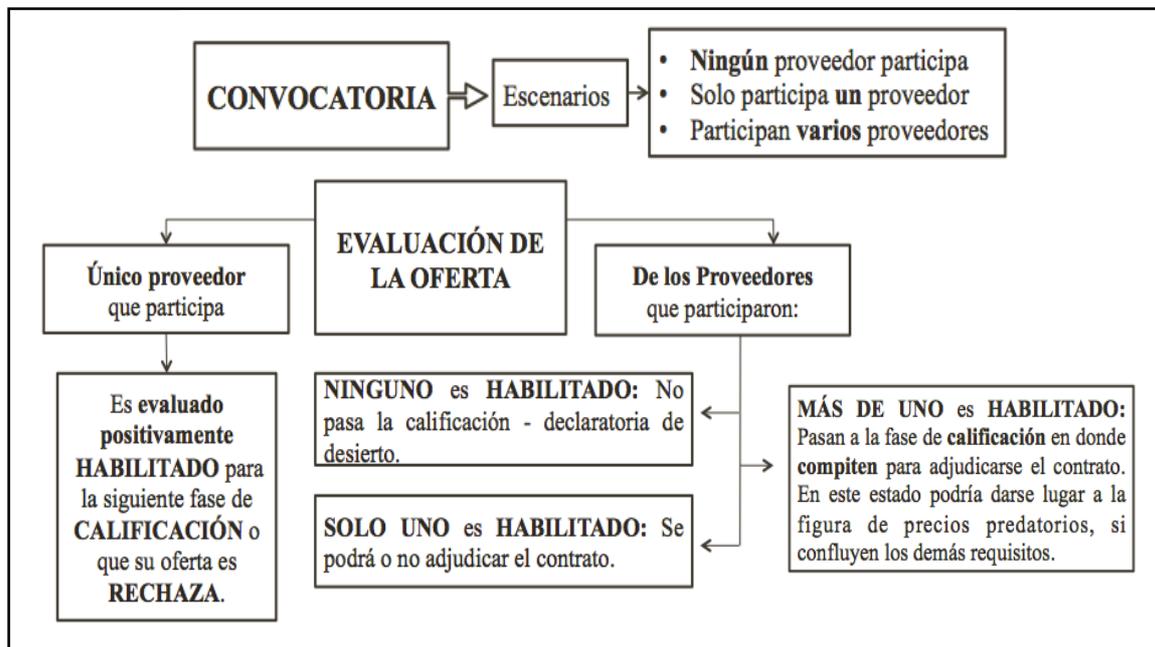
En la hipótesis de que algunos proveedores participen puede darse que solo uno sea habilitado, consecuentemente pase a la fase de calificación. En este estado se podrá o no adjudicar el contrato. En este caso tampoco existiría competencia.

El tercer escenario es aquel en el que más de un oferente podría superar la etapa de evaluación, en cuya siguiente fase competirían los oferentes para ganar el concurso. Solo es en esta última situación (de competencia) que podría darse lugar a la figura de precios predatorios, si confluyen los demás requisitos.

De los escenarios planteados, se precisa que la aspiración de la contratación pública en estos concursos es que se realicen las adjudicaciones de bienes y servicios a través de competencia, sin embargo queda demostrado que no siempre se logra este objetivo.

Finalmente, no obstante que dijimos que en principio en los procedimientos concursales, pueden participar todos los proveedores que se encuentra en el RUP, hay procedimientos en el cuales se restringe la participación de proveedores, como es el caso del procedimiento de lista corta para contratar servicios de consultoría. En este concurso, la entidad contratante invita mínimo a tres y máximo a seis proveedores registrados en el SERCOP. Quedando evidenciando que por mandato legal la competencia, en este caso, es restringida.

Gráfico 3
Existencia de más de un competidor



Fuente y elaboración propias

6.3. Que uno de los competidores ostente posición de dominio dentro de ese mercado relevante

Considerando que la posición de dominio consiste en el poder que tiene determinado operador económico para influir en el precio del producto, con independencia de la actuación de sus competidores, es importante recalcar que en materia de contratación pública no siempre se puede configurar este elemento.

Se ha reseñado en este trabajo, que los mercados tienen diferentes clasificaciones, una de estas es la que se relaciona con su nivel competitivo. Existiendo aquellos mercados de competencia perfecta y de competencia imperfecta. Recordemos que en competencia perfecta ningún operador o agente económico por sí y ante sí puede influir en los precios. Por lo tanto, en este tipo de mercados no existe un operador que pueda decirse que ostenta posición de dominio o poder de mercado. Mientras que en competencia imperfecta sí que es posible que dos o más operadores puedan influir en los precios y por lo tanto llevarse el título de dominante.

Siendo así, existiría la posibilidad de que en un procedimiento de contratación pública se requiera un bien o servicio cuyo mercado natural sea de competencia perfecta, luego no

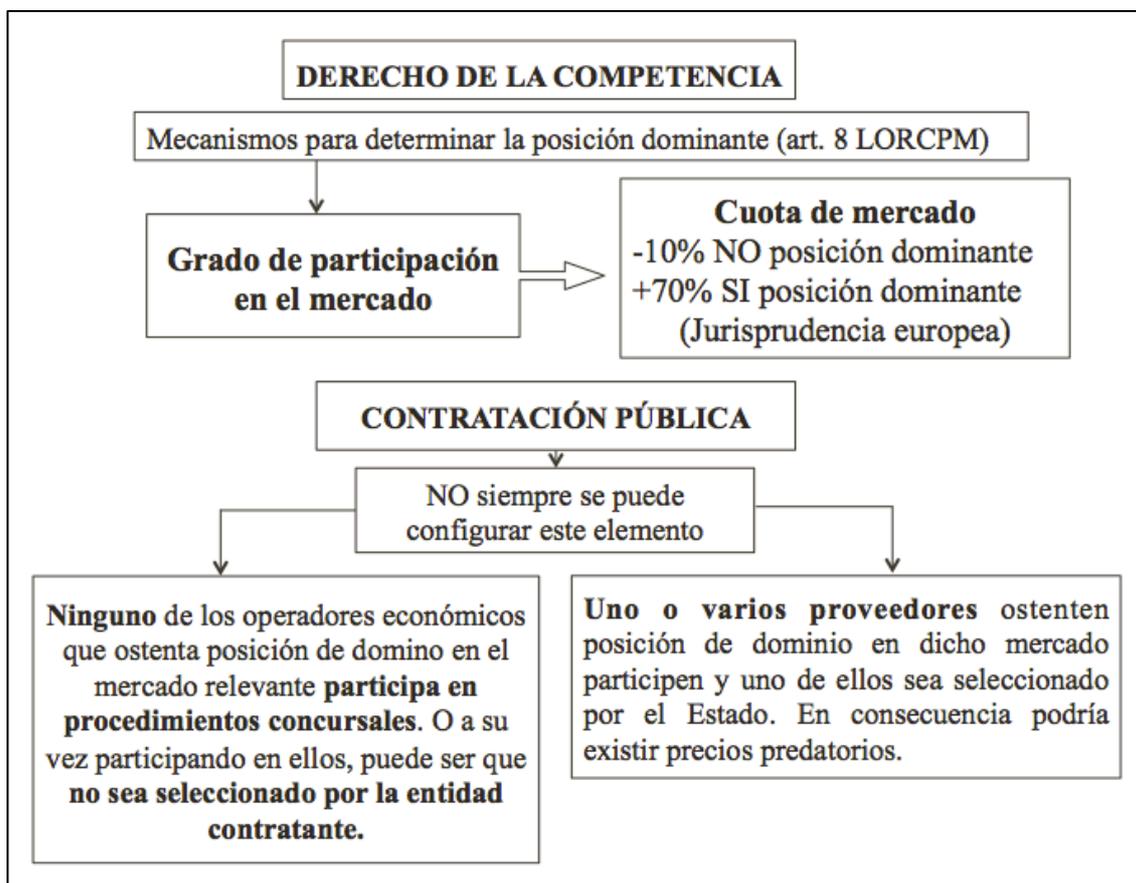
existe ningún proveedor que ostente posición de dominio, razón por la cual no se podría configurar este elemento y por consiguiente tampoco la existencia de precios predatorios.

El mismo ejercicio de razonamiento se puede hacer a *contrario sensu* con respecto a procesos de contratación pública de bienes o servicios que corresponden a mercados de competencia imperfecta. En estos mercados es factible que uno o varios proveedores que participen en procedimientos concursales, ostenten posición de dominio en dicho mercado. Por consiguiente, aquí sí podría configurarse el elemento de que uno de los competidores ostente posición de dominio. En consecuencia podría existir precios predatorios.

Otro escenario probable es que ninguno de los operadores económicos que ostente posición de dominio en el mercado relevante participe en procedimientos concursales de contratación pública. O a su vez que participando en ellos, no sea seleccionado por la entidad contratante. En estos casos a pesar de existir dentro del mercado relevante un operador con posición de dominio al no participar en los procesos de contratación no podría configurarse el elemento de proveedor con poder del mercado. Así, tampoco existiría la figura de precios predatorios, puesto que los proveedores participantes no ostentarían la calidad de proveedores con posición de dominio.

Para establecer la existencia de posición de dominio por parte de la autoridad de competencia se debe tomar en cuenta el artículo 8 de la Ley Orgánica de Control del Poder de mercado, es decir, deberá comprobarse por parte de la autoridad, las siguientes condiciones: su participación en el mercado, existencia de barreras a la entrada o salida de los competidores, comportamiento reciente, características de la oferta de la demanda de bienes y servicios, entre otras.

Gráfico 4
Competidor con posición dominante en un mercado relevante



Fuente y elaboración propias

6.4. La existencia de altas barreras de entrada

Dentro de todo mercado existen barreras de entrada dependiendo de las características específicas de ese mercado. En contratación pública hay ciertos procesos que por el tipo de bien o servicio que se requiera, pueden crear altas barreras de entrada que impidan una competencia real dentro de ese mercado, lo que contribuye a la posición dominante del oferente en un concurso.

Así, en el caso hipotético de que un oferente que ostente posición de dominio haya logrado adjudicarse un contrato cuyas barreras de entrada son muy altas (procedimientos de contratación de obras de infraestructura, hidroeléctricas, etc.), la fijación de precios predatorios se convertiría en una práctica muy atractiva por lo lucrativa que resultaría, pues así como fue muy complejo vencer las barreras de entrada para ganar un concurso, lo será también su salida.

Teniendo en cuenta que es una cuestión de cada mercado, en contratación corresponderá a la autoridad de competencia dilucidar su existencia de acuerdo con el artículo 8 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado.

6.5. Fijación de precio inferior a los costes de producción

La figura anticompetitiva de precios predatorios implica la imposición de un precio extremadamente bajo, incluso por debajo de los costes de producción, por parte de un agente económico para ganarse el favor de los consumidores en determinado mercado.

Por regla general el precio suele ser el factor decisivo como incentivo para que dentro de un mercado, el consumidor escoja el producto o servicio que requiere. Por ejemplo, dentro del mercado de detergentes en polvo, generalmente los consumidores escogerían el más económico de una gama de estos productos con similares características y funciones, a esto llama la racionalidad económica.

Dentro del régimen de compras públicas en los procedimientos concursales si bien es cierto que se aplica también la racionalidad económica, a efectos de escoger al proveedor de bienes o servicios que ofrezca el precio más conveniente a los intereses institucionales. Esta regla tiene algunas excepciones en ciertos procedimientos de concurso, en los cuales el precio no es el factor determinante o no solo es el factor determinante para que se gane el favor de la entidad contratante.

Tenemos procedimientos en los cuales efectivamente el precio es el factor que decide a qué oferente será adjudicado el contrato. Aquí podemos hablar de la subasta inversa electrónica, en la cual ganará la oferta que ofrezca el mejor precio es decir el más bajo¹⁵⁸. En cuyo caso la fijación de precios predatorios podría darse, pues el comportamiento de los proveedores siempre ha estado orientado a bajar sus precios para ser escogidos por los consumidores, en este caso por el Estado.

Cabe señalar a este respecto, que el hecho de que un proveedor ofrezca precios inferiores a los de sus competidores, no constituye fijación de precios predatorios. Es por esta razón, que la autoridad de competencia deberá realizar un análisis económico exhaustivo de los costos de producción del proveedor que presente una oferta económica muy baja. Se podría

¹⁵⁸ Art. 2, num. 17 de la LOSNCP, “Mejor Costo en Bienes o Servicios Normalizados: Oferta que cumpliendo con todas las especificaciones y requerimientos técnicos, financieros y legales exigidos en los documentos precontractuales, oferte el precio más bajo”.

utilizar el “Test Costo-Precio” señalado en el primer capítulo, para determinar si efectivamente un proveedor ofreció un precio que rebase los límites de los costos de producción del bien o servicio que venda.

Ahora bien, durante la etapa preparatoria del procedimiento de contratación las entidades contratantes deben realizar estudios de mercado que permitan definir el presupuesto referencial del proceso. Se entiende que las cotizaciones obtenidas de varios operadores del mercado obedecen a la dinámica propia utilizada por las empresas para fijar sus precios, a saber: costo de producción más un margen racional de ganancia.

Por lo que un primer indicio de este comportamiento anticompetitivo podría ser detectado por la propia entidad contratante o el SERCOP, al revisar que las ofertas económicas presentadas por el presunto proveedor predador, son mucho menores que el presupuesto referencial de la entidad.

Frente a esta premisa podríamos pensar que recibir una oferta económica muy barata constituiría un beneficio económico para el Estado, pues a corto plazo aparentaría ahorro. Sin embargo con esta conducta no solo que se excluyen del proceso competitivo a otros proveedores, sino que también se limita las posibilidades de obtener bienes o servicios de calidad y a precios competitivos. Así, frente a esta hipótesis no solo que se ha atentado contra el proceso competitivo, sino también contra el bienestar general.

Por último, analizaremos la fijación de precios por debajo de los costos de producción en los procedimientos de contratación concursales en los que el precio no es el único parámetro determinante para la adjudicación de un contrato. Como es el caso de los procedimientos de adquisición de bienes o servicios no normalizados¹⁵⁹ (licitación, cotización, menor cuantía) y los de consultoría¹⁶⁰ (lista corta y concurso público).

En este contexto, hipotéticamente sería probable que exista fijación de precios predatorios en aquellos procedimientos en los de acuerdo a los parámetros de calificación, la oferta económica reciba entre 50 y 60 puntos de un total 100¹⁶¹.

Evidentemente, al igual que en el caso de la subasta inversa electrónica existiría una alta probabilidad de que el oferente que gane sea aquel que ofreció el precio más bajo. Por lo que el

¹⁵⁹ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial Suplemento 395, 04 de agosto 2008, art. 6, num. 18.

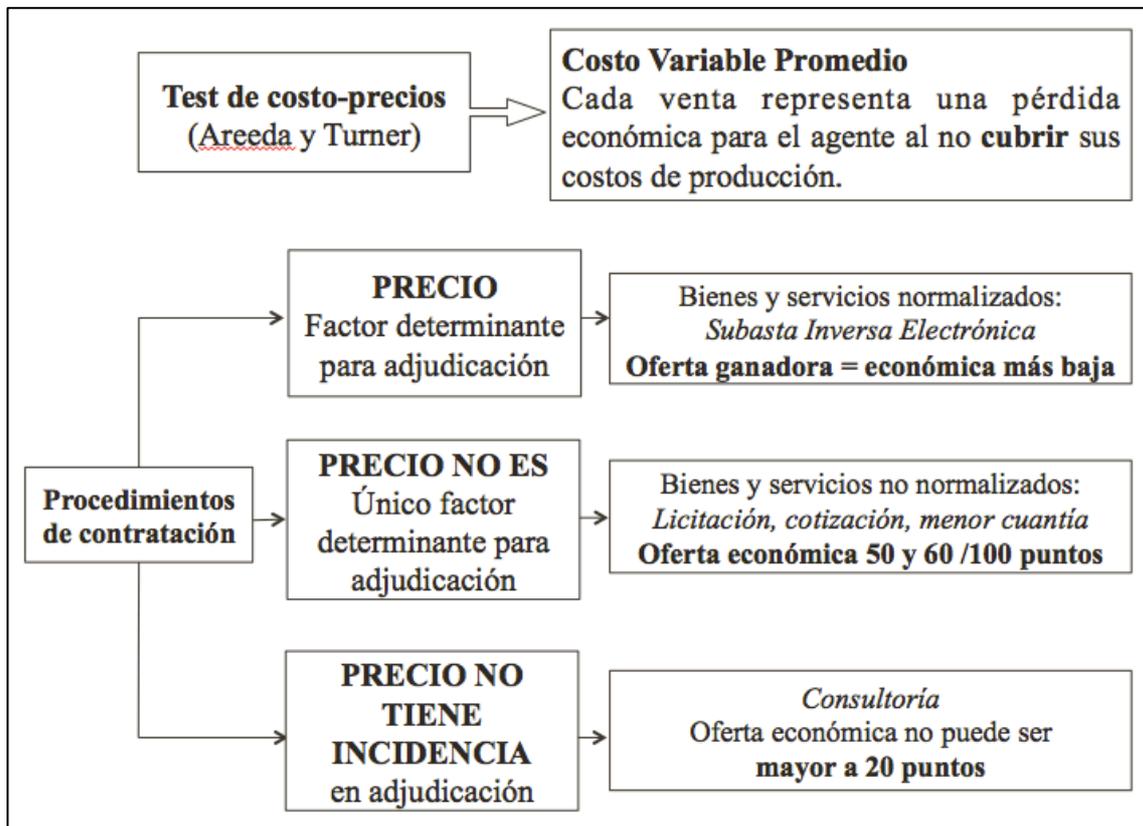
¹⁶⁰ *Ibíd.*, art. 6, num. 19.

¹⁶¹ Ecuador, SERCOP, “Codificación de Resoluciones del Servicio Nacional de Contratación Pública,” Resolución No. 72, Registro Oficial Edición Especial 245 de 29 de enero de 2018

oferente que quiere ganar el concurso, podría comportar la conducta anticompetitiva de fijación de precios predatorios.

Más alejados de esta hipótesis se encuentran los procedimientos de consultoría. En los cuales el precio no tiene mayor incidencia en el total de la calificación de la oferta. Así la LOSNCP, establece que el porcentaje que se le otorgue a la oferta económica no puede ser superior al 20%.¹⁶² Con ello, es menos probable que algún proveedor de este tipo de servicios especializados, aunque fije precios por debajo de sus costos (predatorios), pueda para ganar un concurso.

Gráfico 5
Fijación de precios por debajo de costos de producción



Fuente y elaboración propias

¹⁶² Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial Suplemento 395, 4 de agosto 2008, art. 6, num. 19.

6.6. Intención de eliminar a los competidores

Uno de los elementos más controversiales en la determinación de los precios predatorios, constituye la intención de eliminar a los competidores del mercado.

En los modelos de pliegos de uso obligatorio, específicamente en el formulario No. 1 de la oferta “Carta de Presentación y Compromiso”, el oferente declara “que en todo aspecto, la oferta 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...”.

A pesar de la declaración expresa de no vulnerar las normas que regulan la competencia, es indiscutible que en el desarrollo del procedimiento de contratación, cualquier competidor podría tener la intención de apoderarse del mercado excluyendo a sus contrincantes a través de una estrategia anticompetitiva.

Si los precios ofertados en determinado procedimiento de contratación concursal no responden a los costos de producción e incluso son más bajos, es claro que ese oferente estaría cometiendo una conducta irracional. Lo que lleva a creer que la fijación de precios muy bajos es parte de la estrategia anticompetitiva para eliminar a los otros participantes, que no podrían mejorar ese precio y consecuentemente perderían el concurso.

A simple vista parecería ser así, pero la doctrina y la jurisprudencia sostienen que la intención debe comprobarse de forma objetiva, de otra forma este elemento no es de utilidad para la determinación de la fijación de precios predatorios. Por ello, la autoridad de competencia deberá analizar los medios de prueba válidos en la legislación ecuatoriana para comprobar que efectivamente era intención del proveedor atentar contra la competencia eliminando a sus competidores del mercado.

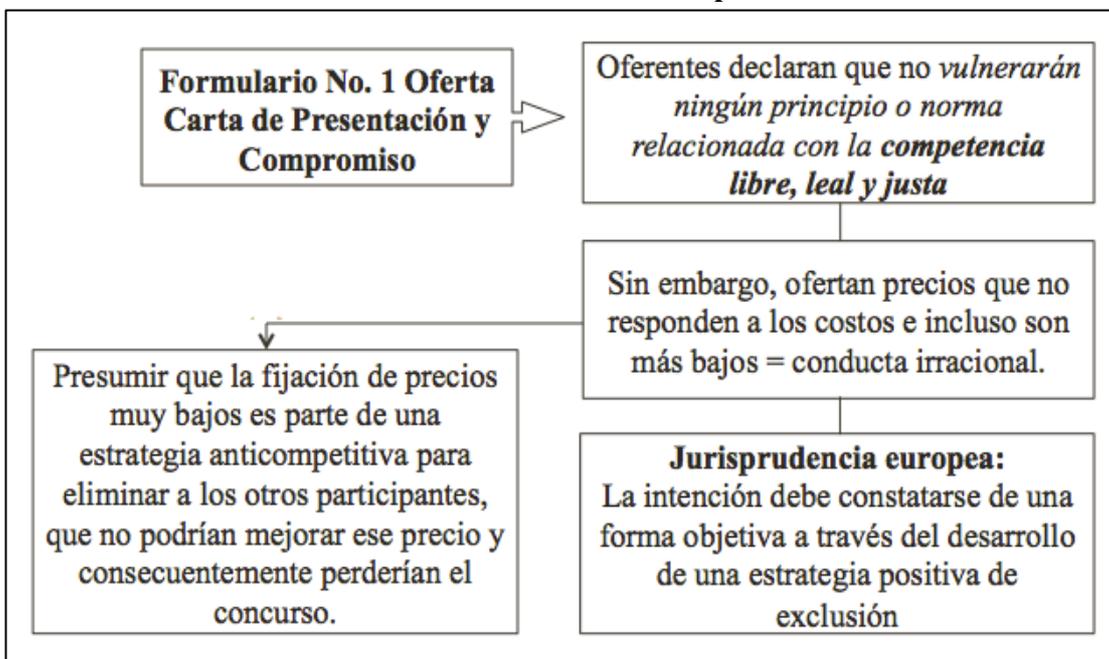
A este respecto, he podido ubicar un ejemplo de ofertas predatorias en procedimientos de contratación de Francia, mismo que ha sido comentado por el Observatorio de Contratación Pública de España, en los siguientes términos:

En su Decisión N° 07-D-09, de 14 de marzo de 2007, el Conseil de la Concurrence de Francia sancionó al laboratorio GlaxoSmithKline France por haber realizado ofertas predatorias *strictu sensu* en procedimientos de contratación frente a otros laboratorios que presentaron medicamentos genéricos bajo licencia de GlaxoSmithKline France. Una vez concedidas las licencias, GlaxoSmithKline observó como los licenciatarios se convertían progresivamente en competidores directos en procedimientos de contratación pública, ofreciendo sus medicamentos genéricos a menor precio que los del dominante, por lo que, a igualdad de especificaciones técnicas, este dato les otorgaba una ventaja evidente. Para evitar la pérdida de mercados

públicos, la empresa dominante redujo los precios de sus medicamentos de forma predatoria exclusivamente en aquellos concursos en los que concurrían los fabricantes de genéricos. El efecto inmediato fue la expulsión de sus rivales y la desincentivación de aquéllos otros que habían pensado en presentarse a concursos en competencia con GlaxoSmithKline France.¹⁶³

Este es un caso que se ha podido citar como referencia de las conductas anticompetitivas unilaterales, en las que el operador dominante del mercado relevante ofrece precios predatorios para excluir a sus actuales competidores e incluso para desincentivar a futuros participantes. Este caso trasciende pues vulnera claramente los principios de libre competencia y de concurrencia, este último concebido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Gráfico 6
Intención de eliminar a los competidores



Fuente y elaboración propias

6.7. Recuperación de la pérdida económica inicial

Como se señaló en el capítulo anterior, para la jurisprudencia estadounidense y para algunos tratadistas la determinación de precios predatorios requiere una etapa de recuperación de las pérdidas económicas iniciales, ocasionadas por la reducción de precios para eliminar a

¹⁶³ Observatorio de Contratación Pública, *Órganos de Contratación y prácticas anticompetitivas: La Disposición Adicional 23ª del TRLCSP*, España: <http://www.obcp.es/opiniones/organos-de-contratacion-y-practicas-anticompetitivas-la-disposicion-adicional-23a-del>.

los competidores. Sin embargo, de otro lado está la postura de los jueces europeos para quienes no es necesario probar la recuperación de pérdidas.

Siendo que estas pruebas son contradictorias, ambas han sido estudiadas en líneas anteriores desde el campo del derecho de la competencia para tener más elementos de análisis ya que al no existir precedentes en Ecuador sobre este tema, se estima que la autoridad de competencia nacional deberá analizar la conducta y adoptar una postura; es decir, podría exigirse la recuperación de pérdidas o, por el contrario, podría no hacerlo. Podría no exigirse la recuperación considerando que Ecuador ostenta una economía que protege la libre competencia como un todo.

Si la autoridad de competencia decide no exigir como prueba la recuperación de las pérdidas sufridas en la etapa de predación o sacrificio, no debería probarse nada más que la fijación de precios, esta conducta quedaría establecida únicamente en la etapa precontractual donde se fijan los precios y se eliminan a los competidores.

De otro lado, si la autoridad de competencia asume la teoría de exigencia de recuperación, ésta podría desarrollarse en la fase de ejecución contractual, a través de las modalidades legales para modificar el precio del contrato.

En este punto, es importante señalar que el precio del contrato puede modificarse a través de contratos complementarios suscritos con el mismo contratista, únicamente para la prestación de servicios y construcción de obras. Están prohibidos los contratos complementarios en las contrataciones de adquisición de bienes¹⁶⁴. Lo que nos lleva a colegir que no cabría recuperación y por lo tanto, tampoco precios predatorios en las contrataciones que tengan por objeto la adquisición de bienes.

De su lado, la ley permite la celebración de contratos complementarios cuando sea necesario ampliar, modificar o complementar una obra o servicio determinado por causas imprevistas o técnicas, hasta en un 8% del monto total del contrato principal.¹⁶⁵

Aquí, es pertinente mencionar que en contratos de ejecución de obras, a más de contratos complementarios se prevén otras modalidades para modificar, ampliar o complementar una obra contratada, tales como: órdenes de trabajo hasta el 2% y diferencia de cantidades, hasta el 5% del monto total del contrato principal, sin necesidad de suscripción de contratos complementarios.

¹⁶⁴ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial Suplemento 395, 4 de agosto 2008, arts. 85, 86 y 87.

¹⁶⁵ *Ibíd.*

Es decir, se puede modificar o ampliar una obra hasta en 15% del monto total del contrato principal. Solo en casos excepcionales y previo informe favorable de la Contraloría del Estado, la suma total de los contratos complementarios, órdenes de trabajo y diferencia en cantidades, podrán alcanzar hasta el treinta y cinco por ciento (35%) del valor del contrato principal.¹⁶⁶

A este respecto, cabe señalar que los porcentajes son relativamente recientes, pues fueron introducidos en una reforma legal realizada en el año 2017¹⁶⁷. Antes de esa fecha, los contratos complementarios se realizaban hasta por el 35% del monto del contrato principal, más 10% para la realización de rubros nuevos y 15% en órdenes de trabajo, dando un total de 70%.¹⁶⁸ Esta modificación legal, presumiblemente fue realizada por los múltiples casos de corrupción que se generaron en el país aprovechándose de esta figura. El abogado Juan Francisco Díaz, se refiere a los contratos complementarios y la corrupción, en los siguientes términos:

Este mecanismo de complemento puede estar expuesto a actos de corrupción, utilizándolo para inflar un contrato que en el inicio tuvo un precio predeterminado, que permitió posiblemente evitar un procedimiento concursal por su cuantía o adjudicar la oferta más favorable económicamente en la etapa precontractual.¹⁶⁹

Ahora bien, es preciso aclarar que los contratos complementarios así como todos los métodos para complementar servicios y contratación de obras son figuras legales. Por lo que no se puede afirmar que todos los contratos complementarios obedezcan a conductas anticompetitivas.

En estas circunstancias, juega un papel trascendental la Contraloría General del Estado, órgano de control que mediante los exámenes especiales que realiza a las entidades, puede determinar responsabilidades administrativa o civil e incluso indicios de responsabilidad penal, por la celebración de contratos complementarios y órdenes de trabajo, sin causas imprevistas justificadas técnicamente.

Así, por citar un ejemplo, tenemos que en un examen especial (2016) por la Contraloría General del Estado a la ejecución de la obra: “Iglesia y Convento de San Francisco -

¹⁶⁶ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial Suplemento 395, 04 de agosto 2008, art. 89.

¹⁶⁷ Ecuador, *Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública*, Registro Oficial Suplemento 966, 20 de marzo de 2017, art. 8,9,10.

¹⁶⁸ El artículo 87 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

¹⁶⁹ Juan Francisco Díaz, *Informe de investigación: La corrupción en la contratación pública* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador / Comité de Investigaciones, 2019), 20.

Intervención en Estructura Policromada - Etapa 1”, a cargo del ex Fondo de Salvamento del Municipio de Quito, señaló que varios funcionarios:

[...] previo a la solicitud de la autorización para cancelar rubros nuevos e incremento de cantidades, elaboración, suscripción de dos contratos complementarios, autorización de pago, no realizaron control y verificación en la ejecución de la obra, la misma, que se canceló por rubros nuevos bajo la modalidad de costo más porcentaje el 10%; incrementos de cantidades de rubros el 25%; y por contratos complementarios el 50,9%. cuya suma total fue de 85.99% superando el 35% estipulado en el artículo 87 de la LOSNCP, originando que se cancele por la ejecución de la obra 348.117,35 USD. que comparado con el valor del contrato principal de 139.446,11 equivale a un incremento del 149,64%, sin considerar que no se ejecutaron 57 rubros por 42.419,70 USD.”¹⁷⁰

Como se aprecia, únicamente son ilegítimos aquellos contratos complementarios que superen los porcentajes establecidos en la ley y que no se encuentren técnicamente justificados. Lo cual debe ser declarado por autoridad competente.

Con esta premisa, podemos concluir que en el evento de que concurran los otros requisitos necesarios para la configuración de precios predatorios, la recuperación de las pérdidas iniciales podrían darse a través de la celebración ilegal de contratos complementarios u otras modalidades previstas para modificar el precio del contrato.

Se obtiene de este análisis que no en todos los procedimientos de contratación concursales podrían fijarse precios predatorios. Ya que se excluyen por ley aquellos que tienen que ver con la adquisición de bienes. Así como también los relacionados con la contratación integral a precio fijo.

Otro escenario en el que podría darse la fase de recuperación de un oferente que ha ganado un concurso ofreciendo precios predatorios, es en el que se desincentiva la participación de otros oferentes en procesos de contratación posteriores, dando lugar a que éste se adjudique posteriores contratos mediante la imposición de precios supracompetitivos. Restringiendo de esta manera la concurrencia de sus competidores, con lo cual se limita las opciones del Estado para adquirir bienes y servicios de óptima calidad y a precios competitivos.

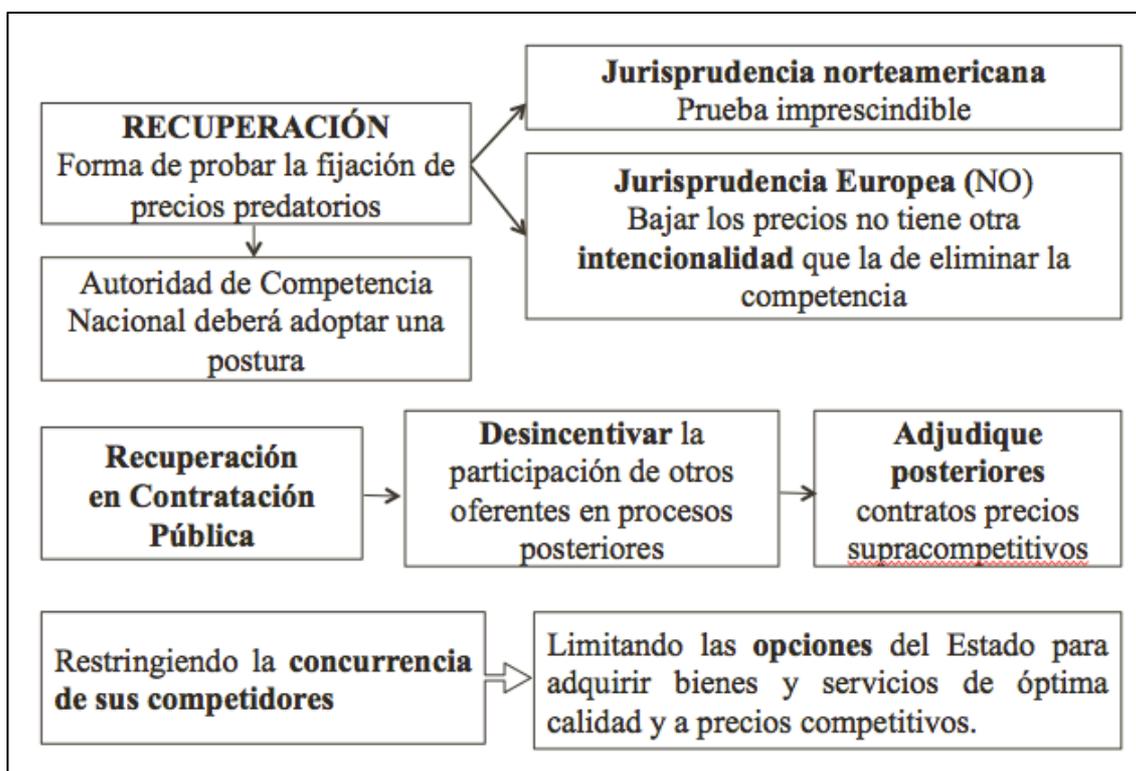
Finalmente, una vez que se han establecidos los presupuestos fácticos y normativos para la configuración de precios predatorios en procedimientos de contratación pública competitiva, se precisa señalar que a efectos de proteger la competencia se requiere la

¹⁷⁰ Contraloría General del Estado, Informe General No. DAI-AI-0232-2016, “Examen especial a los procesos precontractuales, contractuales, ejecución, pago y utilización de obras, bienes, servicios y consultoría relacionadas con la rehabilitación integral del convento de San Francisco y la casa 781, del ex Fondo de Salvamento y el Instituto Metropolitano de Patrimonio, por el período comprendido entre el 02 de enero de 2009 y el 30 de abril de 2014”, <https://www.contraloria.gob.ec/WFDescarga.aspx?id=43189&tipo=inf>, 24.

intervención de los funcionarios públicos que participan en el desarrollo de las compras públicas. Al evidenciar ciertas conductas de oferentes que hagan presumir la existencia de precios predatorios se debería informar a la autoridad de competencia, a efectos de que realice la investigación respectiva, como una política de prevención para evitar los efectos nocivos de esta conducta anticompetitiva.

De otro lado, la autoridad de competencia debería tener una política de difusión de buenas prácticas en materia de competencia dirigida a todos los agentes económicos que participan en procedimientos de contratación pública y no solo a los servidores públicos de las entidades contratantes.

Gráfico 7
Recuperación como forma de probar precios predatorios



Fuente y elaboración propias

Conclusiones

Conclusión general

El derecho de la competencia protege la libre competencia, el bienestar de los consumidores, y la eficiencia del mercado, es decir el interés económico general. Por su parte, la contratación pública dinamiza la economía del país, en aras del bienestar general. Es decir estas dos ramas del Derecho Público son disciplinas instrumentales, que desde su ámbito de acción coadyuvan a la consecución de los fines del Estado social y solidario, que actualmente mantenemos.

Estas dos materias confluyen cuando los operadores económicos, regulados por el Derecho de competencia, desarrollan actividades económicas con el Estado como demandante de bienes y servicios, bajo la regulación específica de la contratación pública.

Ahora bien, dentro del ámbito de contratación pública pueden ocurrir los mismos actos anticompetitivos que dentro de un régimen de competencia privada. Uno de estos es la fijación de precios predatorios o exclusorios reconocidos por la Ley Orgánica de Control del Poder de Mercado.

La predación de precios es una conducta anticompetitiva unilateral de abuso de posición de dominante dentro de un mercado. En esta figura uno de los participantes de un procedimiento de contratación, debe ostentar posición de dominio en un mercado relevante, esto es, el mercado específico que será objeto de análisis por parte de la Superintendencia de Control del Poder del Mercado. La jurisprudencia nacional de competencia ha señalado que los elementos para la determinación del mercado relevante en contratación pública se encuentran en los pliegos del propio procedimiento de contratación que se investigue. Siendo estos elementos: mercado del producto o servicio, mercado geográfico y mercado temporal.

La práctica de precios predatorios implica que un operador económico prevalido de su poder dentro del mercado relevante, baja los precios de sus productos (bienes o servicios) por debajo de sus costes de producción (costos variables promedio), con la intención de eliminar a sus competidores. En un segundo acto, al no tener competidores y actuando como monopolista fija precios supra competitivos, con el objeto de recuperar sus pérdidas iniciales. Perjudicando de esta manera a los consumidores de dicho mercado.

Conclusiones específicas

1. La conducta anticompetitiva de precios predatorios dentro de procedimientos de contratación pública podría producirse, por un lado, en la etapa precontractual que culmina con la adjudicación de un contrato. Es en ese momento en el que se atenta contra el proceso competitivo, por la predación de precios que uno de los oferentes realizaría para eliminar a los demás oferentes y resultar adjudicado en virtud de su oferta económica baja (etapa de sacrificio).
2. Como se analizó en el desarrollo de esta investigación, siendo que existen dos pruebas contrarias respecto a la recuperación de pérdidas y no se registran precedentes en Ecuador, la autoridad de competencia nacional deberá adoptar una postura al respecto, sea que se exija o no la recuperación de pérdidas.

Si no se exige la recuperación, la autoridad de competencia no deberá probar nada más que la voluntad de eliminar a los competidores, esto será suficiente para sancionar al predador en razón de que esta conducta en contratación pública constituye una práctica absoluta; es decir, es tan nociva al proceso competitivo que su solo cometimiento amerita sanción.

Por el contrario, si la autoridad de competencia decide inclinarse por la postura contraria de exigencia de recuperación de pérdidas, esta podría producirse en la etapa de ejecución del contrato, en la cual debería operar la suscripción de uno o varios contratos complementarios (injustificados), por tanto, el precio final del contrato aumentaría (etapa de recuperación).

3. Para la configuración de esta conducta en procesos de contratación pública deben cumplirse los siguientes presupuestos: 1. El procedimiento de contratación pública debe ser de naturaleza concursal. 2. Debe haber más de un oferente de bienes y servicios habilitado para presentar su oferta económica. 3. Que de los oferentes habilitados uno de ellos ostente poder de dominio dentro del mercado relevante (concurso). 4. Que existan altas barreras de entrada. 5. Que el oferente con posición de dominio haya ofrecido un precio por debajo de sus costos de producción (costos variables promedio). 5. Que la intencionalidad sea la de eliminar a los demás oferentes participantes del concurso. 6. Que el menor precio ofertado haya sido el factor decisivo para la adjudicación del contrato. 7. Dependiendo de la postura que adopte la autoridad de competencia, podría o no exigirse la recuperación para probar la

existencia de precios predatorios. 8. Que en procedimientos de contratación pública se advierta la no comparecencia de los competidores excluidos por el operador económico que incurrió en la conducta de precios predatorios.

4. Sobre la recuperación de pérdidas, cabe reflexionar que un contrato complementario suscrito en condiciones ilegales, implica un acto lesivo para los intereses de la institución, acarreando responsabilidades tanto para el contratista como para la entidad contratante al haber suscrito un contrato sin los debidos sustentos. En este orden de ideas, independientemente de las responsabilidades que se pudieren derivar de naturaleza administrativa, civil e inclusive indicios de responsabilidad penal, existiría una presunta vulneración a la libre competencia mediante la conducta de precios predatorios.

5. Después de haber realizado esta investigación, preciso manifestar que esta figura jurídica de precios predatorios, en la práctica en el ámbito de la contratación pública específicamente, se hace difícil su comprobación. Esto debido a que es necesario determinar ciertos hechos, que en materia de derecho probatorio son de difícil comprobación. Como por ejemplo, la intención de excluir a los demás participantes dentro de un concurso público.

Esta circunstancia muestra la necesidad de que la autoridad de competencia realice una labor desde el punto de vista doctrinal como jurisprudencial, para poder establecer algún catálogo de conductas que permitan contar con indicios para arribar a juicios probables de intencionalidad de operadores económicos. De lo contrario se estaría hablando de conductas que tienen una determinación clara en la doctrina y tipificadas en la ley, pero que en la aplicación de la norma son de difícil sanción por las razones expuestas.

6. Siendo que la regulación de competencia en nuestro ordenamiento jurídico, es relativamente nueva, amerita especial atención y cooperación por parte de todas las entidades involucradas en los procesos de contratación pública desde el ámbito de sus competencias.

7. El Servicio Nacional de Contratación Pública, como ente regulador de los procedimientos de contratación podría coordinar con la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, a fin de desarrollar controles preventivos de esta y en general de toda conducta anticompetitiva que atente contra los principios de libre competencia. Asimismo podrían desarrollar instrumentos técnicos de orientación para aplicación de las entidades contratantes, para detectar posibles comportamientos o estrategias anticompetitivas que deban ser investigadas por la autoridad de competencia.

8. La Contraloría General del Estado también podría colaborar con la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, realizando la entrega de información que se derive de los exámenes especiales y que pudiera contener elementos para determinar posibles actos anticompetitivos que atenten contra la competencia en procedimientos de contratación pública.
9. Más allá de que la colaboración entre entidades públicas establecida en la Ley Orgánica de Control del Poder del Mercado es deber de cada ciudadano y especialmente de las autoridades competentes aplicar las normas legales vigentes y defender la libre competencia en miras de conseguir el tan anhelado buen vivir.
10. La información que administra el Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP puede ser entregada a la Superintendencia de Control de Poder del Mercado a fin de crear un registro de comportamiento de proveedores del Estado adjudicatarios de concursos, mismo que serviría como insumo en investigaciones sobre precios predatorios u otra conducta anticompetitiva en procesos de contratación pública.
11. En la estructura de la Superintendencia de Control de Poder del Mercado puede crearse una unidad especializada en competencia con enfoque en contratación pública a fin de que realice investigaciones sobre competencia de los procedimientos de contratación pública
12. La Superintendencia de Control de Poder del Mercado podría brindar capacitación a todos los funcionarios a fin de que puedan tener criterios para evidenciar presuntas conductas anticompetitivas especialmente en los concursos de contratación pública y puedan remitirlo para que sea analizado por el área especializada en contratación de la Superintendencia.
13. Por medio de la Superintendencia de Control de Poder del Mercado se pueden adoptar políticas de difusión de buenas prácticas en materia de competencia dirigida a todos los agentes económicos que participan en procedimientos de contratación pública y no solo a los servidores públicos de las entidades contratantes.
14. Mediante la abogacía de la competencia puede promocionarse y fortalecerse el conocimiento de los proveedores del Estado sobre los beneficios de los procesos competitivos y de las prácticas anticompetitivas susceptibles de sanción a fin de evitar lesiones a los procesos competitivos.

Bibliografía

- Alvear, Peña, y Blanca Gómez de la Torre Gómez. *Derecho de corrección económica, defensa de la competencia y competencia desleal, aportes para su construcción*. Quito: Universidad Internacional SEK, 2012.
- Arboleda Suárez, Carlos Ignacio. “El abuso de la Posición de Dominio en Colombia”. *Revista Derecho Competencia* 13, n.º 13 (2017): 111-34.
- Ariño Ortiz, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*. Perú: Ara Editores, 2004.
- Baldeón, Inés María. *La Libertad de Empresa y el Derecho de la Competencia en el marco de la Contratación Pública del Ecuador*. Quito: Grupo Empresarial CEAS, 2015.
- Beneyto Pérez, y José María y varios. *Tratado de Derecho de la Competencia*, t. 1. Barcelona: Editorial Bosch, 2005.
- Berzosa, Carlos. *Pros y Contras del Estado de Bienestar: Crisis económica y retroceso del estado de bienestar*. España: Tecnos, 1989.
- Bork, Roberth. *The Antitrust Paradox: A policy at war itself*. New York: The Free Press, 1993.
- Bullard González, Alfredo. *Derecho y Economía: El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra editores, 2006.
- Cabanellas de las Cuevas, Guillermo. *Derecho antimonopólico y la Defensa de la Competencia*, t. 1. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L, 2005.
- _____. *Derecho antimonopólico y la Defensa de la Competencia*, t. 2. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 2005.
- Celani, Marcelo, y Leonardo Stanley. *Defensa de la Competencia en Latinoamérica: aplicación sobre conductas y estrategias*. Buenos Aires: CEPAL, 2005.
- Cevallos Vásquez, Víctor. *Libre Competencia, Derecho de Consumo*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2001.
- Colombia Superintendencia de Industrias y Comercio. *Resolución SIC 30835. Sobre determinación de precios predatorios*. 2004. <https://centrocedec.org/casos/>.
- Comunidad Andina de Naciones Comisión. *Codificación del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena), Decisión No. 563*. Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 940, 1 de julio de 2003.
- _____. *Decisión No. 608*. Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 1180, 4 de abril de 2005.

- Cortázar Mora, Javier. *Curso de Derecho de la Competencia (Antimonopolios)*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Editorial Temis S.A., 2011.
- Díaz Colmachi, Juan Francisco. “*Informe de investigación: La corrupción en la contratación pública*”. Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador / Comité de Investigaciones, 2019.
- Díez Estella, Fernando. *El abuso de posición dominante*. Madrid: Fundación Rafael del Pino, Editorial Marcial, 2006.
- _____. *La Discriminación de Precios en el Derecho de la Competencia*. Madrid: Civitas Ediciones, S.L., 2003.
- Dromi, Roberto. *Competencia y Monopolio Argentina, Mercosur y OMC*. Buenos Aires: Editorial de Ciencia y Cultura, 1999.
- Dromi, Roberto. *Licitación Pública*, 4.^a ed. Buenos Aires: Hispana Libros, 2010.
- Ecuador. *Constitución Política de la República del Ecuador*, Registro Oficial 800, 27 de marzo de 1979.
- _____. *Constitución Política de la República del Ecuador*. Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998.
- _____. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- _____. *Decreto Ejecutivo No. 1614*. Registro Oficial No. 558, 27 de marzo de 2009.
- _____. Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. *Resolución No. 011 “Métodos de Determinación de Mercado Relevante”*. Registro Oficial 885, 18 de noviembre de 2016.
- _____. *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Registro Oficial Suplemento 395, 04 de agosto 2008.
- _____. *Ley Orgánica de Control de Poder del Mercado*. Registro Oficial Suplemento 555, 13 de octubre 2011.
- _____. *Ley Reformatoria a la Ley Orgánica de Control de Poder del Mercado*. Registro Oficial Suplemento 332. 12 de septiembre de 2014.
- _____. *Ley Reformatoria a la Ley Orgánica de Control de Poder del Mercado*. Registro Oficial Suplemento 899. 09 de diciembre de 2016.
- _____. *Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Registro Oficial Suplemento 588, 12 de mayo de 2009.

- Ecuador Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo. *Juicio No. 17811-2016-01271*. RECAPT S.A. y SOLNET contra Superintendencia de Control de Poder de Mercado.
- Ecuador Servicio de Contratación Pública “*Análisis mensual de la contratación pública 2019*”. portal.compraspublicas.gob.ec
- Ecuador Subsecretaría General Jurídica de la Presidencia de la República. *Oficio No. T.1056 SGJ-2009-2279*. 06 de octubre de 2009.
- García Machmar, Wiliam. *Manual de la Libre Competencia*. Tomo I, 2011.
- Grau Arnau, Susana y Ana Merino Castelló. *Precios Predatorios: Análisis Legal y Económico*. Catalunya, 29 de junio de 2005.
- Grijalva, Agustín y José Vicente Troya Jaramillo. *Elementos para un Derecho de la Competencia en el Ecuador*. Quito: Revista de Derecho Foro No. 1, UASB-Ecuador/CEN, 2003.
- Grijalva, Agustín, María Elena Jara y Dunia Martínez, “*Estado, Derecho y Economía*”, Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, 2013.
- Grosman, Lucas y Tomás Serebrisky. *El Abuso Explotativo y la Defensa de la Competencia en Argentina*. Argentina: 2004. <https://es.scribd.com/document/391529294/El-Abuso-Explotativo-y-La-Defensa-de-La-Competencia-en-Argentina>.
- Guzmán Álvarez, Martha Patricia. *Breve Aproximación a las facetas económicas y constitucionales del Derecho de la Competencia*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Hinojosa, Luis Miguel. *Los Precios Predatorios y el Derecho de la Competencia Europeo*”, (*Comentario de la sentencia del TJCE de 3 de julio de 1991, as. 62/86 AKZO Chemie B. V. c. Comisión*). Revista de Instituciones Europeas vol. 20 No. 1 1993: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=38080>
- Hobbes, Thomas. *Leviatán o la Materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, México: Fondo de Cultura Económica, 1980.
- Jara Vásquez, María Elena. *El abuso de posición de dominio en situación de dependencia económica y los problemas de su aplicación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano*. Ecuador: Revista de Derecho Foro No. 26, 2016.
- Méndez Reátegui, Efren, Guerrero Salgado y Jesús María Navalpotro. *Apuntes de Derecho de Libre Competencia*. Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

- Petitbó, Juan Amadeo, Andrés Faiña Medín y José López Rodríguez y otros. *Economía y Defensa de la Competencia*. Santiago de Compostelo: Tribunal Galego de Defensa da Competencia, Tórculo Edicións, 2010.
- Pinkas, Flint. *Tratado de Defensa de la Libre Competencia*. Lima: Estudio Exegético del Decreto Legislativo 701. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002.
- Pozo Vintimilla, Patricio. *El dilema de los precios predatorios: estrategias, teorías y problemas. Un análisis del Derecho de la competencia de la Unión Europea y Antitrust*. Revista de Derecho Foro No. 26. Quito, 2016.
- Querol Aragón, Nuria. *Análisis Económico del Derecho*. Madrid: Editorial Dykinson, 2014.
- Rozenwurcel, Guillermo y Lorena Drewes. *Programa ICT4GP las PyMES y Las Compras Públicas*. Argentina: Universidad Nacional de San Martín, 2012.
- Rubio Escobar, Jairo. *Derecho de los Mercados*. Bogotá: Legis Editores S.A., 2007.
- Santos Dávalos, Oswaldo. *¿Hacia dónde va el derecho de Competencia Ecuatoriano?*
<https://vlex.ec/vid/hacia-va-derecho-competencia-716897409>
- Signes de Mesa, Juan Ignacio, Isabel Fernández Torres y Mónica Fuentes Naharro. *Derecho de la Competencia*. España: Editorial Arizandi S.A., 2013.
- Sorrilla, Santiago y José Silvestre Méndez. *Diccionario de Economía*, México, España, Venezuela Colombia: Limusa, Noriega Editores, 1994.
- Tamames Ramón y Santiago Gallego. *Diccionario de Economía y Finanzas*. Madrid: Alianza Editorial, 2001.
- Tarjizán Jorge y Ricardo Paredes. *Organización Industrial para la Estrategia Empresarial*. México: Pearson Educación, 2006.
- Tribunal de Justicia Europeo, *Caso 62/86 Caso AKZO vs ECS*. 03 de julio de 1991: https://eur-lex.europa.eu › resource › DOC_2
- Valcárcel Fernández, Patricia. *Ponencia Derecho la Contratación pública y Derecho Antitrust. Conferencia internacional antitrust*. Observatorio de Contratación Pública de España: Accedido el 10 de enero de 2019: <http://www.obcp.es/>
- Witker, Jorge. *Derecho de la Competencia en América*. Santiago: Fondo de Cultura Económica, 2000.
- Zagrebelzsky, Gustavo. *El Derecho Dúctil*, 10.^a ed. Madrid: Trota, 2011.