

# LA DEBILITADA LUCHA CONTRA LOS CARTELES EN ECUADOR: PRESUNCIONES DESVANECIDAS, PRUEBAS INALCANZABLES E INFRACCIONES IMPOSIBLES

## The weakened fight against cartels in Ecuador: Faded presumptions, unreachable proof, and impossible violations

GUSTAVO ANDRÉS VILLACRESES BRITO<sup>1</sup>

Universidad San Francisco de Quito, Quito, Ecuador<sup>2</sup>

### Resumen

En un libre mercado, el bienestar se alcanza protegiendo la competencia. Los carteles entorpecen o eliminan la competencia y la reemplazan por cooperación, fijando ilegalmente condiciones de comercio. El Derecho de Competencia los combate mediante herramientas de disuasión, detección y sanción. Estos mecanismos forman parte de un régimen de lucha contra los carteles, y son eficaces cuando son interpretados técnicamente y aplicados. Sin embargo, en la práctica administrativa y judicial ecuatoriana existen interpretaciones antitécnicas de las normas de competencia, especialmente en lo que se refiere a la lucha contra los carteles. Este debilitamiento del régimen se da, al menos, en las reglas de anticompetitividad por efecto y objeto; en el estándar de prueba para las prácticas concertadas; y, en la configuración de carteles en contratación pública. Estas interpretaciones antitécnicas han derivado en un estructuralmente debilitado mecanismo de lucha contra los carteles en Ecuador.

### Palabras clave

Carteles, Ecuador, Derecho de Competencia, Interpretación de ley, Errónea interpretación, Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

### Abstract

Economic social welfare in free market is achieved by protecting competition. Despite this fact, cartels obstruct or replace it with illegal cooperation setting market conditions. Competition Law fights against them through tools of deterrence, detection and sanction. These mechanisms are part of a regime for the persecution of cartels and are effective when they are technically interpreted and applied. However, in the Ecuadorian administrative and judicial practice there are erroneous interpretations of the competition regulation, especially in what corresponds to cartel enforcement. This weakening of the regime occurs, at least, when enforcing restriction by object and by effect rules; about the test for concerted practices; and, on the possibility of cartels in public procurement. These erroneous interpretations have generated a structurally weakened fighting mechanism against cartels in Ecuador.

<sup>1</sup> Editor, USFQ Law Working Papers. Consultor judicial, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Abogado y Psicólogo Clínico por la Universidad San Francisco de Quito, Ecuador. Correo electrónico: g.a.villacreses@gmail.com / gavillacreses@alumni.usfq.edu.ec; ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0072-4052>

<sup>2</sup> El presente trabajo consiste en una adaptación de la tesis de grado para la obtención del título de abogado, presentada por el autor ante la Universidad San Francisco de Quito, en mayo de 2020. El autor agradece al profesor Mario Navarrete Serrano por su revisión académica. Cualquier opinión vertida es de carácter personal y de exclusiva responsabilidad del autor, no comprometiéndolo a las instituciones a las que se encuentra afiliado.



## Keywords

Cartels, Ecuador, Competition Law, Antitrust Law, Interpretation of Law, Jurisdictional Error, Ecuadorian Organic Law of Competition.

## 1. Introducción

*Los carteles son un cáncer en la sociedad,  
y el cáncer se evita, se detecta y se combate*  
(Monti, 2000, s.p.).

La economía de libre mercado tiene como piedra angular a la libre competencia (Zhang y Zhao, 2011, p. 106). En competencia, la oferta y la demanda alcanzan equilibrios eficientes en pro del bienestar social (Jones et al., 2016, p. 217). El Derecho de Competencia (DDC) tiene como objetivo fundamental proteger este proceso para maximizar el bienestar del consumidor (Trade and Development Board, 2013, p. 3). Sin embargo, los operadores económicos (OE) actúan racionalmente adoptando estrategias para maximizar sus beneficios, y los carteles son la mayor afirmación a esta regla (Ivaldi, Jenny y Khimich, 2017, p. 75). Ellos eliminan la competencia y la reemplazan por la cooperación, fijando ilegalmente condiciones del mercado, *v.g.* precios, reparto de clientes y mercados, y amañando las ofertas públicas (OECD, 2020a, p. 27). Los carteles son comunes, pero tienen como principales afectados a los países en vías de desarrollo (OECD, 2019, p. 149; Jenny, 2006, p. 109). Sus administraciones tienen relativamente pocos recursos para alcanzar los niveles medios de detección y sanción exitosa a carteles, llegando únicamente entre 10-30% de sancionados (OECD, 2020b, s.p.). Por ello, los carteles son la mayor preocupación de los regímenes de competencia (European Commission, 2009, p. 3). El DDC ha estructurado su lucha contra los carteles en tres niveles: disuasión, detección y sanción (European Commission, 2011, p. 5). Para que este sistema funcione, deben estar alineados los desincentivos para la creación de carteles y los incentivos para delatar a los creados. Por ejemplo, la sanción y la efectividad en la detección tienen un componente disuasivo, y las autoridades de competencia deben considerar cómo sus decisiones y acciones afectan a los tres niveles.

Respecto al primer nivel, se buscan grados adecuados de sanción que puedan alcanzar la disuasión necesaria. Las multas constituyen el principal elemento disuasivo en la lucha contra las conductas anticompetitivas (Cento Veljanovski, 2007, pp. 7-10). No obstante, a partir de cierto rango, las multas ya no alcanzan la disuasión (2007, pp. 12-15). Para compensar esta limitación se han logrado sanciones adicionales contra las empresas, *v.g.* impedirles ser contratistas públicos (Powers, 2019, pp. 9-10), y contra los directivos de las empresas cartelizadas (Caliskan, 2019, p. 3), ya sea cárcel o multas (Ma y Marquis, 2018, p. 379). Debido a la complejidad de la lucha contra los carteles, los mecanismos de disuasión no son suficientes, por lo que la detección es necesaria. Para detectar carteles las agencias destinan una gran cantidad de recursos (Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, 2019, pp. 70-72). Un reciente ejemplo es el *Task Force* formado por la FTC (Federal Trade Commission, 2019, s.p.). Por otro lado, las autoridades también buscan crear incentivos para que los cartelistas confiesen su existencia, como el régimen de delación compensada. Este puede definirse como “[...] la concesión de inmunidad o reducción de sanciones por infracciones anticompetencia a cambio de la cooperación con las autoridades” (Wils, 2007, p. 203). Una vez detectado el cartel, se procede al siguiente nivel. La sanción es necesaria como pena ante una conducta socialmente indeseable, pero también con otro efecto: disuade conductas futuras (Na’aim et al., 2019, p. 236). En esta etapa es indispensable que la autoridad use eficientemente mecanismos procesales diseñados por el legislador para lograr una sanción más

sencilla, ya sea para probar su existencia a partir de indicios, no tener que probar efectos o aplicar sanciones suficientemente severas (Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2002, *Caso T-21/99: Dansk Rørindustri c. Comisión Europea*, p. 1695). De esta manera se logra mantener un nivel adecuado de disuasión ante una práctica con consecuencias socialmente gravosas.

Por ser los carteles el cáncer de la sociedad (Monti, 2000, s.p.), es necesario comprender la importancia de implementar políticas públicas que aúpen el cumplimiento de cada nivel, y que cada órgano público, incluidas las autoridades de competencia, apliquen de manera justa pero efectiva las herramientas legales que tienen a su disposición. Lastimosamente, algunas prácticas de las autoridades administrativas y judiciales ecuatorianas desnaturalizan estos elementos, impidiendo la disuasión necesaria, la persecución eficiente y la sanción efectiva en la lucha contra los carteles. Esto ocurre como consecuencia de una errónea interpretación sistemática de las normas vigentes.<sup>3</sup> Para demostrarlo, se analizarán tres casos que dejan en evidencia que: (i) se ha establecido una errónea interpretación de las reglas de anticompetitividad por objeto y por efecto; (ii) se ha actuado con una errónea interpretación del estándar de prueba para la manifestación de las prácticas concertadas; y, (iii) se ha forjado una supuesta imposibilidad de cartelización en procesos de contratación pública. Tras este análisis, la única conclusión posible es que Ecuador sufre actualmente un innecesario debilitamiento en su lucha contra carteles.

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

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

El régimen legal sobre prácticas anticompetitivas en Ecuador está regulado por la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), Capítulo II, Sección 3. Se proscribire toda conducta en interacción entre dos o más OE cuyo “objeto o efecto” sea o pueda alterar la competencia natural en el mercado (LORCPM, 2011, art. 11). Existen dos tipos de conductas por cooperación entre OE: las que causan efectos perjudiciales reales o potenciales en el mercado y las que por su sola naturaleza se presumen perniciosas para la competencia.<sup>4</sup> Las primeras son anticompetitivas por su efecto y las segundas aquellas por su objeto.<sup>5</sup> El sistema de competencia ecuatoriano ha adoptado expresa y textualmente el modelo “objeto-efecto”, que es el mismo que en la regulación europea.<sup>6</sup>

<sup>3</sup> Este trabajo se centra en la errónea interpretación de las herramientas jurídicas normativas, evidenciada en tres casos concretos. Se entiende a la errónea interpretación como el acto en el cual “el juez escogió correctamente la norma que regula el asunto controvertido, [pero] al momento de aplicarla no entendió su contenido o lo entendió mal, atribuyéndole un sentido que no le corresponde” (Sentencia Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, 2013, *Resolución N° 97-2013*, p. 37).

Se puede considerar que la lucha contra carteles en Ecuador ha sido debilitada también por temas como: el diseño normativo inadecuado (de primer, segundo o tercer grado); los techos infralegales a multas y mecanismos de cálculo que reducen el monto efectivo de sanción, establecidos por el órgano reglamentador en competencia (Junta de Regulación del Poder de Mercado); la falta de confidencialidad en los procedimientos de delación compensada (como en el sonado caso Kimberly Clark, abordado por la SCPM); y, la regulación a los compromisos de cese, que distorsiona los incentivos de los OE. No obstante, por cuestiones metodológicas y de espacio, se dejará de lado estas reflexiones y se las recomienda para futuras investigaciones que expandan el presente trabajo.

<sup>4</sup> El Caso C-209/07: Competition Authority c. Beef Industry Development Society Ltd and Barry Brothers Meats (Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2008, párr. 17), desarrolla la lógica sobre la presunción de efectos anticompetitivos a partir de la experiencia pasada frente a estas conductas.

<sup>5</sup> El Caso C-32/11: Allianz Hungaria Biztosító Zrt and Others c. Gazdasági Versenyhivatal (Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2013, p. 160) desarrolla sobre los dos tipos de conductas por cooperación entre OE.

<sup>6</sup> La similitud entre ambos sistemas jurídicos es relevante porque permite un análisis comparado. El artículo 101(1) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea prescribe textualmente, similar que el régimen ecuatoriano, que “[s]erán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos [...] que tengan por objeto o efecto impedir [...] la competencia”. La Corte de Justicia de la Unión Europea reconoció la existencia de las reglas objeto-efecto en su normativa comunitaria de

La calificación y sanción de las conductas anticompetitivas por su efecto resulta de la prueba, a cargo de la autoridad, sobre los efectos nocivos a la competencia. Implica una gran carga probatoria de definición de mercados relevantes y análisis económicos de efectos en el mercado (Communication from the European Commission, 2004, 2004/OJ/C 101/97, pp. 24-27). Por otro lado, en las anticompetitivas por objeto, si una conducta ha sido prevista como tal en el ordenamiento, no se requiere probar daño para calificarla como ilícita. Resulta que la conducta por sí misma, la cooperación entre OE, es suficiente para devenir en responsabilidad (Dnes, 2016, p. 240). Con “objeto” no se hace referencia a la intención de los OE (Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2005, *Caso C-551/03: General Motors c. Comisión Europea*, pp. 77-78). El objeto es un término de arte en el DDC que hace referencia al “[...] propósito del acuerdo, teniendo en cuenta sus términos, el contexto jurídico y económico en el que se celebró y la conducta de las partes, [cuando] es apreciablemente restringir la competencia en el mercado común” (Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 1983, *Caso C-96/82: IAZ c. Comisión Europea*, párr. 25). Los escenarios clásicos de anticompetitividad por objeto son en su mayoría carteles: fijación de precios, limitaciones a oferta, distribución de mercados/clientes, manipulación de procesos públicos de contratación (Italianer, 2013, p. 2). En Ecuador estos escenarios se prescriben en el Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (RLORCPM) art. 8.<sup>7</sup>

El origen de la ilicitud por objeto es una presunción, en contraposición a las conductas presuntamente lícitas hasta probar sus efectos (anticompetitivas por efecto). Esta presunción es una de carácter legal (Maher, 2017, p. 265);<sup>8</sup> por ejemplo, la fijación de precios, cuotas de producción, reparto de mercados/clientes, y amañamiento en contratación pública, podrían ser lícitas cuando se ha probado que no afectan a la competencia.<sup>9</sup> Es carga probatoria para los OE perseguidos demostrar que existen explicaciones alternativas para la conducta (*v.g.* que ha acontecido un paralelismo consciente); que por su escala de operación o por su escasa significación no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia (aplicación de la regla de mínimos); o, que es eficiente (aplicación del régimen de exenciones) (Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 1966, *Caso C-56/64: Consten and Grundig c. Comisión*

---

competencia (1966, *Caso 56/65: Société Technique Minière (L.T.M.) c. Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, p. 374). En contraposición, el sistema anglosajón contempla el modelo per se-razón (Sentencia Corte Suprema de los Estados Unidos, 1899, *Addyston Pipe and Steel Co. c. United States*, p. 175). Sobre una comparación de ambos sistemas, ver “Guidance on restrictions of competition ‘by object’ for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice”, *Commission Staff Working Documents (European Commission, 2014)*.

<sup>7</sup> En este articulado se establece una presunción respecto a la anticompetitividad de ciertas conductas (convirtiéndolas en anticompetitivas por su objeto); sin embargo, la LORCPM art. 11, no excluye la aplicación de este mismo criterio sobre los supuestos previstos en sus distintos numerales.

<sup>8</sup> Considerando que la presunción de anticompetitividad por objeto se ha establecido mediante el RLORCPM, en el régimen ecuatoriano es discutido si dicha disposición tiene rango normativo suficiente —considerando que su fuente es un reglamento que se sometería a limitaciones legales para establecer presunciones—. La misma LORCPM art. 48 prescribe los supuestos en los cuales procede inversión de la carga de la prueba, pero no hace mención de la entredicha presunción. Paralelamente, el Código Civil art. 32, al definir lo que se entiende por “presunción”, prescribe que aquella será llamada legal cuando los “[...] antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley [...]”. No obstante, en el presente estudio no se aborda el diseño normativo o su legalidad, los análisis presentados se limitan a la (in)aplicación e interpretación de las herramientas normativas vigentes; pero, podría plantearse que una posible solución a esta disyuntiva sería una reforma a la norma que eleve esta presunción a rango legal (prescrita directamente en la LORCPM).

<sup>9</sup> A diferencia de la anglosajona regla de la razón, el modelo objeto-efecto no busca una ponderación entre los efectos pro y anticompetitivos, sino que se enfoca en la mera existencia de restricciones (daños) al proceso de competencia (Kwok, 2019a, p. 120). En este último régimen, el análisis de ponderación entre los efectos negativos a la competencia y las potenciales contribuciones de la conducta sí se contempla, pero como defensa procesal para el OE, mas no como un paso para la autoridad en la calificación de ilicitud de la conducta (Caro de Sousa y Maiorano, 2017, p. 6).

*Europea*, p. 299).<sup>10</sup> Entonces, el sistema ecuatoriano sí pondera los efectos pro-competitivos de la conducta (LORCPM, 2011, art. 12), pero lo hace únicamente como una exención a cargo del OE. La existencia de los carteles en las sombras implica dos dificultades para la autoridad: presencia de prueba trucada sobre su existencia y gasto excesivo de recursos públicos para su persecución por prueba de efectos (Na'aim, et al., 2019, p. 226). La última complicación se evita mediante este régimen de presunciones de anticompetitividad por objeto. Así se releva de la carga probatoria a la autoridad estatal, permitiendo una mayor eficiencia pública (Caso T-21/99, 2002, p. 74), no se requiere un minucioso análisis de mercados relevantes y tampoco prueba económica de efectos (Kwok, 2019a, p. 133).<sup>11</sup>

Sin embargo, parecería que la errónea interpretación de esta normativa por parte del poder judicial ecuatoriano ha dificultado la labor de la autoridad administrativa, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM), al considerar que el sistema nacional adopta la regla de la razón (propia del régimen anglosajón), desentendiendo lo que involucra la anticompetitividad por objeto. Como resultado, se desvanece el régimen de presunciones que el legislador adoptó para lograr una eficaz lucha contra carteles.<sup>12</sup>

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

En el caso SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026,<sup>13</sup> la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas de la SCPM (IIAPMAPR), abordó un presunto contubernio entre un órgano público y dos OE en un proceso pre-contractual público por oferta inversa. Tras las investigaciones, la SCPM concluyó que “[...] existió una práctica concertada, al falsear y distorsionar la competencia en la presentación de ofertas y en la etapa de puja del proceso de contratación [...], llegando a la conclusión de que infringió el numeral 6 del artículo 11 de la LORCPM” (Resolución IIAPMAPR, 2015, *Trámite Administrativo SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026*, s.p.). Con base en la LORCPM art. 78 *num.* 1, la SCPM zanjó como una infracción muy grave e impuso una multa.

Frente a la multa, el OE sancionado presentó en sede judicial un recurso subjetivo.<sup>14</sup> El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo (TDCA) consideró el siguiente alegato del OE: falta de motivación para la sanción por supuesta necesidad de afectación al mercado para

<sup>10</sup> En el contexto ecuatoriano, considerando que las presunciones e inversiones de la carga de la prueba requieren constar en textos con rango de ley, esta carga probatoria —que se invierte a favor de la agencia de competencia y contra los OE— se desprende de una ley *stricto sensu* (la LORCPM) y se desarrolla en su reglamento (RLORCPM), cuando se establece en el régimen ecuatoriano la regla de anticompetitividad por objeto y con ella la presunción de existencia de práctica restrictiva (se presume la ilegalidad del hecho, no la existencia de un hecho, independientemente de sus efectos económicos en el mercado).

<sup>11</sup> El régimen de competencia ecuatoriano (LORCPM art. 5) sí obliga a definir el mercado relevante aún para supuestos en los que tradicional y técnicamente no es necesario; tales casos serían, por ejemplo, para los carteles y las prácticas desleales.

<sup>12</sup> Podría discutirse si la presunción de anticompetitividad fue incorporada en el ordenamiento ecuatoriano por el legislador (Asamblea Nacional) o por el poder ejecutivo (Presidente de la República), dado que la “presunción de práctica restrictiva” se encuentra prescrita expresamente en el RLORCPM art. 8 (normativa reglamentaria emitida por el ejecutivo) y no literalmente en la LORCPM (norma legal expedida por el legislador). No obstante, hay que resaltar que la LORCPM art. 11 incorpora textualmente en la legislación (*stricto sensu*) la anticompetitividad por “objeto”, régimen que por esencia implica una presunción de ilicitud (anticompetitividad por práctica restrictiva). Por esta razón es que se puede concluir que la anticompetitividad por objeto (y con ella la presunción subyacente) han sido, en realidad, incorporada al ordenamiento ecuatoriano por el legislador y reglamentada por el ejecutivo.

<sup>13</sup> Caso signado en la IIAPMAPR como Trámite Administrativo SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026, abierto el 20 de noviembre de 2013.

<sup>14</sup> Recurso signado como Proceso Contencioso Administrativo por Subjetivo N° 17811-2016-01271, Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N° 1, iniciado el 13 de julio de 2016.

configurar una conducta anticompetitiva.<sup>15</sup> El TDCA analizó “[...] la existencia o preminencia de las reglas denominadas ‘per se’ y la ‘regla de la razón’ como estándares de evaluación de conductas prohibidas en la LORCPM [...]” (Sentencia Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N° 1, 2017, *Proceso N° 17811-2016-01271*, s.p.). Ante esto, el TDCA expuso que:

[D]epende el tipo de norma infraccional a ser aplicada para que, según el caso, determinar si la sola infracción preestablecida es por sí misma suficiente para establecerla a cualquier [OE] la sanción prevista en la ley ídem [LORCPM], sin que deba necesariamente existir una afectación al interés económico general, en tanto la norma no lo prevea como efecto.- En la especie, el tipo infraccional contenido en el artículo 11 numeral 6 de la LORCPM, es una infracción que se sanciona per se, es decir no se exige un perjuicio (sic) real sobre el bien jurídico que protege la norma, no es contentiva de una condición expresa de efecto negativo en el mercado relevante que sea necesaria para su aplicación, bastando para ello que el órgano de control detecte, entre otros particulares, un acto u omisión, acuerdo o práctica concertada, cuyo objeto sea restringir, falsear o distorsionar la competencia; para el caso concreto, en una subasta inversa electrónica. [...] En tal virtud basta que dichos comportamientos tengan por objeto los efectos antes indicados para que se incurra en la infracción, independientemente de la verificación del resultado de la limitación, restricción, distorsión o falseamiento de las condiciones de competencia.- Se tiene por lo tanto en consideración las causas que generan dichas conductas y no las consecuencias o efectos que éstas generen (2017, s.p.).

El TDCA decidió desestimar el argumento del OE sobre la falta de motivación, aunque al final decidió aceptar la demanda y anular el acto sancionatorio por un error al determinar la multa (2017, s.p.). Tanto el OE involucrado como la autoridad presentaron recursos de casación y se atendieron en un solo proceso por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia (CNJ).<sup>16</sup> El OE accionante sostuvo nuevamente que para la sanción es requerida una real afectación a la competencia, cosa supuestamente inexistente en el caso tratado (Escrito de recurso de casación presentado por la Parte Actora, 7 de septiembre de 2017).

La CNJ adoptó la posición del informe pericial y concluyó que la regla a aplicar en el DDC ecuatoriano para el análisis del daño y perjuicio al mercado es la regla de la razón, por lo que se debía evaluar los efectos de la conducta en el mercado. Sería entonces exigible un examen económico del mercado supuestamente afectado. Las prácticas anticompetitivas serían prohibidas y la sanción al OE procedería siempre y cuando en un mercado determinado se compruebe que los OE han perjudicado a la competencia o al consumidor (Sentencia Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, 2017, Recurso de Casación dentro del proceso N° 17811-2016-01271, s.p.).

En un intento de comprender e interpretar el régimen legal de competencia ecuatoriano a partir de esta posición pericial, la CNJ se volcó a un análisis a la luz del Derecho penal. Comparó los delitos de peligro concreto y los delitos de peligro abstracto; y sobre la LORCPM art. 11 concluyó que “[...] contiene infracciones de peligro concreto, al cual se le debe aplicar por tanto la regla de la razón, y no se tratan de mero peligro abstracto (en cuyo caso sí se podría aplicar la regla per se) [...]” (2017, s.p.). Añadió que “[la SCPM] debe aplicar la regla de la razón que exige que se compruebe que los [OE] han perjudicado a la competencia

<sup>15</sup> Alegato presentado en la Demanda incorporada en el expediente con fecha 13 de julio de 2016.

<sup>16</sup> Recurso signado como Recurso de Casación dentro del proceso N° 17811-2016-01271, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, iniciado el 7 de septiembre de 2017.

o al consumidor o al mercado, en el mercado relevante que la propia SCPM haya determinado en cada caso concreto” (2017, s.p.). Con esto la CJN dejó a salvo la decisión de la autoridad respecto a la multa al OE, condicionándola a un análisis de efectos según la regla de la razón.

La SCPM reabrió el caso y en resolución de 1 de abril de 2019 decidió confirmar la sanción con una multa recalculada, aplicando la regla de la razón ordenada por la CNJ. Sin embargo, con fecha 8 de octubre de 2019 se dio una nueva resolución en la que la autoridad explicó la razón de las conductas tipificadas en la LORCPM art. 11 y sustentó su análisis en el razonamiento expuesto por el Superintendente de Control del Poder de Mercado:

Es evidente entonces como la normativa ecuatoriana en materia de derecho de competencia no solo replica la división entre conductas sancionables por su objeto y efecto del modelo europeo, sino que también recoge su estructura tripartita. Por el contrario, ninguna disposición de la normativa primaria o secundaria vigente en el Ecuador, en materia de competencia, hace referencia directa o indirecta a la regla per se o la regla de la razón, hecho que permite inferir, al menos preliminarmente, que dicho estándar para la evaluación de conductas no es aplicable a la luz de nuestro derecho positivo (Resolución Comisión de Resolución de Primera Instancia SCPM, 2019, Trámite Administrativo SCPM-CRPI-2015-019, s.p.).

No obstante, esta nueva resolución administrativa no ha logrado alejarse de la obligatoriedad de la decisión de la CNJ e implementó en su *ratio decidendi* la doctrina de la “regla de la razón abreviada” o *quick-look*. Según la autoridad, en los casos en los cuales los efectos anticompetitivos de una conducta son tan notorios, es lógico no proceder con un análisis exhaustivo para su sanción (2019, s.p.). Un ejemplo de esto es el caso que nos ocupa: colusión en un procedimiento de licitación. La autoridad confirmó una multa. La preocupación que resta es que la decisión de la CNJ respecto a la aplicabilidad de la regla de la razón en Ecuador no ha podido ser superada a la fecha,<sup>17</sup> lo que eleva la vara de prueba y requiere acreditar en detalle los efectos de un cartel en el mercado. Esto crea una obligación ineficiente que implica una inversión importante de recursos para acreditar lo evidente.

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

Del análisis de la decisión de la CNJ se desprende que ha existido una errónea interpretación del término “objeto” en la LORCPM art. 11 y en el RLORCPM art. 8. Esto desemboca en el establecimiento de un nuevo modelo de derecho de competencia en el régimen ecuatoriano.<sup>18</sup> La CNJ ha desatendido la existencia de las reglas por objeto y por efecto, y ha insertado en

<sup>17</sup> Hay que aclarar que la sentencia de la CNJ no representa un precedente jurisprudencial de obligatorio cumplimiento (erga omnes), pero sí tiene efectos vinculantes sobre el procedimiento administrativo atendido por la SCPM —por tener la casación efecto devolutivo y por orden expresa de la CNJ en la sentencia—. Ante esto, la Comisión de Resolución de Primera Instancia de la SCPM (CRPI) realizó un esfuerzo importante para explicar por qué considera que aplica el criterio europeo pero que por orden de la CNJ debe aplicar la regla anglosajona de la razón.

<sup>18</sup> Si bien las decisiones emitidas en el caso en análisis no constituyen precedentes vinculantes ni para la autoridad administrativa ni para la judicial, dos son los riesgos que se desencadenan de su *ratio decidendi* para los particulares y, por qué no, para el mercado. Por un lado, las decisiones de la SCPM se han caracterizado por su hermetismo y dificultad para el acceso público —a pesar del interés general que implican sus efectos y considerando el carácter público del bien jurídico tutelado—, por lo que nada obsta para que la autoridad administrativa reitera esta línea de pensamiento en nuevos escenarios y no se llegue a tener conocimiento de la perseverancia de esta práctica corrosiva de la protección al mercado. Por otro lado, de darse dicho caso, la esperanza de desvirtuar este error a través de la tutela judicial (en sede contencioso-administrativa o en casación) también se desvanece si se considera que nuevamente la autoridad judicial podría adoptar esta interpretación errónea —aunque no por la inexistente inexorabilidad del precedente, sí podría darse por su carácter persuasivo e *inter comunis*—.

el régimen ecuatoriano la regla anglosajona de la razón.<sup>19</sup> A partir de esto se desprenden tres efectos gravosos para la lucha contra carteles en Ecuador: (i) se ha desechado todo el régimen de presunciones de ilicitud de los carteles; (ii) se ha invertido la carga de la prueba en contra de la autoridad; y, (iii) se ha implementado un régimen en el cual ni siquiera basta la verificación de efectos negativos en el mercado, sino que se deben ponderar los efectos perniciosos y los efectos pro-competitivos.

La anticompetitividad por objeto permite que una conducta sea presunta como ilícita. Sin esta presunción, la enumeración de la LORCPM art. 11 y del RLORCPM art. 8 dejan de tener una finalidad, en todo caso se desvanece la presunción y se requiere prueba de efectos económicos para que exista ilegalidad. Esto lleva a la segunda consecuencia. Sin la presunción se crea una necesidad probatoria sobre los efectos anticompetitivos del cartel, debiéndose demostrar que existe ilegalidad por vulnerarse al bien jurídico tutelado por el régimen de competencia —y ya no bastando el cometimiento de la conducta (cartelizar) para su ilegalidad—. Esta carga probatoria ahora se ha desplazado sobre la SCPM.<sup>20</sup> La gravísima consecuencia es que, por su naturaleza, los carteles nacen y se desarrollan en las sombras, gozando de extremas dificultades probatorias respecto a su existencia y efectos en el mercado. Ahora es responsabilidad de la autoridad el idear nuevos mecanismos para esta prueba, lo cual conduce a la tercera consecuencia.

Ya no basta una simple constatación de daño a la competencia, como implicaba la también desechada regla de anticompetitividad por efecto.<sup>21</sup> Lo que la regla de la razón demanda es una ponderación entre los efectos pro-competitivos y los anticompetitivos, únicamente en el caso de primacía de los segundos, se configura la ilicitud (Italianer, 2013, p. 2). Este sistema aislado parecería desproporcional e ineficaz; sin embargo, cobra total sentido en su originario contexto anglosajón. Allí es contrabalanceado por la existencia de su par: la regla *per se*. En el sistema estadounidense, si bien por un lado se exige la ponderación para la sanción, por otro se penaliza sin piedad alguna (sin oportunidad de prueba en contrario) a las conductas anticompetitivas *per se* (Caro de Sousa y Maiorano, 2017, p. 6). Lastimosamente este contrapeso no ha sido previsto por la CNJ en la modificación al régimen ecuatoriano, dejando desarmada a la SCPM.

<sup>19</sup> Es importante señalar que, bajo el sistema de anticompetitividad razón y *per se*, los carteles son catalogados como una conducta *per se* anticompetitiva (Federal Trade Commission y United States Department of Justice, 2000, p. 3; United States Department of Justice Antitrust Division, 2016, p. 3). Con este contexto, también resulta extraño que la CNJ optó por aplicar en el caso discutido la regla de la razón a un cartel, cuando lo más lógico, incluso en este escenario, hubiese sido aplicar la prohibición *per se*.

<sup>20</sup> Si bien se podría considerar que tal carga probatoria siempre se ha encontrado sobre la agencia de competencia, por lo prescrito en la LORCPM art. 48, dicha norma pierde sentido por contraponerse a la esencia misma de la también prescrita anticompetitividad por efecto —o, en el peor de los casos, simplemente podría ser un lapsus por falta de técnica legislativa—. La rectificación al natural y eficiente funcionamiento del aparato normativo pro-competencia se logra a través de la presunción de anticompetitividad prescrita en el RLORCPM art. 8, pero, sobre todo, como se ha discutido en la nota al pie 3 del presente trabajo, se acentúa con la incorporación de dicha presunción, de manera implícita, por el propio legislador en la misma LORCPM art. 11.

<sup>21</sup> En el régimen europeo —sistema extremadamente similar al ecuatoriano—, la prohibición a las conductas por su efecto anticompetitivas es balanceada por la excepción (defensa) que se le otorga al OE para demostrar efectos o beneficios pro-competitivos resultantes de la conducta y así contrarrestar su ilegalidad (Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 1966, Caso C-56/64: Consten and Grundig c. Comisión Europea, p. 342, 343 y 347). La idea que subyace es que puede apreciarse ventajas competitivas objetivas a modo de compensación al mercado por aquellas anticompetitivas (Sentencia Corte de Primera Instancia de la Unión Europea, 1994, Caso T-17/93: Matra Hachette c. Commission of the European Communities, párr. 85). Ejemplos de esta circunstancia podrían ser la mejora en la producción o distribución de los bienes o servicios, o contribuir al mejoramiento técnico o económico del sector de mercado (Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2009, Caso C-501/06 P: GlaxoSmithKline Services y otros c. Comisión Europea y otros, párr. 92).

El razonamiento de la CNJ adolece de un grave error lógico. Para llegar a la introducción de la regla de la razón ha comparado las conductas de la LORCPM art. 11 num. 6 con los delitos de peligro concreto, concluyendo que tienen esta naturaleza. No obstante, los delitos de peligro concreto son aquellos que se sancionan cuando el resultado de la conducta es la creación de un peligro, no la creación de un daño (Tamayo Arboleda, 2013, p. 51). Aun así, la CNJ ha concluido que para la sanción de los carteles se requiere probar efectos reales a la competencia, consumidor o mercado, no la simple creación de un peligro o riesgo, como habría sido correcto según su lógica previa.

Se puede decir que de manera expresa, textual y con técnica jurídica, el sistema de competencia ecuatoriano comprende las reglas de anticompetitividad por objeto y por efecto, no las reglas norteamericanas per se y razón. La correcta interpretación del término “objeto” en el régimen de competencia ecuatoriano se dirige a un término de arte. Su significado implica estrictamente un conjunto de conductas que se presumen ilícitas por revelarse por sí mismas y por su naturaleza como perniciosas a la competencia. Esto permite la captura eficiente de determinadas conductas, como los carteles, dentro de las prohibiciones prescritas.<sup>22</sup> No obstante, todo este mecanismo perfectamente alineado que el legislador ecuatoriano incorporó ha sido desvirtuado por el poder judicial ecuatoriano al interpretar que la regla que rige es la de la razón. Así, se ha dejado en indefensión a la SCPM en favor de los cartelistas.

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

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

La LORCPM prescribe varias formas de manifestación de las prácticas restrictivas para la captura de la colusión,<sup>23</sup> ya sea que se origine en un acuerdo, práctica concertada, decisión de asociación o en contratación pública.<sup>24</sup> Un acuerdo hace referencia a “[...] la concurrencia de voluntad entre al menos dos partes, sin importar la forma de manifestación en tanto constituya la leal expresión de la intención de dichas partes” (Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2000, Caso T-41/96: Bayer AG c. Comisión Europea, párr. 62). Las prácticas concertadas son una forma genérica de colaboración, los OE aceptan mutuamente limitar sus actuaciones en el mercado y dejar de conducirse independientemente (Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2008, Caso T-99/04: *AC-Treuhand c. Comisión Europea*, párr. 126). Su rasgo típico es que se aparatan a través de intercambios de información (Kwok, 2019b, p. 196).

Esta categorización no busca otorgar garantías de tipicidad ni defensa legal a los OE cartelizados,<sup>25</sup> pues limitaría la acción de las agencias de competencia; solo se pretende abstraer

<sup>22</sup> Ver LORCPM, art. 11.

<sup>23</sup> Ver LORCPM, art. 11, y RLORCPM, art. 8.

<sup>24</sup> También se puede observar esta diferenciación en el artículo 101(1) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Roma, 1957 (American Bar Association, 2005, p. 30).

<sup>25</sup> Esta afirmación es notoria en el marco regulatorio europeo, pero no intuitiva en el marco garantista de la Constitución ecuatoriana y la compleja relación entre la LORCPM y el Código Orgánico Administrativo (COA). La garantía de tipicidad en Ecuador tiene rango constitucional (Constitución, 2008, art. 76 núm. 3 y núm. 7 literal l), cosa que no ocurre en Europa a nivel comunitario sino domésticamente en cada Estado miembro. Adicionalmente, el COA prohíbe la interpretación analógica y consagra el principio de tipicidad. No obstante, la ausencia de tipicidad en relación a las formas de manifestación de las prácticas restrictivas sí es extrapolable al caso ecuatoriano. Es verdad esto en cuanto las conductas proscritas por la LORCPM art. 11 se establecen como una lista ejemplificativa, no taxativa, de las formas de manifestación de la tipificación contenida en el encabezado del articulado. Esto se desprende de una interpretación literal de la norma legal que prescribe: “[e]n particular, las siguientes conductas, constituyen acuerdos y prácticas prohibidas” (énfasis añadido). Es decir, aquellas son las particulares, las especial pero no exclusivamente, prácticas prohibidas (sancionadas o consideradas anticompetitivas e ilegales). En todo caso, sería beneficioso para la seguridad jurídica y para el régimen de competencia que el legislador ecuatoriano considere una reforma legal para eliminar cualquier rastro de duda.

las formas más comunes de colaboración ilegal (Notices from European Union Institutions, Bodies, Offices and Agencies, 2011, párrs. 7, 9 y 17). La idea general es capturar toda forma de cartel (Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 1989, *Caso C-246/86: SC Belasco and Others c. Comisión Europea*, párrs. 12-16; Scordamaglia-Tousis, 2013, §5.2[A]; OECD Directorate for Financial and Enterprise Affairs, 2011, p. 37). La captura procesal de conductas aplica el principio de primacía de la realidad: la forma del acto jurídico no es una limitación para el análisis de la verdadera naturaleza de las conductas de los OE (LORCPM, 2011, art. 3). Se brinda a la autoridad un marco conceptual sobre qué debe probar, cómo debe hacerlo y qué instituciones favorecen su teoría de daño respecto a la existencia de un cartel, pero queda liberada de la carga probatoria sobre la forma de manifestación (Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 1999, *Caso C-49/92 P Comisión Europea c. Anic Participazioni SpA*, párr. 132).

Por regla general, las autoridades no pueden apearse a una definición legal sin realizar un ejercicio interpretativo previo para su aplicación (Dworkin, 1986, p. 48; Endicott, 2012, pp. 112-114). Para evaluar la forma de manifestación, la autoridad debe desarrollar un estándar siempre orientado a la finalidad de la propia norma: sancionar toda cooperación que reduzca la competencia efectiva y que no esté exenta (Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 1983, *Casos 100-103/80: Musique Diffusion Française c. Comisión Europea*, párr. 106; Black, 2008, p. 103). El régimen de libre competencia busca sancionar las conductas que causan afectaciones al mercado distorsionando la competencia, como verdadero tipo perseguido; independientemente de la forma en la cual los OE cooperen para hacerlo (Whish y Bailey, 2018, p. 573). Esta exención probatoria persigue eficiencia en la lucha contra los carteles con la aplicación de varias presunciones. Lamentablemente, la SCPM ha desechado varias de estas premisas, saboteando su propia labor en la lucha contra los carteles.

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

En el caso SCPM-IIAPMAPR-EXP-020-2016,<sup>26</sup> la IIAPMAPR analizó presuntas vinculaciones en procesos de contratación pública con recurrente participación de algunos OE. La investigación analizó la existencia de conductas prescritas en la LORCPM art. 11 num. 6 y 21. En el Informe de Investigación Preliminar No. SCPM-IIAPMAPR-DNIAPR-21-2018, de 22 de mayo de 2018, se encontró coincidencia en las direcciones IP<sup>27</sup> desde las cuales todos los OE investigados presentaron sus ofertas. El órgano investigador dedujo que:

[...] se presentan las características doctrinariamente instituidas para determinar la posible existencia de indicio que permite presumir que se ha concurrido en un acto colusorio [... que] permiten presumir que existió un acuerdo entre los [OE] investigados cuyo propósito era el de concretar posturas dentro de los procedimientos contractuales (Informe IIAPMAPR, 2017, Trámite Administrativo SCPM-IIAPMAPR-EXP-020-2016, Informe de Resultados de Investigación Preliminar No. SCPM-IIAPMAPR-DNIAPR-018-2017, Conclusiones 4.4).

<sup>26</sup> Caso signado como Trámite Administrativo SCPM-IIAPMAPR-EXP-020-2016, IIAPMAPR.

<sup>27</sup> “Con el fin de que un usuario pueda recibir los archivos de información que solicitó a través de su computadora, es necesario que ésta cuente con datos de identificación para ser localizada. Estos datos están contenidos en la dirección IP de su computadora: un número único para cada equipo o ‘host’, representado por cuatro cifras separadas por puntos [...]. Con la dirección IP o dirección de Internet queda identificada la máquina del usuario y la red a la que pertenece” (Estrada Corona, 2004, p. 4).

Se determinó vinculación filial en segundo y tercer grado de consanguinidad entre tres de los OE ofertantes. Estos resultados de la fase preliminar fueron parcialmente consistentes dentro del informe de la fase de investigación (Informe IIAPMAPR, 2018, Trámite Administrativo SCPM-IIAPMAPR-EXP-020-2016, Informe de Investigación Preliminar No. SCPM-IIAPMAPR-DNIAPR-21-2018, p. 71). Por un lado, el órgano investigador consideró que los vínculos filiales no eliminaban la posibilidad de acuerdos colusorios. No obstante, el mismo órgano concluyó que “[...] no se pudo determinar que haya existido toma de contacto entre los [OE... que] haya tenido como fin o resultado la coordinación de posturas o búsqueda de aseguramiento de un resultado” (2018, p. 71). Como consecuencia, se archivó el expediente.<sup>28</sup>

Para llegar a esta recomendación final, el órgano investigador argumentó que para la ocurrencia de una “práctica concertada” era indispensable la existencia de una “toma de contacto entre [OE] (coordinación o cooperación), el objeto y efecto anticompetitivo y un nexo causal entre ambos” (2018, p. 71). A pesar de reconocer en el propio informe que “[...] se ha podido identificar la coincidencia de IP de las ofertas de los OE, durante el proceso de puja [...] y que] presentaron la oferta inicial para un mismo proceso desde la misma dirección IP” (2018, p. 71), el investigador concluyó que:

no se verificó ningún elemento, de intercambio de información, que constituya un nexo causal con tal conducta investigada y que contribuya como establece la doctrina, una evidencia de prueba dura o material, por tanto, no se pudo determinar coordinación entre estos [OE] con el fin de establecer sus posturas o asegurar un resultado [...]. Además, es necesario que dicha toma de contacto tenga la capacidad de producir o haya producido (objeto o efecto respectivamente) una modificación de las condiciones competitivas del mercado [...] (2018, p. 63).

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

[...] ii) De la revisión de la información constante en el presente expediente [...], se pudo colegir que existe una vinculación filial entre los [OE...], de segundo y tercer grado de consanguinidad, aunque son jurídicamente independientes, su vinculación no constituye un elemento que incida en desvirtuar su presunción de inocencia; iii) En el curso mismo de la investigación, no se pudo establecer que haya existido toma de contacto que haya tenido como fin o resultado la coordinación de postura o búsqueda de aseguramiento de un resultado en los procesos de contratación pública que infrinjan el artículo 11 de la LORCPM. Además es necesario que dicha toma de contacto tenga la capacidad de producir o haya producido (objeto o efecto, respectivamente) una modificación de las condiciones competitivas del mercado que se analice, eventualmente, con sus respectivas consecuencias sobre la eficiencia económica o el bienestar general; iv) Si bien existe comunicación y falta de independencia entre los [OE...] en el presente expediente de investigación no existen elementos suficientes para comprobar que los [OE] hayan concertado posturas y falseado la competencia en los procedimientos de contratación [...] (Resolución IIAPMAPR, 2018, *Trámite Administrativo SCPM-IIAPMAPR-EXP-020-2016*, s.p.).

Así, la IIAPMAPR decidió su archivo dando fin al proceso en ese punto.

<sup>28</sup> Afortunadamente, cosa distinta ha ocurrido recientemente en el caso SCPM-CRPI-024-2018, en el cual la CRPI ha rechazado el argumento sostenido en el caso sub iudice, con fundamento en el falseamiento de la competencia que implica el sustituir la incertidumbre del procedimiento de subasta pública por la compartición de información y espacio físico —que implica compartir la IP—, valorándose como prueba indiciaria suficiente para presumir la compartición.

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

La autoridad desistió contra un cartel por errónea interpretación del estándar sancionador del RLORCPM art. 8 núm. 4. Consideró que no existió cartel entre los oferentes por supuestamente no haberse configurado una práctica concertada en ausencia de prueba dura de su cooperación. Se basó en la inexistencia de intercambio de información. Adicionalmente, requería que se pruebe que, de haber existido dicha coordinación, tenga la finalidad de establecer posturas o buscando asegurar resultado, junto con la capacidad de dichas conductas para producir afectación en la competencia.<sup>29</sup> Pero esta interpretación de la norma podría ser errónea.

Tradicionalmente, el régimen normativo de competencia ha comprendido como supuestos de hecho a acuerdos y a prácticas concertadas, pero no busca implementar una diferencia dogmática en la calificación de las conductas para configurar y sancionar un cartel (Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 1999, *Caso C-49/92 P Comisión Europea c. Anic Participazioni SpA*, párr. 112). Por el contrario, la existencia de ambos términos en la norma tiene como objetivo abarcar todas las conductas de cooperación entre OE que se presuman por objeto anticompetitivas y constituyan un cartel, incluso ante carencia de evidencia directa para probar un acuerdo (Resolución European Commission, 2008, *Caso COMP/39188 [Bananas]: European Commission c. Chiquita Brands International Incorporated and others*, párr. 235; Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2013, *Caso T-587/08: Fresh Del Monte Produce c. European Commission*, párr. 565). La propia norma ecuatoriana comprende una hipótesis genérica en este sentido para sancionar actos restrictivos “[...] de cualquier forma manifestados” (LORCPM, 2011, art. 11). La norma proscribe toda interacción anticompetitiva entre oferentes enmarcada en la presentación de ofertas y posturas en pública contratación, logrando un espectro más amplio de conductas sancionadas.<sup>30</sup> A pesar de ello, la IIAPMAPR se enfocó únicamente en exigir configuración de una práctica concertada.

Igualmente, la autoridad desistió de esta figura por carencia de “prueba dura o material” de la concertación. Si bien el estándar tradicional de práctica concertada se compone por existencia de un intercambio de información, restricción resultante a la competencia y nexos causal (Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2017, *Caso T-180/15: Icap plc and Others c. Comisión Europea*, párr. 795), la prueba de estos elementos no es rígida. El intercambio de información es únicamente un ejemplo de “toma de contacto” que puede existir entre OE para la práctica concertada, pero no puede ser considerado un requisito objetivo para su configuración (Resolución European Commission, 2008, *Caso COMP/39188 [Bananas]: European Commission c. Chiquita Brands International Incorporated and others*, párr. 235). La prueba de intercambio de información goza de un régimen de presunciones.<sup>31</sup> La evidencia

<sup>29</sup> En la decisión también existió errónea interpretación al régimen objeto-efecto; sin embargo, el análisis de esta sección se enfoca en la errónea interpretación del estándar de prueba (sobre el régimen objeto-efecto, ver la Sección 2 de este trabajo). Paralelamente, otra complicación que podría haber presentado el caso, tampoco objeto del presente análisis, es la definición del mercado relevante para la investigación y sanción al cartel, pues al limitarlo a determinado procedimiento de contratación pública (según lo prescrito por la LORCPM art. 5), se excluyó de esta investigación otros procedimientos en los cuales también habría operado este cartel.

<sup>30</sup> Si bien se podría pensar que, con la necesidad de que tenga una calidad “anticompetitiva”, es requerido probar que la conducta —acuerdo o práctica concertada— tenga la capacidad para producir afectación en la competencia para que se configure su ilegalidad (y posterior sanción), esto no resulta del todo cierto. La calidad de anticompetitiva por objeto de los acuerdos y las prácticas concertadas entre oferentes de un proceso de contratación pública implica en sí misma la presunción de su anticompetitividad y con ello su ilegalidad. Por lo tanto, la “anticompetitividad” se configura al cumplirse las interacciones previstas en el RLORCPM, art. 8, supuesto 4, y no depende de la prueba de su “capacidad para producir afectación en la competencia”, esto está presunto. Como se ha analizado, la interacción relacionada con las ofertas o posturas para el concurso de contratación pública sí configura estos supuestos ilegalizados.

<sup>31</sup> En la práctica, la agencia de competencia podría considerar al intercambio de información más como una prueba indiciaria suficiente (más que una presunción) para evadir la discusión, y potencial excepción, sobre la legalidad del régimen de presunción.

del caso deja claro que existió interacción, directa o indirecta, entre los OE para enviar sus ofertas públicas, lo hicieron desde las mismas computadoras (mismas direcciones IP). Se podía aplicar una presunción de conexión causal entre la concertación y la conducta de los OE<sup>32,33</sup>. Se presume que existe restricción anticompetitiva si los OE interactuaron, ya sea en una sola reunión o de cualquier otra forma, en la cual hayan podido tener acceso a información sensible de los otros, como precios (Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2009, *Caso C-8/08: T-Mobile Netherlands y otros*, párr. 52). El envío de ofertas a través de una misma computadora es un indicio de acceso a información sobre precios (y más).

En el escenario que la configuración de la práctica concertada no se hubiese alcanzado, la autoridad podía usar la hipótesis genérica.<sup>34</sup> Por la naturaleza encubierta de los carteles, la evidencia contemporánea es escasa, por no decir inexistente (Sentencia Tribunal General de la Unión Europea, 2006, *Caso T-44/02 OP: Dresdner Bank AG c. Comisión Europea*, párr. 167). Para evitar la exorbitante (y tal vez imposible) carga probatoria que soportan las autoridades sobre la existencia de un cartel, esta puede ser inferida de un grupo de indicios probatorios que tomados en conjunto no podrían tener una explicación alternativa lógica que no sea la existencia del cartel (Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2004, *Casos C-204/00 P: Aalborg Portland A/S y otros c. Comisión Europea*, párr. 57; Volpin, 2014, p. 1170). La evidencia no debe ser vista como un cúmulo de elementos independientes sino en conjunto como fenómeno único con la conducta anticompetitiva (Sentencia Tribunal General de la Unión Europea, 2011, *Caso T-113/07: Toshiba c. Comisión Europea*, 2008, párr. 155). Es carga para el investigado probar una explicación plausible y pro-competitiva distinta a la que se desprende de un cartel. En el caso expuesto, el conjunto de evidencia (filiación entre los OE e identidad en las direcciones IP) es un grupo de hechos prueba indirecta únicamente de la existencia de un cartel. Por ello la autoridad podía sancionar; sin embargo, no usó y desechó la evidencia indirecta.

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

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

El RLORCPM art. 8 enlista las hipótesis de prácticas restrictivas por su objeto anticompetitivas, incluyendo a los carteles en procesos públicos de contratación. Este último escenario se define como aquel en el cual “[...] los postores acuerdan entre ellos eliminar competencia en el

<sup>32</sup> Esta presunción fue creada jurisprudencialmente en Europa durante el Caso T-1/89 (Sentencia Tribunal General de la Unión Europea, 1991, p. 347). Si bien no proviene de una fuente jurídica principal del ordenamiento ecuatoriano, sirve como inspiración doctrinal para futuras actuaciones de la agencia de competencia e incluso una potencial iniciativa de reforma a la ley.

<sup>33</sup> También sería pertinente probar la colaboración mediante prueba indiciaria, sin requerir prueba plena o directa. En lugar de referirse a una presunción (cuya legalidad es discutible), este método traslada al OE la carga probatoria sobre la eficiencia. Si bien se llega a la misma conclusión, la presunción y la prueba indiciaria son instituciones jurídicas distintas.

<sup>34</sup> En relación al razonamiento de la agencia de competencia sobre el caso analizado, también podría considerarse que no se refirió a un estándar probatorio específico de las prácticas concertadas en contraposición a un estándar probatorio para otra modalidad de colusión, sino a una situación procesal de insuficiencia de prueba sobre una colusión (bajo cualquiera de las manifestaciones). No obstante, para los objetivos del presente análisis—discutir sobre la interpretación y aplicación eficiente de la norma de competencia en la práctica jurisdiccional— lo relevante es que, incluso en el supuesto de una insuficiencia de prueba para la configuración de un acuerdo o una práctica concertada, bajo cualquier estándar, la SCPM contaba con una herramienta normativa que justamente le permitía flexibilizar el estándar de prueba sobre una conducta dañina para el mercado, a través de la cláusula de manifestación genérica. Esta permitiría adaptar los recursos probatorios disponibles de mejor manera que los estándares rígidos de las manifestaciones tradicionales (acuerdo y práctica concertada), estándares a los cuales se limitó la agencia y en marco de los cuales valoró la prueba disponible. Esta manifestación genérica es la herramienta normativa que no ha sido aprovechada por la autoridad en la lucha contra el cartel.

proceso de adquisición, a través del aumento de los precios, la disminución de la calidad y/o la restricción de la oferta” (OECD, 2016, p. 7). En la contratación pública se comprende como “[...] las prácticas o acuerdos entre postores oferentes en un proceso de licitación convocado por una institución pública, encaminados a vulnerar el principio de competencia abierta y eficaz, en detrimento del interés patrimonial del Estado y en beneficio directo de los postores parte del acuerdo” (San Miguel-Giralt, 2017, p. 377). La evidencia da luz sobre la gran incidencia de estas conductas colusorias (Albano et al., en Dimitri et al. (Eds), 2006, p. 347), especialmente por las cualidades naturales de los procesos de contratación pública: transparencia (Kovacic et al., en Dimitri *et al.* (ed), 2006, p. 381) e interacciones repetitivas entre oferentes (Tanaka y Hayashi, en Khi Thai (ed), 2010, p. 150).

El amañamiento en la contratación pública es infracción por su objeto dada la gravedad que supone para la competencia (Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2013, *Caso C-32/11: Allianz Hungária Biztosító Zrt and Others c. Gazdasági Versenyhivatal*, p. 160). Si bien es variado el mecanismo que pueden adoptar los oferentes para eludir la competencia, de manera general su propósito siempre es incrementar el precio (o disminuir la calidad, que es equivalente) (Connor, 2011, s.p.), y dividir entre los cartelistas el excedente (fijando y rotando el ofertante al que le toca ganar) (OECD, 2012, p. 15). Al reconocer la cooperación ilegal entre OE durante cualquier momento de los procesos públicos de contratación, en cualquier forma manifestada, se busca prevenir todo tipo de falseamiento a la competencia dentro de estos sistemas. La sanción (y con ella la persuasión) se logra a través de su calificación de anticompetitividad por objeto para que sea procedente la aplicación del régimen de presunciones (Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2013, *Caso C-32/11: Allianz Hungária Biztosító Zrt and Others c. Gazdasági Versenyhivatal*, p. 160). No obstante, a todo este desarrollo regulatorio, parece que la autoridad ecuatoriana ha adoptado una perspectiva poco convencional y perniciosa para su propia función en la lucha contra los cárteles en procesos de contratación por ofertas públicas.

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

En el caso SCPM-IIAPMAPR-EXP-033-2015,<sup>35</sup> la SCPM ha desarrollado criterio sobre un supuesto impedimento a la existencia de un cartel en un proceso de contratación pública. Alegó la imposibilidad de asegurar resultado del proceso a través de un acuerdo horizontal:

La LOSNCP, establece que en el procedimiento de contratación pública de menor cuantía, la contratación puede realizarse directamente. En este sentido, de conformidad a la Ley no resulta lógico el cometimiento de acuerdos anticompetitivos entre los proveedores de este tipo de contratación, pues es una facultad discrecional de la entidad contratante la selección del proveedor con el que se desea contratar, cuestión que implica que los competidores en este tipo de contratación pública no puedan asegurar el resultado a través de un acuerdo meramente horizontal. 5.7.- En el ejercicio práctico, el proceso que sigue la menor cuantía ha sido automatizado, pues el mismo se realiza a través del Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador, siendo el sistema el encargado de realizar las invitaciones a los proveedores, y el encargado de seleccionar a la propuesta a ser revisada. Quedando siempre la apertura para que la entidad contratante se manifieste dentro del proceso, y lógicamente en la calificación de las ofertas presentadas (Resolución IIAPMAPR, 2016, Trámite Administrativo SCPM-IIAPMAPR-EXP-033-2015, s.p.).

<sup>35</sup> Caso signado como Trámite Administrativo SCPM-IIAPMAPR-EXP-033-2015, IIAPMAPR.

Adicionalmente, la autoridad agregó que:

Dicha situación ocurre principalmente puesto que el resultado de los procesos de menor cuantía de bienes y servicios depende en mayor medida de factores ajenos a sus participantes, es decir, en la decisión que tome la Entidad Contratante y en la forma de operar del Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador (Resolución IIAPMAPR, 2016, *Trámite Administrativo SCPM-IIAPMAPR-EXP-033-2015*, s.p.).

Para la agencia de competencia no resulta lógica la existencia de un cartel en los casos de contratación pública de menor cuantía y otros en los cuales el órgano estatal conserva, en facultad discrecional, la posibilidad de seleccionar directamente el proveedor a contratar. Esta falta de lógica que aprecia la autoridad se traduciría en la materialidad a través de una inadvertencia de los casos que podrían surgir y por lo tanto en una inacción frente a estos carteles —ciertamente existentes en todo el mundo, como se comentará más adelante—. Incluso se ha extendido esta idea a los procesos de contratación pública por subasta inversa.<sup>36</sup> La lógica sostenida por la autoridad para esta supuesta incapacidad de colusión es la imposibilidad en el propósito de la colaboración entre competidores (“asegurar el resultado”<sup>37</sup>). Para extender este criterio y llegar a concluir una supuesta imposibilidad de aseguramiento en todo proceso de contratación pública, se ha pretendido desvanecer la propia existencia de colaboración entre oferentes por una alegada inexistencia de todo “acuerdo” que tenga este propósito, por tener objeto imposible (Pozo Neira, 2018, pp. 33-35). Sin embargo, esta perspectiva es discutible.

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

En el razonamiento expuesto antes se detectan tres principales falencias: (i) lo que en realidad sanciona la norma es el objeto (búsqueda o intento) de impedir la actuación de las fuerzas del mercado, no su ocurrencia o posibilidad; (ii) la colusión sancionable puede existir como acuerdo, incluso ante la imposibilidad de su objeto, o por cualquier otra manifestación; y, (iii) la interpretación del régimen de competencia debe siempre ser dirigida hacia su finalidad: disuadir, detectar y sancionar carteles; nunca lo opuesto.

En primer lugar, lo sancionable es la búsqueda de resultado, no la obtención de un resultado. La LORCPM art. 11 núm. 6 prescribe al amañamiento en la contratación pública como una práctica restrictiva. Esta disposición considera la posibilidad de que las conductas limitativas de competencia en contratación pública sean anticompetitivas por su objeto o por su efecto. La calificación de la conducta dependerá de la presunción o, en su defecto, del alcance en la distorsión a la competencia.<sup>38</sup> Sin embargo, el RLOCPM art. 8 proscribía, específicamente

<sup>36</sup> Se propone esto con base en la posibilidad que tiene la autoridad pública de, bajo ciertos presupuestos, elegir al contratista directamente (Pozo Neira, 2018, pp. 33-34).

En la fuente citada se critica esencialmente el criterio que tenía la SCPM de definir los mercados relevantes como iguales al código del proceso de contratación pública, lo cual efectivamente causaba esa conclusión. No era lógico que se diga que el mercado relevante era igual al contrato/proceso, pues ello causaba que no exista forma de asegurar el resultado en estricto sentido, pues todos los análisis se veían limitados al “mercado relevante” del contrato. Justamente, dicha definición estrecha excluía la posibilidad de analizar si el cartel operó desde antes de la emisión del presupuesto referencial. Hay que tomar en cuenta que, en el caso de existir influencias indebidas en el presupuesto referencial, se debe aplicar ya no solamente el art. 11 núm. 6 de la LORCPM sino su núm. 21, porque requeriría participación de los funcionarios de la entidad contratante. Esta definición estrecha causaba en la práctica que todos los análisis económicos sean limitados a la etapa de puja y decisión. Por ello se refiere a la importancia de la prueba circunstancial y la necesidad de armonizar la normativa de contratación pública con la legislación de competencia.

<sup>37</sup> Ver LORCPM, art. 11.6, y RLOCPM, art. 8.

<sup>38</sup> Respecto a la distinción entre anticompetitividad por objeto o por efecto, ver la Sección 2 de este trabajo.

por su objeto anticompetitivas, a todas las conductas colusorias en los procesos públicos de contratación. Con esto asegura la aplicación de todo el régimen de presunciones y consecuencias de lucha contra los carteles.

La sanción procede contra conductas durante la presentación de ofertas y posturas o, de cualquier forma, aquellas que busquen un resultado que no se produciría en un equilibrio de libre competencia. Estas dos hipótesis son claramente reconocibles en la norma por la presencia de la partícula disyuntiva “o” precedida por la conjunción “ya sea”. Es decir, ambas hipótesis son posibles para la proscripción y no requiere concurrencia. Por lo tanto, el razonamiento de la autoridad para aseverar la imposibilidad de carteles en la contratación pública únicamente afecta a una de las hipótesis: la búsqueda de resultado. Hasta el momento, entonces, la colusión sí sería posible a través de “actos u omisiones, acuerdos o prácticas concertadas y en general todas las conductas de proveedores u oferentes, cualquiera sea la forma que adopten, [...] en la presentación de ofertas y posturas” (RLORCPM, 2012, art. 8.4). Solo se habría probado imposible para aquellos actos que, como objeto, busquen asegurar el resultado del proceso.

Para llegar a esta alegada imposibilidad del objeto se debería partir de una interpretación que deseche incluso la literalidad de la norma.<sup>39</sup> La norma no requiere que sea posible el aseguramiento de resultados, sino que lo único necesario es que los OE con su cooperación estén “buscando” asegurar un resultado. El texto se refiere a la interferencia en el resultado producto de las fuerzas del mercado, que por su naturaleza es incierto. La “búsqueda” se refiere precisamente a suplantar la dinámica competitiva incierta por la certeza futura mediante cualquier manifestación de restricción horizontal. Es justamente esta la lógica de la presunción de anticompetitividad por objeto: el solo propósito es ilícito.

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

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

Por un lado, desde la doctrina se ha pretendido justificar este intento de desvanecimiento de la práctica anticompetitiva argumentando que el acuerdo entre oferentes tiene objeto imposible a la luz de Código Civil (arts. 1476-1477), teniéndose como supuesto resultado la inexistencia de tal acuerdo y con ello la inexistencia de colusión (Pozo Neira, 2018, pp. 33-35).<sup>40</sup> Aquí se podría incurrir en una falla. No se puede asimilar la figura de “acuerdo” en DDC

<sup>39</sup> El Código Civil de Ecuador (CC) respecto a la interpretación de la ley prescribe: “[c]uando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu” (art. 18).

<sup>40</sup> También podría comprenderse que se argumenta la imposibilidad de conjugar el tipo por imposibilidad de asegurar el resultado. Desde esta perspectiva, no se negaría la existencia de la colaboración sino su capacidad de “asegurar el resultado”, conforme a los prescrito por la LORCPM art. 11 núm. 6.

con aquella institución contractual de los negocios jurídicos. No es preciso analizar y concluir que un acuerdo entre OE para falsear la competencia no puede existir jurídicamente por tener objeto imposible y que, por lo tanto, no pueda ser capturado por el régimen de competencia. El DDC atiende a la realidad económica (LORCPM, 2011, art. 3). Son irrelevantes los medios que los OE adopten para ello (ya sea o no un contrato jurídicamente existente, válido o no). Aún más grave es pensar que el objeto imposible desvanece un acuerdo anticompetitivo pues, si fuese así la lógica del DDC, ningún acuerdo o práctica concertada entre OE para alterar la competencia sería sancionable, justo por padecer de objeto ilícito y por lo tanto ser nulo a la luz del Derecho Civil. Esta interpretación carecería de sentido dentro de los fines del DDC y los de la lucha contra el daño al mercado.

Por otro lado, partiendo de lo ya mencionado sobre lo verdaderamente sancionable —el objeto y no la forma de manifestación de la colusión—, tampoco parecería preciso tener como premisa que la inexistencia de acuerdo disipa todo acto de voluntad. Para el DDC la voluntad anticompetitiva se verifica con la sola actuación (a veces hasta con la aquiescencia<sup>41</sup>). El RLORCPM art. 8 núm. 4 contempla por objeto anticompetitivo a todo falseamiento a la competencia en las ofertas públicas y en la búsqueda de aseguramiento de resultado en la contratación, sin importar su forma de manifestación. Por lo que la colusión no necesariamente debe darse en forma de acuerdo, sino que puede ser de diversas formas, como por ejemplo el intercambio de información (Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2009, *Caso C-8/08: T-Mobile Netherlands BV c. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, párr. 35). Ningún régimen civil sobre existencia o validez de los negocios jurídicos podría limitar la existencia material y económica de la práctica anticompetitiva. En consecuencia, hasta en la situación en que se llegue a asimilar un acuerdo anticompetitivo con un contrato, y por ende se derive en su inexistencia, toda otra forma de materialización de la cooperación entre OE oferentes es sancionable.

En tercer lugar, parecería erróneo el interpretar el estándar normativo para darle un sentido de inaplicabilidad u obsolescencia. No guardaría sentido el sostener que, debido al asincronismo entre el régimen administrativo y el DDC, se deba dejar de sancionar a un cartel que justamente pretende afectar a la administración, al derecho público, al bienestar y estabilidad económica de un Estado, a través de actos particulares ilícitos. Aun cuando se evite la inteligencia literal de la ley (Recasens Siches, 2003, p. 251, citado en Covarrubias Rivera, 2019, s.p.) (que en este caso es dudosa), la interpretación debe realizarse hacia el objetivo de la norma.<sup>42</sup> La interpretación que se otorgue a la norma debe siempre ser en sentido en el cual el régimen cumpla con su finalidad pública, en este caso: disuadir, detectar y sancionar a los cárteles. Nunca se la debería interpretar hacia el cuestionable de pensar que en Ecuador es imposible la cartelización porque en ciertas circunstancias el Estado tiene margen de acción en las compras públicas.

Se parte de la idea que la competencia tiene como resultado mayores beneficios económicos en relación a los recursos públicos que son destinado a la contratación con terceros, así como limitar la discrecionalidad de las autoridades públicas, para asegurar un mercado transparente que goce de un trato igualitario para todos los oferentes (Directiva 2014/24/EU del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo sobre contratación pública,

<sup>41</sup> LORCPM, art. 77.6. En el sistema europeo esta cuestión ha sido desarrollada en el Caso C-199/92P (Court of Justice of the European Union, 1999, párr. 155).

<sup>42</sup> Celso aseveraba que “no consiste el entender las leyes en retener sus palabras, sino en comprender sus fines y sus efectos” (Celso Givuenzo, como se citó en Heinrich Honsell, 1976, p. 111). Larrea Holguín (1978) sostuvo que “[i]nterpretar la ley equivale a entenderla en su recto sentido y aplicarla debidamente” (s.p.).

2014, considerandos 1 y 2). Esto es posible dado que la competencia es una herramienta para que el comprador público alcance los beneficios de las presiones competitivas sobre los oferentes del mercado cerrado en el cual se desarrolla la contratación pública; así como un instrumento para prevenir el favoritismo y otras prácticas corruptas en perjuicio del Estado (Trepte, 2004, pp. 57 y 61).

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

Como desenlace, la interpretación que ha creado la SCPM sobre la inoportunidad de colusión en contratación pública, lleva únicamente a una conclusión que mina el objetivo mismo del DDC. Se afecta a la detección de los carteles porque sería imposible que se configure el estándar legal para su reconocimiento. Se afecta a la sanción de aquellos que sí busquen manipular el proceso de contratación. Y, también se afecta a la disuasión de creación de carteles, pues los OE comprenderán que pueden cooperar durante el proceso de contratación, incluso a través del intercambio de información, debido a que la autoridad no considerará que su conducta tiene efectos posibles. Esto es inconcebible, pues la existencia de carteles en los procesos de contratación es combatida por gran parte de los ordenamientos de competencia a nivel mundial (Australian Competition and Consumer Commission, 2019, p. 2), por obvias razones.

## 5. Conclusión

En una economía con base en el libre mercado, como la de Ecuador, es esencial proteger la competencia para alcanzar el bienestar social. Se debe combatir a los carteles porque vulneran los elementos más sensibles de una economía: precios, oferta, mercados, consumidores, y presupuesto estatal (European Commission, 2016, p. 14). Por ello, los carteles son sancionables por su sola existencia. El DDC lucha disuadiendo su creación, detectando a los existentes y sancionando a los capturados. La eficacia de este sistema depende de la autoridad administrativa y judicial. Sin embargo, se ha visto que la práctica decisional de ambas autoridades ha desnaturalizado algunos elementos del sistema de lucha contra los carteles.

La CNJ de Ecuador ha instaurado la regla anglosajona de la razón, desechando las reglas de anticompetitividad por objeto y efecto, textualmente establecidas en la ley.<sup>43</sup> Sin la anticompetitividad “por objeto”, la autoridad de competencia ya no cuenta a su

<sup>43</sup> Como se ha explicado en la nota al pie 19 de este trabajo, aun sin ser es un precedente vinculante, salvo para el caso concreto, las decisiones que rodean a tal proceso implican riesgos al interés general y a la seguridad jurídica de los particulares.

favor con la presunción de ilicitud de los carteles. Se ha invertido la carga probatoria sobre la autoridad respecto de sus efectos, además que deberá ponderar aquellos negativos en relación a los positivos. Por otro lado, la SCPM ha limitado su propia acción al imponerse la manifestación de los carteles como una tipificación con un estándar probatorio más alto que aquel que le habilita la norma legal. También ha desestimado la prueba indirecta y el régimen de presunciones, exigiéndose a sí misma la obtención de evidencia dura. Esto resulta en una gravosa carga probatoria para combatir los carteles que por naturaleza existen en las sombras. Por último, la SCPM ha descartado la sanción a la colusión en los procesos de contratación pública por una supuesta imposibilidad de aseguramiento del resultado. Ha ocurrido a pesar de que la propia norma sanciona el solo propósito de buscar un resultado con la cooperación entre los oferentes. Esta interpretación es notoriamente errónea por contravenir el fin mismo de régimen de esta materia: sancionar la colaboración que pueda distorsionar la competencia.

Si bien el marco teórico empleado para el análisis realizado en este trabajo se ha limitado a tomar como fuentes formales del Derecho a pocos artículos de la ley de competencia ecuatoriana y de su reglamento (como normas jurídicas legales) y a jurisprudencia extranjera (claramente carente de efectos jurídicos en el Estado ecuatoriano), esto ocurre por dos razones. Por un lado, el régimen legal doméstico referente a los carteles se limita a los articulados citados. Por otro lado, el desarrollo de este régimen depende justamente de la calidad y cantidad —además de publicidad— de las decisiones tanto administrativas como judiciales en materia de competencia. Si bien es criticable la (in)aplicabilidad al contexto nacional de las doctrinas y criterios técnico-normativos presentados —con motivo de las resoluciones extranjeras—, la invitación que se abre con este trabajo es a que los responsables del crecimiento y fortalecimiento del régimen de competencia ecuatoriano se nutran de las experiencias y desarrollos normativos (jurisprudenciales, doctrinarios y con base en principios jurídicos generales) que otras autoridades de competencia ya han alcanzado. El diseño normativo requiere ser dinámico, no esperanzado únicamente en crear y reformar insistentemente leyes, sino también en la práctica del Derecho en manos de las autoridades jurisdiccionales, mediante sus estructurados razonamientos, doctrinas judiciales desarrolladas y precedentes públicos instaurados, siempre con el mayor nivel técnico que responda a la coherencia jurídica, pero también a las fuentes materiales del Derecho.

El resultado de este análisis es que Ecuador actualmente sufre una debilitada lucha contra los carteles existentes y futuros en su “libre” mercado. En un país con un desarrollo económico estancado (en el mejor de los casos, enlentecido), nos obliga a preguntarnos ¿en Ecuador se protege eficazmente la competencia? Nos abre los ojos al escenario “competitivo” al cual se enfrentan los empresarios, los inversionistas y los consumidores. Parece ser importante que las autoridades reconsideren estas interpretaciones hacia una verdadera protección del bienestar social. Asimismo, está en sus manos volver a alimentar la seguridad jurídica para los actores económicos, especialmente considerando el hermetismo que en la actualidad envuelve a las resoluciones de la autoridad de competencia y su dificultad de acceso público.<sup>44</sup> Ecuador, como muchos otros Estados, padece de este cáncer llamado carteles, pero cuenta teóricamente con las medidas preventivas, el mecanismo de detección adecuado y el tratamiento combativo; solo es necesario aplicarlo correctamente.

<sup>44</sup> No se han publicado la mayoría de resoluciones de archivo y desde 2020 tampoco las sancionatorias.

## Referencias bibliográficas

- Albano, G.L., Buccirosi, P., Spagnolo, G., y Zanza, M. (2006). Preventing Collusion in Public Procurement. En N. Dimitri, G. Piga, y G. Spagnolo (Eds). *Handbook of Procurement* (pp. 347-380). Cambridge: Cambridge University Press.
- American Bar Association (2005). *Competition Laws Outside the United States*, First Supplement. New York: American Bar Association.
- Australian Competition and Consumer Commission (2019). *Cartels deterrence and detection: A guide for government procurement professionals*. Canberra: Commonwealth of Australia.
- Black, O. (2008). Agreement: Concurrence of Wills, or Offer and Acceptance? *European Competition Journal*, 4:1, pp. 103-125. <https://doi.org/10.5235/ecj.v4n1.103>
- Caliskan S. (2019). Individual Behaviour, Regulatory Liability, and a Company's Exposure to Risk: The Deterrent Effect of Individual Sanctions in UK Competition Law. *Journal of European Competition Law & Practice*, 10(6), pp. 386-393. <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpz018>
- Caro de Sousa, P., y Maiorano, F. (2017). Safe Harbours and Legal Presumptions in Competition Law. *Presentado ante Directorate for Financial And Enterprise Affairs*. Competition Committee OECD. 5-6 de diciembre de 2017.
- Celsio Giuvenzo. Digesto Justiniano, Libro I, Título 3, leyes 17. Citado en Heinrich Honsell (1976). In fraudem legis agree. En Medicus y Seiler (Eds). München: Festschrift fur Max Kaser.
- Veljanovski, C. (2007). Cartel fines in Europe: Law, Practice and Deterrence. *World Competition*, 30(1), pp. 65-86. <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/World+Competition/30.1/WOCO2007004>
- Dnes, S. (2016). Object and effect: What role for structured evidence rules? *Competition Law Review*, 11(2), pp. 239-254. <https://discovery.dundee.ac.uk/en/publications/object-and-effect-what-role-for-structured-evidence-rules>
- Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press.
- Endicott, T. (2012). Legal Interpretation. En A. Marmor (ed). *The Routledge Companion to Philosophy of Law*. Abington: Routledge.
- Estrada, A. (2004). Protocolos TCP/IP de Internet. *Revista Digital Universitaria*, 5(8), pp. 1-7. [http://www.revista.unam.mx/vol.5/num8/art51/sep\\_art51.pdf](http://www.revista.unam.mx/vol.5/num8/art51/sep_art51.pdf)
- Federal Trade Commission (2019). *FTC's Bureau of Competition Launches Task Force to Monitor Technology Markets*. <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2019/02/ftcs-bureau-competition-launches-task-force-monitor-technology>
- Federal Trade Commission y United States Department of Justice (2000). Antitrust Guidelines for Collaborations among Competitors. [https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public\\_events/joint-venture-hearings-antitrust-guidelines-collaboration-among-competitors/ftcdojguidelines-2.pdf](https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_events/joint-venture-hearings-antitrust-guidelines-collaboration-among-competitors/ftcdojguidelines-2.pdf)
- Ivaldi, M., Jenny, F., y Khimich, A. (2017). Cartel Damages to the Economy: An Assessment for Developing Countries. En M. Martinez Licetti, G. Pop, S. Nyman y T. P. Begazo Gomez (Eds). *A Step Ahead: Competition Policy for Shared Prosperity and Inclusive Growth* (pp. 75-110). Washington, DC: World Bank.
- Jenny, F. (2006). Cartels and Collusion in Developing Countries: Lessons from Empirical Evidence. *World Competition*, 29(1), pp. 109-137. <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/World+Competition/29.1/WOCO2006007>

- Jones, T. M., Donaldson, T., Freeman, R., Harrison, J., Leana, C., Mahoney, J., Pearce, J. (2016). Management theory and social welfare: contributions and challenges. *Academy of Management Review*, 41(2), pp. 216-228. <https://doi.org/10.5465/amr.2016.0012>
- Kovacic, W., Marshall, R., Leslie, M., Raiff, M. (2006). Bidding Rings and the Design of Anti-Collusive Measures for Auctions and Procurements. En N. Dimitri, G. Piga, y G. Spagnolo (Eds). *Handbook of Procurement* (pp. 381-411). Cambridge, Cambridge University Press.
- Kwok, K. (2019a). Object and Intention under Article 101 TFEU: Lessons from Australia, New Zealand and Analytical Jurisprudence. *Common Law World Review*, 48(3), pp. 114-141. <https://doi.org/10.1177/1473779519862801>
- Kwok, K. (2019b). The Concept of 'Agreement' under Article 101 TFEU: A Question of EU Treaty Interpretation. *European Law Review*, 44 (2), pp. 196-221. <https://ssrn.com/abstract=3364499>
- Larrea Holguín, J. (1978). *Derecho Civil del Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Ma, J. y Marquis, M. (2018). Moral wrongfulness and cartel criminalization in East Asia. *Arizona Journal of International & Comparative Law*, 35(3), pp. 377-434. [http://arizonajournal.org/wp-content/uploads/2019/04/01\\_MarquisMa.pdf](http://arizonajournal.org/wp-content/uploads/2019/04/01_MarquisMa.pdf)
- Maher, I. (2017). The Challenge of European Competition Network Convergence in the Definition of Harm to Competition. En Gerard, Merola, y Meyring (Eds). *The Notion of Restriction of Competition: Revisiting the Foundations of Antitrust Enforcement in Europe* (s.p.). Bruselas: Bruylant. <http://hdl.handle.net/10197/8550>
- Na'aim M., Rajamanickam, R., Razak, M., Idris, N., Abdullah, F. (2019). *The Use of Leniency Programme in Detecting Cartels in Malaysia*. Academic Journal of Interdisciplinary Studies, 8(2), pp. 226-238. <https://www.mcser.org/journal/index.php/ajis/article/view/10474>
- Notices from European Union Institutions, Bodies, Offices and Agencies (2011). *Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements*. Official Journal of the European Union. 14 de enero de 2011.
- OECD (2020a). *OECD Competition Trends 2020*. <http://www.oecd.org/competition/oecd-competition-trends.htm>
- OECD (2020b). *International Cartels Database*. [https://qdd.oecd.org/subject.aspx?Subject=OECD\\_HIC](https://qdd.oecd.org/subject.aspx?Subject=OECD_HIC)
- OECD y World Trade Organization (2019). *Aid for Trade at a Glance 2019: Economic Diversification and Empowerment*. Paris. <https://doi.org/10.1787/18ea27d8-en>
- Pozo Neira F. (2018). Acuerdos colusorios en la contratación pública en Ecuador: ¿un tipo sancionador imposible? *Revista IURIS*, 2(17), pp. 17-40. <https://publicaciones.ucuena.edu.ec/ojs/index.php/iuris/article/view/2954>
- Recasens Siches, L. (2003). Introducción al Estudio del Derecho. México: Porrúa. Citado en Covarrubias Rivera, A. (2019). *Análisis e interpretación de las leyes fiscales en México: Aportes para un modelo teórico*. México: IMCP.
- San Miguel-Giralt, J. (2017). Contratación pública y colusión. *Derecho de competencia frente al derecho administrativo*. *Vniversitas*, 66 (135), pp. 377-420. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj135.cpcd>
- Scordamaglia-Tousis, A. (2013). EU Cartel Enforcement: Reconciling Effective Public Enforcement with Fundamental Rights. *International Competition Law Series*, 54.

- Tamayo Arboleda, F. L. (2013). El principio de tipicidad como límite al poder punitivo del Estado (Comentarios al artículo 10 Código Penal Colombiano). *Nuevo Foro Penal*, 80, pp. 34-81. <https://doi.org/10.17230/nfp.9.80.2>
- Tanaka, S., y Hayashi, S. (2010). Bid-Rigging in Japanese Public Procurement. En K. Thai (ed). *Towards New Horizons in Public Procurement*. Boca Raton: PrAcademics Press.
- Trepte, P. (2004). Regulating Procurement. *Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation*. Oxford: Oxford University Press.
- United States Department of Justice Antitrust Division (2016). Anti-cartel Enforcement Template. Cartels Working Group – Subgroup 2: Enforcement Techniques. <https://www.justice.gov/atr/page/file/957596/download>
- Volpin, C. (2014). The ball is in your court: Evidential burden of proof and the proof-proximity principle in EU competition law. *Common Market Law Review*, 51(4), pp. 1159-1185. [https://www.researchgate.net/publication/287098196\\_The\\_ball\\_is\\_in\\_your\\_court\\_Evidential\\_burden\\_of\\_proof\\_and\\_the\\_proof-proximity\\_principle\\_in\\_EU\\_competition\\_law](https://www.researchgate.net/publication/287098196_The_ball_is_in_your_court_Evidential_burden_of_proof_and_the_proof-proximity_principle_in_EU_competition_law)
- Whish, R., y Bailey, D. (2018). *Competition Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Wils, W. P. J. (2007). Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice. En S. Voigt, M. Albert y, D. Schmidtchen (Eds). *The More Economic Approach to European Competition Law, Conferences on New Political Economy*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Zhang, J., y Zhao, N. (2011). Research on the Market Economy Model. *International Proceedings of Economics Development and Research*, 7, pp. 106-109. <http://www.ipedr.com/vol7/23-D10017.pdf>

### **Sentencias, resoluciones y procesos**

- Comisión de Resolución de Primera Instancia SCPM (2019). *Trámite Administrativo SCPM-CRPI-2015-019*. Resolución de 1 de abril de 2019.
- Comisión de Resolución de Primera Instancia SCPM (2019). *Trámite Administrativo SCPM-CRPI-2015-019*. Resolución de 5 de julio de 2019.
- Comisión de Resolución de Primera Instancia SCPM (2019). *Trámite Administrativo SCPM-CRPI-2015-019*. Resolución de 8 de octubre de 2019.
- Corte de Justicia de la Unión Europea (1966). *Caso 56/65: Société Technique Minière (L.T.M.) c. Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*. Sentencia de 30 de junio de 1966.
- Corte de Primera Instancia de la Unión Europea (1994). *Caso T-17/93: Matra Hachette c. Commission of the European Communities*. Decisión de 15 de julio de 1994.
- Corte de Primera Instancia de la Unión Europea (2002). *Caso T-21/99: Dansk Rørindustri c. Commission of the European Communities*. Decisión de 20 de marzo de 2002.
- Corte Nacional de Justicia, Sala de los Civil y Mercantil (2013). *Resolución N° 97-2013*. 1 de marzo de 2013.
- Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo (2017). *Recurso de Casación dentro del proceso N° 17811-2016-01271*. Escrito de recurso de casación presentado por Recuperación de Capital Contact Center RECAPT SA. 7 de septiembre de 2017.
- Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo (2017). *Recurso de Casación dentro del proceso N° 17811-2016-01271*. Sentencia de 19 de octubre de 2017.

- Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo (2017). *Recurso de Casación dentro del proceso N° 17811-2016-01271*. Recurso iniciado el 7 de septiembre de 2017.
- Corte Suprema de Estados Unidos (1899). *Addyston Pipe and Steel Co. c. United States*. Sentencia de 4 de septiembre de 1899.
- European Commission (2008). *Caso COMP/39188 [Bananas]: European Commission c. Chiquita Brands International Incorporated and others*. Resolución de 15 de octubre de 2008.
- IIAPMAPR (2013). *Trámite Administrativo SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026*. Resolución de 7 de septiembre de 2015.
- (2013a). *Trámite Administrativo SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026*, abierto el 20 de noviembre de 2013.
- (2013b). *Trámite Administrativo SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026*. Denuncia incorporada en el expediente del de octubre de 2013.
- (2015). *Trámite Administrativo SCPM-IIAPMAPR-EXP-033-2015*. Resolución de 26 de julio de 2016.
- (2016a). *Trámite Administrativo SCPM-IIAPMAPR-EXP-020-2016*. Informe de Investigación Preliminar No. SCPM-IIAPMAPR-DNIAPR-21-2018, de 22 de mayo de 2018.
- (2016b). *Trámite Administrativo SCPM-IIAPMAPR-EXP-020-2016*. Informe de Resultados de Investigación Preliminar No. SCPM-IIAPMAPR-DNIAPR-018-2017.
- (2016c). *Trámite Administrativo SCPM-IIAPMAPR-EXP-020-2016*. Informe de Investigación Preliminar No. SCPM-IIAPMAPR-DNIAPR-21-2018 de 22 de mayo de 2018.
- (2018). *Trámite Administrativo SCPM-IIAPMAPR-EXP-020-2016*. Resolución de 22 de mayo de 2018.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea (1966). *Caso C-56/64: Consten and Grundig c. Comisión Europea*. Sentencia de 13 de julio de 1966.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea (1983). *Casos 100-103/80: Musique Diffusion Française c. Comisión Europea*. Sentencia de 7 de junio de 1983.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea (1989). *Caso C-246/86: SC Belasco and Others c. Comisión Europea*. Sentencia de 11 de julio de 1989.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea (1999). *Caso C-199/92P: Hüls AG c. Commission of the European Communities*. Sentencia de 8 de julio de 1999.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea (1999). *Caso C-49/92 P Comisión Europea c. Anic Partecipazioni SpA*. Sentencia de 8 de julio de 1999.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2000). *Caso T-41/96: Bayer AG c. Comisión Europea*. Sentencia de 26 de octubre de 2000.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2002). *Caso T-21/99: Dansk Rørindustri c. Comisión Europea*. Sentencia de 20 de marzo de 2002.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2004). *Casos C-204/00 P: Aalborg Portland A/S y otros c. Comisión Europea*. Sentencia de 7 de enero de 2004.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2008). *Caso C-209/07: Competition Authority c. Beef Industry Development Society Ltd and Barry Brothers Meats*. Sentencia de 4 de septiembre del 2008.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2008). *Caso T-99/04: AC-Treuhand c. Comisión Europea*. Sentencia de 8 de julio de 2008.

- Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2009). *Caso C-501/06 P: GlaxoSmithKline Services y otros c. Comisión Europea y otros*. Sentencia de 6 de octubre de 2009.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2009). *Caso C-8/08: T-Mobile Netherlands BV c. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*. Sentencia de 4 de junio de 2009.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2013). *Caso C-32/11: Allianz Hungária Biztosító Zrt and Others c. Gazdasági Versenyhivatal*. Sentencia de 4 de marzo de 2013.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2013). *Caso C-32/11: Allianz Hungária Biztosító Zrt and Others c. Gazdasági Versenyhivatal*. Sentencia de 4 de marzo de 2013.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2013). *Caso T-587/08: Fresh Del Monte Produce c. European Commission*. Sentencia de 14 de marzo de 2013.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2017). *Caso T-180/15: Icap plc and Others c. Comisión Europea*. Sentencia de 10 de noviembre de 2017.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Caso C-551/03: General Motors c. Comisión Europea*. Sentencia de 2005.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Caso C-96/82: IAZ c. Comisión Europea*. Sentencia de 8 de noviembre de 1983.
- Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N° 1. *Proceso Contencioso Administrativo por Subjetivo N° 17811-2016-01271*. Sentencia de 19 de mayo de 2017.
- Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N° 1. *Proceso Contencioso Administrativo por Subjetivo N° 17811-2016-01271*. Demanda de 13 de julio de 2016.
- Tribunal General de la Unión Europea (1991). *Caso T-1/89 (Polypropylene): Rhône-Poulenc c. Comisión Europea*. Sentencia de 24 de octubre de 1991.
- Tribunal General de la Unión Europea (2006). *Caso T-44/02 OP: Dresdner Bank AG c. Comisión Europea*. Sentencia de 27 de septiembre de 2006.
- Tribunal General de la Unión Europea (2007). *Caso T-109/02: Balloré c. Comisión Europea*. Sentencia de 26 de abril de 2007.
- Tribunal General de la Unión Europea (2009). *Caso C-8/08: T-Mobile Netherlands y otros*. Petición de decisión prejudicial de 4 de junio de 2009.
- Tribunal General de la Unión Europea (2011). *Caso T-113/07: Toshiba c. Comisión Europea*. Sentencia de 12 de julio de 2011.

### **Observaciones, opiniones, recomendaciones e informes**

- Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee (2019). *Review of the Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels [OECD/LEGAL/0294]*. Organisation for Economic Co-operation and Development. 4 de julio de 2019.
- European Commission (2004). *Guidelines on the Application of Article 81(3) of the Treaty (Article 101(3) Guidelines). Communication from the Commission*. 2004/OJ/C 101/97. 27 de abril de 2004.
- European Commission (2009). *Report on Competition Policy 2008*. Bruselas, 23 de julio de 2009.
- European Commission (2011). *Report on Competition Policy 2010*. Bruselas, 10 de junio de 2011.
- European Commission (2014). *Guidance on restrictions of competition 'by object' for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice. Commission Staff Working Documents*. Bruselas, 25 de septiembre de 2014.
- European Commission. *Report on Competition Policy 2015*. Bruselas, 15 de junio de 2016.

- OECD (2016). *Fighting bid rigging in public procurement, Report on implementing the OECD Recommendation*. Secretary General of the OECD.
- OECD Competition Committee (2012). *Recommendation of the OECD Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement*. 17 de julio de 2012.
- OECD Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee (2011). *Information Exchanges Between Competitors Under Competition Law*, DAF/COMP. 11 de julio de 2011.

### Tratados y legislación

- Asamblea Constituyente de Ecuador (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.
- Asamblea Nacional (2011). *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM)*. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre de 2011.
- Asamblea Nacional (2017). *Código Orgánico Administrativo (COA)*. Registro Oficial Suplemento No. 31 de 7 de julio de 2017.
- Congreso Nacional (2005). *Código Civil (CC)*. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.
- Parlamento Europeo y Consejo Europeo sobre contratación pública. *Directiva 2014/24/EU*. 26 de febrero de 2014.
- Presidencia de la República del Ecuador (2012). *Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (RLORCPM)*. Registro Oficial No. 697 de 7 de mayo de 2012.
- Unión Europea (1957). *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*. Firmado en Roma en 1957.
- Unión Europea (2014). *Directiva 2014/24/EU del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE Texto pertinente a efectos del EEE*. 26 de febrero de 2014.

### Conferencias

- Connor, J. (2011). Price Effects of International Cartels in Markets for Primary Products. Presentado en *Symposium on Trade in primary Product Markets and Competition Policy at the World Trade Organization*. 22 de septiembre de 2011.
- Italianer, A. (2013). Competitor agreements under EU competition law. Presentado en *40th Annual Conference on International Antitrust Law and Policy*. Nueva York: Fordham Competition Law Institute. 26 de septiembre de 2013.
- Monti, M. (2000). Fighting Cartels Why and How? Why should we be concerned with cartels and collusive behaviour? Presentado en *3rd Nordic Competition Policy Conference*, Estocolmo. 11-12 de septiembre de 2000.
- Powers, R. A. (2019). Remarks as Prepared for the American Bar Association Public Contract Law Section's 2019 Public Procurement Symposium. *Department of Justice, San Diego-California*. 25 de octubre de 2019.
- Trade and Development Board (2013). The impact of cartels on the poor. Presentado en *United Nations Conference on Trade and Development*, Ginebra. 8-12 de julio de 2013.