

Control de carteles en Ecuador: la independencia entre operadores económicos

Cartel Control in Ecuador: Independence Between Undertakings

MARISOL AGUIRRE MOREJÓN*
JORGE VINICIO DUQUE SAGUAY**

Recibido / Received: 20/01/25

Aceptado / Accepted: 03/10/25

DOI: <https://doi.org/10.18272/ulr.v12i2.3778>

Citación:

Aguirre Morejón, Marisol y Jorge Vinicio Duque. “Control de carteles en Ecuador: la independencia entre operadores económicos”. *USFQ Law Review* vol. 12, n°. 2. (noviembre de 2025): <https://doi.org/10.18272/ulr.v12i2.3778>.

* Estudio Jurídico Morales y Asociados, abogada asociada, casilla postal 170505, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: marisolaguirremorejon@gmail.com, ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0001-5826-5656>.

** Robalino Abogados, asociado senior del departamento de Derecho de la Competencia, casilla postal 170505, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: jorge.duque92@gmail.com, ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-2286-5622>.

RESUMEN

Con el objetivo de corregir las distorsiones a la libre competencia en los procedimientos de contratación pública, la Superintendencia de Competencia Económica ha emitido resoluciones controversiales. En ellas, se sostiene que un mismo grupo económico puede incurrir en acuerdos colusorios. La postura de la Superintendencia de Competencia Económica, reflejada en las resoluciones analizadas en este trabajo, parte de la premisa de que la vinculación entre operadores económicos en procesos de compras públicas supone, por sí sola, un acuerdo anticompetitivo. Este criterio contradice la piedra angular del control de acuerdos colusorios desarrollada por la doctrina y la práctica internacionales, que exigen la concurrencia de dos o más operadores económicos independientes para la configuración de un acuerdo de esta naturaleza.

PALABRAS CLAVE

Cartel; independencia; colusión; prácticas concertadas; acuerdos; apariencia de competencia

ABSTRACT

To address distortions of free competition in public procurement, the Superintendence of Economic Competition has issued some controversial resolutions. These resolutions take the position that a single economic group can engage in collusive agreements. This interpretation, as reflected in the resolutions discussed in this paper, is based on the premise that any form of connection between undertakings involved in public procurement automatically constitutes an anticompetitive agreement. Such an approach stands in contrast to the fundamental principles of cartel enforcement established by international doctrine and practice, which require the involvement of two or more independent undertakings for a collusive agreement to exist.

KEYWORDS

Cartel; independence; collusion; concerted practices; agreements; appearance of competition

1. INTRODUCCIÓN

Las infracciones más insólitas en contra de la libre competencia se derivan del reemplazo de la incertidumbre inherente al proceso competitivo por la coordinación entre operadores económicos. En este contexto, los acuerdos colusorios y, en extremo, los carteles, son considerados un “cáncer para la economía que conviene erradicar dado que privan a los consumidores de los beneficios que resultan de la existencia de libre competencia en los mercados, como precios más baratos, diversidad de productos o la continua innovación”¹. Es común, por tanto, que las autoridades de competencia económica persigan álgidamente este tipo de conductas como medio para procurar la existencia de una verdadera competencia en el mercado.

Tales conductas se basan en “la existencia de un concurso de voluntades entre al menos dos partes, siendo irrelevante la forma en que esta se manifieste siempre que constituya la expresión fiel de la voluntad de las partes”². Este concurso de voluntades puede incidir en cualquier nivel de la cadena productiva (*i. e.* acuerdos horizontales o verticales). Sin embargo, aquellos acuerdos cuyos efectos resultan más perniciosos para la libre competencia son aquellos generados entre competidores (*i. e.* carteles o acuerdos horizontales). Así, conforme lo ha anotado la Comisión de Resolución de Primera Instancia (en adelante CRPI) de la Superintendencia de Competencia Económica (en adelante SCE):

Los acuerdos colusorios de tipo horizontal son los más perjudiciales bajo la lupa del derecho de competencia, puesto que, por un lado, sustituyen la actuación autónoma en el mercado por una que resulta de la concertación donde los intereses comunes sobrepasan la libre concurrencia, y, por otro lado, monopolizan niveles completos de la cadena productiva, evitando todo tipo de competencia³.

El presente artículo se refiere primordialmente a este último tipo de acuerdos considerando, además, que la atención de la SCE ha sido apostada casi en su totalidad a los acuerdos entre competidores dada su predilección por el control de los procedimientos de compras públicas como medio para combatir la colusión en Ecuador⁴. Para el año 2024, los procesos de contratación o compra pública representaron un 5,5 % del producto interno bruto, según

1 José María Beneyto y Jerónimo Maillou, *Tratado de derecho de la competencia: Unión Europea y España*, (Barcelona: Wolters Kluwer, 2017), 286.

2 Casos n.º C-2/01 P y C-3/01 P, Corte de Justicia Europea, 6 de enero de 2004.

3 Resolución n.º SCPM-CRPI-025-2021, Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Competencia Económica, Expediente n.º SCPM-CRPI-025-2021, 17 de diciembre de 2021.

4 De acuerdo con el examen inter pares realizado por la OCDE sobre el derecho y política de competencia en Ecuador: “en el período de 6 años desde 2014 hasta 2019, la CRPI adoptó un total de 12 decisiones de acuerdos y prácticas restrictivas finales. **Once de estas decisiones involucraron colusión en contrataciones públicas**” (énfasis añadido).

independientes a nivel económico y jurídico entre sí”⁷. No obstante, algunos pronunciamientos de la CRPI en materia de acuerdos colusorios han generado incertidumbre acerca de la verificación de este requisito, dado que, a juicio de esa autoridad, es plausible la existencia de un acuerdo anticompetitivo incluso en el evento en que no converjan dos o más operadores económicos independientes. Ello plantea un serio problema jurídico: ¿se puede considerar como cartel la coordinación entre entidades que pertenecen a un mismo operador económico y, por ende, carecen de independencia? Esta premisa plantea el problema jurídico que pretende resolver este artículo, a saber: ¿pueden coludir dos operadores económicos que no son independientes entre sí?

Tal cuestionamiento es, por demás, relevante para la práctica del derecho de competencia en Ecuador, toda vez que el paradigma planteado por la CRPI puede llevar a extremos, como considerar que un acuerdo intragrupo puede constituir un cartel. En este contexto, a fin de aportar elementos para una adecuada identificación de los supuestos calificadores de un acuerdo anticompetitivo bajo el derecho de la competencia ecuatoriano, el presente trabajo analiza las inconsistencias en las que ha incurrido la CRPI al calificar como acuerdos anticompetitivos a conductas gestadas entre operadores económicos que no son independientes entre sí.

2. DECISIONES CLAVE PARA ENTENDER EL CONTROL DE CARTELES EN ECUADOR

Para ilustrar cómo la SCE y la CRPI, en particular, han analizado el requisito de la independencia entre operadores económicos, se estudian dos decisiones que han generado particular interés en la doctrina ecuatoriana⁸. Estas resoluciones no solo evidencian la forma en que la CRPI ha enfocado el requisito de la independencia entre operadores económicos, sino que permiten a su vez aportar elementos de discusión para una persecución saludable y eficaz de los carteles en Ecuador.

2.1. PRIMER CASO: CRPI C. MARÍA MORILLO, JORGE NÚÑEZ, ALBA RIVERA Y NANCY ARIAS

El 21 de marzo de 2018, el Servicio Nacional de Contratación Pública (en adelante SERCOP) solicitó a la SCE la investigación de un presunto acuerdo anticompetitivo entre las siguientes personas naturales: María Morillo, Jorge Núñez, Alba Rivera y Nancy Arias (en adelante Familia)⁹. Los integrantes de

⁷ Ibid.

⁸ Ver, Enrique Alvario, “Caso Zumba: Acción de protección y concepto de grupo económico”. <https://centrocompetencia.com/caso-zumba-accion-de-proteccion>.

⁹ SERCOP. Oficio n.º SERCOP-SDG-2018-0268-OF del 21 de marzo de 2018.

la Familia forman parte de una misma estructura social, conforme se desprende del siguiente detalle:

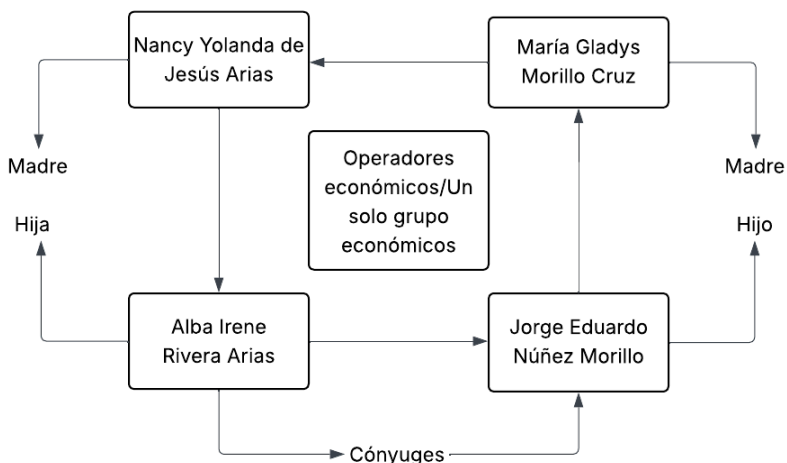


Gráfico 1. Relación familiar de las personas involucradas¹⁰

Con base en la resolución emitida el 17 de diciembre de 2021, dentro del Expediente SCPM-CRPI-025-2021 (en adelante Resolución), las actividades económicas de la Familia se encontraban entrelazadas como si de un solo operador económico se tratase. Tanto es así que aquellas actividades estaban orientadas a la consecución de una misma operación comercial, esto es, la elaboración de productos textiles para su venta al por mayor y menor¹¹. Sin perjuicio de ello, la Intendencia consideró que cada uno de los integrantes de la Familia eran operadores económicos independientes capaces de incurrir en un acuerdo colusorio.

Sobre la base de tal consideración, la Intendencia adelantó un procedimiento de investigación en contra de la Familia por la presunta comisión de un acuerdo colusorio entre sus miembros que, a criterio de la Intendencia, les permitió participar de manera coordinada en sendos procesos de contratación pública, bajo la modalidad de subasta inversa electrónica destinados a la adquisición de prendas de vestir y accesorios¹².

En el contexto de tal procedimiento investigativo, con base en los hallazgos de la Intendencia, la CRPI concluyó que la falta de independencia entre los

10 Resolución n.º SCPM-CRPI-025-2021, Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Competencia Económica, párr. 7.

11 Id., párr. 209.

12 Id., párr. 285.

miembros de la familia¹³ se subsumiría en el supuesto de colusión en compras públicas tipificado en el artículo 11, número 6, de la LORCPM vigente a la fecha de la investigación, que prohibía lo siguiente:

6. Los actos u omisiones, acuerdos o prácticas concertadas y en general todas las conductas de proveedores u oferentes, cualquiera sea la forma que adopten, cuyo objeto o efecto sea impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, ya sea en la presentación de ofertas y posturas o buscando asegurar el resultado en beneficio propio o de otro proveedor u oferente, en una licitación, concursos, remates, ventas al martillo, subastas públicas u otros establecidos en las normas que regulen la contratación pública, o en procesos de contratación privados abiertos al público¹⁴.

Posteriormente, para efectos de la fundamentación de la sanción impuesta a la Familia en la Resolución, la CRPI presentó un recuento de los hechos que, a su juicio, darían fe de la existencia de un cartel en los procesos de contratación pública, de entre los cuales destacamos lo siguiente:

se evidenció que los operadores económicos RIVERA ARIAS ALBA IRENE y NUÑEZ MORILLO JORGE EDUARDO, tiene vínculos de AFINIDAD **al ser cónyuges y han participado conjuntamente en procesos de contratación pública, motivos para una presunción legal del cometimiento de una práctica anticompetitiva**, dado que no actuaron de manera **independiente** dentro de los procesos de contratación pública antes mencionados, incurriendo posiblemente en acuerdos que podrían conllevar a una distorsión de mercado y el falseamiento de la competencia [...] (énfasis añadido)¹⁵.

Dicho de otro modo, la CRPI evidenció que los miembros de la Familia eran dependientes entre sí y que, además, realizaban sus actuaciones de manera conjunta. Considerando lo dispuesto en la cláusula general del artículo 11 de la LORCPM, así como en la Guía de la Intendencia, la mencionada falta de independencia —derivada de los vínculos entre los partícipes del “acuerdo”— debía haber sido analizada en profundidad para determinar de manera técnica si, en tales condiciones, era posible que exista la concurrencia de voluntades independientes que demanda la verificación de un acuerdo anticompetitivo.

Dado que no se puede imputar un acuerdo a personas naturales o jurídicas que carecen de independencia entre sí, el análisis señalado resulta fundamental.

13 Id., párr. 238.

14 Artículo 11, LORCPM.

15 Resolución n.º SCPM-CRPI-025-2021, Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Competencia Económica, párr. 146.

Irónicamente, la propia CRPI reconoció implícitamente esta falta de independencia en su Resolución, al afirmar que la Familia falseó: “la competencia porque le hicieron creer a la administración y a los otros oferentes que eran competidores independientes”. Sin embargo, este señalamiento no demuestra la existencia de un cartel. Por el contrario, se evidencia una apariencia de competencia, lo cual es un concepto distinto a los acuerdos anticompetitivos. Como se analizará más adelante, la apariencia de competencia no debería ser considerada dentro de las competencias de la SCE.

Pese a la falta de una real independencia entre los miembros de la Familia o, en su defecto, de un análisis que demuestre que estos realmente competían entre sí, la CRPI consideró que cada miembro era un operador económico independiente capaz de distorsionar la libre competencia. Sobre el elemento de la competencia efectiva, la Resolución se limitó a confiar en la siguiente presunción: “el acuerdo sería de tipo horizontal, ya que los cuatro operadores económicos están ubicados en el mismo eslabón del mercado, es decir, son competidores en el mismo nivel comercial”¹⁶, sin evidenciar si, realmente, los miembros de la Familia ejercían presiones competitivas entre sí.

2.2. SEGUNDO CASO: CRPI C. MEDICAL DIAGNÓSTICA MEDICALAB S. A., CLÍNICA DEL MÉDICO DIAGMED S. A., LABORATORIOS ZUMBA, INVERSIONES Y MANDATO INVERSARIATO S. A. Y MEDICALSTORE S. A.

En resolución del 29 de julio de 2022, a las 10h08 (en adelante Resolución 2), emitida dentro del expediente SCPM-CRPI-010-2022, la CRPI sancionó a los siguientes operadores económicos: Laboratorios Asociados Zumba S. A.; Inversiones y Mandato INVERSARIATO S. A.; MEDICALSTORE S. A.; Medical Diagnóstica MEDICALAB S. A. (en adelante MEDICALAB¹⁷); y Clínica del Médico DIAGMED S. A. (en adelante DIAGMED), por haber incurrido en un supuesto cartel destinado a amañar compras públicas en el mercado de insumos y materiales médicos.

Considerando la pasividad que ha demostrado la SCE en cuanto a la persecución de carteles en Ecuador¹⁷, este parecería ser un caso de referencia para el derecho de la competencia local, puesto que todo apuntaba a que la antedicha autoridad habría detectado y sancionado exitosamente un caso convencional de *bid-rigging*. Lamentablemente, la teoría del daño sostenida por la Intendencia y aupada por la CRPI ignoró, por completo, un elemento indispensable para la configuración de una estructura ilícita de esta naturaleza, a saber: la independencia entre los operadores económicos involucrados.

¹⁶ Id., párr. 233.

¹⁷ De acuerdo con el examen inter pares realizado por la OCDE sobre el derecho y la política de competencia en Ecuador: “en el período de 6 años desde 2014 hasta 2019, la CRPI adoptó un total de 12 decisiones de acuerdos y prácticas restrictivas finales”.

Conforme se desprende de la información recabada en bases de datos públicas y aquella detallada por la CRPI en la Resolución 2, se puede concluir que los operadores económicos involucrados en el “cartel” estaban vinculados entre sí conforme al siguiente detalle:

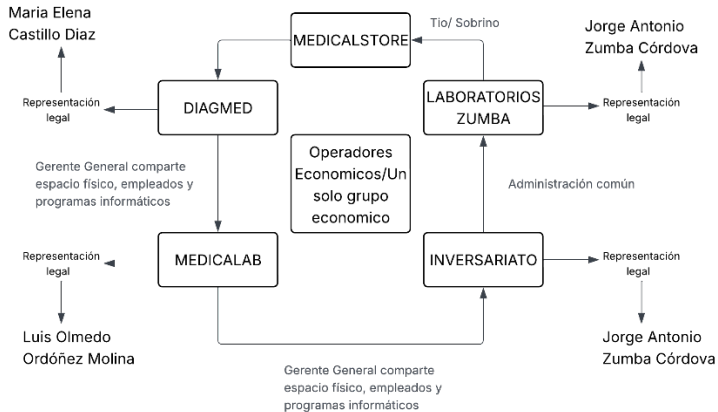


Gráfico 2. Relación de los operadores económicos involucrados¹⁸

Al respecto, la CRPI explicó lo siguiente:

Dentro del Informe SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-007 emitido por la INICAPMAPR se ha establecido con claridad la existencia de un grupo económico conformado por los operadores económicos LABORATORIOS ZUMBA, INVERSARIATO y MEDICALSTORE¹⁹.

Sin embargo, con respecto a dos de los cinco operadores económicos involucrados (*i. e.* MEDICALAB y DIAGMED), la CRPI consideró que estos “no forman parte del referido grupo económico y, por tanto, constituyen voluntades distintas”²⁰. No obstante, los hechos del caso dan cuenta de que MEDICALAB y DIAGMED pertenecerían a una misma estructura corporativa. A continuación, se detallan algunos de los hechos que permiten arribar a esa conclusión:

- i. De acuerdo con la Intendencia: “[e]l señor Jorge Zumba, actuaría en representación de los cuatro operadores en determinadas decisiones comerciales, a pesar de tener representantes legales

18 Resolución SCPM-CRPI-010-2022, Comisión de Resolución de Primera Instancia, Expediente n.º SCPM-CRPI-010-2022, 29 de julio de 2022.

19 *Id.*, párr. 201.

20 *Id.*

- independientes en el caso de MEDICALAB y DIAGMED”²¹. Esto, cuando menos, demostraría la existencia de una administración conjunta de las operaciones de MEDICALAB y DIAGMED, gestionada a través de un centro de control común, a saber: el señor Jorge Zumba, gerente general de Laboratorios Asociados Zumba S. A.
- ii. Aunado a lo anterior, en el allanamiento practicado por la Intendencia se identificó que “[s]e contrató a la misma empresa (Prodquality S. A.) para que desarrolle el mismo *software* a ser instalado en los cuatro operadores para el desarrollo de sus actividades económicas, mismo que fue suscrito por la misma persona (Jorge Zumba) como representante de las cuatro empresas”²². Tal hallazgo demuestra que el gerente general de Laboratorios Asociados Zumba S. A. tenía la capacidad de ejercer influencia decisiva sobre los actos de MEDICALAB y DIAGMED.
 - iii. MEDICALAB y DIAGMED desarrollan sus actividades económicas en el mismo lugar que el resto de los implicados. Tal es así que incluso “[l]os señores Luis Fuentes y Jorge Caamaño, empleados de LABORATORIOS ASOCIADOS ZUMBA S. A., ostentaban, en su poder y dentro de las instalaciones de dicho operador, las llaves de acceso al domicilio de MEDICAL DIAGNÓSTICA MEDICALAB S. A.”²³.
 - iv. Según los hallazgos de la Intendencia “[l]as cuatro empresas tienen empleados en común, adicionalmente, comparten formatos de documentos, facturación, recibos, cuentas por cobrar, cotizaciones y proformas”²⁴.

Según la Comisión Europea²⁵, cuando una empresa tiene un control determinante sobre otra, ambas constituyen una sola entidad económica y, por lo tanto, deben considerarse como una misma empresa. Al amparo de lo anterior, es posible concluir que en este caso existía —al menos— la duda razonable acerca de la vinculación de los operadores económicos implicados, toda vez que existen varios indicios que demuestran que estos funcionaban —*de iure* o *de facto*— bajo una misma estructura de control. Ante la existencia de una duda razonable, la CRPI no podía considerar que la existencia de un acuerdo de voluntades independientes estaba debidamente acreditada.

Sin perjuicio de lo anterior y que los procedimientos de la SCE están gobernados por el principio de primacía de la realidad establecido en el artículo 3 de la

21 Resolución n.º SCPM-CRPI-010-2022, Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Competencia Económica, párr. 270.

22 Id.

23 Id., párr. 257.

24 Id., párr. 270.

25 Comisión Europea, Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (2023/C 259/01), párr. 11.

LORCPM, con respecto a la existencia de un grupo económico, en un proceso judicial derivado de la impugnación de la Resolución 2, la SCE señaló que:

no importa que se señale que actualmente trabajamos en el mismo bien inmueble, mis empleados son los mismos, porque no existe intercambio de voluntad, formal en ningún sentido. Reitero, no existe prueba del Registro Mercantil, no existe prueba en la Superintendencia de Compañías de la vinculación, no existe prueba tampoco otorgada por el grado de confidencialidad presentada por una fiduciaria en el carácter de contrato fiduciario para el traspaso de voluntades²⁶.

El excesivo formalismo de la SCE, en lo que a la vinculación entre operadores económicos se refiere, genera una visión de túnel que incide en su proclividad de incurrir en errores de tipo 1 y 2. De modo que, al igual que en el caso anterior, la investigación y sanción del grupo económico en cuestión se fundamentó en lo dispuesto en el artículo 11, numeral 6, de la LORCPM vigente a la fecha de la investigación.

3. OPERADORES ECONÓMICOS, GRUPOS ECONÓMICOS, CONTROL Y LA INDEPENDENCIA ENTRE COMPETIDORES

Tras exponer ambos casos, es necesario ahondar en los conceptos esenciales que determinan si las empresas u operadores actúan de manera independiente. Por ello, en este apartado se revisan la definición de “operador económico” a la luz del derecho de la competencia, la estructura de “grupo económico” y los criterios para establecer la existencia de un control determinante, todo esto con el fin de esclarecer la relevancia de la independencia en la configuración de un cartel.

Antes de adentrarse en el análisis de la independencia entre operadores económicos, conviene visitar brevemente las nociones de operador y grupo económico, al ser estas cruciales para efectos del análisis que ocupa al presente artículo. Esto considerando que, conforme explican Whish y Bailey, “[e]l artículo 101(1) no se aplica a los acuerdos entre dos o más personas jurídicas que forman una sola entidad económica: colectivamente forman una sola empresa, por lo que no hay acuerdo entre empresas”²⁷. Al igual que el artículo 11 de la LORCPM, el artículo 101(1) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE), al que se refieren los citados profesores, prohíbe los acuerdos entre operadores económicos “que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior”.

26 Unidad Judicial Civil con sede en el cantón Guayaquil. Sentencia del 22 de diciembre de 2022, proceso n.º 09332202218255.

27 David Bailey y Richard Whish, *Competition Law* (Nueva York: Oxford University Press, 2012), 92.

Para que varias entidades constituyan un solo grupo económico a efectos del artículo 101(1) del TFUE, la Comisión Europea ha señalado que debe existir una influencia decisiva, lo que implica que una de las entidades puede determinar el comportamiento comercial de la otra, eliminando así la independencia requerida para que exista colusión. Esta doctrina, conocida como *single economic entity*²⁸, ha sido consolidada en múltiples resoluciones, como Viho c. Parker Pen (C-73/95) y T-Mobile Netherlands (C-8/08), que analiza la autonomía operativa de las partes. Por su parte, la doctrina ha advertido que este análisis debe centrarse en elementos funcionales y no meramente formales: control conjunto de decisiones estratégicas, identidad en los órganos directivos, uso común de recursos, entre otros.

En este mismo sentido, la Comisión Europea ha precisado que: “[l]as empresas que forman parte de la misma entidad no se consideran competidoras a efectos de las presentes directrices, aunque operen en los mismos mercados de productos y geográficos de referencia”²⁹. Tales conceptos no son desarrollados de manera clara en el derecho de la competencia ecuatoriano, lo cual ha sido aprovechado para la aplicación a ultranza del artículo 11 de la LORCPM, sin deparar en la peligrosidad de sentar precedentes contradictorios y carentes de rigor técnico.

Esto último considerando que, conforme se desprende de las resoluciones analizadas, la CRPI ha estimado posible la existencia de un cartel entre miembros de una misma unidad económica. Dicho de otro modo, la CRPI ha considerado plausible que personas naturales o jurídicas que no gozan de independencia para el desempeño de sus actividades económicas y que, como tal, no cuentan con una estrategia o ventaja competitiva que pueda ser susceptible de coordinación para la defraudación del proceso competitivo, puedan distorsionar una competencia que en los hechos no existe.

Por tanto, ocupa al alcance de este artículo tratar de dotar de contenido práctico a la noción de operador económico para su aplicación en el derecho de competencia ecuatoriano, así como su relación con la *single-entity doctrine* del derecho *antitrust* que, en definitiva, inmuniza a gran parte de los acuerdos intragrupo frente al escrutinio de las autoridades de competencia. En este contexto, empezaremos por señalar que el único acercamiento a la noción de operador económico en la legislación ecuatoriana consta recogido en el artículo 2 de la LORCPM, en los siguientes términos:

28 En virtud de esta doctrina, para efectos de los análisis que ocupan al derecho de la competencia, “dos entidades, jurídica y formalmente distintas, son tratadas como una sola”. Ver, Nicolás Antonio Palma Paredo, *Doctrina de la única unidad económica en el derecho de la competencia: aplicación y límites* (2022), 1, <https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2022/08/Nicolas-Palma-2022-Doctrina-de-la-Unidad-Economica.pdf>.

29 Comisión Europea, Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (2023/C 259/01), párr. 11.

Está sometido a las disposiciones de la presente Ley todo ente que lleve a cabo, actual o potencialmente, actividades económicas, independientemente de su forma jurídica o modo de financiación; es decir, están sometidos a la presente Ley todos los operadores económicos, sean estas personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, con o sin fines de lucro, nacionales o extranjeras, que realicen actividades económicas, actual o potencialmente, en todo o en parte del territorio nacional, así como aquellos que las realicen fuera del país en la medida en que estas produzcan o puedan producir efectos en el territorio ecuatoriano³⁰.

Si bien el precitado artículo no otorga una definición de aquello que constituye un operador económico para el derecho de la competencia ecuatoriano, su contenido permite identificar que una persona —cualquiera que sea su naturaleza— podrá ser considerada como tal en la medida en que realice actividades económicas —directa o indirectamente— en el mercado local. Esta concepción guarda similitudes con el concepto de *undertaking* desarrollado por el derecho de la competencia europeo³¹. A propósito de este último concepto, en el caso *Höfner and Elser c. Macrotron GmbH*, la Corte de Justicia Europea señaló que el concepto *undertaking* “engloba a todas las entidades dedicadas a una actividad económica independientemente de la situación jurídica de la entidad y de la forma en que se financia”³², definición que —*mutatis mutandis*— guarda semejanza con lo dispuesto en el artículo 2 de la LORCPM.

Desde esta misma óptica, el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico define la locución “operador económico” —en la acepción concerniente al derecho administrativo y europeo— en los siguientes términos: “[p]ersona física o jurídica, entidad pública, o agrupación de tales personas o entidades, incluidas las agrupaciones temporales de empresas, que ofrecen en el mercado la ejecución de obras o de una obra, el suministro de productos o la prestación de servicios”³³. Por su parte, la Fiscalía Nacional Económica de Chile aclara que, para determinar aquello que debe entenderse por agente económico³⁴:

el criterio central es la capacidad para desarrollar una actividad económica, lo que se traduce en la capacidad de ofrecer o demandar bienes o servicios. Adicionalmente, se refiere a “toda entidad, o parte de ella”, es decir, tampoco limita dicho concepto a determinado tipo de estructura corporativa, entendiéndose incluidas personas jurídicas,

30 Debido a las reformas a la ley, actualmente se cita como Artículo 2 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), publicada en el Registro Oficial, Suplemento 555, del 22 de enero de 2024.

31 El término *undertaking* ha ido restringiendo su alcance con el tiempo, a fin de que el escrutinio de las autoridades de competencia recaiga únicamente sobre aquellos agentes de mercado que puedan verse inmiscuidos en prácticas o conductas que interesen al régimen de competencia económica.

32 Case C-41/90, Corte de Justicia Europea, 23 de abril de 1991.

33 Real Academia Española, “Operador económico, operadora económica”, *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*, consultado el 12 de enero de 2025.

34 Operador económico en el contexto ecuatoriano.

personas naturales, o cualquier otro tipo de entidad, aun cuando carezca de personalidad jurídica³⁵.

Nótese que la noción de “operador económico” supone un concepto complejo que agrupa las diversas formas a través de las cuales las personas naturales o jurídicas pueden organizarse para actuar en el mercado. De modo que, en síntesis, podemos concluir que el concepto de operador económico se refiere a la unidad económica que puede fraccionarse para viabilizar las diferentes actividades económicas que pueden coexistir a la interna de un mismo operador económico. Estas subdivisiones serían las empresas a las que se refieren disposiciones como la contenida en el artículo 14 de la LORCPM, que establece la definición de operación de concentración económica, en sentido disyuntivo frente al concepto de operador económico³⁶.

Por su parte, un grupo económico es una macrounidad que aglutina a varios operadores económicos, sean estos personas naturales o jurídicas³⁷. Para efectos de verificar la existencia de un grupo económico, la Comisión Federal de Competencia Económica de México precisa que se debe analizar: “si un Agente Económico, directa o indirectamente, coordina las actividades del grupo para operar en los mercados y, además, puede ejercer una influencia decisiva o control sobre otro”³⁸. El control al que se refiere la autoridad mexicana puede manifestarse *de iure* o *de facto*, a través de cualquier medio que permita a un operador económico dictar la conducta de otro en el mercado.

En tal virtud, el control puede derivarse de distintos medios cuya verificación no puede ceñirse únicamente a parámetros estructurales como aquellos que han sido considerados por la Intendencia y la CRPI para el efecto (*i. e.* vínculos societarios). Tal acercamiento a la noción de control ignora la realidad de las relaciones económicas y societarias entre operadores económicos, cuyo nivel de complejidad rebasa los criterios formales de vinculación considerados por la CRPI. Es por esto que el artículo 191 de la Ley de Mercado de Valores —al que el artículo 7 del Reglamento para la Aplicación de la LORCPM hace un reenvío para definir el concepto de grupo económico— define a las empresas vinculadas como sigue:

se consideran empresas vinculadas al conjunto de entidades que, aunque jurídicamente independientes, presentan vínculos de tal naturaleza

35 Fiscalía Nacional Económica de Chile (FNE), *Guía de competencia* (Santiago de Chile: Fiscalía Nacional Económica, 2017), <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Guia-de-competencia-.pdf>.

36 Artículo 14, Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), publicada en el Registro Oficial, Suplemento 555, del 22 de enero de 2024 (“A los efectos de esta ley se entiende por concentración económica al cambio o toma de control de una o varias empresas u operadores económicos, a través de la realización de actos [...]”).

37 Ver, David Bailey y Okeoghene Odudu, “The Single Economic Entity Doctrine in EU Competition Law”, *Common Market Law Review*, vol. 51, n.º 6 (2004): 1721-57.

38 Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE), *Guía para la notificación de concentraciones* (Ciudad de México: Comisión Federal de Competencia Económica, 2021), https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2021/06/GUIA-CON_2021.pdf.

en su propiedad, administración, responsabilidad crediticia o resultados que hacen presumir que la actuación económica y financiera de estas empresas está guiada por los intereses comunes, o que existen riesgos financieros comunes en los créditos que se les otorgan o respecto de los valores que emitan³⁹.

Dado que el análisis en materia de competencia económica varía de caso en caso, no se puede depender de generalizaciones que pretendan englobar todos los supuestos de control, menos aún cuando la aplicación de la LORCPM está supeditada, entre otros, al principio de primacía de la realidad. En recuento de lo cual, si bien toda persona —natural o jurídica— puede ser considerada como un operador económico a los ojos del derecho de la competencia ecuatoriano, aquello no es suficiente para concluir que esa persona es, sin más, hábil para incurrir en acuerdos colusorios. Para tal efecto hace falta, además, que un operador económico sea jurídica y económicamente independiente de aquellos con los que se relacione en el mercado, en términos competitivos, para que de esa manera pueda incurrir en un acuerdo anticompetitivo.

Este último no es el caso de los operadores económicos que forman parte de un mismo grupo económico, pues, en tal escenario, sus decisiones comerciales, administrativas y, en general, su conducta competitiva es adoptada a través de un mismo centro de control y, por ende, no son susceptibles de coordinación. Esto no quiere decir que una unidad económica no pueda ser sancionada por las conductas de uno de sus miembros; sin embargo, en ese caso, la figura aplicable no sería la colusión. Para esto último se debe verificar que (i) la matriz controle a la filial infractora y (ii) que la comisión de la infracción haya sido en el contexto del ejercicio de ese control⁴⁰.

De modo que el análisis de la CRPI, en lo que al control de acuerdos colusorios se refiere, debe considerar el hecho de que un grupo económico puede estar constituido por sendas entidades que, si bien aisladamente pueden ser consideradas como operadores económicos, en la realidad se comportan como una misma unidad económica. Bajo la lógica de la *single-entity doctrine*, “a la hora de contabilizar el número de empresas que son parte de un acuerdo [...] las personas físicas y jurídicas que forman una única entidad económica se contabilizan como una sola”⁴¹. Por ende, no es correcto asumir, sin más, que la falta de independencia entre operadores económicos es síntoma de colusión.

Al amparo de las nociones estudiadas en este acápite es posible afirmar que uno de los elementos fundamentales para la verificación de la existencia de un

39 Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro II, Ley Mercado Valores. R. O, Suplemento 215 del 22 de febrero de 2006.

40 Enrique Alvario, ¿Cuál es el tratamiento de la “entidad económica única” bajo la LORCPM en el Ecuador?.

41 Bailey y Whish, *Competition Law*, 97.

acuerdo anticompetitivo radica en que los operadores económicos involucrados sean independientes en la toma de sus decisiones. Para tal efecto, más allá de parámetros formalistas, como los vínculos societarios, es necesario considerar la influencia que un operador económico pueda ejercer, por cualquier medio, sobre otro. Solo de esta manera se puede determinar, con precisión, si entre dos operadores económicos existe o no una vinculación que pueda incidir en el análisis competitivo.

Por todo lo cual resulta cuestionable que, en los casos analizados, el *leitmotiv* de la Intendencia y la CRPI para sustentar la existencia de carteles haya sido —precisamente— la falta de independencia entre los operadores económicos involucrados, cuando el elemento fundamental para la existencia de un acuerdo colusorio descansa en la anulación de la incertidumbre competitiva entre competidores independientes. Dicho de otro modo, ambas autoridades confunden la vinculación entre operadores económicos con la coordinación de voluntades independientes. La verificación de este último elemento efectivamente puede distorsionar la libre competencia, mientras que el primero es síntoma de la existencia de un grupo económico o de la necesidad de adelantar un análisis más profundo para demostrar —o descartar— la existencia de competidores independientes capaces de conspirar en contra de la libre competencia.

4. REQUISITOS PARA LA EXISTENCIA DE ACUERDO COLUSORIO: EL ELEMENTO SUBJETIVO

La independencia de las partes no solo es una cuestión conceptual, sino también un requisito esencial en la configuración de un acuerdo colusorio. En este apartado se analizará el llamado “elemento subjetivo” y su exigencia de un concurso de voluntades autónomas, de modo que se pueda discernir cuándo verdaderamente existe colusión y cuándo se trata de una sola unidad económica actuando en el mercado.

La coordinación entre operadores económicos es un negocio lucrativo, pues, de esa manera, estos pueden maximizar la rentabilidad de sus operaciones. No lo es, por el contrario, mantener un entorno competitivo en el que prima el fomento de la incertidumbre que obliga a los operadores económicos a esforzarse por ofrecer al consumidor más y mejores productos o servicios, de modo que estos pugnen por prevalecer en el mercado con base en sus propios méritos.

En materia de contratación pública, eliminar esta incertidumbre implica que los participantes de un acuerdo colusorio conozcan y determinen la suerte de las compras públicas en función de sus propios intereses y no los del mercado,

la eficiencia económica y el bienestar general⁴². Particularmente, en el Estudio de Mercado del Sistema Nacional de Contratación Pública, la SCE determinó seis tipos de acuerdos colusorios que afectan el normal desarrollo de la contratación pública ecuatoriana, a saber:

- i. ganador en primera oferta;
- ii. ofertas falsas;
- iii. acuerdos de precios;
- iv. vinculaciones societarias;
- v. reparto de mercado; y
- vi. subcontrataciones⁴³.

Además de la interdicción de la corrupción, la razón de ser de la contratación pública radica en que el Estado pueda procurarse bienes y servicios de mejor calidad, a menores precios y de manera eficiente. Lógicamente, esto es coartado cuando los oferentes conspiran para presentar ofertas generadas a partir de la coordinación de sus intereses y no de la libre competencia⁴⁴.

Este problema es especialmente grave cuando afecta a economías deprimidas —como la ecuatoriana— cuyas autoridades de competencia económica, paralelamente, enfrentan serias dificultades para la detección y sanción de carteles, debido a una serie de limitaciones que impiden la aplicación eficiente de la normativa relevante. Tales limitaciones hacen que agencias como la SCE sean propensas a incurrir en errores de tipo 1 (*overenforcement error*) y 2 (*underenforcement error*)⁴⁵, impidiendo a los consumidores beneficiarse de una lucha real contra los carteles.

Dado que el objetivo del presente artículo radica en identificar lo que, a juicio de los autores, constituye un error en el criterio de la SCE a la hora de identificar carteles, ocupa al presente acápite determinar los elementos sin los cuales no se puede configurar un acuerdo anticompetitivo. Tales elementos constan recogidos en la cláusula general del artículo 11 de la LORCPM, que han sido sintetizados en la “Guía para la investigación de acuerdos y prácticas restrictivas” publicada por la SCE, en los siguientes términos:

La estructura del artículo 11 de la LORCPM, por tanto, obliga a establecer una evaluación sobre el cumplimiento de los tres requisitos: i)

42 Resolución n.º SCPM-CRPI-2015-019-RA, Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM), Expediente SCPM-CRPI-2015-019-RA, 5 de julio de 2019.

43 Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM), *Estudio de mercado del Sistema Nacional de Contratación Pública* (Quito: Superintendencia de Control del Poder de Mercado, 2022), <https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2022/03/Anexo-Estudio-Contratacion-Publica-VP-Final.pdf>.

44 J. A. Donahuey y T. W. Wertz, “Attorney General Gov: Bid Rigging-A Long Time and Persistent Threat to Municipalities” (2019), 3.

45 Ver, Justin Lindeboom, “Formalism in Competition Law”, *Oxford: Journal of Competition Law & Economics*, 00 (2022): 1-49, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4058755.

la concurrencia de voluntades entre dos o más operadores económicos (elemento subjetivo), ii) acuerdo que por su objeto o efecto impida, restrinja, falsee la competencia (elemento objetivo); y iii) que la eventual restricción tenga lugar en parte o en todo el mercado nacional (elemento competencial o territorial). Los tres requisitos deberán cumplirse de forma acumulativa para que se pueda establecer una violación a la ley de competencia⁴⁶.

La inclusión de un enunciado general prohibitivo o cláusula general en la LORCPM tiene por objeto “abarcar todos los escenarios posibles que están prohibidos y serán sancionados por ser considerados como anticompetitivos”⁴⁷. De modo que, además de las particularidades de cada tipo de acuerdo (*i. e.* fijación de precios, repartición de mercado, etc.), la identificación de un acuerdo anticompetitivo siempre estará supeditada a la verificación de sus elementos básicos. Por lo tanto, en todos los casos, este tipo de conductas serán sancionadas en tanto se verifiquen los tres elementos antes detallados, de entre los cuales, para efectos de este análisis, es necesario enfocarse en la concurrencia de voluntades entre dos o más operadores económicos independientes.

Particularmente en procesos de contratación pública, tales acuerdos se pueden configurar entre operadores económicos y la autoridad contratante (*i. e.* caso Odebrecht)⁴⁸, así como entre dos o más operadores económicos independientes (*i. e.* caso Recapt)⁴⁹. Además, tales acuerdos puede ser expresos (*i. e.* a través de actos o contratos escritos o verbales) o tácitos (*i. e.* aquiescencia implícita de la conducta a ser ejecutada por los involucrados)⁵⁰. En todos los casos, se requiere una concurrencia de voluntades independientes orientada a restringir la competencia.

Es preciso anotar que, a diferencia de lo que ocurre en otras ramas del derecho —como la civil—, la voluntad en materia de acuerdos colusorios no necesita ser expresada de forma clara o inequívoca, sino que puede inferirse de cualquier tipo de actos o conductas que revelen una coordinación entre operadores económicos independientes.

En 2015, el caso Recapt fue uno de los primeros en materia de acuerdos colusorios que la SCE adelantó —si no el primero—. La CRPI determinó la

46 Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, *Guía para la investigación de acuerdos y prácticas restrictivas*, 20.

47 Ibid.

48 Resolución n.º SCPM-CRPI-012-2022, Comisión de Resolución de Primera Instancia de Superintendencia de Control del Poder de Mercado, expediente n.º SCPM-CRPI-012-2022, 20 de junio de 2022.

49 Resolución n.º SCPM-CRPI-2016-017, Comisión de Resolución de Primera Instancia del 5 de septiembre de 2015, expediente n.º SCPM-CRPI-2015-019.

50 Conferencia de las Naciones Unidas Sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), *Manual para investigación de prácticas colusorias en Costa Rica* (San José de Costa Rica, Conferencia de las Naciones Unidas Sobre Comercio y Desarrollo 2017), 5, <https://www.unctadcompal.org/wp-content/uploads/2017/03/COSTA-RICA-MANUAL-PARA-INVESTIGACION-DE-PRACTIAS-COLUSORIAS-1-NUEVO.pdf>.

existencia un acuerdo entre los operadores económicos Recapt Recuperación del Capital Contact Center S. A. y Solnet S. A. para la presentación de ofertas en procesos de compras públicas, ejecutada a través de la cooperación de su personal técnico y directivo. Aparentemente, este caso sería un buen ejemplo para identificar la verificación del elemento subjetivo de un acuerdo anticompetitivo. No obstante, genera dudas toda vez que, en su resolución, la CRPI apuntó a lo que podría ser la actuación de operadores económicos que formaban parte de un mismo grupo económico en los siguientes pasajes⁵¹:

c. [...] De lo constante en el proceso de contratación SIE-IESS-015-2011, es evidente que entre las empresas RECAPT y SOLNET S. A. existe una conducta que se reproduce en la concertación para perjudicar a un tercero, tanto es así que los ciudadanos Diego Patricio Gaybor Quiroz (Gerente de Sistemas de Tecnología de Recapt) José Ching Pinchin Responsable del proyecto *call center* Solnet S. A.) y Fernando Colunga Hernández (Gerente de Call Center en Solner S. A.) tienen actuaciones de orden administrativo en una empresa, mientras que figuran en el componente directivo de la otra y de este modo se afecta la independencia señalada en los pliegos por parte de los operadores económicos citados [...].

d. [...] En la documentación que hace referencia a las ofertas técnicas entregadas por las empresas RECAPT S. A. y SOLNET S. A., se identifica múltiples coincidencias entre estas dos ofertas: y cabe indicar que en los documentos presentados por la empresa RECAPT S. A. descritos en el numeral 4.2.2 de este informe se observa el nombre de SOLNET S. A. en varias partes del mismo; por otra parte, el mismo fenómeno ocurre en la documentación presentada por SOLNET S. A., en la que consta el texto RECAPT S. A., es decir, hay una evidente confusión de la documentación presentada por los oferentes en la que se concluye que ambas propuestas fueron presentadas por una misma persona o grupo [...] ⁵².

Al igual que en la Resolución y la Resolución 2, en el caso Recapt, la CRPI da cuenta de que los operadores económicos involucrados tenían vínculos entre sí que podrían ser interpretados como un supuesto de administración conjunta. Empero, en ese caso, la CRPI tampoco analizó la incidencia del elemento subjetivo como requisito para la configuración del acuerdo perseguido.

En el ámbito de la persecución de carteles, es bien conocido que al derecho de la competencia únicamente le interesan aquellos acuerdos de voluntades a través de los cuales dos o más operadores económicos independientes conspiran para eliminar la libre competencia. Un acuerdo de voluntades de esta

51 Resolución n.º SCPM-CRPI-2016-017 del 5 de septiembre de 2015.

52 Id.

naturaleza únicamente puede surgir entre operadores económicos independientes. Dicho de otro modo, no pueden existir acuerdos colusorios entre operadores económicos que responden a un mismo centro de control, toda vez que uno no puede conspirar o acordar consigo mismo.

De hecho, de acuerdo con la Guía elaborada por la Intendencia: “[l]a principal característica de los acuerdos colusorios es la participación de dos o más operadores económicos independientes a nivel económico y jurídico entre sí”⁵³. Naturalmente, si dos operadores económicos dependen uno de otro jurídica y/o económicamente, no existiría entre ellos competencia que pudiera ser distorsionada a través de un acuerdo.

Sobre la independencia que necesariamente debe existir entre los operadores económicos involucrados en un acuerdo prohibido por el artículo 11 de la LORCPM, el juez a cargo de la acción de protección presentada por el señor Jorge Antonio Zumba Córdova en contra de las resoluciones dictadas por la CRPI, el 29 de julio de 2022, a las 10h08, y por la Intendencia Nacional Jurídica de la SCE, el 21 de octubre de 2022, a las 13h00, dentro de los expedientes SCPM-INJ-13-2022 y SCPM-CRPI-010-2022, respectivamente, reconoció que:

los llamados acuerdos colusorios [exigen que] sean llevados a cabo por operadores económicos independientes y que de ser estos operadores económicos parte de un grupo y/o tener la condición de comisionista, el artículo 11 no les será imputado en razón precisamente de la falta de independencia de la que gozan los operadores económicos que se encuentran en esas condiciones [...] (texto entre corchetes añadido)⁵⁴.

Esto se debe a que un acuerdo anticompetitivo:

presupone la intervención de sujetos con identidad propia, esto es, partícipes que no estén expuestos con antelación a un mismo control o direccionamiento, pues en tal supuesto no se estaría produciendo una pérdida de independencia como resultado de un acuerdo, sino que se trataría de un único agente económico que actúa en el mercado sin eliminar o afectar las condiciones de competencia efectiva⁵⁵.

En virtud de lo cual es claro que no existe claridad ni certeza respecto del análisis conducido por la Intendencia o la CRPI para determinar la materialidad del elemento subjetivo, es decir, el concurso de voluntades independientes. Al

53 Id.

54 Unidad Judicial Civil con sede en el Cantón Guayaquil, sentencia del 22 de diciembre de 2022, proceso n.º 09332202218255.

55 Guillermo Sossa y Carlos Esguerra, “Acuerdos Anticompetitivos”, en *Derecho de la competencia*, editado por Gabriel Ibarra, Alfonso Miranda y Carlos Uribe (Bogotá: Legis Editores, 2022), 89.

igual que los dos otros casos analizados, el caso Recapt es prueba del sofisma que este artículo pretende poner de manifiesto, a saber: que la dependencia entre operadores económicos es síntoma de colusión.

5. LA APARIENCIA DE COMPETENCIA Y EL CONTROL DE CARTELES EN ECUADOR

Una vez establecida la importancia de la independencia en los acuerdos colusorios, surge una variante que a menudo se confunde con la colusión: la apariencia de competencia. En esta sección se explicará por qué, pese a que dos o más operadores aparenten competir, podrían estar vinculados de tal modo que en realidad no exista independencia alguna y por qué esta situación es distinta de la colusión sancionable.

Pese a que en las resoluciones analizadas la CRPI citó el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea como base metodológica para el análisis de acuerdos colusorios, correlativamente ignoró que en las directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal, la Comisión Europea establece claramente el alcance del mencionado artículo en los siguientes términos:

[l]as presentes Directrices consideran que las compañías que formen parte de una misma “empresa” a tenor del artículo 101, apartado 1, no son competidoras a efectos de las presentes directrices. El artículo 101 solamente se aplica a los acuerdos entre empresas independientes. Cuando una empresa ejerce una influencia decisiva sobre otra empresa, forman una única entidad económica y, por lo tanto, forman parte de la misma empresa. Esto es también aplicable a las empresas hermanas, es decir, las empresas sobre las que ejerce una influencia decisiva la misma sociedad matriz. Por lo tanto, no se considera que sean competidoras incluso aunque operen en los mismos mercados de productos y geográfico de referencia⁵⁶.

En este contexto, la falta de independencia que la CRPI consideró como prueba madre para demostrar la existencia de un cartel es, por el contrario, prueba conducente para demostrar justamente lo contrario. Concluir la falta de independencia entre operadores económicos con base en sus relaciones y vínculos comerciales demuestra que estos no son hábiles para coludir. Esto se debe a que una verdadera falta de independencia en el ámbito del control de carteles debe probarse mediante la existencia de un acuerdo de dos o más voluntades

⁵⁶ Comisión Europea, Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, Comisión Europea n.º. 2011/C 11/01, 14 de enero de 2011, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114\(04\)&from=es](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114(04)&from=es).

independientes, no así a partir de los vínculos entre operadores económicos.

Por ende, en lugar de demostrar la vinculación entre operadores económicos, la Intendencia y la CRPI debían demostrar que los operadores económicos involucrados actuaban de forma independiente en el mercado, pese a los vínculos que los ataban. Solo de esta manera, dos o más operadores económicos pueden coordinar su comportamiento en detrimento de la libre competencia. Adicionalmente, el análisis de tales autoridades debió ser complementado mediante la verificación de que los oferentes efectivamente ejercían presiones competitivas entre sí, lo cual denotaría su capacidad para tranzar y reemplazar la competencia por la cooperación. Así, la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia (en adelante SICC) explica que el tipo de acuerdos colusorios supuestamente evidenciados por la CRPI tienen lugar:

cuando, con la intención de obtener un resultado favorable en uno o varios procesos contractuales, se convenga con anticipación las condiciones en que van a actuar cada uno de ellos [competidores] con el objeto de abstenerse de competir o de excluir a otros **competidores** potenciales⁵⁷ (énfasis añadido).

En el caso de la Familia, según se desprende del propio análisis de la CRPI, en la audiencia pública celebrada el 23 de septiembre de 2021, la defensa técnica de los acusados anotó que: “[l]o que ocurría atrás es que esa familia se ayudaba para que el proceso que uno de ellos ganó no se retrase. Y que, aunque uno de ellos solamente ganó pueda tener algo de recursos el resto de familia colaborándose en la elaboración y en la confección”⁵⁸. Esto permite determinar claramente que las personas naturales identificadas por la CRPI como operadores económicos independientes no podían ser clasificados como tal, debido al entrelazamiento de sus actividades económicas en el mercado y la dependencia de unos con otros para su participación conjunta en este.

Tal dependencia puede ser corroborada, casualmente, a través de los mismos elementos de convicción usados por la CRPI para llegar a su conclusión, esto es: códigos postales, direcciones, números de teléfono, modificación de documentos, pues, de acuerdo con dicha autoridad: “[l]as mencionadas coincidencias son indicios que indican la **no independencia** de los proponentes, lo que junto con los otros indicios que obran en el expediente pueden demostrar la colusión en los procesos de contratación” (énfasis añadido)⁵⁹.

En el caso de los operadores económicos involucrados en la Resolución 2, el

57 Resolución n.º 1055, Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, 2009.

58 Resolución n.º SCPM-CRPI-025-2021, Comisión de Resolución de Primera Instancia, expediente n.º SCPM-CRPI-025-2021, 17 de diciembre de 2021, 85.

59 Id, 87.

desatino de la CRPI es aún más claro. En este caso, la CRPI determinó que al menos tres de los cinco involucrados formarían parte de un mismo grupo económico. Al respecto, vale anotar que, más allá de la vinculación societaria — que a decir de la Intendencia y la CRPI sería el único medio para determinar la pertenencia de un operador económico a una misma unidad económica— de conformidad con los recaudos procesales detallados en la Resolución 2, todos los operadores económicos involucrados en esa investigación formarían parte de un mismo grupo económico a través de una administración común liderada por el señor Jorge Zumba.

De modo que, con base en el principio de primacía de la realidad, la Intendencia y la CRPI debieron haber considerado otro tipo de elementos —además de la administración común anotada— que claramente indicaban la dependencia entre los acusados y, como tal, la falta del requisito fundamental para la existencia de un cartel. Entre estos elementos podemos citar los siguientes: (i) el control de los gastos por parte de una misma administración (Jorge Zumba) o (ii) la suscripción de contratos de arrendamiento de inmuebles o contratación de *software* por una misma persona (Jorge Zumba).

En este contexto, si bien los esfuerzos emprendidos por la SCE para el control de la colusión en las compras públicas es un esfuerzo loable, no es menos cierto que el ejercicio del poder punitivo del Estado no puede ser aplicado a ultranza, esto es, ignorando garantías básicas del debido proceso como el principio de tipicidad que constriñe la aplicación del derecho administrativo sancionador dentro de los límites establecidos por la norma. Dado que la cláusula general del artículo 11 de la LORCPM determina claramente que la existencia de dos o más voluntades es el requisito elemental para que la SCE pueda sancionar cualquiera de los acuerdos que se identifican en *numerus apertus*, a continuación de esta y que tal elemento no fue demostrado por la CRPI en las resoluciones analizadas, su validez es cuestionable.

Es por tanto que, ante la ausencia de tal requisito, autoridades como el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante INDECOPI), optan por no considerar el fenómeno identificado por la CRPI en sus resoluciones como un supuesto de colusión, sino como una apariencia de competencia. Así, en la “Guía para combatir la concertación en las contrataciones públicas” publicada por esa autoridad, se establece que:

[e]s importante distinguir, no obstante, las conductas anticompetitivas en una licitación o concurso público de otro tipo de prácticas como la simulación o apariencia de competencia, que no son sancionadas por el INDECOPI pero sí están prohibidas por la Ley de Contrataciones del Estado y otros regímenes especiales. Ello se produce, por ejemplo,

cuando acuden a participar en un mismo procedimiento de selección dos o más personas naturales o jurídicas que pertenecen al mismo grupo económico.

Según el análisis del INDECOPI, “[c]uando dos agentes pertenecen al mismo grupo económico, estos no son competidores, porque representan un mismo centro de interés. Y, en tal sentido, no puede hablarse de una práctica restrictiva de la competencia entre dos agentes que en realidad no son competidores”⁶⁰. En consecuencia, este tipo de conductas podrían ser investigadas por la autoridad de compras públicas (*i. e.* SERCOP), permitiendo que la SCE enfoque sus recursos en la persecución efectiva de carteles.

6. CONCLUSIONES

Para que el control de carteles sea eficaz en el marco del derecho de competencia ecuatoriano, es indispensable verificar la independencia jurídica y económica de los operadores involucrados. Este requisito constituye un elemento sustancial para que pueda configurarse un acuerdo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 11 de la LORCPM, pues un cartel supone necesariamente un acuerdo entre competidores que, al ser jurídica y económicamente autónomos, pueden sustituir la incertidumbre propia del mercado por una conducta coordinada.

Sin embargo, las resoluciones analizadas muestran que la SCE ha confundido la ausencia de independencia con una prueba suficiente de colusión cuando, en realidad, dicha ausencia impide que exista un acuerdo anticompetitivo. La interpretación amplia que realiza la SCE del artículo 11 desdibuja los límites de la cartelización y debilita el rigor técnico que debe guiar la actuación sancionadora de la autoridad de competencia.

La doctrina de la *single economic entity* resulta particularmente útil para delimitar con claridad los contornos entre prácticas colusorias y simples apariencias de competencia entre entidades sujetas a un mismo control. Cuando existe un centro común de decisión, ya sea *de facto* o *de iure*, no hay lugar para una coordinación anticompetitiva porque la autonomía necesaria para conspirar no existe. A este respecto, los vínculos familiares, societarios o funcionales que generan dependencia no son indicios de colusión, sino evidencia de una unidad económica.

Por tanto, la apariencia de competencia debe ser tratada fuera del ámbito sancionador de la SCE o como una infracción autónoma al régimen de

⁶⁰ Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), *Guía para combatir la concertación en las contrataciones públicas*, <https://www.indecopi.gob.pe/documents/51771/2961200/Gu%C3%ADa+de+Libre+Competencia+en+Compras+P%C3%ABlicas>.

competencia económica ecuatoriano. Este tipo de situaciones puede comprometer la eficiencia y transparencia de las compras públicas, pero no constituyen, *per se*, una infracción de las normas de competencia. Es competencia de entidades como el SERCOP adoptar medidas preventivas o correctivas frente a este tipo de prácticas, dejando a la autoridad de competencia enfocarse en verdaderos acuerdos colusorios entre operadores independientes.

A futuro, la SCE debe revisar su enfoque y adoptar criterios que prioricen el análisis sustantivo sobre las relaciones entre operadores, evaluando aspectos como la dirección estratégica común, el control operativo conjunto o la existencia de intereses económicos compartidos. También resulta urgente desarrollar guías que aclaren el estándar probatorio para acreditar la existencia del elemento subjetivo en los acuerdos colusorios, evitando así errores que comprometan la legitimidad y eficacia del régimen sancionador en materia de competencia.