



LOS CÁRTELES Y LA PROHIBICIÓN DE CONTRATAR CON LA ADMINISTRACIÓN EN EL ECUADOR: ¿UNA MEDIDA EFICAZ?

Camila Sánchez S.

Los cárteles y la prohibición de contratar con la Administración en el Ecuador: ¿una medida eficaz?

Octubre 2022



Camila Sánchez S.

Abogada por la Universidad San Francisco de Quito y especialista en derecho de la competencia europeo y español por el Instituto de Estudios Bursátiles de Madrid.

I. ABSTRACT:

Este trabajo reflexiona sobre el régimen jurídico de la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia. A través de un estudio de la aplicación de la prohibición de contratar en España, analizamos su aplicación en el Ecuador y si es, en efecto, una medida disuasoria eficaz para prevenir los cárteles en el mercado ecuatoriano.

Los cárteles concentran una gran parte de la atención y recursos de las autoridades nacionales de competencia (ANC) en el mundo, al ser la violación más grave y perniciosa del derecho de competencia. Ecuador no es la excepción: el artículo 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM) prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, práctica concertada y paralelismo consciente¹ que tenga por objeto o efecto impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia.

Por su nocividad para el mercado y el bienestar general, los cárteles representan un reto fundamental para las autoridades de competencia: su detección, dado que son, por su naturaleza, en su mayoría inobservables. Según un estudio preparado por el Banco Mundial, en Latinoamérica la probabilidad de detección de cárteles para las ANC maduras es de apenas entre 10 al 20 por ciento, mientras que este porcentaje es muy inferior para las ANC, que recién se están posicionando debido a la incipiente aplicación del derecho de competencia. En estos casos, la actividad real de los cárteles es al menos diez veces superior al nivel observado².

La gravedad de los cárteles reside en que generan un perjuicio irreparable para el mercado y la sociedad, sobre todo para los sectores más vulnerables. Según el mismo estudio preparado por el Banco Mundial, en Latinoamérica “entre 1980 y 2020, se descubrió que las empresas que operan en los mercados de bienes y

1 Las prácticas restrictivas contenidas en el artículo 11 de la LORCPM son manifestaciones de un mismo concepto jurídico-económico. Esto debido a que el elemento que las distingue es la coordinación y cooperación que adquieren los competidores para desenvolverse dentro del mercado. Así, lo que producen los cárteles es que los operadores económicos coordinen su comportamiento y/o traten de influenciar en los parámetros pertinentes de la competencia. Bellamy y Child, *European Union Law of Competition*, (Oxford: Oxford University Press, 2013), 282 y 133.

2 El porcentaje de detección es similar a nivel internacional. Por ejemplo, en España, entre los años 2011 a 2019 se estimó que la probabilidad anual de que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) detecte un cártel fue alrededor del 11 por ciento, mientras que a nivel comunitario el porcentaje de detección de cárteles osciló entre el 10 y el 20 por ciento desde 1985 a 2009. Del mismo modo, un estudio realizado en Estados Unidos estimó que dicho porcentaje se posicionó entre el 11 al 17 por ciento entre los años 1970 a 2019. Las cifras anteriores guardan concordancia con el informe publicado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) en el que afirman que el 76 por ciento de cárteles permanecen desconocidos para las ANC. Ver: Ane Martín, Carlos Merino, Javier García-Verdugo, *Probability of cartel detection in Spain: An assessment*, (Journal of European Competition Law and Practice, 2020), 188-193. Peter L. Ormosi, *A tip of the iceberg? The probability of catching cartels*. (Journal of Applied Econometrics, 2014), 549-566. Jihyun Park, Juhyun Lee, and, Suneung Ahn, *Bayesian Approach for estimating the probability of cartel penalization under the leniency program*, (MDPI Open Access Journal Vol 10 (6), 2018). 1-15. Banco Mundial, *Fixing Markets, Not Prices: Policy Options to Tackle Economic Cartels in Latin America and the Caribbean*, (2021), <https://documents1.worldbank.org/curated/en/148021625810668365/pdf/Fixing-Markets-Not-Prices-Policy-Options-to-Tackle-Economic-Cartels-in-Latin-America-and-the-Caribbean.pdf>.

servicios esenciales, como la leche, el azúcar, las aves de corral, el transporte, la energía y los medicamentos, se han coludido para fijar los precios, restringir la producción total, dividir los mercados, manipular las licitaciones de compra u obstruir la entrada de nuevos competidores”³. El estudio además constata que, en dicho periodo, “más de 2.500 empresas y 153 asociaciones comerciales de 19 sectores diferentes participaban en actividades de cártel”⁴, agregando que “en 2019, los ingresos totales de 89 empresas cartelizadas equivalían al PIB del octavo país más grande de [Latinoamérica]”⁵. Asimismo, se comprobó que “los consumidores pagaron al menos 35.000 millones de dólares en precios más altos debido a la presencia de cárteles”⁶.

Las prácticas más comunes que utilizan los operadores económicos para coordinar su comportamiento en el mercado son la fijación de precios, la restricción de la producción, el reparto del mercado y la manipulación de ofertas o licitaciones públicas. En cuanto a esta última conducta, también conocida como *bid-rigging*, –que consiste en la coordinación del comportamiento entre uno o más participantes en procesos de licitación⁷– existe un especial efecto perjudicial para la competencia dado que son usualmente los organismos públicos los que recurren a los mismos. En teoría, las licitaciones públicas representan un proceso competitivo eficiente en el que se obtienen los mejores productos o la mejor prestación de servicios por precios más bajos, mejor calidad e innovación, lo que se traduce en eficiencia en el manejo de recursos públicos, mejora en la prestación de servicios a favor del consumidor y, en definitiva, en beneficios para la sociedad.

Ahora, cuando existe manipulación en las licitaciones públicas, el proceso competitivo se altera artificialmente. Esto provoca que se pierdan fondos públicos, disminuya la confianza de los contribuyentes en el proceso competitivo y en la Administración, y socava los beneficios que trae consigo un mercado competitivo. Por ello, la manipulación de licitaciones públicas es una conducta que es sancionada con mayor severidad por las autoridades de competencia, dado que representa un alto porcentaje del PIB de cada país⁸. No obstante, las multas están lejos de ser la consecuencia más gravosa para los operadores económicos. En los últimos años se ha introducido una medida restrictiva de derechos para aquellos competidores que han sido sancionados por manipular licitaciones públicas: la **prohibición de contratar con la Administración Pública**.

En los siguientes apartados analizaremos brevemente qué es la prohibición de contratar y cómo se ha aplicado esta figura a nivel internacional, en concreto, en España [1]. Luego se contrastará su aplicación respecto al régimen jurídico ecuatoriano [2]. Finalmente, se concluirá, a la luz de la experiencia internacional, si su aplicación es eficaz a nivel nacional [3].

II. LA PROHIBICIÓN DE CONTRATAR⁹ Y SU APLICACIÓN EN ESPAÑA

En el ámbito del derecho de competencia, la prohibición de contratar nace como consecuencia de la imposición de una sanción en materia de falseamiento de la competencia. Según jurisprudencia reiterada

3 Banco Mundial, Fixing Markets, Not Prices: Policy Options to Tackle Economic Cartels in Latin America and the Caribbean, 7.

4 Ibid.

5 Ibid.

6 Ibid.

7 Ver glosario de CeCo sobre *bid-rigging*: <https://centrocompetencia.com/bid-rigging/>.

8 OECD, Recomendación del Consejo de la OCDE para combatir la colusión en la contratación pública, (2012), <https://www.oecd.org/daf/competition/Recomendacion-del-Consejo-OCDE-para-combatir-la-colusion-en-contratacion-publica.pdf>.

9 A efectos de este trabajo únicamente describiremos brevemente la naturaleza de la prohibición de contratar y cómo ha sido aplicada esta figura por la CNMC sin entrar a analizar dos cuestiones controvertidas que han suscitado gran debate respecto a su aplicación. En particular, respecto a su naturaleza y qué órgano tiene competencia para fijar su alcance y duración.

del Tribunal Supremo¹⁰ español (TS), la prohibición de contratar consiste en una medida restrictiva de derechos como “mecanismo de honorabilidad, a efectos de posibilitar que los poderes adjudicadores no se vean obligados a contratar con quienes han sido sancionados con carácter firme en vía administrativa por infracciones muy graves en materia de competencia”¹¹.

En esencia, este acto limitativo de derechos –pues, según algunas sentencias del TS español, no nos encontraríamos ante el ejercicio de una potestad sancionadora por parte de la Administración¹²– tiene por objetivo proteger el interés público y garantizar la concurrencia. El propósito de esta figura es “evitar, en aras de la debida tutela de los intereses públicos, la relación con la Administración de quienes hayan demostrado poca seriedad en su actividad empresarial; y conduce a concluir que tal prevención está justificada ante cualquier práctica empresarial defectuosa o reprochable, bien haya sido intencional bien negligente”¹³.

Así, la aplicación de esta figura es, sin duda alguna, un castigo aún más grave y de mayor alcance de lo que supone una sanción económica por haber manipulado licitaciones públicas ya que impide a los competidores, durante un periodo de tiempo, desarrollar su actividad empresarial en el ámbito de la contratación pública. En consecuencia, es evidente que se trata de una importante medida disuasoria, destinada a lograr que los operadores económicos sancionados no vuelvan a adoptar las mismas conductas en el mercado y, al mismo tiempo, sirve como medida preventiva.

A nivel internacional, del análisis realizado en 50 jurisdicciones, 23 contemplan la prohibición de contratar, destacando Canadá en la que su duración puede ser hasta 10 años y otros países latinoamericanos (como Brasil y Chile), en la que su duración puede ser hasta 5 años. En España, según el artículo 71.1.b) de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP), no pueden contratar con la Administración las personas que han sido sancionadas con carácter firme por infracción grave de falseamiento de la competencia hasta por 3 años¹⁴.

En marzo de 2019, la CNMC activó por primera vez la prohibición de contratar con la Administración en el expediente S/DC/0598/2016, *Electrificación y Electromecánicas Ferroviarias*, e impuso sanciones por un importe de 118 millones de euros a un total de 15 empresas y de 666.000 euros a 14 directivos. De acuerdo con la resolución de la CNMC, las empresas crearon tres cárteles para falsear la competencia, cuyos objetivos eran: (i) repartirse los concursos para la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad; (ii) manipular los concursos para el mantenimiento de los sistemas de electrificación en líneas de tren convencional; y, (iii) repartirse los concursos públicos y privados para la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de equipos electromecánicos en las líneas de alta velocidad. Según la CNMC, los cárteles estuvieron operativos alrededor de 14 años.

En su resolución, la CNMC señala que “[...] cabe identificar un automatismo en la prohibición de contratar derivada de infracciones en materia de falseamiento de la competencia, que deriva *ope legis* o como

10 Sentencias del Tribunal Supremo español de 31 de mayo de 2007, (nº de recurso: 9762/2004), ECLI:ES:TS:2007:4606 y de 1 de junio de 2007, (nº de recurso: 11052/2004), ECLI:ES:TS:2007:416.

11 Sentencia del Tribunal Supremo español de 28 de marzo de 2022, (nº de recurso: 1758/2020), ECLI:ES:TS:2022:1259.

12 “En efecto, no nos encontramos ante el ejercicio de potestades sancionadoras por parte de la Administración, como ha dicho el Tribunal Supremo (...) la prohibición de contratar no tiene carácter sancionador, si bien al ser un acto limitativo de derechos, según la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1990, de 29 de marzo, deben aplicarse a estas prohibiciones ciertos principios y garantías propios del procedimiento sancionador”. Sentencia del Tribunal Supremo español de 31 de mayo de 2007, (nº de recurso: 9762/2004), ECLI:ES:TS:2007:4606.

13 Sentencia del Tribunal Supremo español de 18 de marzo de 2015, (nº de recurso: 976/2014), ECLI:ES:TS:2015:1995.

14 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

mero reflejo del dictado de una resolución que declare dicha infracción por así disponerlo el mencionado artículo 71.1.b) de la LCSP¹⁵. De lo anterior se desprende que “la prohibición de contratar se ha convertido efectivamente por el legislador español en una consecuencia jurídica que deriva directamente de la Ley en el caso de empresas sancionadas por infracciones a la normativa de competencia”¹⁶.

Por tanto, a partir del 2019, la CNMC también decidió activar la prohibición de contratar en los siguientes expedientes: *S/DC/0612/17, Montaje y mantenimiento industrial, SAMUR/02/18, Transporte escolar en Murcia, S/DC/0626/18, Radares Meteorológicos, SANAV/02/19, Transporte escolar de viajeros Navarra y S/DC/0627/18, Consultoras*. En todos ellos, la autoridad de competencia española siguió la misma línea argumentativa utilizada en el expediente *Electrificación y Electromecánicas Ferroviarias* para justificar la aplicación de la prohibición de contratar. Además, el elemento común de todos los expedientes es que se tratan de cárteles consistentes en manipulación de licitaciones.

Resulta necesario destacar que, bajo la legislación española, los operadores económicos sí tienen el poder de enervar la prohibición de contratar. La LCSP, en su artículo 72.5, prevé la posibilidad de que las empresas incurso en prohibición de contratar puedan eludirla mediante el pago -o compromiso a realizar el pago- de las multas o indemnizaciones pertinentes, y “la adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas, entre las que quedará incluido el acogerse al programa de clemencia en materia de falseamiento de la competencia”¹⁷. Así, además del pago de la multa, las empresas pueden evitar que se active la prohibición de contratar adoptando medidas de *self-cleaning*, como lo es la correcta implementación de un programa de *compliance* o la presentación de la solicitud de clemencia.

En cuanto a la solicitud de clemencia, si bien la aplicación de la prohibición de contratar es relativamente reciente, la CNMC sí que ha dejado claro que las empresas que han solicitado acogerse a este programa se encuentran por fuera de la prohibición de contratar, tal como sucedió en los expedientes *Electrificación y Electromecánicas Ferroviarias y Consultoras*. Esta solución es correcta, pues de lo contrario se desvirtuaría totalmente el sistema.

Por otro lado, en relación con las medidas de *self-cleaning*, la CNMC también concluyó en el expediente *Consultoras* que una de las empresas sancionadas debía quedar por fuera de su aplicación porque adoptó medidas previstas en su programa de *compliance* que se consideraron como una expresión de la voluntad de cumplimiento de la empresa y eficacia de su programa. Con todo, cabe descartar que esta empresa también aportó documentación que constituía prueba directa de su participación en el ilícito y reconoció los hechos imputados, razón por la cual no es del todo claro si la implementación de programas de cumplimiento, por sí sola, constituía un antecedente suficiente a los ojos de la autoridad para sortear la prohibición de contratar.

III. LA PROHIBICIÓN DE CONTRATAR EN EL ECUADOR

A diferencia de la legislación española, el ordenamiento jurídico ecuatoriano no contiene un artículo que establezca de manera expresa la prohibición de contratar con la Administración Pública por haber sido

15 Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, expediente S/DC/0598/2016, *Electrificación y Electromecánicas Ferroviaria*, p. 319. Sin fijar la duración y alcance de la prohibición de contratar, la CNMC decidió remitir la resolución al órgano competente para que se pronuncie sobre ambos aspectos para cada uno de los operadores económicos afectados, en consideración a su grado de participación en los cárteles.

16 Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, expediente S/DC/0598/2016, *Electrificación y Electromecánicas Ferroviaria*, voto particular, p. 366.

17 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Artículo 72.5.

sancionado con carácter firme por infracción grave de falseamiento de la competencia. No obstante, lo anterior no ha impedido al Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP) prohibir a empresas que han sido sancionadas por infracciones de cártel (en concreto, por manipulación de licitaciones públicas) contratar con la Administración Pública por un periodo de tiempo.

El artículo 106 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP) establece lo siguiente: “a más de las previstas en la ley, se tipifican como infracciones realizadas por un proveedor, a las siguientes conductas: [...] d. Utilizar el portal para fines distintos de los establecidos en la ley o el reglamento”¹⁸. En concordancia, el artículo 106.1 del mismo cuerpo normativo señala que “el SERCOP podrá suspender los procedimientos de contratación en los cuales exista vinculación según lo determinado en esta Ley. La entidad contratante descalificará a los proveedores participantes en los procedimientos de contratación pública si se hallaren vinculaciones según las disposiciones vigentes de la presente Ley”¹⁹. En consecuencia, el artículo 107 de la LOSNCP establece que los proveedores pueden ser sancionados con la suspensión del registro único de proveedores (RUP) por un lapso entre 60 a 180 días y, en caso de ser reincidentes, la suspensión podrá ser de entre 181 y 360 días.

De la revisión realizada de las resoluciones públicas del SERCOP, se detectó que existe una resolución en la que se ha suspendido el RUP de una empresa como consecuencia de una infracción de competencia. En concreto, se trata del caso de *Plásticos Rival*, que en octubre de 2016 presentó un compromiso de cese ante la SCPM por haber intercambiado información confidencial sensible con la compañía Adolcit S.A., con la cual tenía vínculos previos contractuales²⁰ para resultar adjudicatario dentro del proceso de subasta inversa electrónica del Ministerio de Educación.

La SCPM, además de sancionar a *Plásticos Rival* con una multa de USD 61.764,36 dólares e imponer medidas correctivas y complementarias, corrió traslado de la resolución a la Contraloría General del Estado, Ministerio de Educación y SERCOP “a fin de que los referidos organismos realicen las acciones que correspondan en el ámbito de sus competencias” como usualmente lo hace la SCPM en toda resolución sancionatoria que se refiere a manipulación de licitaciones públicas.

El SERCOP, el 6 de enero de 2017, decidió suspender tanto el RUP de *Plásticos Rival* como el de su representante legal, por el término de 180 días, por haber cometido la infracción establecida en el literal d) del artículo 106 de la LOSNCP. En consecuencia, mientras duraba la suspensión, la empresa no tenía derecho a recibir invitación alguna ni a participar en ningún procedimiento de contratación pública. Para justificar la imposición de la sanción, el SERCOP señaló en la resolución que todo oferente declara en el “Formulario Único de Oferta del Modelo de Pliego de uso obligatorio” expedido por el SERCOP lo siguiente:

3. La oferta la hace en forma independiente y **sin conexión abierta u oculta** con otra u otras personas, compañías o grupos participantes en este procedimiento y, en todo aspecto, es **honrada** y de buena fe. Por consiguiente, **asegura no haber vulnerado y que no vulnerará ningún principio o norma relacionada con la competencia libre, legal y justa; así como declara que no establecerá, concertará o coordinará –directa o indirectamente, en forma explícita o en forma oculta– posturas, abstenciones o resultados con otro u otros**

18 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 106. Registro Oficial Suplemento 395 de 4 de agosto de 2008.

19 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 106.1.

20 Resolución de la Comisión de Resolución de Primera Instancia de 7 de octubre de 2016, expediente No. SCPM-CRPI-2016-025.

oferentes, se consideren o no partes relacionadas en los términos de la normativa aplicable: asimismo, **se obliga a abstenerse de acciones, omisiones, acuerdos o prácticas concertadas o y, en general, de toda conducta cuyo objeto o efecto sea impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia**, ya sea en la presentación de ofertas y posturas o buscando asegurar el resultado en beneficio propio o de otro proveedor u oferente, en este procedimiento de contratación. En tal virtud, declara conocer que se presumirá la existencia de una práctica restrictiva, por disposición del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y control del Poder de Mercado [...] (el énfasis es parte del texto original).

Asimismo, el SERCOP señaló en su resolución que *Plásticos Rival* firmó el “Acuerdo de Responsabilidad de Uso del Portal Institucional” para darse de alta en el RUP que obliga a los proveedores a responsabilizarse de la información registrada, la vigencia, veracidad y coherencia de la información presentada en los diferentes procedimientos. En este sentido, según el organismo “el uso inadecuado o uso incorrecto del Portal Institucional del SERCOP acarrea la aplicación de las sanciones establecidas en la LOSNCP por interrumpir el correcto desenvolvimiento de los procedimientos precontractuales”²¹.

En respuesta a la resolución sancionatoria interna del SERCOP, el procurador judicial de *Plásticos Rival* presentó recurso de apelación aduciendo que el organismo infringió el principio *non bis in ídem*, dado que la SCPM ya sancionó a la empresa. En su contestación al recurso, el SERCOP concluyó que tanto el derecho de competencia como el derecho de contratación pública poseen ámbitos de aplicación distintos y bienes jurídicos protegidos diferentes, por lo que se consideran dos ramas del derecho independientes la una de la otra; “cada una de ellas tipifica sanciones que atañen netamente a sus objetivos y bienes jurídicos protegidos, y el cometimiento de una infracción, en cualquiera de ambos derechos, supone la necesidad de que el ente rector aplique las sanciones legalmente establecidas”²². Y añadió que “la resolución de la SCPM se configura como la “prejudicialidad” que permite al SERCOP actuar en cuanto al uso inadecuado del Portal Institucional, que acarrea obviamente una actuación que atenta contra el ordenamiento jurídico”²³. Así, el SERCOP concluyó que no se ha violado el principio *non bis in ídem* porque si bien puede existir identidad de sujetos y hechos, no se presenta la identidad de fundamento, requisito esencial para la violación de este principio.

Sobre la base de lo anterior, se desprenden dos diferencias sustanciales de la prohibición de contratar con la Administración Pública en el ordenamiento jurídico ecuatoriano respecto al español: (i) la naturaleza de la figura y (ii) su duración. En primer lugar, en relación con su naturaleza no nos encontramos ante una medida restrictiva de derechos, al contrario, la aplicación de la prohibición de contratar deviene del ejercicio de las potestades sancionadoras por parte del SERCOP ya que se aplica como consecuencia de una infracción y, por ende, tiene carácter sancionador. Esto quiere decir que, en nuestro sistema, la prohibición de contratar constituye una reacción adicional del ordenamiento jurídico que tiene por objetivo “salvaguardar los objetivos del Sistema Nacional de Contratación Pública y los principios establecidos en la [LOSNCP], es decir, legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia [...]”²⁴.

21 SERCOP, Resolución de 6 de enero de 2017, No. R.I.-SERCOP-2017-0000040. <https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-content/uploads/2017/01/RESOLUCION-No.-R.I.-SERCOP-2017-0000040.pdf>

22 SERCOP, Resolución de 18 de enero de 2017, No. SERCOP-DAJ-2017-0004-R. <https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-content/uploads/2017/01/SERCOP-DAJ-2017-0004-R.pdf>

23 Ibid.

24 SERCOP, Resolución de 18 de enero de 2017, No. SERCOP-DAJ-2017-0004-R. <https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-content/uploads/2017/01/SERCOP-DAJ-2017-0004-R.pdf>

En segundo lugar, y a diferencia del caso español, la duración establecida en el artículo 107 de la LOCSP es sustancialmente inferior, pues la prohibición de contratar puede durar máximo 6 meses o, en caso de reincidencia, 1 año, a diferencia de los 3 años que prevé la LCSP.

Ahora bien, es necesario recalcar un efecto indeseado de la activación de la prohibición de contratar que, sin duda alguna, debe ser manejado con prudencia y no pasar desapercibido: el cierre del mercado. El mercado ecuatoriano, al igual que varios países de la región se caracteriza por ser un mercado altamente concentrado. Por tanto, en caso de que la aplicación de esta medida no siga los parámetros de proporcionalidad y razonabilidad puede generar un objetivo contradictorio para el Estado, la falta de concurrencia en caso de que varios proveedores se encuentren inhabilitados para contratar con la Administración. En este escenario, la imposición de la sanción sería un castigo para la misma Administración.

IV. ¿LA APLICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE CONTRATAR ES UNA MEDIDA EFICAZ A NIVEL NACIONAL?

En el caso expuesto en la sección anterior lo que motivó la imposición de la suspensión del RUP por parte del SERCOP a *Plásticos Rival* fue la remisión de la resolución sancionadora por la SCPM al órgano competente. De la investigación realizada, parece que esta ha sido la única resolución en la que, a la luz de una infracción del artículo 11.6 de la LORCPM, el SERCOP impide a una empresa contratar con la Administración Pública.

Ahora, resulta interesante que esta haya sido la única resolución identificada cuando ha sido una práctica sostenida por parte de la SCPM remitir al SERCOP las resoluciones en las que se han sancionado ilícitos de competencia por manipulación de licitaciones públicas para que “realice las acciones pertinentes dentro del ámbito de sus competencias y atribuciones”. De hecho, según los informes de gestión de los últimos tres años de la SCPM, del total de expedientes activos por investigaciones de prácticas restrictivas la mayoría se refieren a cárteles en la contratación pública²⁵. Esto quiere decir que, además de la imposición de las sanciones pertinentes, la SCPM ha tenido que remitir las resoluciones al SERCOP. No obstante, de la información pública disponible parece que no hay más resoluciones sancionatorias suspendiendo el RUP de una empresa con el objetivo de prohibir la contratación con la Administración como es el caso de *Plásticos Rival*.

En Ecuador, los procesos de contratación pública representan una suma importante de la economía nacional, “durante los años 2015 al 2020 las compras públicas alcanzaron los USD 38.317 millones, lo que representó en promedio el 18,49% del Presupuesto General del Estado y el 6,21% del Producto Interno Bruto²⁶. De hecho, aproximadamente 3.500 entidades contratantes utilizan la plataforma tecnológica de contratación gestionada

25 El Informe de Gestión de 2019 señala: “adicionalmente, es de resaltar que del total de casos que se encuentra investigando la Dirección Nacional de Investigación y Control de Acuerdos y Prácticas Restrictivas, al 31 de diciembre de 2019”. Por su parte, el Informe de Gestión de 2020 afirma que: “la mayoría de los casos de investigación sobre acuerdos y prácticas restrictivas, son referentes a la contratación pública” y, en concordancia, el Informe de Gestión de 2021 indica que “del total de expedientes activos, el 57% de las investigaciones sobre acuerdos y prácticas restrictivas están relacionadas con la venta y comercialización de medicamentos e insumos médicos dentro de procesos de contratación pública”. SCPM. Informe de Gestión 2019, <https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/downloads/2020/10/RENDICION-DE-CUENTAS-SCPM-2019.pdf>. Informe de Gestión 2020, <https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/downloads/2021/05/Informe-de-Gesti%C3%B3n-2020.pdf> e Informe de Gestión 2021, <https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/downloads/2022/03/Informe-de-Gestio%CC%81n-2021-1.pdf>.

por el SERCOP, teniendo alrededor de 75.000 proveedores activos²⁷. Por ello, “el SERCOP maneja presupuestos particularmente elevados, durante el año 2019, manejó un monto equivalente al 5.5% del PIB”²⁸.

En consecuencia, es evidente que la contratación pública es de suma relevancia para la economía nacional y el interés general, por tanto, es necesario que el ordenamiento jurídico opere de la forma más eficiente, eficaz y coordinada posible para identificar prácticas colusorias, sancionarlas e identificar y mitigar los riesgos que facilitan su colusión. En este sentido, y como acertadamente lo identificó la SCPM en su estudio de mercado sobre el sistema nacional de contratación pública, uno de los riesgos que han facilitado los actos de colusión es “la falta de controles internos del SERCOP e instituciones públicas para la identificación de prácticas colusorias”.

Al respecto, en el estudio preparado por la SCPM no se identificó con claridad dentro de la normativa y en la ejecución de los procesos de contratación mecanismos de control interno para el monitoreo de conductas, así como para la identificación de prácticas anticompetitivas, lo que generaría un escenario en el cual se facilita la colusión en la ejecución de los procesos²⁹. Según el estudio, el 88,66% de las entidades contratantes encuestadas señalaron que no disponen de herramientas técnicas para prevenir y detectar acuerdos colusorios en los procesos de contratación y el 92,31% señaló que no ha sido capacitada en la detección de prácticas anticompetitivas³⁰.

Las anteriores estadísticas demostrarían porque parecería que, en efecto, existe una única resolución del SERCOP en la que se ha activado el artículo 106 y 107 de la LOCSP como consecuencia de la sanción de una práctica anticompetitiva. Si bien es evidente que el régimen jurídico descrito en la LOCSP persigue tutelar un bien jurídico diferente, no deja de ser menos cierto que junto con las disposiciones de la LORCPM se podría sancionar de manera eficiente a los cárteles, disuadirlos e impedir su repetición. No obstante, en el escenario actual la aplicación de la prohibición de contratar no es, por el momento, una medida eficaz a nivel nacional.

27 OCDE, Exámenes inter-pares de la OCDE y el BID sobre el derecho y política de competencia: Ecuador (2021), <http://www.oecd.org/daf/competition/exámenes-inter-pares-ocde-bid-derecho-y-politica-de-competencia-ecuador-2021.htm>

28 Ibid.

29 SCPM. Estudio de mercado, Sistema Nacional de Contratación Pública, expediente No. SCPM-IGT-INAC-003-2020 (2022).

30 Ibid.



Este documento se encuentra sujeto a los términos y condiciones de uso disponibles en nuestro sitio web:
<http://www.centrocompetencia.com/terminos-y-condiciones/>

Cómo citar este artículo:

Camila Sánchez, "Los cárteles y la prohibición de contratar con la Administración en el Ecuador: ¿una medida eficaz?", *Investigaciones CeCo* (octubre, 2022),
<http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>

Envíanos tus comentarios y sugerencias a info@centrocompetencia.com
CentroCompetencia UAI – Av. Presidente Errázuriz 3485, Las Condes, Santiago de Chile