

Unclassified

Spanish - Or. English

21 September 2020

DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS
COMPETITION COMMITTEE

Cancels & replaces the same document of 9 September 2020

LATIN AMERICAN AND CARIBBEAN COMPETITION FORUM (Spanish version) FORO LATINOAMERICANO Y DEL CARIBE DE COMPETENCIA - Sesión I: Obtención de pruebas en formato digital en cárteles

- Contribución de Ecuador -

28 y 29 de septiembre de 2020, reunión virtual por Zoom

Se hace circular el documento adjunto elaborado por Ecuador PARA SU DEBATE en la Sesión I del Foro Latinoamericano y Del Caribe de Competencia que se llevará a cabo los días 28-29 de septiembre 2020 reunión virtual por Zoom.

Ms. Sra. Lynn Robertson, Gerente MENA/Africa, LACCF ; Experto en Competencia - Lynn.Robertson@oecd.org.

JT03465570

Sesión I: Obtención de pruebas en formato digital en cárteles

Hacia la implementación de herramientas digitales para la detección de cárteles¹

- Contribución de Ecuador² -

1. Una breve revisión de la normativa ecuatoriana relativa a cárteles

1. El artículo 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante, LORCPM), prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, y en general todos los actos o conductas realizados por dos o más operadores económicos³, de cualquier forma manifestados, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, afectar negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general.

2. Como se desprende del texto legal, la normativa ecuatoriana no determina como tal el concepto de “cártel” y tampoco considera una clasificación específica para aquellas conductas denominadas “hard core cartels”, entendiéndose que el marco legal ecuatoriano dentro de la definición citada *ut supra*, contempla a aquellas prácticas. Esto se evidencia en el catálogo de conductas contenidas en la LORCPM y que se consideran que podrían constituir un acuerdo y práctica restrictivas, en particular: la fijación de precios; la repartición de clientes, proveedores o zonas geográficas; la restricción, limitación o control concertado de producción, distribución o comercialización de bienes o servicios; las conductas de proveedores u oferentes, en la presentación de ofertas y posturas, o buscando asegurar el resultado en beneficio propio o de otro proveedor u oferente (colusión en contratación pública), entre otras.

3. Con la finalidad de investigar y detectar este tipo de conductas, así como las demás infracciones previstas en la Ley, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM) de Ecuador, cuenta con una serie de facultades de investigación dentro las cuales se identifican aquellas denominadas “intrusivas”. Para estos efectos la SCPM podrá requerir, recuperar, buscar documentación e información, así como citar a declarar o rendir testimonio a quienes tengan relación con los casos materia de análisis. Adicionalmente, podrá realizar inspecciones, con o sin previa autorización en los establecimientos, locales o inmuebles de las personas naturales o jurídicas. Cuando los lugares en donde se realice

¹ Esta contribución considera las recomendaciones de preguntas difundidas a través del documento “Call for contributions” por la Secretaría de la OCDE. Documento disponible en: <https://bit.ly/357ajf3>.

² Esta contribución fue preparada por María Alejandra Egüez Vásquez, Intendente Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. La autora agradece los comentarios de David Pozo y Patricio Pozo de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Para obtener más información póngase en contacto con: maria.eguez@scpm.gob.ec.

³ La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado en su artículo 2, define como operador económico a las: “*personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que las agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional.*”

las inspecciones sean el domicilio de una persona natural, se requiere de autorización judicial, así como para proceder con el descerrajamiento en el caso de locales o establecimientos que estuvieran cerrados⁴. A través de estas facultades se recopilan elementos de prueba y evidencias para detectar acuerdos, que conforme la LORCPM, son considerados, por un lado, como infracciones graves cuando estos son cometidos por operadores económicos que no son competidores entre sí (prácticas verticales), y están sujetos a una sanción de hasta el 10% del volumen de negocios; y, por otro lado, como infracciones muy graves cuando se trata de cárteles o acuerdos entre competidores (prácticas horizontales), y la multa puede ascender hasta el 12% del volumen de negocios. En Ecuador, este tipo de conductas anticompetitivas, no son perseguidas penalmente, como en otras jurisdicciones.

4. En paralelo a las facultades de investigación aplicadas por la SCPM, en su labor de garantizar la persecución de acuerdos o cárteles, expidió el *“Instructivo para el otorgamiento de beneficios de exención o reducción del importe de la multa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado”*⁵. Esta normativa regula el procedimiento para que los operadores económicos infractores se acojan al programa de delación o clemencia, como también se los denomina en el derecho de competencia. El programa contempla la exención del pago de la multa⁶, para el primer solicitante, o en su defecto la reducción de entre el 20% y el 50%⁷ de la multa en función del orden (marcador) de presentación de la solicitud⁸, siempre y cuando se cumplan con los requisitos del deber de cooperación⁹. Este programa de delación, se apeg a las recomendaciones¹⁰ de la OCDE, en cuanto a la introducción de un mecanismo efectivo, que considere, entre otros los siguientes elementos: claridad en las reglas y el procedimiento para acceder al otorgamiento de beneficios; detalle de la información que debe presentar el solicitante para acceder al programa; sistema de citas para garantizar el orden de la presentación de solicitudes y asignación de marcadores; establecimiento de requisitos que debe cumplir el colaborador durante la investigación para acceder a los beneficios, excluyendo de la posibilidad del otorgamiento de estos a aquellos operadores que hayan obligado a otros a participar en la conducta (instigador); y se garantiza la confidencialidad.

⁴ Las facultades de inspección y allanamiento se encuentran establecidas en el artículo 49 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Adicionalmente, se norman mediante resolución No. SCPM-DS-043-2016, de 26 de julio de 2016 que expidió el: “Instructivo para allanamientos y mantenimiento de cadena de custodia”. Publicado en el Registro Oficial Suplemento 820 de 17 de agosto de 2016.

⁵ Resolución SCPM-DS-2019-38 de 8 de agosto de 2019, publicada en el Registro Oficial No. 52 de 2 de octubre de 2020.

⁶ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 83. Exención del pago de la multa.

⁷ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 84. Reducción del importe de la multa.

⁸ Es de destacar que la norma prevé la creación de un mecanismo de toma de citas en línea, el mismo que se encuentra disponible en: <https://www.scpm.gob.ec/sitio/iframe-delaciones/>. Esta herramienta garantiza la posibilidad de que los interesados en acogerse al programa, puedan presentar su solicitud. Ya que a pesar de que por las condiciones de la pandemia por el virus COVID-19, se haya priorizado el teletrabajo por parte de la autoridad ecuatoriana, se asignará de manera automática una fecha y hora para la reunión, garantizando la recepción de dicha solicitud por parte de la autoridad correspondiente.

⁹ Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 104. Deber de cooperación de los solicitantes de exención o de reducción del importe de la multa.

¹⁰ OCDE (2019). Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels. Disponible en: <https://bit.ly/2XzK1fO>.

2. Relevancia de la detección de colusión en contratación pública

2.1. La contratación pública en cifras

5. La contratación pública es el proceso de adquisición de bienes, obras y servicios realizado por el sector público, cuyo objetivo es asegurar el mejor valor del dinero público¹¹. A nivel mundial, las compras públicas implican la asignación de montos significativos de dinero. En el caso ecuatoriano, para el periodo 2010 – 2019, la contratación pública en promedio fue de aproximadamente USD 7.900 millones, lo que significa en relación al Producto Interno Bruto (PIB) una media del 8,5%. En particular en 2019, la compra pública representó el 17% del Presupuesto General del Estado (PGE) y el 6% del PIB, equivalente a USD 6.066 millones¹². Para el periodo enero – julio del 2020¹³ la contratación pública, considerando todas aquellas adquisiciones realizadas en situación de emergencia a causa del virus COVID-19, asciende al 7% del PGE y el 3% del PIB.

6. Dada la magnitud de este mercado, y la importancia que representa para la economía nacional, es esencial que estos procesos se ejecuten en el marco de una sana competencia a fin de que se cumpla con uno de los principales objetivos de estos mercados, que es la asignación eficiente de los recursos públicos. La dinámica competitiva de los procesos de contratación permite acceder a bienes, obras y/o servicios a precios bajos y/o de calidad.

7. Cuando la concurrencia en el mercado de contratación pública se ve afectada por la falta de independencia de sus participantes, mediante un acuerdo para elevar los precios, bajar la calidad de los bienes y servicios que se ofertan o repartirse mercados, en vez de competir para ganar un concurso público¹⁴, afecta a dicha eficiencia. Según el informe de la OCDE¹⁵ (2011), existe evidencia a partir de encuestas realizadas en 6 economías sobre los cobros excesivos de los cárteles en contratación pública, mediante las cuales se concluye que la existencia de un acuerdo puede aumentar (en promedio) los precios en un 30%, comparado con un “benchmark” competitivo sin colusión.

8. En este contexto, la SCPM se encuentra, al igual que las autoridades de competencia a nivel mundial, luchando contra la colusión en contratación pública, y parte de sus esfuerzos institucionales están enfocados en la detección de “*bid rigging*”, siendo una de las conductas más perniciosas para el mercado. En particular, se ha observado a nivel nacional, que existe una baja participación de operadores económicos en los procesos de contratación en comparación con la cantidad de proveedores del estado registrados, generando alertas de la existencia de posibles conductas anticompetitivas en el marco de la contratación pública, siendo la causa que podría haber desalentado “*la participación de compañías competidoras, disminuyendo la confianza del público en los procesos de*

¹¹ OCDE (2011). Competition and Procurement. Key Findings.

¹² Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP). Cifras de contratación Pública. Boletín Mensual. Disponible en: <https://bit.ly/3gSPCpm>.

¹³ La compra pública del periodo enero-julio 2020 incluye información de otros procedimientos (ínfima cuantía, emergencias, adquisición y arrendamiento de bienes inmuebles). Hasta junio de 2020 se contabilizaba solo procedimientos de régimen común y régimen especial. Fuente: SERCOP – SOCE (Sistema Oficial de Contratación Pública).

¹⁴ Entiéndase para este caso en particular a concurso público como cualquier proceso de contratación pública en el que participan dos o más proveedores.

¹⁵ OCDE (2011) (2014). Combatiendo la Colusión en los procesos de Contratación Pública en México y Colombia. Informe del Secretario sobre el marco jurídico y las prácticas de contratación pública. Disponible en: <https://bit.ly/3585cee>.

contratación competitiva y socavando los beneficios de un mercado competitivo”¹⁶. Para el año 2019 en promedio participaron 4,66 proveedores por proceso de contratación pública¹⁷. A modo de ejemplo, para el periodo enero – julio 2020, en los procesos de subasta inversa electrónica, procedimiento dinámico en el cual los proveedores de bienes y servicios equivalentes, pujan hacia la baja en el precio ofertado, se observa que en el 72% de procesos realizados participaron entre 1 y 2 proveedores. En cuanto al ahorro generado, el cual se espera que sea directamente proporcional a la cantidad de proveedores, se evidencia que a menor número de participantes en los procesos de contratación, menor es el ahorro generado por parte de los proveedores participantes.

Tabla 1. Ejemplo práctico del posible efecto en los precios de adjudicación de procesos de contratación pública ante una mayor concurrencia. Procedimiento de subasta inversa electrónica. Enero – julio 2020

No. Participantes	Presupuesto Referencial	Valor adjudicado	Descuento
¹¹⁸	273,46	254,53	-7%
2	309,27	288,21	-7%
3	89,81	76,08	-15%
> 3	116,29	85,55	-26%
Total	788,83	704,36	-11%

Fuente: Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP). Cifras de Contratación Pública.

9. Por lo expuesto, se evidencia la necesidad de un recurrente análisis al comportamiento de las contrataciones públicas, ya que podrían existir mercados en los que se identifica la presencia de determinados factores que podrían contribuir a la manipulación de las licitaciones, tales como¹⁹: reducido número de empresas oferentes; bajo o difícil ingreso al mercado; condiciones de mercado estables; ofertas repetitivas; productos o servicios idénticos o simples, pocos o nulos sustitutos, poco o baja innovación en los productos o servicios.

2.2. Colaboración con el ente rector de la contratación pública

10. El Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP) es el ente público que regula la gestión de la contratación pública en el Ecuador, siendo el encargado de supervisar y normar estos procedimientos. La SCPM con el objetivo de cumplir con sus labores de investigación ha trabajado en un marco de coordinación interinstitucional. Esta cooperación ha sido materializada en la renovación del convenio marco, que mantienen estas dos instituciones desde el año 2019. El mismo que tiene como objeto coordinar acciones conjuntas entre la SCPM y el SERCOP, a fin de cumplir con el objeto de la

¹⁶ OCDE (2014). Combatiendo la Colusión en los procesos de Contratación Pública en Colombia. Informe del Secretario sobre el marco jurídico y las prácticas de contratación pública en Colombia. Disponible en: <https://bit.ly/357b8Vb>

¹⁷ Servicio Nacional de Contratación Pública. Análisis anual de la contratación Pública 2019. Disponible en: <https://bit.ly/2Z4IOyC>

¹⁸ Según el artículo 47 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en los casos de negociación única no se realizará puja y “*el oferente deberá rebajar su oferta económica en al menos el cinco por ciento (5%) del presupuesto referencial de la subasta inversa convocada.*”

¹⁹ OCDE. Lignes Directrices pour la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics: pour une dépense optimisée des fonds publics par les gouvernements. Disponible en: <https://bit.ly/3IJqEfD>

LORCPM, a través del trabajo, la asesoría, el manejo de datos y el intercambio de información, con especial enfoque en los procesos de contratación pública. Siendo la finalidad principal el prevenir y detectar el cometimiento de prácticas colusorias y anticompetitivas, para promover la competencia, la transparencia y eficiencia en los mercados.

11. Partiendo de la importancia de la interacción entre estas instituciones, y considerando que la LORCPM prevé como forma de inicio las solicitudes de otros órganos de la administración pública, el SERCOP reporta posibles casos en los que identifica comportamientos inusuales y que podría constituir acuerdos anticompetitivos. La documentación remitida comprende información recopilada por la propia entidad así como información pública disponible a través del Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador (SOCE).

12. Si bien se logra acceder a la información necesaria para el análisis preliminar, en varias ocasiones esto conlleva a intercambios de información adicionales y de manera individualizada según el grupo de operadores económicos que estén siendo objeto de análisis, lo que genera limitaciones en cuanto tiempo y retrasos en la examinación efectiva del comportamiento de los operadores por parte de la autoridad de competencia. Como alternativa a esta situación y considerando que la información que almacena el SERCOP es de suma importancia para las investigaciones y determinación de evidencias en los casos de colusión, se encuentra en evaluación el mecanismo idóneo para un intercambio y/o acceso de información de manera más eficiente, el mismo que permita la recolección de datos a fin de integrarlos a la herramienta digital en desarrollo por la SCPM, la misma que será explicada en la siguiente sección.

Recuadro 1. “Hallazgos casuales” identificados en las compras de emergencia por la pandemia generada por el COVID-19”²⁰

La propagación repentina de la enfermedad del COVID-19 a inicios del año 2020, y en Ecuador en el mes de marzo del año en curso, generó un impacto sin precedentes en los mercados. En particular en el sector de salud, la crisis sanitaria, obligó a decretar el estado de emergencia, permitiendo y dando paso a un procedimiento de contratación, con distintas características en cuanto a la adquisición y adjudicación de contratos.

De conformidad con el marco legal de contratación pública ecuatoriano, en situación de emergencia se puede contratar bienes, servicios, obras y consultorías que tengan relación directa con la emergencia, la misma que puede ser adjudicada de manera directa y bajo responsabilidad de la máxima autoridad. Si bien se tiene previsto un procedimiento más ágil, de manera inmediata, rápido, transparente y sencillo, se debe propender a obtener el mejor costo, situación que debe ser verificable y plenamente respaldada.

En estas circunstancias, las entidades contratantes tienen la posibilidad de realizar contratación a través de condiciones menos competitivas, con la participación de pocos proveedores, y hasta en ciertas ocasiones la contratación directa con un solo proveedor.

Recuadro 2. “Hallazgos casuales” identificados por la pandemia generada por el COVID-19²⁰.

Esta situación inusual en los mercados, generó en Ecuador, la identificación de posibles irregularidades en la adquisición de insumos médicos así como bienes y servicios necesarios para hacer frente a la pandemia.

Estas irregularidades se encuentran siendo analizadas por la Fiscalía General del Estado (FGE), la Contraloría General del Estado y la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, en el marco de las atribuciones de cada una.

La contratación en emergencia, fue el entorno propicio para que se observen dos posibles distintas problemáticas: corrupción y colusión, que convergen en un mismo efecto, la adjudicación realizada sobre una razón distinta a la competencia justa y el mérito del proveedor (véase: <https://bit.ly/2QE7FVv>).

En particular en los casos de público acceso la FGE investiga varios casos en los que presuntamente habrían “grupos estructurados” (véase: <https://bit.ly/2D8HtyQ>) y coordinados para la adjudicación de contratos, donde se observarían que se realizaban transferencias bancarias entre los involucrados, como pagos o retribuciones por dichas adjudicaciones.

La autoridad de competencia se encuentra realizando actuaciones previas así como ejecutando una serie de investigaciones a raíz de la emergencia, no obstante, estas investigaciones podrían versar sobre los actos de los mismos operadores económicos, a los cuales sus instalaciones han sido allanadas por parte de la FGE. Si bien la autoridad de competencia en uso del convenio marco que mantiene con la FGE podría acceder a determinadas piezas procesales, la recopilación de pruebas físicas se tornará más compleja. A esto es importante sumar, que al haber sido hechos de conocimiento público, la obtención de información de los posibles responsables, podría verse comprometida.

En este contexto y con las restricciones impuestas por la pandemia, adquiere mayor relevancia la implementación de herramientas digitales para la obtención de pruebas. Así como herramientas que permitan a la autoridad de competencia estar vigilante y monitoreando patrones de comportamiento que podrían ser sospechosos o inusuales en las contrataciones públicas (Véase: <https://bit.ly/3jve8i2>).

²⁰ NOTA DE DESCARGO DE RESPONSABILIDAD: las opiniones contenidas en el recuadro 1 son de exclusiva responsabilidad de la autora, por cuanto constituye una evaluación a criterio personal de la autora y de ninguna manera supone la expresión de una postura de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado

3. Obtención de pruebas en formato digital: Fase de exploración²¹

13. La SCPM se encuentra en proceso de implementación de una herramienta digital²² que permita recabar información para las investigaciones. Con el objetivo de reforzar la capacidad de detección de cárteles, como complemento al desarrollo tecnológico como tal, la SCPM se encuentra en la fase de exploración de metodologías complementarias, que en el contexto de la era digital, permitirán que la aplicación de la normativa ecuatoriana de cárteles siga la tendencia internacional y se alinee a la implementación instrumentos de *screening* o *data mining*.

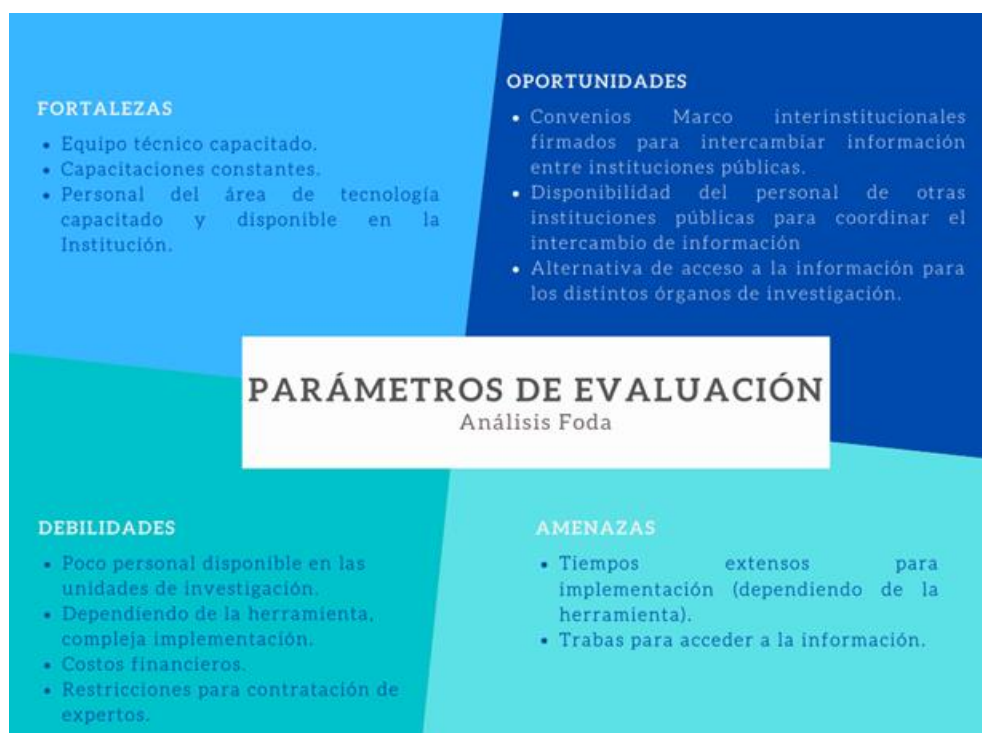
14. Para la determinación de la implementación de algún tipo de herramienta, se evaluaron varios factores, tales como tiempo, costos y experiencias en otras jurisdicciones²³. La necesidad de contar con una herramienta de acceso a la información de manera consolidada, es una actividad que si bien se encontraba en construcción previo a la pandemia, las diversas situaciones y comportamientos inusuales de los mercados, evidenció la necesidad de la implementación de este instrumento en el corto plazo, razón por la cual se evaluaron entre las opciones disponibles (acceso a la información a través de web services o construcción de *data warehouse*). Considerando aquellas que podrían generar resultados en el menor tiempo posible, y evaluando la factibilidad de su ejecución en el caso de que fuera necesario la asignación de recursos, ya sea por almacenaje, e infraestructura tecnológica o personal especializado.

²¹ La presente sección responde la pregunta planteada por los lineamientos de OCDE: “*Si su autoridad no utiliza actualmente herramientas digitales para recabar pruebas en la investigación de cárteles, ¿tiene intención de comenzar a utilizarlas en futuras investigaciones de este tipo o dispone de algún plan a tal efecto? ¿Qué parámetros tienen en cuenta para tomar dicha decisión (facilidad de uso, efectividad, costos, experiencia en otras jurisdicciones, efecto disuasorio, etc.)?*”

²² Para fines de la presente sección entiéndase por herramientas digitales a aquellas basadas en *big data*, inteligencia artificial u otras para recabar pruebas en las investigaciones (por ejemplo, a través de técnicas de *screening* de información).

²³ Revisión de información pública de las herramientas y proyectos ejecutados por: la Comisión de competencia Suiza (Véase: <https://bit.ly/32GdtU6>), Autoridad de Competencia y Mercados de Reino Unido (<https://bit.ly/31OqmMN>), el Consejo Administrativo de Defensa Económica de Brasil (<https://bit.ly/3boTGwx>) y otras experiencias disponibles en: OCDE (2013). Ex officio cartel investigations and the use of screens to detect cartels.

Gráfico 1. Análisis FODA para determinar la herramienta digital a implementarse



Elaboración: propia a partir del análisis realizado

15. Por lo expuesto, al momento, la herramienta que se adapta a la capacidad operativa de la autoridad de competencia, consiste en una interfaz de acceso y recolección de información, la misma que se implementará a través de un aplicativo que la SCPM se encuentra desarrollando para el efecto (en adelante, el Aplicativo). Este ejercicio, constituye el primer paso para recolectar información o “data” siendo el elemento principal y necesario para los análisis.

16. En el caso ecuatoriano, mediante la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Registros de Datos Públicos se creó el Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, con el objeto de coordinar el intercambio de información de los registros de datos públicos. Este Sistema lo preside la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos (en adelante DINARDAP), entidad pública, que ofrece un portal a través del cual se puede consultar en un conjunto de fuentes (instituciones públicas) información referente a personas naturales y jurídicas.

17. Como parte de la ejecución de este proyecto, actualmente la SCPM se encuentra en el desarrollo conjunto de la interface para acceder a la información en coordinación con la DINARDAP, que a través de un web service permitirá el acceso a las fuentes de información, y a un conjunto determinado de variables necesarias para los análisis de los operadores económicos que podrían estar cometiendo actos anticompetitivos. Un elemento adicional, a esta herramienta, es que se podrá alimentar de bases de datos que puedan ser recopiladas de conformidad con las facultades de investigación de la SCPM. Es decir aquella información que no se encuentre disponible en la DINARDAP o en fuentes públicas, a través de convenios o requerimientos de información serán recopiladas y almacenadas en la herramienta, permitiendo así abarcar la mayor cantidad posible de datos para los análisis correspondientes.

18. Este primer ejercicio, como tal, si bien no permitirá realizar un monitoreo constante del comportamiento de distintos sectores en tiempo real, que podría desencadenar en la detección de investigaciones de oficio, si permitirá la recopilación de información para el análisis correspondiente, a fin de conocer si efectivamente determinados comportamientos por parte de operadores económicos, previamente identificados, podrían estar cometiendo algún tipo de conducta anticompetitiva, con énfasis principalmente en cárteles. Como beneficios de la creación del Aplicativo se ha identificado por un lado, que se podrán elaborar perfiles de los operadores económicos, sin necesidad de contactar a los involucrados o a su vez sin necesidad de información remitida por ellos, lo que, dependiendo de los resultados permitirá la recopilación de elementos para la realización de allanamientos o inspecciones.

19. Por otro lado, al lograr acceder a un volumen importante de información sobre los posibles operadores económicos involucrados también se podrá tener evidencia de forma indirecta de cárteles. Este tipo de pruebas, que son el resultado de la aplicación de análisis económicos, también constituyen una poderosa herramienta de prueba, toda vez que los acuerdos con mayor frecuencia pueden realizarse de manera verbal, complejizando la recolección de pruebas directas. Adicionalmente como consecuencia de la pandemia y las limitaciones a las que las autoridades de competencia se enfrentan por la imposibilidad de desplazamiento para la recopilación de pruebas o evidencias directas, tales como: documentación, correos electrónicos, pruebas que describan el funcionamiento del mismo²⁴; el análisis económico adquiere mayor relevancia, ya que permitirá evidenciar el comportamiento de los operadores en el mercado, medido por la dinámica de indicadores y variables claves como: precios, cuotas de participación, niveles de producción, y en lo concerniente a contratación pública, ofertas, participantes, montos adjudicados, entre otros.

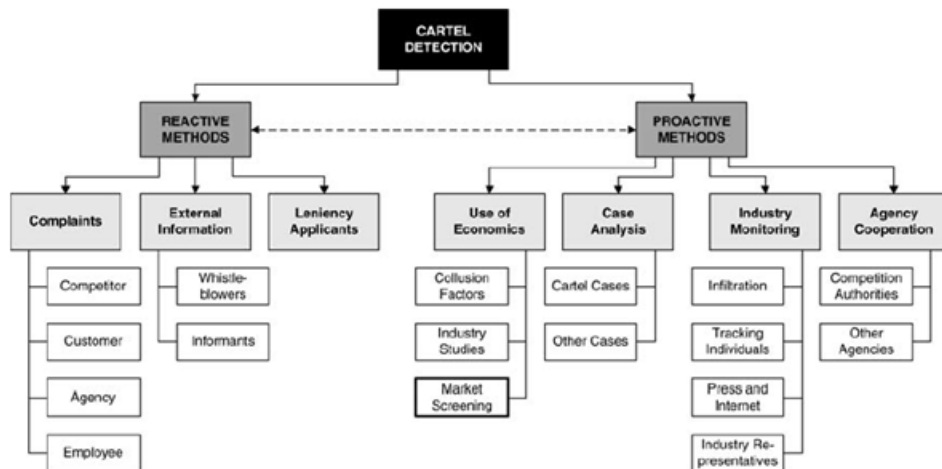
20. A diferencia de otras jurisdicciones, la legislación ecuatoriana y su jurisprudencia no limita la potestad de la autoridad de fundamentar el cometimiento de una infracción al artículo 11 de la LORCPM a través de evidencia económica, toda vez que se encuentran prohibidos tanto los acuerdos tácitos como explícitos. Por ejemplo, en Estados Unidos, la evidencia económica es considerada insuficiente para probar una violación a la Sección 1 del Sherman Act y tiene un rol más de “apoyo” que de evidencia como tal, siendo necesaria en toda ocasión la evidencia directa del acuerdo.²⁵

21. Como un siguiente paso a la implementación de la herramienta, la autoridad de competencia ecuatoriana y en específico la misma unidad de cárteles, trabajará en el desarrollo de una metodología que permita realizar el análisis de la información recopilada a través del Aplicativo. En el marco de actuación de las autoridades de competencia se cuenta con una serie de herramientas que permiten una efectiva aplicación de las normas de persecución de carteles, por una parte se encuentran aquellas que buscan prevenir o evitar la conformación de cárteles (*ex ante*) y por otra parte las herramientas utilizadas para intervenir y detectarlos, siendo bajo esta segunda categoría en la que se encontrarían las herramientas digitales y en este caso, el Aplicativo de la SCPM. Es ampliamente conocido que para cumplir con el objetivo de detección, se pueden utilizar dos distintos métodos los reactivos y proactivos.

²⁴ OCDE (2007). Prosecuting Cartels without Direct Evidence of Agreement.

²⁵ Harrington, J. E. (2006). Behavioral screening and the detection of cartels. European Competition Law Annual, 51-68.

Figura 2. Métodos para la detección de cárteles



Fuente: Kai Hüschelrath, How Are Cartels Detected? The Increasing Use of Proactive Methods to Establish Antitrust Infringements

22. Por la estructura del Aplicativo, la detección de carteles partirá de la implementación de métodos proactivos. Estos métodos “ofrecen una variedad de herramientas para detectar activamente los cárteles. El uso explícito de la economía, por ejemplo, puede desempeñar un rol en la forma del estudio de los factores de colusión entre industrias, la realización de estudios o investigaciones de mercado o industriales y en la aplicación de un enfoque de selección de mercados”²⁶. De acuerdo con la International Competition Network (ICN)²⁷ estos se clasifican en el uso de técnicas económicas, el análisis de casos, el monitoreo de las industrias y la cooperación con otras agencias. Dentro de estas categorías, la SCPM se enfocará en una primera instancia en aquellos métodos basados en la utilización de la economía.

23. Según la OCDE (2007), la evidencia económica puede clasificarse en dos categorías²⁸: estructural y de comportamiento del mercado. El primer enfoque, el estructural “*examina la estructura de la industria en cuestión, "puntuando" la probabilidad de colusión sobre la base de factores como: un producto homogéneo, un número insuficiente de competidores, la estabilidad de la demanda y otros marcadores colusorios de uso común*”²⁹; mientras que el segundo tipo de análisis de comportamiento o “resultados” es aquel en el que se busca “*examinar el comportamiento de los mercados y los participantes, a través de datos observables, y aplicando “screens” a fin de abordar*

²⁶ Kai Hüschelrath, How Are Cartels Detected? The Increasing Use of Proactive Methods to Establish Antitrust Infringements, Journal of European Competition Law & Practice, Volume 1, Issue 6, December 2010, Pages 522–528. [Traducción propia.]

²⁷ ICN (2010), Anti-Cartel Enforcement Manual Cartel Working Group- Subgroup 2: Enforcement Techniques, pag. 7.

²⁸ OCDE (2007). Prosecuting Cartels without Direct Evidence of Agreement. What is circumstantial evidence?

²⁹ OCDE (2013). Ex-officio Cartel Investigation and the Use of Screens to Detect Cartels. Rosa M. Abrantes-Metz. [Traducción propia.]

*si es más o menos probable que el comportamiento observado se haya producido en virtud de un acuerdo explícito.”*³⁰

24. Por lo expuesto, dado que uno de los objetivos principales de la implementación de la herramienta digital es reforzar la detección de “*bid rigging*”, explorando estas dos opciones, se tiene previsto iniciar el diseño e implementación de técnicas de “*screening*”, considerando como punto de partida los siguientes elementos³¹:

- Comprensión de las características de los mercados y sectores en análisis, considerando la naturaleza de la competencia y los potenciales incentivos u oportunidades para distorsionarla;
- Una teoría de las características del acuerdo entre los competidores;
- Una teoría sobre la forma en que el acuerdo afectaría los resultados del mercado, por ejemplo: en los precios, ofertas o cuotas de participación (información disponible);
- El diseño de una técnica estadística capaz de capturar las variables claves del mercado, así como de la teoría del caso;
- Fundamentación empírica y teórica; y,
- La identificación de un contrafactual apropiado para comparar la teoría de la colusión y los resultados empíricos obtenidos.

4. Reflexiones finales

25. Además de las herramientas con las que las autoridades de competencia cuentan para la detección de cárteles tales como denuncias y el programa de clemencia, existen claros signos del incremento de la implementación de herramientas digitales para la detección de cárteles.

26. La pandemia no solo ha generado modificaciones en el comportamiento de los agentes de los mercados, sino también ha obligado a las autoridades gubernamentales a replantearse la aplicación de las políticas públicas, así como la política de competencia. La misma que frente a las distorsiones dadas, deberán fortalecer sus actuaciones y adecuar sus facultades de investigación a fin de que la capacidad de detección sea igual de efectiva y eficiente. Razón por la cual las herramientas digitales tomaran un rol más relevante para evaluar y detectar el cometimiento de cárteles.

27. Conviene destacar que la implementación del Aplicativo, genera una serie de externalidades positivas institucionalmente, por cuanto es un instrumento de acceso a información simultánea, que permite la extracción de datos y consolida la información de distintas fuentes en archivos de datos, siendo útil no únicamente para la unidad de análisis de cárteles, sino para las demás órganos de investigación de la institución.

³⁰ OCDE (2013). Ex-officio Cartel Investigation and the Use of Screens to Detect Cartels. Rosa M. Abrantes-Metz. [Traducción propia.]

³¹ Abrantes-Metz, Rosa M. (2011), Design and Implementation of Screens and Their Use by Defendants. Competition Policy International (CPI) Antitrust Chronicle, Vol. 2, September 2011.