

EXPEDIENTE-SCPM-CRPI-2015-019

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- Quito, 01 de abril de 2019, a las 09h30.- **VISTOS:** El Superintendente de Control del Poder de Mercado designó al doctor Oswaldo Ramón Moncayo; Presidente de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, al doctor Marcelo Ortega Rodríguez, Comisionado; y al doctor Agapito Valdez Quiñonez, Comisionado; mediante los actos administrativos correspondientes, quienes en uso de sus atribuciones legales disponen agregar al expediente los siguientes documentos: **i)** El memorando **No. SCPM- INICAPMAPR- DNICAPR-023-2018** de 22 de agosto de 2018, suscrito por el doctor Marcelo Gustavo Blanco Dávila, Intendente Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, al que se acompaña el Informe No.SCPM-**INICAPMAPR-DNICAPR-009-2018** de 22 de agosto de 2018, suscrito por el abogado Jacobo Salvador Aguayo Zambrano, Director Nacional de Investigación y Control de Acuerdos y Prácticas Restrictivas. **ii)** El memorando **No.SCPM-IGT- INICAPMAPR-036-2018** de 26 de septiembre de 2018, firmado por el doctor Marcelo Gustavo Blanco Dávila, Intendente Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas. En lo principal, por corresponder al estado procesal del expediente el de resolver, para hacerlo se considera:

PRIMERO.- COMPETENCIA.- En atención a la alegación de infringir el principio jurídico non bis in ídem, se señala lo siguiente:

1.1.- El artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, numeral 7, letra i) establece como garantía del derecho de las personas a la defensa, en que: “Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia” Al respecto el ilustre jurista Ramiro García Falconí, nos dice: “(...) *Consideramos que el ne bis in idem es un derecho fundamental que tiene por objeto proteger al individuo de un doble procesamiento por hechos, infracciones o delitos que ya han sido juzgados y por los cuales se ha obtenido indistintamente sentencia de absolución o condena. Su naturaleza de derecho fundamental lo dota de la condición de una garantía directamente tutelable por los Jueces (...). Y agrega “(...) Es decir, el rango constitucional que la prohibición contra el doble procesamiento ostenta, no solo prohíbe la doble persecución, sino también que por un mismo hecho o suceso pueda dar lugar a más de una pena, proporcionando certeza, confianza y protección al ciudadano a través de la seguridad jurídica, que se convierte en el fundamento del ne bis idem, toda vez que los principios que la fundamentan proporcionan una determinada configuración garantista a las normas de tipo sancionador (...)*” Código

(Handwritten signature and initials)

Orgánico Integral Penal Comentado. Ara Editores. Primera Edición. Tomo I. Lima Perú 2014. Página 91.

1.2.- De su parte el constitucionalista ecuatoriano Dr. Rafael Oyarte, al referirse al principio non bis in idem, sostiene: “(...) *Que nadie puede ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia (Art. 76, N° 7, letra i, CE) es que lo que impide que las personas sean sometidas a múltiples procesos simultáneos, o que sean procesadas de modo ulterior a haberse concluido una causa previa, lo que no solo se contempla para el Derecho Penal (Arts. 5, N° 9, COPI y 5 CPP), sino sobre la generalidad de procesos, lo que genera dos institutos: la cosa juzgada y la litispendencia (...)*” Y añade “(...) *Ahora bien, un mismo hecho puede originar procesos paralelos o posteriores, pues para el cumplimiento de esta garantía deben presentarse una serie de elementos, como son la identidad objetiva, subjetiva y causal (Arts. 101 COGEP y 297 CPC), además de que se ha establecido puntos de quiebra de estos principios (...)* Acción Extraordinaria de Protección. Corporación de Estudios y Publicaciones. Primera Edición. Quito-Ecuador. Páginas 312 y 313.

1.3.- Conforme a la opinión de los tratadistas españoles Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, el principio “(...) *non bis in idem, principio que según el Tribunal Constitucional va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad recogido en el artículo 25 de la Constitución y por lo tanto participa de la naturaleza de derecho fundamental (...)*”. Y agregan “(...) *Es pues, esencial a este régimen que la apreciación por el juez penal de un ilícito administrativo no produce fuerza de cosa juzgada en el orden jurídico administrativo, por más que sea plenamente eficaz para el efecto de la represión penal que el juez penal decide (...)*”. Y añaden “(...) *pero con la reserva de que la Sentencia penal carece de fuerza de cosa juzgada en el orden jurídico- administrativo, sin que vincule, por tanto, el posterior enjuiciamiento de los Tribunales contencioso- administrativo (...)*”. Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. Civitas Ediciones. Octava Edición. Madrid 2002. Páginas 184-187.

1.4.- La Corte Constitucional del Ecuador determina: “(...) *El derecho constitucional establece que “Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia” también denominado non bis in ídem, contenido en el artículo 76 numeral 7 literal i, significa en su aspecto procesal que ninguna persona puede volver a ser sancionado si ya ha sido juzgada por el mismo hecho en un proceso anterior. Este derecho y principio constitucional, aunque mantiene su independencia, está íntimamente vinculado con la excepción procesal perentoria de la cosa juzgada, debido a que extingue la relación jurídica que se ha establecido entre el juzgador y las partes. Además, se encuentra en estrecha relación con el principio de seguridad jurídica que es la garantía que el Estado otorga a cualquier ciudadano que no sería perseguido judicialmente de forma indefinida por un mismo hecho si fue juzgado (...)*”.

Jurisprudencia de la Corte Constitucional Tomo VII, Corporación de Estudios y Publicaciones, Junio 2012. Quito Ecuador, Página 507.

1.5.- En otro fallo la Corte Constitucional, al referirse al principio non bis ídem establece: “(...) *Ahora bien, una vez descrito tanto el proceso penal como el proceso administrativo iniciados en contra del accionante, compete analizar si en virtud de ellos se configura la vulneración a la garantía de no ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia; puesto que, como lo ha señalado esta Corte, la existencia de varios procesos simultáneos, no supone por sí solo una vulneración al principio de non bis in idem (...) En este punto cabe señalar que al ser el principio non bis in idem, parte de la estructura procesal de la administración de justicia y uno de los elementos que garantiza el debido proceso, propende al amparo y protección de las normas que integran el ordenamiento jurídico ecuatoriano (...) (...) Así, en el presente caso, es el propio ordenamiento jurídico, desde su estructura jurídica procesal, el que ha determinado el alcance, sentido y oportunidad para que la aplicación de la garantía del debido proceso en observancia de la naturaleza y materia de cada proceso en específico. Por consiguiente, en el caso sub examine, no ha existido afectación al principio non bis in idem, en virtud de que el procedimiento que culminó con la sanción administrativa impuesta tiene características y sanciones propias que corresponden a una materia distinta a la del proceso penal iniciado (...)*”. Sentencia No.050-16-SEP-CC CASO No.0146-11-EP de 24 de febrero de 2016.

1.6.- En el caso sub judice, las atribuciones, facultades y competencias de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, a través de la Comisión de Resolución Primera Instancia, en su calidad de órgano de sustanciación y resolución, se encuentran contempladas en los artículos 213, 283, 284 numeral 8, 304 numeral 6 y 336 de la Constitución de la República, y en los artículos 1, 2, 36, 37, 38 numeral 2 y 77 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, respecto a los operadores económicos que realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, la autoridad de control interviene para cautelar el proceso competitivo, el comercio justo y el bienestar general de los consumidores y usuarios. Como manifiestan los tratadistas Marcelo Marín Sevilla, Juan Carlos Riofrío, Julio Durand Carrión y otros, al sostener: “(...) *El objeto de la Ley es prevenir, corregir, eliminar y sancionar las conductas anticompetitivas y las conductas desleales, buscando el beneficio de los mercados y los consumidores (...) Y agregan “(...) Corresponde a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado asegurar la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentar la competencia; la prevención, investigación, conocimiento, corrección, sanción y eliminación del abuso de poder de mercado, de los acuerdos y prácticas restrictivas, de las conductas desleales contrarias al régimen previsto en esta Ley; y en el control de las concentraciones económicas (...)*”. Régimen

DM
am
kor

de Competencia. Universidad de los Hemisferios. Corporación de Estudios y Publicaciones. Primera Edición. Páginas 22 y 23. En este contexto el jurista Fleiner Fritz sustenta: “(...) *solo dentro del marco de su competencia legal (constitucional) puede un órgano del Estado realizar actos de la voluntad pública; además, señala que la “validez jurídica de todo acto público depende de si se ha realizado por el respectivo órgano dentro de los límites de su competencia (...)”* Instituciones del Derecho Administrativo. Edición Labor. Octava Edición. Páginas 23 y 24. Por consiguiente, conforme se establece de los razonamientos de orden jurídico que anteceden, no se trata de la misma causa y materia y no se vulnera el derecho constitucional que prohíbe el doble juzgamiento. En mérito de las reflexiones jurídicas expuestas en líneas precedentes, la Comisión de Resolución de Primera Instancia es competente para conocer y resolver el presente expediente, conforme al análisis efectuado y con sujeción a lo previsto en las disposiciones constitucionales y legales antes invocadas

SEGUNDO.- VALIDEZ DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.- El procedimiento administrativo para la imposición de sanciones por la comisión de conductas de acuerdos y prácticas prohibidas ha sido tramitado de conformidad con las disposiciones contenidas la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en lo sucesivo LORCPM) como en el Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, (en adelante RLORCPM), observando las garantías constitucionales del debido proceso puntualizadas en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, por tanto no existe error, vicio o nulidad que declarar, que hubiere influido en la decisión del presente expediente, razón por la cual, se declara expresamente su validez.

TERCERO: ANTECEDENTES.-

3.1. Investigación preliminar.- Según denuncia presentada en la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el 01 de octubre de 2013, a las 10h027, por el señor Segundo Aníbal Carrera Arboleda, Presidente Ejecutivo del operador económico CRONIX, la Intendencia de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, tuvo conocimiento de los siguientes hechos:

3.1.1.- “(...) *El proceso precontractual SIE-IESS-015-2011 publicado el 16 de septiembre del 2011 realizado por el IESS para la prestación del servicio de “Sistema Integral para la Gestión, Agendamiento e interrelación en la Atención de Salud y Mejoramiento de los servicios que brinda el IESS a sus usuarios”; se presentaron 6 empresas: SMARTBUSINESS CIA LTDA, CRONIX CIA LTDA, PROYECING-TECSIBLE, EMERGIA- SOFLO, RECAPT S.A. Y SOLNET S.A. (...)”.*

3.1.2.- En el Examen Especial realizado por la Contraloría General del Estado, se estableció: “(...) similitudes y coincidencias en las ofertas de las dos únicas empresas calificadas (RECAPT Y SOLNET) (...)”, así como también el personal que trabaja en la una empresa participó conjuntamente con la otra empresa sea esta en la entrega de documentos, elaboración de la oferta y constante participación en el proceso precontractual, demostrando que tienen acuerdo colusorio con el fin de favorecerse en el proceso de evaluación y calificación para obtener el contrato; adicionalmente de acuerdo a las ofertas presentadas las 2 empresas denunciadas no cumplían los requisitos y debían ser descalificadas pero casualmente son las únicas habilitadas por el IESS para continuar en el proceso de subasta inversa (...)”.

3.1.3.- “(...) en el proceso de subasta inversa, el contubernio con las empresas colusionadas (RECAPT Y SOLNET) se pudo verificar desde el inicio, dado que la Comisión Técnica del IESS y la Subcomisión de Apoyo Técnico del IESS no realizaron la visita in-situ, siendo obligatorio su cumplimiento por parte del IESS el verificar que si realmente las ofertas tenían lo ofertado (...)”.

3.1.4.- “(...) El contubernio se demuestra aún más porque las empresas SOLNET Y RECAPT presentaron documentos de experiencia que no correspondía a los servicios ofertados. RECAPT presentó dos certificados falsos firmados por Aldo Briones, Director Ejecutivo de Recapt, cuando ya no era Gerente General de SICOBRA e INTEGRAL (...)”.

3.2.- Admisión a trámite de la denuncia.- Con providencia de 15 de octubre de 2013, a las 15h00, la Intendencia de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, determinó:

“(...) 1.- Por reunir los requisitos establecidos en el artículo 54 de la Ley Orgánica de Regulación de Control del Poder de Mercado, se califica y se admite a trámite la denuncia presentada por el señor Aníbal Carrera Arboleda, en su calidad de Presidente Ejecutivo de la Compañía CRONIX Cía. Ltda. 2.- De conformidad con lo establecido en el artículo 55 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, córrase traslado con el texto de la denuncia, su aclaración y la presente providencia a los presuntos responsables indicados en el texto y que son: RECAPT RECUPERACIÓN DEL CAPITAL CONTAC CENTER S.A.; SOLNET S.A.; y, DR. FRANCISCO VERGARA, DIRECTOR GENERAL DEL IESS. Se les concede un término de QUINCE (15) días para que presenten sus explicaciones (...)”.

3.3.- Investigación formal.- Mediante providencia que contiene el auto resolutivo de 20 de noviembre de 2013, a las 13h50, la IIAPMAPR inicia la investigación del expediente No.SCPM-2013-026, “por existir presunciones de la existencia de acuerdos y prácticas restrictivas conforme lo establecido en los numerales 6 y 21 del artículo 11

de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado”, de conformidad con lo previsto en los artículos 56 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y 62 de su Reglamento de Aplicación.

3.4.- Informe de resultados.- Con providencia de 21 de noviembre de 2014, a las 11h00, el Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, corre traslado a los operadores investigados **SOLNET S.A.**, **RECAPT S.A.** y al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) con la formulación de cargos, para que den contestación y deduzcan excepciones.

3.5.- Término de prueba.- Mediante providencia de 20 de diciembre de 2014, a las 1400, el Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas Encargado, dispone la apertura del término de prueba por el término de (60) sesenta días de conformidad con el artículo 59 de la LORCPM.

3.6.- Informe Final.- Mediante Informe No.SCPM-IIAPMAPR-054-2015 de 09 de abril de 2015, suscrito por el doctor Wagner Mantilla Cortés, Intendente de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, remitió a esta Comisión el informe final dentro del expediente Nro. SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026.

CUARTO.- ALEGACIONES ADUCIDAS POR LOS INTERESADOS.-

4.1.- Alegaciones formuladas por RECAPT RECUPERACIÓN DE CAPITAL CONTAC CENTER S.A.,

Con escrito recibido el 12 de diciembre de 2014, a las 11h57, en la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el operador económico RECAPT contesta y se excepciona de la formulación de cargos expresando lo siguiente:

4.1.1.- “(...) *RECHAZO INTEGRAMENTE los fundamentos de hecho y de derecho constantes en la FORMULACIÓN DE CARGOS constante en providencia de fecha 21 de noviembre de 2014, y que se fundamenta en el Informe de Resultados No.SCPM-IIAPMAPR-181-2014 de fecha 14 de noviembre de 2014, y suscrito por el Mgs. Dr. Jaime Moreno B, Director Nacional de Acuerdos y Prácticas Restrictivas(S), cuyo contenido también rechazo íntegramente (...)*”

4.1.2.- “(...) *Si el despacho a su cargo habría atendido las peticiones de los administrados, esto es, las de reproducir a su favor los resultados de la indagación previa No.170101812062264 y de la Causa No.17270-2014-0048, habría llegado a las siguientes inequívocas conclusiones: a) Que no existió perjuicio patrimonial alguno al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, como consecuencia de la suscripción del Contrato con mi representada; b) Que no existió favorecimiento o*

direccionamiento de los funcionarios y autoridades del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social a la empresa RECAPT S.A., para la adjudicación del contrato; c) Que no existen acciones concertadas entre proveedores oferentes y/o para distorsionar el mercado; d) Que existe identidad tanto subjetiva como objetiva entre el presente expediente y el aludido proceso penal: son los mismos elementos fácticos, las mismas conductas, los mismos denunciante y denunciados, y la misma documentación probatoria aportada por el denunciante.(...)”.

4.1.3.- Propone las siguientes excepciones: “(...) a) *Negativa de los fundamentos de hecho y de derecho, con base a los considerandos precedentes; b) Improcedencia de la denuncia y de la formulación de cargos, por carecer de motivación, no reflejar la realidad fáctica histórica con los presupuestos legales vigentes; c) La continuación del presente procedimiento y en el supuesto no consentido que se diese una eventual sanción por los hechos denunciados, se violaría de manera flagrante el principio non bis in ídem, consagrado en el Art.76, numeral 7, letra i) de la Constitución de la República; d) En el presente proceso, se han violado los derechos constitucionales de mi representada como son el derecho a la defensa, la imparcialidad, seguridad jurídica y motivación de las resoluciones de los poderes públicos. Violaciones que acarrearán nulidad de todo lo actuado y a las cuales no me allano, sino que de forma expresa y categórica las invoco (...)”.*

4.2.- Alegaciones formuladas por el operador económico SOLNET S.A.

Mediante escrito de 12 de diciembre de 2014, a las 16h29, básicamente sustenta lo siguiente:

4.2.1.- “(...) *La Superintendencia de Control da inicio a la presente investigación y en su numeral 1.7 solo se singulariza como partes de la presente investigación a los operadores CRONIX SOLNET, RECAPT Y EL IESE, dejando fuera de la presente investigación a las empresas y personas que son referidas por el denunciante CRONIX como involucrados, precedente que vulnera las garantías del debido proceso (...)”.*

4.2.2.- “(...) *Es preciso destacar que se ha inobservado que el operador CRONIX en su denuncia acorde a lo establecido en el artículo 54 en los literales d, e, f, g, h de la Ley Orgánica de Control de Abuso de Poder, refiere como involucrados al Sr. Aldo Patricio Briones Lagos Presidente y Representante Legal de MULTICOBRO; Germania del Carmen Robalino Sandoval CAN TECNOLOGIA S.A.; Alejandro Ching Pinchin Gerente General de ORBISTEL S.A.; refiere también como involucrados el IESE son todos los mencionados en el informe de responsabilidades penales de la Contraloría, excepto al Dr. Mauricio Espinel Lalama que denunció el sobreprecio(peculado) en el IESE y que fue despedido.- Personas y Empresas que al ser referidas en una denuncia, deben ser informadas en legal y debida forma sobre los*

[Handwritten signatures and initials in blue ink]

hechos que se les imputa y formar parte de la presente investigación, en apego al debido proceso y respeto a las garantías constitucionales (...)”

4.2.3.- *“(...) SOLNET S.A., dentro de la presente investigación ha demostrado que las actuaciones de mi representada siempre se han encuadrado o realizado acorde a la legislación vigente y que la elaboración de la oferta fue únicamente realizada con ADVANCE BUSINESS SERVICES, en virtud del convenio de asistencia mutua de servicios y uso de espacio, legalmente suscrito el 14 de octubre de 2011 entre ADVANCE BUSINESS SERVICE TECNOLOGÍA ECUADOR Y SOLNET S.A., con una duración de un año, con lo cual evidenciamos nuestro legal accionar , en el proceso SIE-IESS-015-2011(...)*”.

4.2.4.- *“(...) La entidad contratante, es la que elabora los pliegos o bases del proceso acorde a sus estudios de factibilidad y a las necesidades de la institución que son tratadas la documentación tratada (Sic) revisada y aprobada por el Consejo Directivo del IESS, tratado el 7 de junio de 2011, llegó a manos de la revista Vanguardia y dicha revista realizó la publicación..., información a la que mi representada tuvo acceso cuando fue de conocimiento público el proceso del CONTACT CENTER y no de forma anticipada como obtuvo el operador CRONIX (...)*”.

4.2.5.- *“(...) Mi representada no ha realizado acuerdos o convenios ni con RECAPT, ni con funcionarios del IESS, para la elaboración de la oferta para el proceso SIE-IESS-015-2011, siendo pertinente destacar que los acuerdos se dan para la consecución de algo y en el caso específico de SOLNET no hemos sido adjudicados ni ganadores del proceso de CONTACT CENTER (...)*”.

4.2.6.- *“(...) La entrega de la oferta de SOLNET, fue delegada al Sr. Alejandro Ching Pinchin y así los hemos demostrado, que el referido ciudadano es quien en forma unilateral y sin previa notificación a mi representada de forma arbitraria, solicita a su amigo Diego Patricio Gaibor la entrega de la oferta de SOLNET y es el Sr. Ching quien nos hace conocer que la entrega de la oferta fue a través del Courier y así lo especifica el Sr. Ching Pinchin en su versión constante a fojas 7152 a 7153 en la Indagación Previa No.46-2013, versión en la que el Sr. Ching informa al Ministerio Público sobre este antecedente (...)*”.

4.2.7.- *“(...) Los pliegos de las entidades contratantes son de absoluta responsabilidad, las modificaciones y sus requerimientos contractuales obedecen a sus necesidades, pliegos que son susceptibles de inherencia ni modificaciones por parte de los oferentes, como lo refiere el denunciante CRONIX, en virtud de que SOLNET no fue adjudicado ni es parte del contrato ni formó parte de las comisiones de la entidad contratante (...)*”.

4.3.- Alegaciones formuladas por la Dirección General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.-

Mediante escrito de 19 de agosto de 2014, a las 15h46, deduce las siguientes excepciones:

4.3.1.- “(...) Del numeral 3.2 página uno del Informe suscrito por el Dr. Alexis Jurado Vaca, Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas(e) se desprende que existe un Informe Final del examen especial de la Contraloría General del Estado, con indicio de responsabilidad penal de la Contraloría General del Estado, que fue remitido al perito de la Fiscalía de Contratación Pública Dr. Rubén Gallardo Aguirre, trámite que se encuentra desestimado por la fiscalía y se encuentra archivado. Lo que quiere decir que fue determinado por autoridad competente (...)”.

4.3.2.- “(...) En relación al juicio de nulidad del Contrato No.64000000-1002-C, propuesto por la Procuraduría General del Estado, y que hace referencia el Informe anteriormente señalado en el numeral 3.43, cabe expresar que se encuentra ventilándose en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo No.1, sin existir pronunciamiento o sentencia de dicho Tribunal (...)”.

4.3.3.- “(...) La Constitución de la República en el Art.226 dispone: “Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución” (...)”.

4.3.4.- “(...) Así mismo el Art.233 del mismo cuerpo legal en su parte pertinente expresa: “Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidad por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo administración de fondos, bienes o recursos públicos...” (...)”.

4.3.5.- “(...) Por su parte el Art.40 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del estado señala: Responsabilidad por acción u omisión.- Las autoridades, dignatarios, funcionarios y demás servidores de las instituciones del Estado, actuarán con diligencia y empeño que emplean generalmente en la administración de sus negocios y actividades, caso contrario responderán, por sus acciones u omisiones, de conformidad con lo previsto en esta ley (...)”.

(Handwritten marks)

4.3.6.- “(...) En virtud de las normas constitucionales y legales anteriormente expuestas, en caso de existir responsabilidades estas recaerán sobre los servidores que hubieren cometido las acciones u omisiones a las que hace referencia la Ley (...)”.

QUINTO.- DE LAS PRUEBAS PRESENTADAS POR LOS INTERESADOS Y SU VALORACIÓN.-

5.1.- Prueba presentada por la Intendencia de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas.-

Con providencia de 27 de enero de 2015, a las 16h30, dispone:

1.- “Por ser el estado del proceso, dentro del término probatorio que se encuentra discurrendo, previa notificación a las partes, sobre la base de lo que establece el artículo 50 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, requiérase mediante oficio la Información detallada a continuación:

“Disponer la Dirección de Tecnología y Comunicación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, que realice la extracción del audio video contenido en la dirección URL <https://www.youtube.com/watch?v=RMPNA> y 7 TU, que contiene la entrevista de TELEAMAZONAS realizada el 21 de enero de 2013, al señor Fernando Colunga quien indica ser a esa fecha representante del operador económico RECAPT S.A.”.

“Practíquese una experticia de identidad humana que identifique e individualice mediante técnicas comparativas de patrones faciales a quien indica ser el representante legal de la empresa RECAPT a quien se dirigió la entrevista de TELEAMAZONAS realizada el 21 de enero de 2013 constante en la dirección URL <https://www.youtube.com/watch?v=RMPNA> y 7 TU que se encuentra reproducida en el CD adjunto a una copia certificada de esta providencia, para la práctica de esta diligencia se nombra al perito Sargento Milton Cueva de la Dirección de Criminalística de Pichincha”.

“Practíquese una experticia de transcripción de audio y video de la entrevista de TELEAMAZONAS realizada el 21 de enero de 2013 constante en la dirección URL <https://www.youtube.com/watch?v=RMPNA> y 7 TU, que se encuentra reproducida en el CD adjunto a una copia certificada de esta providencia, para la práctica de la experticia referida se nombra al perito Sargento Walter Caiza Monge de la Dirección de Criminalística de Pichincha”.

“Oficiese al señor Director General del Servicio Nacional de Contratación Pública, para que remita a esta autoridad en el término de cinco(5) días contados a partir de la recepción de esta providencia, copias certificadas de las ofertas presentadas por

CRONIX, RECAPT S.A. y SOLNET, dentro del concurso de subasta inversa electrónica SIE-IESS-015-2011 del IESS”.

“Oficiese al señor Director General del Servicio Nacional de Contratación Pública, para que remita a esta autoridad en el término de cinco (5) días contados a partir de la recepción de esta providencia copias certificadas de documentos de convalidación de errores, presentados por RECAPT S.A. y SOLNET S.A., dentro del concurso de subasta inversa electrónica SIE-IESS-015-2011 del IESS”.

2.- Reprodúzcase dentro de esta etapa de sustanciación el contenido de la información detallada a continuación:

“Copias certificadas del Informe de Indicios de Responsabilidad Penal DADS y SS-003-2013 e Informe General DADS y SS-008-2013, remitido a esta Intendencia por la CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO”.

“Copias certificadas de la demanda de nulidad de Contrato No.64000000-1002-C, presentado por la Procuraduría General del Estado en el Tribunal Contencioso Administrativo No.1, el 11 de noviembre de 2013 que hace referencia al concurso de subasta inversa electrónica SIE-IESS-015-2011 del IESS”.

“Copias certificadas del Informe del administrador del contrato IESS-RECAPT remitido a CRONIX LTDA, el 13 de diciembre de 2013 por parte del Director General del IESS”. (constante de fs.7718 a 8520).

“Declaraciones con su respectiva grabación magnetofónica del señor Segundo Aníbal Carrera Arboleda representante legal del operador económico CRONIX CIA LTDA, llevada a cabo el 20 de diciembre de 2014 a las 09h30”. (de fojas 3016 a 3021).

“Declaraciones en su respectiva grabación magnetofónica de la señora Nube Martiza Parra Ortega representante legal del operador económico SOLNET S.A., llevada a cabo el 20 de febrero de 2014 a las 14h00”. (Constante de fojas 3022 a 3026).

“Declaraciones en su respectiva grabación magnetofónica y demás anexos del señor Edison Eduardo Simbaña Andrade representante legal operador económico RECAPT S.A., llevada a cabo el 06 de marzo de 2014 a las 11h00”. (Constante de fojas 4627 a 4634).

“Informe SCPM-IIAPMAPR-059-2013 elaborado por el señor Director Nacional de Investigación de Acuerdos y Prácticas Restrictivas de 09 de mayo de 2014 que contiene un resumen de la información remitida por el Servicio Nacional de Contratación Pública”. (Constante de fojas 4799 a fojas 4800).

“Declaraciones y su respectiva grabación magnetofónica del señor Roberto Alexander Perea Vizcaíno ex miembro de la Subcomisión Técnica de Apoyo dentro del proceso SIE-IESS-015-2011, llevada a cabo el 07 de agosto de 2014 a las 09h00”. (Constante de fojas 4903 a 4906).

“Declaraciones y su respectiva grabación magnetofónica de la señora Ana Katherine Guevara Pantoja, ex miembro de la Subcomisión Técnica de Apoyo del proceso SIE-IESS-015-2011, llevada a cabo el 07 de agosto de 2014 a las 14h00”. (constante de fojas 4908 a 4911)”.

“Declaraciones y su respectiva grabación magnetofónica del señor Holguer Ernesto Arguello Ramos, ex Delegado Financiero de la Subcomisión Técnica de Apoyo dentro del proceso SIE-IESS-015-2011, llevada a cabo el 20 de agosto de 2014 a las 09h00”. (constante de fojas 4943 a 4947).

“Declaraciones y su respectiva grabación magnetofónica de Mónica Yolanda Villamagua Arias ex Delegada Jurídica de la Subcomisión Técnica de Apoyo dentro del proceso SIE-IESS-015-2011, llevada a cabo el 20 de agosto de 2014, a las 10h30”.(constante de fojas 4948 a 4950).

“Declaraciones de la señora Paulina Elizabeth Campaña Gallardo ex Vocal de la Comisión Técnica dentro del proceso SIE-IESS-015-2011, llevada a cabo el 20 de agosto de 2014 a las 14h00”. (constante de fojas 4955 a 4958).

“Declaraciones y su respectiva grabación magnetofónica del señor Henry Eduardo Medrano González, ex Vocal de la Comisión Técnica dentro del proceso SIE-IESS-015-2011, llevado a cabo el 20 de agosto de 2014 a las 15h40”. (constante de fojas 4970 a 4973).

“Declaraciones y su respectiva grabación magnetofónica del señor Néstor Aníbal Moya ex Presidente Encargado de la Comisión Técnica dentro del proceso SIE-IESS-015-2011, llevada a cabo el 21 de agosto de 2014 a las 09h00”.(constante de fojas 4974 a 4977).

“Escrito y anexos presentados a esta Superintendencia el 21 de agosto de 2014 a las 11h51, por la Procuraduría General del Estado, mediante el cual remite compulsas de todos los antecedentes que motivaron la demanda de nulidad del contrato No.64000000-1002-C”.(constante de fojas 4979 a 5339).

“Declaraciones con su respectiva grabación magnetofónica y anexos del señor Fernando Guijarro Cabezas, ex Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social durante el proceso SIE-IESS-015-2011, llevada a cabo el 21 de agosto de 2014 a las 14h00”.(constante de fojas 5340 a 5351).

“Escrito y anexos presentados a esta Superintendencia el 22 de agosto a las 11h38, por la Procuraduría General del Estado, mediante el cual remite copias certificadas del informe de indicios de responsabilidad penal DADSySS-0003-2013, en donde constan los resultados del examen especial practicado a los procesos precontractual, contractual y de ejecución dentro del proceso de licitación SIE-IESS-015-2011”. (constantes de fojas 5354 a 5372).

“Escrito y anexos presentados a esta Superintendencia el 25 de agosto de 2014, a las 10h34, por el INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL IESS, mediante el cual remite copias certificadas del Estudio para un Sistema Integral para la Gestión, Agendamiento e Interrelación en la Atención de Salud y Mejoramiento de los Servicios que brinda el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; de la resolución Administrativa No.12000000-2513 del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; y, del Informe del Administrador respecto al contrato 64000000-1002-C; así como copias simples del Informe DADSySS-0008-2013 elaborado por la Contraloría General del Estado”. (constantes de fojas 5399 a 5521).

“Escrito y anexos presentados a esta Superintendencia el 27 de agosto a las 11h26, por el Servicio de Rentas Internas SRI, mediante el cual remite copias certificadas de las declaraciones de impuesto a la renta de los operadores económicos SOLNET S.A., MULTICOBRO S.A., CANT TECNOLOGÍA S.A., ADVANCE BUSINESS SERVICES S.A, ORBISTEL S.A., CRONIX CIA LTDA Y RECATEL S.A”. (constantes de fojas 5522 a 5573).

“Escrito y anexos presentados a esta Superintendencia el 26 de septiembre de 2014 a las 09h09, por el Ministerio de Relaciones Laborales, mediante se remite copias certificadas de las declaraciones del 15% de participación de utilidades de los operadores económicos CRONIX CIA LTDA, para los años 2010, 2011 y 2012; RECAPT RECUPERACIÓN DE CAPITAL Y CONTAC CENTER S.A., para los años 2010, 2011 y 2012; SOLNET, para los años 2011 y 2012; y ORBISTEL S.A., para el año 2012”. (constante de fojas 5868 a 6323).

“Escrito y anexos presentados a esta Superintendencia el 26 de septiembre de 2014 a las 09h13, por el Ministerio de Relaciones Laborales, mediante el cual remite copias certificadas del 15% de participación de utilidades de los operadores económicos CANT TECNOLOGÍA S.A., para el año 2012; MULTICOBRO S.A, para los años 2010, 2011 y 2012; Informe Empresarial CRONIX CIA LTDA, para los años 2010, 2011 y 2012”. (constantes de fojas 6324 a 6630).

“Declaraciones y su respectiva grabación magnetofónica del señor Economista Bolívar Raúl Bolaños Garaicoa, ex Presidente de la Comisión Técnica dentro del



proceso SIE-IESS-015-2011, llevado a cabo el 30 de septiembre de 2014 a las 15h30".(constante de fojas 7704 a 7706".

3.- Conforme a la providencia de 06 de febrero de 2015, a las 10h30, se dispone agregar al expediente los documentos que se detallan a continuación:

"Memorando SCPM-CGT-2015-034-M, anexo magnético etiquetado como SCPM-CGT-2015-034-M-DVD presentados por el Coordinador General de Tecnología a esta Intendencia el 29 de enero de 2015, a las 14h37".

"Oficio PE 2015-01-26-01 y anexos físicos presentados por el presidente ejecutivo del operador económico CRONIX CIA LTDA., a esta Superintendencia el 02 de febrero de 2015 a las 14h52".

"Oficio No.PE 2015-02-02-01 y anexos presentados por el presidente ejecutivo a esta Superintendencia el 02 de febrero de 2015, a las 15h23".

"Oficio No.SERCOP-DSG-2015-0005-OF presentado por el Director Nacional de La Secretaría General del Servicio Nacional de Contratación Pública a esta Superintendencia el 03 de febrero de 2015, a las 11h22".

"Tómese en cuenta el memorando SCPM-CGT-2015-034-M, anexo magnético etiquetado como SCPM-CGT-2015-034-M-DVD presentado por el Coordinador General de Tecnología a esta Intendencia el 29 de enero de 2015, a las 14h37".

Mediante providencia de 12 de febrero de 2015, a las 11h30, se dispone agregar el Oficio GNRI-GCOMP-2015-013 y anexos presentados por la Gerente de Competencia y Mercado de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP.

Conforme a la providencia de 23 de febrero de 2015, a las 10h30, se ordena agregar lo siguiente: "i) el Oficio No.GNRI-GCOMP-2015-018, presentado por la abogada patrocinadora de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP a la Superintendencia el 18 de febrero de 2015, a las 15h10; ii) el Oficio No.210-2015-AVA-DCP y anexos correspondiente al Informe de audio y video No.201-2015, suscrito por el Sargento de Policía de Marcelo Patricio Maisanchez Criollo, perito Tecnólogo en Criminalística DCP, presentado en la Superintendencia el 20 de febrero de 2015".

De acuerdo con la providencia de 28 de febrero de 2015, a las 15h30, se dispone agregar lo siguiente: i) "El Oficio No.GNRI-GCOMP-2015-020 y anexos físicos presentados por la abogada Aldana Pérez Andrade de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones- CNT-EP, a la Superintendencia el 23 de febrero de 2015. ii) El oficio No.043-2015-IH-DCP y anexo, correspondiente al Informe de Identidad Física

y Humana del Departamento de Criminalística de la Policía Judicial de Pichincha, a esta Superintendencia el 26 de febrero de 2015”.

5.2.- Prueba presentada por el operador económico CRONIX S.A.

a. Oficio No.GJG-EGS-2013- 000583 de 02 de agosto de 2013, suscrito por el Dr. Eduardo González Solórzano, Gerente Jurídico Guayas(E) de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones, remite Dr. Pablo Santos Basantes, Fiscal de Administración Pública No.2, la información solicitada mediante oficio No.170101812062264- FGE-FP-P-FEAP2 (constante de fojas 8130 a 8197).

b. La versión libre y sin juramento rendida por el señor Segundo Aníbal Carrera Arboleda, el 30 de agosto 2012, a las 10h30, ante el Dr. José Jiménez Álvarez, Fiscal No.3 de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública de Pichincha (constante de fojas 8198 a 8212).

c. La versión libre y sin juramento rendida por el Ingeniero Washington Bolívar Benítez Reinoso, el 15 de abril de 2013, a las 09h00, ante el Abogado Esteban Ballesteros Hurtado, Fiscal No.3 de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública de Pichincha (constante de fojas 8213 a 8214).

d. La versión libre y sin juramento rendida por el Ingeniero Franklin Mauricio Martínez Reinoso, el 15 de abril de 2013, a las 10h00, ante el Abogado Esteban Ballesteros Hurtado, Fiscal de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública de Pichincha (constante de fojas 8215 vta. a 8217).

e. La versión libre y sin juramento rendida por el Economista Henry Ulpiano Santiana Coello, el 15 de abril de 2013, ante el Abogado Esteban Ballesteros Hurtado, Fiscal No.3 de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública de Pichincha (constante de fojas 8218 a 8218 vta.).

f. La versión libre y sin juramento rendida por el Ingeniero Franklin Mauricio Martínez Reinoso, el 15 de abril de 2013, a las 10h00, ante el Abogado Esteban Ballesteros Hurtado, Fiscal No.3 de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública de Pichincha (constante de fojas 8215 vta. a 8217).

g. La versión libre y sin juramento rendida por la Auditora Fernanda Gabriela Guarnizo Cisneros, el 15 de abril de 2013, a las 13h00, ante el Abogado Esteban Ballesteros Hurtado, Fiscal No.3 de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública de Pichincha (constante de fojas 8119vta. a 8220).

h. La versión libre y sin juramento rendida por la Ingeniera Andrea Elizabeth Torres Torres, el 15 de abril de 2013, a las 14h00, ante el Abogado Esteban Ballesteros

Hurtado, Fiscal No.3 de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública de Pichincha (constante de fojas 8221 a 8221 vta.).

i. La versión libre y sin juramento rendida por el Ingeniero Gerardo Bladimir Morales Vallejo, el 15 de abril de 2013, a las 15h00, ante el Abogado Esteban Ballesteros Hurtado, Fiscal No.3 de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública de Pichincha (constante de fojas 8222 a 8223).

j. La versión libre y sin juramento rendida por la Auditora Fernanda Miriam Narcisca Cañar Iñiguez, el 05 de septiembre de 2013, a las 14h30, ante el Dr. Pablo Santos Basantes, Fiscal de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública No.2 de Pichincha (constante de fojas 8225 a 8226).

k. La versión libre y sin juramento de la señora Elizabeth Paulina Campaña Gallardo, el 29 de octubre de 2012, ante el Dr. José Jiménez Álvarez, Fiscal No.3 de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública Pichincha (constante a fojas 8227).

l. La versión libre y sin juramento rendida por el señor Xavier Eduardo Vela Jaramillo, el 18 de junio de 2013, a las 09h00, ante el Dr. Pablo Santos Basantes, Fiscal de la Fiscalía de Delitos Financieros de Pichincha (constante de fojas 8229 a 8229 vta.).

m. La versión libre y sin juramento rendida por el Ingeniero Diego Patricio Gaybor Quiroz, el 18 de junio de 2013, a las 10h00, ante el Dr. Pablo Santos Basantes, Fiscal de la Fiscalía de Delitos Financieros de Pichincha (constante de fojas 8232 a 8233).

n. La versión libre y sin juramento rendida por el Ingeniero Aldo Patricio Briones Lagos, el 18 de junio de 2013, a las 14h00, ante el Dr. Pablo Santos Basantes, Fiscal de la Fiscalía de Delitos Financieros de Pichincha (constante de fojas 3236 a 8237vta.)

ñ. Oficio No.PE-2013-06-5-1 de fecha 5 de junio de 2013, anexos y respuesta, suscrito por el señor Aníbal Carrera, dirigido al Dr. Francisco Vergara, sobre el pedido de reunión para presentar la propuesta de valor de Cronix, Servicios de Call Center (fojas 8240 a 8247).

o. La versión libre y sin juramento rendida por el Ingeniero Eduardo Javier Berardi Johnson, el 18 de junio de 2013, a las 15h00, ante el Dr. Pablo Santos Basantes, Fiscal de la Fiscalía de Delitos Financieros de Pichincha (constante a fojas 8248 a 8248vta.)

p. La versión libre y sin juramento rendida por el señor Juan Fernando Colunga Hernández, el 19 de junio de 2013, a las 09h00, ante el Dr. Pablo Santos Basantes, Fiscal de la Fiscalía de Delitos Financieros de Pichincha (constante de fojas 8251 a 8253).

- q.** La versión libre y sin juramento rendida por el señor Luis Humberto Cayetano Sola Salas, el 19 de junio de 2013, a las 10h01, ante el Pablo Santos Basantes, Fiscal de la Fiscalía de Delitos Financieros de la Fiscalía de Pichincha (constante de fojas 8255 a 8255vta.).
- r.** La versión libre y sin juramento rendida por el señor Bolívar Raúl Bolaños Garaicoa, el 19 de junio de 2013, a las 15h10, ante el Dr. Pablo Santos Basantes, Fiscal de la Fiscalía de Administración Pública de Pichincha (constante de fojas 8258 a 8258vta.).
- s.** La versión libre y sin juramento rendida por el señor Alejandro José Ching Pinchin, el 21 de junio de 2013, a las 14h00, ante el Dr. Pablo Santos Basantes, Fiscal de la Fiscalía de Delitos Financieros de Pichincha (constante de fojas 8262 a 8263).
- t.** La versión libre y sin juramento rendida por la señora Nube Maritza Parra Ortega, el 21 de junio de 2013, a las 15h00, ante el Dr. Pablo Santos Basantes, Fiscal de la Fiscalía de Delitos Financieros de Pichincha (constante de fojas 8266 a 8267).
- u.** La versión libre y sin juramento rendida por la señora Isabel de las Mercedes Fraga Villareal, el 22 de julio de 2013, a las 09h00, ante el Dr. Pablo Santos Basantes, Fiscal de la Fiscalía de Administración Pública No.2 de Pichincha (constante de fojas 8269 a 8270).
- v.** Prueba documental adjunta al oficio No.PE-2013-07-22-1 de 22 de julio de 2013, dirigido a la Fiscalía General del Estado, Unidad de Delitos Contra la Administración Pública No.2, Dr. Pablo Santos (constante de fojas 8271 a 8289).
- w.** Oficio PE-2015-01-08-01 de 08 de enero de 2014, y anexos, Dirección Provincial del Consejo de la Judicatura, dirigido al Abogado Francisco Chacón Ortiz, Coordinador de la Oficina de Control Disciplinario (constante de fojas 8290 a 8304).
- x.** Oficio PE-2015-01-08-01 de 08 de enero de 2014, anexo 1, Dirección Provincial del Consejo de la Judicatura, dirigido al Abogado Francisco Chacón Ortiz, Coordinador de la Oficina de Control Disciplinario (constante de fojas 8305 a 8357).
- y.** Oficio PE-2015-01-08-01 de 08 de enero de 2014, anexo 2, Dirección Provincial del Consejo de la Judicatura, dirigido al Abogado Francisco Chacón Ortiz, Coordinador de la Oficina de Control Disciplinario (constante de fojas 8358 a 8420).
- z.** Oficio PE-2015-01-09-01 de 09 de enero de 2014, y anexos, Dirección Provincial del Consejo de la Judicatura, dirigido al Abogado Francisco Chacón Ortiz, Coordinador de la Oficina de Control Disciplinario (constante de fojas 8421 a 8439).

Handwritten signatures and initials in blue ink, including a large signature at the top and smaller initials below.

a.1. Oficio PE-2015-01-12-01 de 12 de enero de 2015, y anexos, Dirección Provincial del Consejo de la Judicatura, dirigido al Abogado Francisco Chacón Ortiz, Coordinador de la Oficina de Control Disciplinario (constante de fojas 8440 a 8457).

a.2. Oficio PE-2015-01-12-01 de 12 de enero de 2015, y anexos, Dirección Provincial del Consejo de la Judicatura, dirigido al Abogado Francisco Chacón Ortiz, Coordinador de la Oficina de Control Disciplinario (constante de fojas 8440 a 8457).

a.3. Oficio PE-2015-01-20-02 de 20 de enero de 2015, y anexos, Dirección Provincial del Consejo de la Judicatura, dirigido al Abogado Francisco Chacón Ortiz, Coordinador de la Oficina de Control Disciplinario (constante de fojas 8458 a 9113).

a.4. *“Con escrito recibido en la Superintendencia el 02 de febrero de 2015, a las 15h23, solicita que se reproduzca los oficios de Cronix Cía. Ltda., de 22 y 26 de julio, 12 de agosto y 26 de septiembre de 2013, presentados en la denuncia de colusión, que también constan en el expediente SCPM-IIAPMAPR-026-2013.”*

5.3.- Prueba solicitada por el operador económico RECAPT RECUPERACIÓN DE CAPITAL y proveída por la Intendencia de Investigación Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, a favor del operador económico RECAPT RECUPERACIÓN DE CAPITAL CONTAC CENTER S.A.

a. *“Que se reproduzca a favor de RECAPT RECUPERACIÓN DE CAPITAL CONTAC CENTER S.A., todo cuanto de autos le fuere favorable”.*

b. *“Requíerese al Gerente General del operador económico CRONIX CIA LTDA, a fin de que remita a esta Autoridad en el término de cinco (5) días contados a partir de la notificación de la presente providencia, lo detallado a continuación: b.1) Certifique si desde el mes de enero del año 2008 y hasta la fecha, prestó sus servicios profesionales a favor de CRONIX Cía. Ltda., el señor Fernando Colunga Hernández; b.2) Copia certificada del contrato laboral o de servicios profesionales entre Cronix Cía. Ltda., y Fernando Colunga Hernández; c) Copia certificada de los roles de pago y/o facturas del señor Fernando Colunga y justifique en base de que Cronix Cía. Ltda., realizó los pagos”.*

c. *“Remítase atento oficio a la Fiscalía de Pichincha, a fin de que se remita a esta Autoridad en el término de cinco(5) días contados a partir de la notificación de esta providencia, sobre las siguientes piezas procesales incorporadas al expediente de Indagación previa 170101812062264: c.1) una copia certificada de la petición de archivo suscrita por el Dr. Pablo Santos Basantes, Fiscal 2 de la Unidad de Administración Pública, dirigida al Juez de Garantías Penales, c.2) de fojas 2 a 4, oficio No.PE-2012-06-04 de 04 de junio de 2012; c.3) de fojas 28 a 31, oficio No.GCG-2012-0426, suscrito por la señora Yaici Narváez, en su condición de Gerente General*

de Cronix Cía. Ltda.; c.4) de fojas 50, oficio No.21000000-574 de 19 de mayo de 2011, dirigido a la economista Olga Núñez, Directora Financiera del IESS, suscrito por el Dr. Henry Medrano González, Subdirector del Seguro General de Salud Individual y Familiar; c.5) de fojas 278 a 291, análisis de situación y manejo de procesos actuales de la empresa CRONIX Cía. Ltda., proveedor de servicio que antecedió a la empresa RECAPT RECUPERACIÓN DE CAPITAL CONTAC CENTER; c.6) de fojas 508 a 522 vuelta, versión de Carrera Arboleda Segundo Aníbal; c.7) de fojas 1090 a 1125, oficio No.SC.SG.DRS.Q.2012.07532.2842, suscrito por el Dr. Víctor Cevallos Vásquez, Secretario General de la Intendencia de Compañías de Quito, mediante el cual proporciona información societaria y anexos de la empresa RECAPT S.A., MULTICOBROS S.A., SOLNET S.A., ADVANCE BUISSINESS SERVICES TECNOLOGÍA ECUADOR; c.8) de fojas 1144, oficio No.1170120120ATN012689, suscrito por Marco Fabricio Lucero Jácome, Delegado de Dirección Regional Norte del Servicio de Rentas Internas, mediante el cual proporciona información tributaria de las empresas RECAPT S.A., MULTICOBRO S.A., ADVANCE BUISSINESS SERVICES TECNOLOGÍA ECUADOR; c.9) de fojas 2528 a 2556, actualización del estudio para un Sistema Integral para la Gestión, Agendamiento e interrelación en la Atención de Salud y Mejoramiento de los Servicios que brinda el IESS a sus usuarios, antecedentes y situación actual; c.10) de fojas 2557 a 2558, oficio 640000003518, de 24 de noviembre de 2011, dirigido al Economista Fernando Guijarro Cabezas, Director General del IESS; c.11) de fojas 3010 a 3020, copias certificadas de la escritura pública de constitución de la empresa RECAPT RECUPERACIÓN DE CAPITAL CONTAC CENTER S.A., c.12) de fojas 4053, oficio 212000001932 de 14 de abril de 2012, dirigido al Dr. Henry Medrano González, Director del Seguro General de Salud Individual; c.13) de fojas 4067 a 4242 pliego de la Subasta Inversa Electrónica para la contratación de un SISTEMA INTEGRAL PARA LA GESTIÓN AGENDAMIENTO E INTERRELACIÓN EN LA ATENCIÓN DE SALUD Y MEJORAMIENTO DE LOS SERVICIOS QUE BRINDA EL IESS A SUS USUARIOS; c.14) de fojas 4254 a 4264, informe No.61110000-488-T.R.-8344 de 23 de mayo de 2011, dirigido al Economista Fernando Guijarro Cabezas, Director General del IESS; c.15) de fojas 4274, oficio 21200000 de 19 de mayo 2011 dirigido al doctor Henry Medrano González, Director General de Salud Individual, el mismo que se encuentra suscrito por la Economista María Cristina Arguello Moncayo, Subdirectora de Contabilidad y Control Presupuestaria; c.16) de fojas 4280 a 4282, oficio 64000000-1445 TR3412 de 29 de abril de 2011, dirigido al Dr. Henry Medrano González, Director del Seguro General de Salud Individual; c.17) de fojas 4891, impulso fiscal de 14 de enero de 2013, a las 98h27, suscrito por el Dr. José Miguel Jiménez Álvarez, Fiscal de Pichincha No.3 de la Unidad de Delitos Contra la Administración Pública; c.18) de fojas 2909 a 4944 informe de indicios de responsabilidad penal No. DADSy SS-0003-2013 de la Contraloría General de Estado; c.19) de fojas 5504, oficio



No.21100000-851 TR41028 de 16 de marzo de 2012, dirigido al señor Fernando Colunga, Director Adjunto para el contrato IESS-RECAPT, suscrito por el Dr. Damián Gallegos Lemos, Subdirector de Aseguramiento y Control de Prestaciones del Seguro General de Salud Individual y Familiar; c.20) de fojas 6107 a 6123, informe para el pago del mes de agosto a la empresa RECAPT RECUPERACIÓN DE CAPITAL CONTAC CENTER S.A., por los servicios durante este mes; c.21) de fojas 6136 impulso fiscal de 06 de marzo de 2013, a las 16h27, en el cual el Ab. Esteban Ballesteros Hurtado Fiscal de Pichincha No.3 de la Unidad de Delitos Contra la Administración Pública; c.22) de fojas 6188 versión del señor Washington Bolívar Benítez Reinoso; c.23) de fojas 6191 a 6192 versión de Franklin Mauricio Martínez Reinoso; c.24) de fojas 6891 a 6899, contrato No.RCP-LIC-01 de venta de licencia de uso de software entre RECAPT S.A. y DRAGONTECH LATINOAMERICANA S.A.; c.25) de fojas 7017 a 7018, factura No.005459, por venta de equipos que realiza la empresa CRONIX Cía. Ltda., a favor de la empresa RECAPT S.A.; c.26) de foja 7142 la versión de Luis Humberto Cayetano Sola Salas; c.27) de fojas 7146, versión de Bolaños Garaicoa Bolívar Raúl; c.28) de fojas 7152 a 7153 versión de Alejandro José Ching Pinchin; c.29) de fojas 7156 a 7157 versión de Nube Maritza Parra Ortega; c.30) de fojas 7301 versión de Isabel de las Mercedes Fraga Villareal; c.31) de fojas 7057 versión de Javier Eduardo Vela Jaramillo; c.32) de foja 7060 a 7061 versión de Diego Patricio Gaybor Quiroz; c.33) de foja 7077 a 7078 versión de Aldo Patricio Briones Lagos; c.34) de fojas 7135 versión de Eduardo Javier Berardi Johonson; c.35) de fojas 7138 a 7140 versión de Juan Fernando Colunga Hernández; c.36) de foja 8009 copia certificada del contrato de arrendamiento de fecha 13 de mayo de 2012, suscrito por el representante legal de la compañía COLONCORP S.A.; c.37) de fojas 8013 copia certificada de la escritura pública de compraventa y constitución de hipoteca abierta otorgada el 27 de julio de 2007, respecto al inmueble signado con el número 4599, ubicado en la Avenida 10 de Agosto y Juan Pablo Sanz, Parroquia Benalcázar de este Cantón, inmueble de propiedad de la empresa RECAPT RECUPERACIÓN DE CAPITAL CONTAC CENTER S.A.; c.38) de foja 8029 copia certificada de la escritura pública de promesa de compraventa otorgada por la compañía RECAPT RECUPERACIÓN DE CAPITAL CONTAC CENTER S.A., a favor de INMOEUROPA CIA LTDA, representada por Anibal Carrera Arboleda; c.39) de fojas 8091 oficio No.212000000-1961, de fecha 04 de octubre de 2013, suscrito por el Ingeniero José María Egas Eguez; c.40) de fojas 9072 informe pericial contable elaborado por el Economista Marco Antonio Vaca; c.41) de fojas 9090 a 9853, anexos del informe contable; c.42) de fojas 9854, informe pericial informático elaborado por el Ingeniero Jaime Padilla Cevallos; c.43) de fojas 9885 a 9965 anexo de la pericia informática; c.44) de fojas 9966 informe pericial de telecomunicaciones elaborado por el Ingeniero David Jaramillo Veloz; c.45) de fojas 10016 a 10027 anexos de la pericia en telecomunicaciones”.

d. “Requíerese al economista José Antonio Martínez Dobronsky Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, a fin de que certifique a esta Autoridad en el término de cinco (5) días contados a partir de la notificación de la presente providencia las razones por las cuales la empresa Cronix Cía.Ltda, fue descalificada del proceso precontractual No.SIE-IESS-015-2011, que fuera adjudicado a RECAPT S.A”.

e. “Oficiese a la Fiscalía de Pichincha, Fiscalía Especializada en Delitos Contra la Administración Pública No.2, a fin de que remita a esta Autoridad en el término de cinco (5) días contados a partir de la notificación de esta providencia, una certificación si al 10 de octubre de 2013, los documentos aportados al presente expediente investigativo por Segundo Aníbal Carrera Arboleda, formaba parte de la indagación previa No.170101812062264 y por ende se encontraban sujetos al principio de reserva consagrado en el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal entonces vigente: a) Informe de los indicios de responsabilidad penal DADSySS-0003-2013 de la Contraloría General del Estado: IESS: INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL COMO PARTE DEL EXAMEN ESPECIAL A LOS PROCESOS PRECONTRACTUAL, CONTRACTUAL Y EJECUCIÓN DEL CONTRATO PARA EL SERVICIO DE CALL CENTER EMPRESA DE RECUPERACIÓN DE CAPITAL CONTAC CENTER S.A. DE RECAPT S.A. POR EL PERIODO COMPRENDIDO ENTRE EL 1 DE AGOSTO DE 2011 Y EL 31 DE AGOSTO DE 2012, SE ANALIZO EL PROCESO DE SUBASTA INVERSA, ELECTRONICA SIE.IESS-015-2011, PUBLICADO EL 16 DE DICIEMBRE DE 2011, QUE CONCLUYO CON LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO 64000000-1002-C SUSCRITO EL 13 DE MARZO DE 2012; b) informe pericial elaborado por el Dr. Rubén Gallardo, dentro de la Indagación Previa No.170101812062264”.

f. “Oficiese al Registro Mercantil del Cantón Quito, para que remita a esta Autoridad en el término de cinco (5) días a partir de la notificación de la presente providencia una certificación de los nombramientos de Gerente General que se encuentran inscriptos desde el mes de enero del 2009 hasta la presente fecha de la compañía RECAPT S.A.”.

g. “Oficiese al Registrador Mercantil del Cantón Guayaquil, a fin de que remita a esta Autoridad en el término de cinco(5) días una certificación de los nombramientos de Gerente General que se encuentran inscriptos desde el mes de enero de 2009 hasta la presente de la Compañía SOLNET S.A.”

h. Mediante providencia de 18 de marzo de 2015, a las 11h00, la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, dispone: agregar al expediente los siguientes documentos: h.1) oficio PE 2015-03-01 y anexos físicos presentados por el Presidente Ejecutivo del operador económico

CRONIX Cía.Ltda(constante a fojas 9316 a 9326); h.2) oficio PE 2015-03-15-02 y anexos físicos presentados por el Presidente Ejecutivo del operador económico CRONIX Cía. Ltd.(constante de fojas 9327 a 9552).

i. El oficio No.632-RMCQ-2.015 de 12 de marzo de 2015 del Registro Mercantil de Quito, mediante el cual certifica la inscripción de los nombramientos de Gerente General de **RECAPT RECUPERACIÓN DE CAPITAL CONTAC CENTER S.A** (constante de fojas 9590)

5.4.- Prueba solicitada por el operador económico SOLNET S.A, y proveída por la Intendencia de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas.

5.4.1.- Mediante providencia de 12 de marzo de 2015, a las 16h40, la Intendencia de Investigación Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, dispone agregar al expediente los siguientes documentos:

a. *“Escrito y anexos físicos presentados por la Ingeniera Nube Maritza Parra Ortega, Gerente General del operador económico SOLNET S.A., en la Intendencia Zonal 8 de la ciudad de Guayaquil, el día 05 de marzo de 2015, a las 15h26 y recibido por esta Intendencia el 11 de marzo de 2015, a las 12h36; en atención a los mismos se provee: a.1) tómesese en cuenta el escrito y anexos físicos presentados por la Ingeniera Nube Martiza Parra Ortega, en calidad de Gerente General del operador económico SOLNET S.A.; a.2) En atención al escrito presentado por la Ingeniera Nube Maritza Parra Ortega, en calidad de Gerente General del operador económico SOLNET S.A., tómesese en cuenta lo manifestado en el numeral uno del escrito que se atiende; a.3) en el numeral dos se indica que la información que requiere como prueba fue solicitada en los mismos términos en providencia anterior; a.4) en relación al numeral tres no procede; a.5) en relación al numeral cuarto, previo a proveer lo que en derecho corresponda, se dispone que en el término de cuarenta y ocho horas contados a partir de la notificación de la presente providencia, se complete la solicitud de prueba; a.6) en cuanto al numeral cinco, se indica que la información que requiere fue solicitada en los mismos términos en providencia anterior; a.7) en relación al numeral 6 requiérase al representante legal de CRONIX Cía. Ltda., a fin de que remita a esta Autoridad en el término de cuatro(4) días contados a partir de la notificación de la presente providencia copias certificadas de la documentación tratada, revisada y aprobada por el Consejo Directivo del IESS, así como también remita las observaciones que realizó y el archivo y el archivo que le fue enviado por correo electrónico al Director General del IESS. Economista Fernando Guijarro; a.8) en relación a los numerales 7 y 8, se indica que la información que requiere como prueba fue solicitada en los mismos términos en providencia anterior; a.9) en relación al numeral 9, no ha lugar a lo solicitado; a.10) en relación al numeral 10, se indica que*

la información que requiere como prueba fue solicitada en los mismos términos en providencia anterior; a.11) en relación al numeral 11 no ha lugar toda vez que lo solicitado es inexacto; a.12) Téngase en cuenta lo manifestado”.

b. Mediante providencia de 18 de marzo de 2015, a las 11h00, la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, dispone agregar al expediente los siguientes documentos: b.1) oficio PE-2015-03-15-01 y anexos físicos presentados por el Presidente Ejecutivo del operador económico Cronix Cía. Ltda., a esta Superintendencia el 16 de marzo de 2015, a las 09h57(constante de fojas 9327 a 9552); en atención a la documentación antes descrita se provee; b.2) tómesese en cuenta lo manifestado en los acápites I y II del oficio PE-2015-03-15-01 y los anexos físicos presentados por el Presidente Ejecutivo del operador económico Cronix Cía. Ltda.

SEXTO: FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO.-

6.1.- Fundamentos de Hecho.-

6.1.1. Hechos que motivaron el inicio de la investigación.- El señor Segundo Aníbal Carrera Arboleda, Presidente Ejecutivo del operador económico CRONIX CIA LTDA, en su denuncia presentada en la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el 01 de octubre de 2013, a las 10h27 y su posterior agregado, afirma:

“(…) El proceso precontractual SIE-IESS-015-2011 de subasta inversa electrónica publicado el 16 de septiembre de 2011 realizado por el IESS para la prestación del ser del servicio de “Sistema Integral para la Gestión, Agendamiento e interrelación en la Atención de Salud y Mejoramiento de los servicios que brinda el IESS a sus usuarios; se presentaron 6 empresas: SMARTBUSINESS CIA, CRONIX CIA LTDA, PROYECING-TECSIBLE, EMERGIA-SOFLO, RECAPT S.A., y SOLNET S.A, de las cuales 4 fueron descalificadas y solamente se calificó a las dos únicas empresas que fueron habilitadas que son: RECAPT S.A. y SOLNET S.A.”(…)

“(…) ante las denuncias realizadas la Contraloría General del Estado realizó el examen especial... determinando similitudes y coincidencias en las ofertas de las dos únicas empresas calificadas (RECAPT Y SOLNET) incluso en cada una de las ofertas de las dos empresas aparecen los nombres de RECAPT Y SOLNET evidenciando que trabajaron conjuntamente en la elaboración de la oferta, así como también el personal que trabaja en la una empresa participó conjuntamente con la otra empresa sea ésta en la entrega de documentos, elaboración de la oferta y constante participación en el proceso precontractual, demostrando que tienen un acuerdo colusorio con el fin de favorecerse en el proceso de evaluación y calificación para obtener el contrato; adicionalmente de acuerdo a las ofertas presentadas las 2 empresas denunciadas no

cumplían los requisitos y debían ser descalificadas pero casualmente son las únicas habilitadas por el IESS para continuar con el proceso de subasta inversa (...)”.

Sostiene el denunciante que: *“(...) en el proceso de subasta inversa, el contubernio con las empresas colusionadas (RECAPT Y SOLNET) se pudo verificar desde el inicio, dado que la Comisión Técnica del IESS y la Subcomisión de Apoyo Técnico del IESS, no realizaron la visita in-situ, siendo obligatorio su cumplimiento por parte del IESS el verificar que si realmente los oferentes tenían lo ofertado. Las autoridades y funcionarios del IESS sabían perfectamente que ni RECAPT NI SOLNET tenían la infraestructura ni la experiencia en servicios de call center (...)*”.

El querellante sostiene que: *“(...) El contubernio se demuestra aún más porque las empresas SOLNET Y RECAPT presentaron documentación de experiencia que no correspondía a los servicios ofertados. RECAPT presentó dos certificados falsos firmados por Aldo Briones, Director de Recapt, cuando ya no era gerente general de SICOBRA e INTEGRAL (...)*”. *“(...) Este contubernio además continúa en la ejecución del contrato ya que en la prestación de los servicios de RECAPT sobrefactura servicios por duplicado y a precios unitarios que no constan en el contrato, produciéndose peculado (...)*” *“(...) Los informes de la CGE, el examen especial e informe con indicios de responsabilidades penales, no deja ninguna duda del cúmulo de irregularidades y violaciones a las leyes del Ecuador. Todo esto a plena luz del día y todo liderado por dos ciudadanos extranjeros, Fernando Colunga (mexicano) y Aldo Briones (chileno), respaldados por la Administración del Eco. Ramiro González (...)*”.

Señala la denuncia que: *“(...) De esta forma el IESS no realizó un proceso transparente, justo, de libre competencia, restringiendo al resto de oferentes la continuidad en el proceso precontractual con la suscripción del contrato 64000000-1002-C entre el IESS y RECAPT S.A., el 13 de marzo del 2012. Las evidencias documentales demuestran que trabajaron en conjunto entre el IESS, RECAPT S.A., y SOLNET S.A. Es decir existió Colusión entre RECAPT Y SOLNET y contubernio con autoridades y funcionarios del IESS (...)*”. *“(...) Adicionalmente existen 4 videos públicos, dos de denuncia y 2 de derecho de réplica de Recapt que evidencian públicamente la COLUSIÓN Y CONTUBERNIO y no solo eso sino que el Director Adjunto de Recapt, Fernando Colunga, reconoce públicamente que realizó las dos ofertas, la de SOLNET y la de RECAPT(...)*”. *“(...) En la colusión están involucradas otras empresas como Advance Business Services y Orbistel S.A. Dado que Solnet no tenía infractestructura, había tenido firmado un contrato de alquiler de espacio físico con Advance Business Services, cuyo representante legal es el señor Alejandro Ching Pinchin, quien después de que Recapt ganó el concurso paso a ser Director de Operaciones de Recapt (...)*”.

Destaca el denunciante que: *“(...) Todo este fin de irregularidades desde el inicio de proceso precontractual fue realizado con premeditación y alevosía por los involucrados para perjudicar a Cronix Cía. Ltda., en razón de que no existía ninguna otra empresa en el Ecuador con capacidad y experiencia de Cronix. La única forma de ganar a Cronix era precisamente vía Colusión y el Contubernio con las autoridades y del IESS. Las evidencias documentales no admiten ninguna duda de los delitos cometidos por empleados, asesores, directivos de RECAPT Y SOLNET; y, las autoridades y funcionarios del IESS. Es tan evidente el cúmulo de irregularidades y violaciones a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, reglamento del IESS, y demás leyes del Ecuador, que a la Procuraduría General del Estado no le quedaba otra opción que DEMANDAR LA NULIDAD DEL CONTRATO IESS-RECAPT, hecho que se produjo el 11 de septiembre de 2013(...)”*

6.1.2.- Investigación preliminar.- De la denuncia presentada en la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el 01 de octubre de 2013, a las 10h027, por el señor Segundo Aníbal Carrera Arboleda, Presidente Ejecutivo del operador económico CRONIX, la Intendencia de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, tuvo conocimiento de los hechos materia del presente procedimiento

6.1.3.- Investigación formal.- Mediante providencia que contiene el auto resolutivo de 20 de noviembre de 2013, a las 13h50, la IIAPMAPR inicia la investigación del expediente No.SCPM-2013-026, *“por existir presunciones de la existencia de acuerdos y prácticas restrictivas conforme lo establecido en los numerales 6 y 21 del artículo 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado”*, de conformidad con lo previsto en los artículos 56 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y 62 de su Reglamento de Aplicación.

6.1.4.- Informe de resultados.- Con providencia de 21 de noviembre de 2014, a las 11h00, el Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, corre traslado a los operadores investigados **SOLNET S.A.**, **RECAPT S.A.** y al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) con la formulación de cargos, para que den contestación y deduzcan excepciones.

6.1.5.- De los hechos analizados y las conclusiones precedentes, se establece de forma clara, unívoca, y concordante, que *“(...) lo que se investiga en el presente procedimiento administrativo es la presunta conducta colusoria o práctica restrictiva entre los oferentes RECAPT S.A. y SOLNET S.A.; conducta que habría tenido por objeto asegurar el resultado en beneficio propio o de otro proveedor u oferente dentro del proceso de Subasta Inversa Electrónica SIE-IESS-015-2011 (...)”* *“(...) Con referencia al numeral 21 del artículo 11 de la LORCPM, lo que se investiga es el presunto acuerdo entre el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, RECAPT S.A. y*

SOLNET S.A., que se podría configurar en compras públicas dentro del proceso de Subasta Inversa Electrónica SIE- IESS-015-2011(...)”.

6.1.6.- En el Informe No.SCPM-IIAPMAPR-054-2015 de 09 de abril de 2015, suscrito por el doctor Wagner Mantilla Cortés, Intendente de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, se establecen las siguientes conclusiones:

- a.** *“(...) se evidencia entre las empresas RECAPT S.A. y SOLNET S.A., en el momento que presentan las ofertas al IESS, teniendo como fin el aseguramiento de un resultado en el proceso de contratación pública SIE- IESS-015; pues como consta en el análisis del numeral 4.2.2 de este informe, se determina que la persona que realiza la entrega de la oferta técnica de SOLNET S.A., es el señor Diego Gaybor Quiroz de cédula 020155281-7; y el mismo ciudadano a fojas 235 de la oferta de RECAPT, consta como Gerente de Sistemas y Tecnología de RECAPT S.A , es decir de la compañía competidora y posteriormente habilitada (...)”.*
- b.** *“(...) RECAPT S.A., presentó una traducción al manual de Softswitch durante la etapa de convalidación de errores, documento que aparece en el portal de Compras Públicas bajo el nombre de archivo de “convalidación Recapt”, el que consta a fojas 000002, en referencia a dicho documento el señor Diego Patricio Gaybor Quiroz señala ser la persona que realizó la traducción del mencionado manual; con este antecedente, al comparar la traducción presentada por SOLNET S.A., la misma que consta en el portal de Compras Públicas bajo el nombre de archivo “convalidación Solnet 1”, se observa que ambas traducciones son iguales en texto (...)”.*
- c.** *“(...) De lo constante en el proceso de contratación No.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 Solnet 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 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 (...)”.

e. *“(...) Los certificados de experiencia de servicios y proforma tecnológica presentada por RECAPT S.A., no guarda relación con el objeto del contrato, y es importante destacar que, dos de ellos se encuentran suscritos por un Gerente que no tiene la calidad a la fecha de suscripción de los certificados citados (...)*”.

6.2.- Fundamentos de Derecho.-

6.2.1. Constitución de la República del Ecuador.-

El artículo 66 en sus numerales 15, 25 y 26 garantiza

“(...) el derecho a desarrollar actividades económicas, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental”... el derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características...el derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental (...)”.

El artículo 76 en relación a las garantías básicas del derecho al debido proceso prescribe:

“(...) En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

- 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.*
- 2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.*
- 5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.*
- 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.*
- 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:*

- a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.
- b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.
- c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.
- h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.
- j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.
- k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.
- l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos (...)

El artículo 213 se refiere a las superintendencias y al respecto señala:

“(...) Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano. Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley (...)”.

El artículo 283 sobre el sistema económico prescribe:

“(...)“El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir.

El sistema económico se integrará por las formas de organización económica pública, privada, popular y solidaria, y las demás que la Constitución determine. La economía popular y solidaria se regulará de acuerdo con la ley e incluirá a los sectores cooperativistas, asociativos y comunitarios (...)

El artículo 284 en relación a los objetivos de la política económica en su numeral 8 establece:

“(...) Propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes (...)”.

El artículo 304 en cuanto a los objetivos de la política comercial en su numeral 6 prevé:

“(...) Evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado (...)”.

El artículo 335 en el inciso segundo respecto al intercambio y transacciones económicas determina:

“(...) Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional y establecer los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio u oligopolio privado o de abuso de posición de dominio en el mercado, así como otras prácticas de competencia desleal (...)”.

El. 336 en cuanto el comercio justo estatuye:

“(...) El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley (...)”.

6.2.2.- Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado – LORCPM.-

El artículo 1 define que:

“(...) El objeto de la presente ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas (...)”.

El artículo 2 en relación al ámbito prescribe:

“(...) Están sometidos todos los operadores económicos, sean 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 lo 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 (...)”.

El artículo 3 respecto al principio de primacía de la realidad señala:

“(...) Para la aplicación de esta Ley la autoridad administrativa determinará la naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a su realidad y efecto económico. La forma de los actos jurídicos utilizados por los operadores económicos no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos. La conducta o la costumbre mercantil no podrán ser invocadas o aplicadas para exonerar o eximir las conductas contrarias a esta Ley o la responsabilidad del operador económico (...)”.

El artículo 4 sobre los lineamientos para la regulación y principios para la aplicación de la Ley y al respecto señala:

“(...) En concordancia con la Constitución de la República y el ordenamiento jurídico vigente, los siguientes lineamientos se aplicarán para la regulación y formulación de política pública en materia de esta ley son los siguientes: 1. El reconocimiento del ser humano como sujeto y fin del sistema económico; 2. La defensa del interés general de la sociedad, que prevalece sobre el interés particular; y, 5. El derecho a desarrollar actividades económicas y la libre competencia de los operadores económicos al mercado (...)”.

El artículo 11 se refiere a los acuerdos y prácticas prohibidas prescribe:

“(...) Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, y en general todos los actos o conductas realizadas por dos o más operadores económicos, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general.” Entre otras, las siguientes conductas: 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, subastas públicas u otras establecidas en las normas que regulan la contratación pública, o en procesos de contratación privados abiertos al público; y, 21. Los acuerdos entre proveedores y compradores, al margen de lo que establece la ley, que se pueden dar en las compras

públicas que direccionen y concentren la contratación con el afán de favorecer injustificadamente a uno o varios operadores económicos (...)”.

El artículo 37 trata de la Facultad de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, establece:

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

La Superintendencia de Control del Poder de Mercado tendrá facultad para expedir normas con el carácter de generalmente obligatorias en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales y las regulaciones expedidas por la Junta de Regulación (...)”.

El artículo 38 en cuanto a las atribuciones de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, entre otras, en su numeral 2 dispone:

“(...) Sustanciar los procedimientos en sede administrativa para la imposición de medidas y sanciones por incumplimiento de esta Ley (...)”

El artículo 48 al referirse a las facultades de investigación y en cuanto a las normas generales señala:

“(...) La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, antes de iniciar el expediente o en cualquier momento del procedimiento, podrá requerir a cualquier operador económico o institución u órgano del sector público o privado, los informes, información o documentos que estime necesarios a efectos de realizar sus investigaciones, así como citar a declarar a quienes tengan relación con los casos de que se trate”.

“A esos efectos la Superintendencia podrá examinar, recuperar, buscar, utilizar y verificar tales documentos e información, obtener copias o realizar extractos de ellos. Esos informes o documentos deberán ser suministrados dentro del plazo que la Superintendencia determine

No será obligación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado atenerse, contra su convicción, al contenido de esos informes o información. Ningún procedimiento administrativo podrá suspenderse por falta de ellos”

Handwritten signature and initials in blue ink.

No se requiere aviso previo al denunciado o a la persona para requerir la información o documentación, previa a la apertura del expediente.

La carga de la prueba corresponderá a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, sin perjuicio de las pruebas aportadas por el denunciante y el denunciado. Sin embargo, en el caso de los acuerdos y prácticas prohibidas de conformidad con el artículo 11 de la presente Ley, si un operador económico o persona negare, dificultare o impidiere el acceso a información; dañare ocultare u omitiere información o entregase información falsa, fraudulenta, engañosa, falaz, fingida, artificiosa, irreal o dolosa requerida o relacionada al operador económico o persona en una investigación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, se invertirá la carga de la prueba a dicho operador económico o persona, sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en la ley.

La Superintendencia de Control del Poder de Mercado tiene la potestad de acceder, revisar, archivar, procesar y utilizar cualquier dato, que de modo exclusivo corresponda a la información y documentos pertinentes al proceso administrativo, respetando el derecho constitucional a la protección de esta información, para las investigaciones, casos o resoluciones dentro de su competencia, de conformidad con la Constitución y la ley.

La forma de los actos jurídicos utilizados por los contratantes no enerva el análisis que la autoridad efectúa sobre los verdaderos propósitos de la conducta que subyacen al acto jurídico que la expresa (...)”.

El artículo 77 define a los sujetos infractores:

“(...) “Serán sujetos infractores las personas naturales o jurídicas que incurran en las prohibiciones o ejecuten las acciones u omisiones tipificadas en esta Ley (...)”.

6.2.3. Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.-

El artículo 1 establece:

“(...) El presente Reglamento tiene por objeto establecer las disposiciones reglamentarias necesarias para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, que en lo sucesivo se denominará la Ley (...)”.

El artículo 4 en cuanto al criterio general de evaluación prescribe:

“(...) La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, para determinar el carácter restrictivo de las conductas y actuaciones de los operadores económicos, analizará su comportamiento caso por caso, evaluando si tales conductas y

actuaciones, tienen por objeto o efecto, actual o potencialmente, impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o atentar contra la eficiencia económica, el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios (...)”.

El artículo 8 estatuye:

“(...) Se presumirá que tienen por objeto impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia... todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, y en general cualquier acto o conducta realizados por dos o más operadores económicos, competidores, reales o potenciales, que directa o indirectamente. En el numeral cuarto la citada disposición señala lo siguiente: 4. También están sujetos a la presunción establecida en este artículo los actos u omisiones, acuerdos o prácticas concertadas y en general todas las conductas de proveedores u oferentes, cualquiera sea la forma que adopten, 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 público (...)”.

6.2.4. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.-

El artículo 4 señala:

“(...) se observarán los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional (...)”

El artículo 42 dispone:

“(...) Para la realización de concursos públicos y contratación por lista corta, la dependencia, entidad u organismo respectivo conformará, en cada caso, una Comisión Técnica que tome a su cargo y responsabilidad el llevar adelante los procesos previstos para cada concurso, la que deberá actuar de conformidad con los pliegos aprobados para el efecto.

De ser necesario se podrá conformar una o más subcomisiones de apoyo a la Comisión Técnica. Corresponde a la máxima autoridad de cada dependencia o entidad que convoque al concurso de consultoría, aprobar en armonía con esta Ley y su Reglamento general, los Pliegos, Términos de Referencia, presupuesto referencial y demás documentos del concurso. Son atribuciones de la Comisión Técnica, calificar, seleccionar y negociar con los consultores oferentes.



En determinados casos, debido a la complejidad y magnitud de los trabajos de consultoría requeridos, la máxima autoridad de la Institución podrá convocar a procesos de precalificación de consultoría o presentación de manifestaciones de interés. El Reglamento a la presente Ley establecerá las normas para viabilizar estos procesos (...)

El artículo 49 determina:

“(...) De las Fases Preparatoria y Precontractual.- La fase preparatoria de todo procedimiento licitatorio comprende la conformación de la Comisión Técnica requerida para la tramitación de la licitación así como la elaboración de los pliegos. La fase precontractual comprende la publicación de la convocatoria, el procedimiento de aclaraciones, observaciones y respuestas, contenidos y análisis de las ofertas, informes de evaluación hasta la adjudicación y notificación de los resultados de dicho procedimiento. Las fases preparatoria y precontractual se regularán en el Reglamento de esta Ley (...)”

El artículo 99 inciso tercero establece:

“(...) La máxima autoridad de la entidad, así como los funcionarios o servidores de la misma que hubieren intervenido en cualquiera de las etapas de los procedimientos precontractuales de preparación, selección, contratación así como en la ejecución misma de los contratos serán personal y pecuniariamente responsables por el incumplimiento de las disposiciones de esta Ley, sin perjuicio, de ser el caso, de la responsabilidad penal a que hubiere lugar (...)”

6.2.5.- Doctrina.- Derecho Administrativo Sancionador.-

6.2.5.1.- El tratadista ecuatoriano Marco Morales Tobar, citando a Alejandro Nieto, respecto a la potestad sancionadora de la administración sostiene:

“(...) proporciona una base muy sólida al Derecho Administrativo Sancionador, puesto que, así queda anclado en el ámbito constitucional del Estado superando los planteamientos habituales tradicionales, más rudimentarios, que buscan su justificación dogmática en la sanción en el ilícito o, a todo lo más, en la organización administrativa. En el principio de todo Derecho está una potestad administrativa sancionadora y un ordenamiento jurídico administrativo sancionador es por lo que puede hablarse, con propiedad de un Derecho Administrativo Sancionador (...)”.

Manual de derecho Procesal Administrativo, Corporación de Estudios y Publicaciones, Primera Edición, Quito, 211, páginas 322 y 323.

6.2.5.2.- Según el jurista mexicano Andrés Serra Rojas, en cuanto a las sanciones administrativas expresa:

“(…) En la medida de que un pueblo es más educado y se disponga de una estructura política justa y democrática, esa colaboración de los deberes ciudadano es mayor, porque así facilitamos la resolución de los problemas estatales. Desgraciadamente el incumplimiento o violación de la ley son constantes. Esto justifica que las leyes administrativas contengan un amplio capítulo sancionador. Sin él las leyes no se cumplirían, serían creaciones literarias, sujetas a los buenos deseos y el desarrollo social encontraría serios obstáculos. Y agrega. La sanción ha sido establecida para castigar y reprimir el incumplimiento de la ley (…)”. Derecho Administrativo. Editorial Porrúa. Vigésima Sexta Edición. México 2010. Página 617.

6.2.5.3.- De acuerdo con el informe de la Fiscalía Nacional Económica de la República de Chile de 11 de noviembre de 20114, se indica que:

“(…) Las sanciones y remedios cumplen también una función preventiva, disuadiendo a los agentes económicos de infringir la ley. Las sanciones y remedios pueden cumplir una función preventiva especial o general, según si buscan establecer incentivos para evitar que el infractor sancionado reincida, o para prevenir que el universo de posibles infractores transgreda la ley, respectivamente.(…)” Por regla general, las conductas declaradas ilegales por el derecho de competencia reportan beneficios económicos para quienes las llevan a cabo, e imponen costos a los consumidores y a la sociedad en general “(…) el ordenamiento reducirá las infracciones y cumplirá exitosamente con su función preventiva en medida en que los agentes económicos puedan esperar más costos que beneficios al evaluar la conveniencia de involucrarse en una conducta ilegal. Por lo mismo, una sanción será disuasiva en la medida en que asocie a la infracción un costo esperado mayor al beneficio esperado (…)”.

6.2.6.- Criterios doctrinarios respecto a la aplicación de la regla de la razón.-

6.2.6.1.- Según los tratadistas Marcelo Marín Sevilla, Juan Carlos Riofrío Martínez y otros, *“(…) las conductas contrarias a la libre competencia son conductas reprochables en la medida en que posterguen o desconozcan la libre competencia como mecanismo para procurar el bienestar de la sociedad y se genere un daño a los consumidores, al mercado y a la competencia en sí misma. Tales conductas necesariamente implican una práctica capaz de restringir la libre competencia y que se ejecute en el mercado, de tal manera que ese daño constituido por el perjuicio a la eficiencia económica y el bienestar general de ser evidente afectando ostensiblemente los derechos del consumidor, en la medida que se restringe el mercado y se crean condiciones artificiales que determinan un manejo y una manipulación de las variables del mercado como el precio, plaza, producto e incluso la promoción y publicidad del mismo. Conforme a lo dispuesto en la LORMer, las prácticas de la libre competencia deben ser evaluadas aplicando la regla de la razón (…)*”. (El resaltado nos corresponde). Régimen de Competencia, Corporación de

DM
am
Mar

Estudios y Publicaciones, Universidad de los Hemisferios, Primera Edición, página 308.

6.2.6.2.- Según el tratadista Jorge Omar Mostajo Barrios “(...) bajo la regla de la razón se puede permitir ciertas restricciones a la competencia cuando se demuestra que el beneficio excede el impacto negativo de la restricción. Este puede ser el caso de los acuerdos de distribución exclusiva que faciliten acceso o disminuyan precios para los consumidores (...)”. “(...) La regla de la razón define que la conducta es prohibida, pero permite un análisis de la eficiencia para determinar sus efectos en el mercado y en los consumidores, sobre si los mismos son más beneficiosos que dañinos (...)”. “(...) Bajo este enfoque la autoridad de control debe sopesar, caso por caso, los efectos a favor y en contra de la competencia y la eficiencia, así como evaluar su impacto sobre los consumidores. No siempre es fácil determinar lo razonable de una específica excepción a la competencia, tanto para empresas directamente involucradas para el bienestar público (...)”. Boletín Latinoamericano de la Competencia. No.32- extra. Junio de 2012.

6.2.6.3.- Para Gagliuffi Piercechi “(...) la regla de la razón se opone en esencia a la regla per se, pues no juzga de manera automática a una concertación de precios como ilegal, sino que analiza la razonabilidad de la práctica, es decir, si la misma afecta o no la eficiencia y la competencia o, en todo caso, si la práctica es beneficiosa para éstas. En otras palabras, bajo la regla de la razón no se considera que una determinada conducta (por ejemplo, la concertación de precios) sea inherentemente ilegal, sino que la autoridad de competencia debe analizar la razonabilidad de la práctica, desde el punto de vista de la competencia y la eficiencia, así como determinar si sus efectos fueron apreciables en el mercado (...)”. “(...) Asimismo, como puede apreciarse, el acogimiento a la regla de la razón recarga la labor de la autoridad de competencia y seguramente incrementa los costos de investigación, así como el tiempo que debe invertirse en resolver los casos puestos a su conocimiento, pero como contrapartida protege un principio de justicia que contrapone a la calificación automática de un acto como ilegal sin analizar sus motivaciones o impacto en el mercado (...)”. “(...) Conviene precisar que ambas reglas (per se y razón), a pesar de resultar contrarias en cuanto al criterio de evaluación de los actos anticompetitivos, persiguen la protección de un bien jurídico común, la competencia, y es por ello que pueden ser aplicadas en un mismo sistema normativo, siempre que éste lo permita (...)”. Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual No12.

6.2.6.4.- Jhonny Enrique Gálvez Albarracín y María del Rosario Velasquez Trujillo, sostienen que: “(...) La aplicación de la regla de la razón implica el análisis de los efectos de los acuerdos o prácticas, basados en hechos peculiares a cada tipo

de industria o negocio de la historia de la práctica restrictiva en cuestión, y de las razones por las cuales se aplicó dicha práctica restrictiva (...)".

"(...) Así las cosas, al detenernos a observar la diferencia entre una y otra regla, encontramos no solo el tema del costo que acarrearía la aplicación de la regla de la razón para la administración, sino también resulta evidente el beneficio que traería la aplicación de la regla de la razón a cada caso, pues en él habría la posibilidad de entrar a estudiar las condiciones de cada conducta, de la intención y de los efectos que tenía la misma para el mercado, que en ocasiones resulta tener más beneficios que la misma restricción. De esta manera sería viable realizar la ponderación de los principios constitucionales que se encuentren en conflicto con la conducta restrictiva, observando los fines garantistas del Estado Social de Derecho (...)". Aplicación en Colombia de la Regla de la Razón. Tesis de Grado, Maestría en Derecho Empresarial. Cali 2015.

En suma, las reglas de la razón son guías o rumbos a seguir en un mercado donde se protege la competencia, garantizando así su seguridad jurídica, es decir, con estas se determinan si la conducta es o no lesiva a la competencia. Bajo las reglas de la razón, necesariamente se deben evaluar los efectos que la conducta examinada ha provocado en el mercado; en consecuencia, se deberá demostrar que tales efectos causaron un daño a la competencia para que se proceda a la sanción de dicha conducta.

La regla de la razón se aplica en las relaciones verticales de comercio, es decir entre productores y comercializadores o distribuidores, incluyendo a las relaciones entre compradores y vendedores; y, para el *caso del numeral 21 del artículo 11 de la LORCPM, expresamente manifiesta a "(...) Los acuerdos entre proveedores y compradores, al margen de lo que establece la ley, que se pueden dar en compras públicas que direccionen y concentren la contratación con el afán de favorecer injustificadamente a uno o varios operadores económicos (...)"*.

6.2.7. Jurisprudencia de la Corte Constitucional de las Garantías Procesales y la Actividad Administrativa Sancionadora.-

6.2.7.1.- El principio de legalidad significa:

"(...) El principio de legalidad, reserva de ley o tipicidad, en el ámbito de las infracciones y sanciones, tiene una radical importancia en el quehacer jurídico de la sociedad, puesto que posibilita que las personas alcancen certeza y certidumbre de aquellas conductas que se encuentran permitidas y aquellas que se encuentran prohibidas; cuestión que trasciende al ámbito procesal, puesto que el órgano del poder público que cuenta con potestad para juzgar infracciones y determinar sanciones únicamente lo puede efectuar si existe una ley previa, expresa y taxativa,

concretando el aforismo Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege, nullum crimen sine poena legales, el mismo que ampliado técnicamente al ámbito de imposición de sanciones, configura el principio de juridicidad(...)". Jurisprudencia de la Corte Constitucional, Corporación de Estudios y Publicaciones, Tomo I, Enero 2012, página 80.

6.2.7.2.- El derecho al debido proceso implica:

"(...) El artículo 76 de la Constitución garantiza que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden se asegurará el derecho al debido proceso, y establece además que corresponde a toda autoridad administrativa o judicial garantizar el cumplimiento de las normas, así como que nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento; y así también la garantía del debido proceso consolida, a su vez la seguridad jurídica que constituye el elemento esencial y patrimonio común de la cultura del Estado de derechos y justicia, la sujeción de todos los poderes del Estado a la Constitución en donde la ley se concreta en la confiabilidad, en el orden jurídico, en la certeza sobre el derecho escrito y vigente, es decir, el reconocimiento y la previsión de la situación jurídica (...)" Sentencia No.056-12-SEP-CC CAS No.0850-10-EP 27 de marzo de 2012.

6.2.7.3.- El derecho a la defensa comporta:

"(...) el derecho de las personas a la defensa se manifiesta en que nadie puede ser privado del mismo en ninguna etapa o grado del procedimiento, contar con los medios adecuados, ser oído en el momento oportuno también denominado audialteram parte, el derecho de acceso al expediente, el derecho a formular alegatos y presentar pruebas, derecho a una decisión expresa, motivada y fundada en derecho, ser asistido por un abogado, recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en que se decida sobre sus derechos (...)". *"(...) El derecho a la defensa constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma el ámbito del debido proceso. En cuanto derecho fundamental se proyecta como principio de interdicción de ocasionarse indefensión y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de alguna de las partes de un proceso o de un tercero con interés (...)"*. Jurisprudencia de la Corte Constitucional, Corporación de Estudios y Publicaciones, Tomo VI, Junio 2012, Quito Ecuador, Página 506.

6.2.7.4.- El derecho a la seguridad jurídica comprende:

"(...) Como lo ha señalado esta Corte, la seguridad jurídica se entiende como certeza práctica del derecho y se traduce en la seguridad de que se conoce lo previsto como

lo prohibido, lo permitido, y lo mandado por el poder público respecto de las relaciones entre particulares y de éstos con el Estado, de lo que se colige que la seguridad jurídica es una garantía que el Estado reconoce a la persona para que su integridad, sus derechos y sus bienes no sean violentados y en que en caso de que esto se produzca, se establezcan los mecanismos adecuados para su tutela (...) “(...) En definitiva, el derecho a la seguridad jurídica es una garantía de certeza de respeto a los derechos, o dicho de otro modo: una situación jurídica no será cambiada sino de conformidad con los procedimientos establecidos, es decir, el derecho constitucional a la seguridad en el orden jurídico y la sujeción de todos los poderes del Estado a la Constitución y la ley, sin quedar sujeto a la arbitrariedad, de ahí su estrecha relación con el derecho a la tutela judicial, pues el respeto de la Constitución y de la ley garantizan el acceso a una justicia efectiva, imparcial y expedita(...)”. Sentencia No. I 09-12-SEP-CC, CASO No.0246- 10-EP, 08 de marzo de 20 12.

6.2.7.5.- El derecho a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita denota:

“(...) El derecho a una tutela judicial efectiva, imparcial y expedita ha sido adoptado procesa/mente como una de las garantías fundamentales con las que cuentan los individuos. Esta facultad conocida procesa/mente como derecho de petición comporta una serie de obligaciones por parte del ente estatal; por un lado requiere la existencia de un órgano jurisdiccional y de jueces y juezas, quienes investidos de potestad jurisdiccional deben velar por el cumplimiento de la Constitución y la ley, aplicándolos a un caso concreto para lograr de este modo la tan anhelada justicia. El contenido constitucional del mencionado derecho a la tutela judicial efectiva se manifiesta no solamente en el derecho de acceso a la jurisdicción, sino también esencialmente del derecho a obtener una resolución fundada jurídicamente (...)”. Sentencia No.029-11 –SEP-CC, CASO No.055 1-10-EP de 21 de septiembre de 2011.

6.2.7.6.- Sobre la garantía de la motivación la Corte Constitucional del Ecuador instruye:

(...) La motivación debe entenderse como un derecho y una obligación. Como derecho, el que tiene todo litigante en un procedimiento a exigir que la autoridad judicial o administrativa emita una sentencia o resolución debidamente fundamentada. Como obligación, la que lleva sobre su facultad la autoridad encargada de dilucidar una contienda de cualquier naturaleza, expresando razones para decidir en los términos que lo hace. Con estos antecedentes, puede decirse que la motivación es una parte del debido proceso, mediante la cual la autoridad pública-judicial o administrativa- para efectos de decidir un pleito, realiza la operación mental o argumentación jurídico-racional que le permite confrontar los hechos puestos en su conocimiento-los antecedentes-, con las normas y principios jurídicos aplicables al caso, actividad de

la cual obtendrá una conclusión o resolución final (...)" Sentencia 119-12-SEP-CASO No.0083-10-EP.

SÉPTIMO.- IDENTIFICACIÓN DE LAS NORMAS O PRINCIPIOS VIOLADOS Y LOS RESPONSABLES.- De lo expuesto, la conducta antijurídica de responsabilidad imputada a los operadores económicos **RECAPT S.A., y SOLNET S.A.**, se encuentra tipificada en el numeral 6 del artículo 11 de la **LORCPM**, norma que fue violada por los operadores económicos **RECAPT y SOLNET**, por cuanto, falsearon y distorsionaron la competencia, pero no hubo impedimento de la misma, y como reza la sentencia dictada el 20 de octubre de 2017, por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, dentro del juicio No. 1781120161271 *"pues no es lo mismo impedir la competencia, que restringirla, o falsearla o distorsionarla, siendo evidentemente lo primero, lo más grave"*

OCTAVO.- LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA PRESENTADA POR LAS PARTES.- En atención de lo manifestado, considerando las alegaciones formuladas por las partes y la prueba actuada en el presente procedimiento administrativo se determina lo siguiente:

8.1.- El mercado relevante.- El presente apartado se refiere a la evaluación requerida para determinar el mercado relevante dentro del expediente de investigación No. **SCPM-IIAPMAPR-026-2013**, en el cual se estudia presuntos comportamientos ilícitos relacionados al proceso de subasta inversa electrónica SIE-IESS-015-2011. Para tal efecto, se tomará en consideración el artículo 5 de la LORCPM el cual señala que el mercado relevante deberá considerar *"(...) al menos, el mercado de producto o servicio, el mercado geográfico y las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado (...)"*. Dada la naturaleza del caso, se tendrá en cuenta además lo determinado en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, respecto al procedimiento de subasta inversa.

8.1.1. Consideraciones para la determinación del mercado relevante.- "En base a lo expresado, se analiza la interrelación entre las normas de contratación pública y las de control del poder de mercado. Para esto, se considera necesario tener en cuenta las siguientes particularidades":

"(...) Según señala la LOSNCP en sus artículos 18 y 47, el operador económico que desee participar en cualquier proceso de contratación pública, a cargo del Servicio Nacional de Contratación Pública (actual SERCOP – previamente INCOP), deberá contar con un número de Registro Único de Proveedor (RUP). Adicionalmente, el

operador económico deberá estar habilitado en el portal de compras públicas, tal como lo señala el artículo 62 del mismo cuerpo legal”.

“El espacio de tiempo en el cual las empresas que hayan sido habilitadas pueden ofertar sus productos y/o servicios estará definido por lo establecido en los pliegos elaborados por la entidad contratante para el proceso de compra específico. Dichos pliegos delimitan entre otros factores, las fechas máximas para presentación de ofertas. En caso de que una empresa no haya presentado su oferta a tiempo, ésta no podrá participar en las siguientes etapas del proceso de contratación”.

“Los productos y/o servicios a ser ofertados deberán cumplir de forma imperativa con todas las especificaciones técnicas y económicas establecidas en los pliegos publicados por la entidad contratante; de igual manera, en caso de no cumplir con dichas especificaciones, una empresa no podrá participar en las siguientes etapas del proceso de contratación, como lo establece el artículo 47 del Reglamento para la Aplicación de la LOSNCP. Un proceso de contratación pública tiene características particulares que resultan en un trato distinto de la materia económica”.

“Dado que la entidad contratante señala condiciones específicas del producto y/o servicio a ser contratado, se entiende que la demanda de dicho producto será inelástica; asimismo, no se puede establecer sustitutos para el producto y/o servicio a ser contratado, puesto que las empresas interesadas en participar en las siguientes etapas del proceso de contratación deberán remitirse exclusivamente a todos los requerimientos incluidos en los pliegos (...)”.

8.1.2. Mercado de producto o servicio.- En relación al mercado de producto o servicio, el artículo 5 de la LORCPM señala que dicho mercado *“(...) comprende, al menos, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; los costos de la sustitución; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución (...)”.* Para este caso en particular, se puede establecer que el objeto investigado es un producto, el mismo que está delimitado por los pliegos de la contratación.

En concreto, el producto objeto del proceso de subasta inversa electrónica SIE-IESS-015-2011 de 16 de septiembre de 2011, ha sido descrito en los pliegos como *“Sistema Integral para la Gestión, Agendamiento e Interrelación de la Atención de Salud y Mejoramiento de los servicios que brinda el IESS a sus usuarios”*, bajo las especificaciones técnicas constantes en dicho documento.

“(...) En relación a los posibles sustitutos, los oferentes deberán remitirse estrictamente a las características del servicio como está estipulado en los pliegos del proceso SIE –IESS-015-2011, no es posible señalar sustitutos para este producto, ya que un operador económico que llegare a ofertar un producto distinto a lo establecido, sería descalificado. De la misma manera, en relación a las preferencias de clientes, en este caso es el IESS quien publica lo que requiere contratar a través de los pliegos, por lo cual se concluye nuevamente que no se puede considerar otros productos que no sean los estipulados en dichos pliegos (...)”.

Por lo expuesto se define como mercado relevante de producto o servicio de atención telefónica denominado “*Sistema Integral para la Gestión, Agendamiento e Interrelación en la Atención de Salud y Mejoramiento de los servicios que brinda el IESS a sus usuarios*”, con las condiciones técnicas especificadas en los pliegos respectivos al proceso de subasta inversa electrónica SIE-IESS-015-2011 de 16 de septiembre de 2011.

8.1.3. Mercado geográfico.- En relación al mercado geográfico, el artículo 5 de la LORCPM establece que éste “*(...) comprende el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, los costos de transporte, las modalidades de venta y las barreras al comercio existentes (...)*”. Teniendo en cuenta el contexto bajo el cual se desenvuelve este caso, al no existir sustitutos para el producto estudiado, es necesario referirse nuevamente a los pliegos emitidos por IESS para el proceso de subasta inversa electrónica No. SIE-IESS de 16 de septiembre de 2011.

“(...) En tal sentido, la convocatoria para dicho proceso ha sido de carácter nacional, y cualquier operador económico nacional o extranjero, domiciliado o con representación legal en el Ecuador, está facultado a participar en el proceso de contratación, siempre y cuando se rija a las condiciones específicas establecidas. Asimismo, de los pliegos se extrae que el IESS espera que el servicio sea de cobertura nacional, sin especificar ni requerir que la empresa adjudicada deba operar en una ciudad o ubicación específica (...)”.

8.2.- Del análisis de las conductas investigadas.-

Las infracciones a la competencia que se analizaron en el presente procedimiento administrativo corresponden a las conductas tipificadas en los numerales 6 y 21 del artículo 11 de la LORCPM.

Respecto a la conducta tipificada en el numeral 6 del artículo 11 de la LORCPM, en concordancia con lo establecido en el numeral 4 del artículo 8 del Reglamento para la Aplicación de la LORCPM, se presume que dicha conducta tiene por objeto impedir, restringir, distorsionar y falsear la competencia, afectando negativamente la eficiencia económica o el bienestar general; por tanto dicha conducta se excluye de la aplicación de la regla de mínimis, de conformidad a lo establecido en el artículo 9 del Reglamento para la Aplicación de la LORCPM.

Así, el cargo imputado y que amerita la prosecución de la instrucción del procedimiento es la práctica restrictiva horizontal entre los oferentes **RECAPT S.A.** y **SOLNET S.A.**, conducta que habría tenido por objeto asegurar el resultado en beneficio propio o de otro proveedor u oferente dentro del proceso de Subasta Inversa SIE- IESS-015-2011. Con referencia al numeral 21 del artículo 11 de la LORCPM, lo que se investiga es el presunto acuerdo entre el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, **RECAPT S.A.** y **SOLNET S.A.**, que podría configurar en compras públicas dentro del proceso de Subasta Inversa Electrónica SIE-IESS-015-2011.

8.2.1. Factores que sustentan la comisión de la conducta tipificada en el numeral 6 del artículo 11 de la LORCPM.- En este acápite se analiza los factores que sustentan la comisión de la conducta tipificada en el numeral 6 del artículo 11 de la LORCPM por parte de los oferentes **RECAPT S.A.** y **SOLNET S.A.**

8.2.1.1- Del proceso de contratación No. SIE- IESS-015-2011.- En el proceso pre contractual SIE –IESS-015-2011 de subasta Inversa Electrónica de 16 de septiembre de 2011, realizado por el IESS para la prestación del servicio “Sistema Integral para la Gestión, Agendamiento e Interrelación en la Atención de Salud y mejoramiento de los servicios que brinda el IESS a sus usuarios, se presentaron seis empresas y se habilitó a dos: **RECAPT S.A.** Y **SOLNET S.A.**, siendo los únicos operadores económicos participantes de la etapa de puja.

8.2.1.2.- De la vinculación entre **SOLNET S.A.**, y **RECAPT S.A.**, en el proceso de contratación.-

*“Del análisis realizado a las ofertas técnicas presentadas por las empresas **RECAPT S.A.** y **SOLNET S.A.**, habilitadas en el proceso SIE-IESS-015-2011, y subidas al portal de compras públicas www.compraspublicas.gob.ec del Servicio Nacional de Compras Públicas **SERCOP**, se desprende lo siguiente”:*

*“En el contenido del índice, numeral 10.1 de la carpeta No.1 del archivo digital, hoja No.2, de **RECAPT S.A.**, se describe: “Certificado de Registro Único de Proveedores(RUP) de **SOLNET S.A.**, es decir, el nombre de una de las empresas competidoras; y, en cuanto a la tabla del contenido de la carpeta No.1 del archivo*

digital de SOLENT S.A., hoja No.0000002 del mismo punto, se señala: Certificado de Registro Único de Proveedores (RUP) de SOLNET S.A.”

En el numeral 1.3, Cronograma de Implementación de Servicios, proceso No.89 de la oferta técnica de RECAPT S.A., carpeta No.2 del archivo digital, hoja 157 a 160, se señala: *“Ingresar el Formato de Calidad a la aplicación Interna de Solnet”*, siendo lo correcto que aparezca Recapt; mientras en el numeral 11.3, Cronograma de Implementación de Servicios, proceso No.88 de SOLNET S.A., carpeta No.3 del archivo digital, hoja 36 a 44, se puntualiza: *“Ingresar el Formato de Calidad a la aplicación interna de Solnet”*.

En el numeral 1.3, Cronograma de Implementación de Servicios, proceso 112 de la oferta técnica de RECAPT S.A., carpeta No.2 del archivo digital, hoja 157 a 160 se puntualiza: *“Implementación de Actualización de Software Cosmocon 3 Semanas”*; mientras que en el numeral 11, 3 Cronograma de Implementación de Servicios, proceso No.110 de SOLNET S.A., carpeta No.3 del archivo digital, hoja 36 a 44 se puntualiza: *“Implementación de Actualización de Software Cosmocon 3 Semanas”*, resulta importante destacar que el Software Cosmocon no fue ofertado para la empresa RECAPT S.A., sino por SOLNET S.A”.

“En la carpeta No.2, oferta técnica (primera parte), numeral 11.5, referente al software médico a ser utilizado, página 083 de SOLNET S.A., se aprecia la captura de pantalla del Software denominado DRAGON SUITE, el mismo que también fue ofertado por RECAPT S.A”.

“En el gráfico del diagrama de Interconexión constante en la página 001002 de RECAPT S.A., en el archivo digital RECAPT 8, coincide con el presentado por SOLNET S.A., constante en la página 0000071 del archivo digital SOLNET 4 de acuerdo a la página web.compraspúblicas.gob.ec”.

“En el numeral 1.3, Cronograma de Implementación de Servicios, únicamente en los procesos 112, 113, 114, 115,116, 117, 118, 119, 120, 121 y 122, carpeta No.2 del archivo digital, hoja 157 a 160, se indica la palabra en inglés “ day “ de la empresa RECAPT S.A.; de ahí que, en el numeral 11.3, Cronograma de Implementación de Servicios de la empresa SOLNET, carpeta No.3 del archivo digital, hoja 36 a 44, en los procesos 110,111,112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119 y 120, coinciden en la utilización de la misma palabra en inglés “days”; además, coinciden en cuanto a la duración de días, fechas y horas”.

En el proceso 129 de RECAPT S.A., carpeta No.2 del archivo digital, hoja 157 a 160., se describe: *“Confirmar Arreglos de Viaje (vuelo, hotel transporte) para Corporativo Solnet”*, siendo lo correcto que aparezca RECAPT.; mientras que en el proceso 125 de

SOLNET S.A., carpeta No.3 del archivo digital, hoja 36 a 44, se puntualiza: “Confirmar Arreglos de Viaje (vuelo, hotel, transporte) para Corporativo Solnet”.

“La convalidación de la traducción del manual de Softwitch de RECAPT S.A., es similar con el presentado por SOLNET S.A. RECAPT S.A., presentó una traducción al manual de Softwitch durante la etapa de convalidación de errores, documento que aparece en el Portal de Compras Públicas bajo el nombre de archivo “convalidación Recapt. A fojas 000002, el señor Diego Patricio Gaybor Quiroz señala ser la persona que realizó la traducción del mencionado manual teniendo presente lo anterior, al comparar la traducción de RECAPT S.A., con la presentada por SOLNET S.A., la misma que consta en el portal de compras públicas bajo el nombre de archivo “convalidación Solnet 1, se observa que ambas traducciones son iguales en texto”.

8.2.1.3.- De la entrega de ofertas de RECAPT S.A. y SOLNET S.A.

“En la foja No.3827, se encuentra copia certificada por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, correspondiente al expediente No.026-2013 en esta Superintendencia, se encuentra el acuso recibo de la Comisión Técnica del IESS, dentro del proceso de SIE-IESS-015-2011, se observa que la persona que realiza la entrega de la oferta técnica de SOLNET S.A., es el señor Diego Gaybor Quiroz de cédula 020155281-7; y el mismo ciudadano a fojas 235 de la oferta de RECAPT, consta como Gerente de Sistemas y Tecnología de RECAPT S.A., es decir, de la compañía competidora y posteriormente habilitada”.

“Según copias certificadas otorgadas por el Ministerio de Relaciones Laborales, respecto a la participación empresarial de utilidades del año 2011 de la empresa RECAPT S.A., se desprende que el señor Diego Patricio Gaybor Quiroz de cédula 0201552817 recibió utilidades de ese año, lo que confirma que una persona de RECAPT S.A. entregó la oferta de SOLNET S.A.”.

“Consta en la foja 2725, numeral 29 del escrito presentado por la Abg. Mariana Mindiola Ríos, abogada del operador económico Solnet S.A., constante en el cuerpo 2 del proceso 026-2013, primer inciso, se determina: (...) LA PERSONA DESIGNADA PARA LA ENTREGA DE LA OFERTA FUE EL SR. ALEJANDRO CHIN PINCHIN QUIEN NO REALIZÓ LA ENTREGA PERSONALMENTE DE FORMA UNILATERAL Y SIN PREVIA COMUNICACIÓN A LOS FUNCIONARIOS DE SOLNET DECIDIO CONTRATAR EL COURIER DE RECAP”. Sin embargo, al observar el pago de utilidades remitida por RECAPT S.A., al Ministerio de Relaciones Laborales, el señor Diego Patricio Gaybor Quiroz, quien fue la persona que realiza la entrega de la oferta de SOLNET S.A., al IESS, aparece con cargo de “Jefe de Área” y no como “Ejecutivo Courier” como se podría haber esperado; y, además, el mismo señor Diego Patricio

Gaybor Quiroz aparece como parte del personal clave de RECAPT S.A., en su oferta presentada al IESS, con el cargo de Gerente de Sistemas y Tecnología”.

“Conforme a las declaraciones públicas del señor Fernando Colunga Hernández, Gerente de Call Center de Solnet S.A., para la presentación de la oferta del proceso NO.SIE-IESS-015-2011, en Reportaje del Noticiero “24 Horas por Teleamazonas, constante en foja 12 que obra del expediente administrativo 026-2013 y público en www.youtube.com/watch?v=RMPNA_y7_TU, manifiesta textualmente: “(...) efectivamente yo trabajaba para SOLNET, efectivamente gané el concurso con CRONIX, efectivamente para el concurso yo intervine con mi experiencia como Asesor de RECAPT (...); es decir, simultáneamente habría trabajado y asesorado a las dos empresas”.

8.2.1.4.- De la participación del IESS para calificar a RECAPT S.A. y SOLNET S.A., dentro del proceso de subasta inversa electrónica SIE-IESS-015-2011.

“Consta en fojas 3612 a 3620 que obra del expediente administrativo 026-2013, se determina que el IESS realizará la visita a las instalaciones del centro de gestión de llamadas, con el fin de verificar la infraestructura técnica y física del oferente, en consecuencia, este requisito es de cumplimiento obligatorio; no obstante, en el acta 001-SIE-IESS-015-2011 de 15 de diciembre de 2011, se elimina este requisito, señalando lo siguiente”: (...) En la página 46, punto 4.12 Evaluación Técnica eliminar los incisos 3, 5, 6, incluyendo el párrafo que dice: Se realizará la visita in situ a las instalaciones del Contac Center y centro de acogimiento de citas con el fin de confirmar la capacidad actual y potencial del oferente a la infraestructura plataforma tecnológica instalada (...); y, aún en las preguntas 131 y 132 realizadas por los oferentes en el proceso SIE-IESS-015-2011, se cuestiona: “(...)¿Es suficiente la entrega de documentación para que el IESS califique las ofertas técnicas? Respuesta/ Aclaración: NO. YA QUE EL IESS SE RESERVA EL DERECHO DE LA VISITA”; Si la respuesta a la pregunta anterior es positiva, por favor confirmar que no se realizará la visita a las instalaciones de los oferentes? Respuesta/ Aclaración: La visita se realizará según criterios del IESS, reservándose el derecho de hacerlo o no. Se espera ofertas internacionales”.

“Se debe hacer especial énfasis en que los pliegos de una contratación son elaborados en base a una necesidad e intereses de una institución, y en este caso puntual se comprende que realizar visitas in situ permite constatar que los oferentes cuenten con la infraestructura requerida para proveer el servicio de la magnitud a ser contratada. Por otro lado, no se concibe por qué motivos se podría eliminar dicho requerimiento en el acta referida supra, ni tampoco se encuentra explicaciones técnicas que lo justifiquen”.

“De las respuestas del IESS se desprende que podría haber oferentes internacionales, por lo cual, las visitas en ese caso serían costosas o quizás difíciles de llevar a cabo, sin embargo, los oferentes calificados fueron empresas ecuatorianas, resultando en que el IESS bien podría haber llevado a cabo las visitas a fin de asegurar la capacidad instalada de los oferentes”.

“En relación a la experiencia referida de las empresas RECAPT S.A., y SOLNET S.A., únicas empresas calificadas para la puja del proceso SIE-IESS-015-2011, se ha evidenciado inconsistencias que podrían haber sido observadas por el IESS en el proceso contractual y precontractual; en primer lugar, según la foja 20 del Informe de Contraloría al proceso SIE-IESS-015-2011, en el punto 3, se indica”: “Dos certificados sobre la experiencia, que fueron presentados por la empresa RECAPT S.A., que corresponden a SICONTAC CENTER de 29 de julio de 2011; e INTEGRAL SOLUTIONS S.A., de 17 de junio de 2011, fueron suscritos por el mismo Gerente General, cuyo período de gestión fue anterior a la fecha de los mencionados certificados; es decir, cuando ya no era Gerente de las citadas empresas, situación que fue ratificada por el Gerente General de INTEGRAL SOLUTIONS S.A., y SICONTAC CENTER S.A., (...). Por lo que la oferta de la empresa RECAPT S.A., debió ser descalificada por estar incurso en el numeral 3.11. Causas de rechazo, subnumeral 3.11.5 de la Sección 2 Condiciones Generales, de los pliegos que indica que...” Una oferta será descalificada en cualquier momento del proceso, si se comprobare falsedad o adulteración de la información presentada...”.

“RECAPT S.A., presentó en su oferta perfiles de 65 personas catalogadas como “personal clave” para desempeñar las labores de call center en caso de ser adjudicado; de ellas, 14 personas son administrativos y 51 son Gestores de Call Center. El listado de empleados que trabajaron en RECAPT S.A. y recibieron utilidades en 2011 asciende a 351 empleados. Al comparar ambas listas, se observa que los 351 empleados de RECAPT S.A., que recibieron utilidades, 15 de ellos son nombres que coinciden con la lista de 65 personas clave. De las 15 coincidencias, se observa que 7 de ellas formarían parte de los administrativos de RECAPT S.A., según listado de personal clave de la oferta. Las 8 coincidencias restantes son personas que formarían parte del equipo de Gestores de Call Center”.

“SOLNET S.A., presentó en su oferta 27 personas como personal clave de la oferta. De la nómina de empleados de SOLNET S.A., que recibieron utilidades en 2011, se declara como actividad económica “Venta de Equipos de Comunicación”. La nómina de empleados de SOLNET S.A., que recibieron utilidades en 2011 presenta un total de 32 empleados. Ninguno de los empleados de esta nómina presenta cargos relacionados con call center, telemarketing, operador telefónico o algo similar. Al comparar el listado de nómina de personal con el listado de personal clave que

SOLNET S.A., presentó en su oferta al IESS, no existe ninguna coincidencia. El señor Fernando Colunga, quien aparece encabezando la lista de personal clave de SOLNET S.A., no aparece en la nómina de empleados registrados de SOLNET S.A., que fue declarada al Ministerio de Relaciones Laborales. Adicionalmente, SOLNET no tiene ningún tipo de experiencia en el tema de Contac center, puesto que ni su actividad económica (Venta de Equipos de Computación) ni los cargos de sus empleados según la nómina de la empresa, tienen relación alguna con las funciones esperadas”.

“De este modo queda claro que el IESS no objetó la experiencia de las empresas calificadas para la etapa de puja cuando debía hacerlo, siendo un factor crítico que debería haber sido considerado y más aún, objetado en caso de no cumplir los parámetros constantes en los términos de referencia”.

En resumen, “(...) no se encuentran motivos que justifiquen por qué las empresas SOLNET S.A. y RECAPT S.A., no recibieron las debidas observaciones en relación a sus capacidades y experiencias, dando como resultado su posterior calificación. Asimismo, no se encuentran motivos que expliquen cómo se dejó de analizar aspectos fundamentales de las ofertas, considerándose especialmente la magnitud económica del contrato a otorgarse. Estas observaciones permiten suponer que el IESS omitió la implementación de acciones en su proceso de selección de ofertas en el proceso SIE-IESS-015-2011, lo cual benefició a las empresas RECAPT S.A. y SOLNET S.A., al momento de ser calificadas para la fase de puja, instancia inmediatamente anterior a la adjudicación del contrato (...). “(...) El IESS al calificar a RECAPT S.A. y SOLNET S.A., no cumplió los parámetros establecidos en la Ley y en los pliegos constantes en el proceso de subasta inversa electrónica SIE-IESS-015-2011, de tal suerte que RECAPT S.A., resulte ganadora del proceso de licitación (...)”.

8.3.- Del comportamiento de los oferentes vinculados en procesos de contratación pública.

Previamente, es preciso considerar lo que indica la Corte Constitucional del Ecuador cuando expresa: “(...) Todo procedimiento judicial o administrativo, teniendo como antecedente generalmente hechos, se debaten derechos; tanto actor como demandado o administrador como administrado presentan sus argumentos y soportes para demostrarlos. En estos términos se desarrolla el proceso. Una vez acopiados estos elementos la autoridad administrativa o judicial deberá resolver. Es justamente en este momento procesal en el cual la autoridad pública, luego de expuestos y examinados los antecedentes del caso, mediante operación mental básicamente, realiza la confrontación de los hechos probados con las normas y principios de derecho, obteniendo de ello una conclusión. Se trata, fundamentalmente, de un mecanismo lógico jurídico que demanda unidad y coherencia. Tal es, entonces, la

motivación (...)". Sentencia 025-12-SEP-CC Caso. No.0780-09-EP de 23 de mayo de 2012.

8.3.1.- Las empresas **RECAPT S.A., y SOLNET S.A.,** *"en el momento que presentan las ofertas al IESS, teniendo como fin el aseguramiento de un resultado en el proceso de contratación pública SIE-IESS-015-2011, se determina que la persona que realiza la entrega de la oferta técnica de SOLNET S.A, es el señor Diego Gaybor Quiroz de cédula 020155281-7; y el mismo ciudadano en la oferta de RECAPT, consta como Gerente de Sistemas y Tecnología de RECAPT S.A., es decir, la compañía competidora y posteriormente habilitada RECAPT S.A., y SOLNET S.A, presentaron ofertas individuales, lo que denotaría en primera instancia autonomía comercial de estos proveedores y la independencia de sus ofertas; sin embargo, de la fe de presentación de las ofertas de las empresas habilitadas (RECAPT S. A., y SOLNET S.A.,) dentro del proceso de subasta inversa electrónica SIE-IESS-015-2011, se establece que existió comunicación entre los oferentes habilitados y dichas ofertas se habrían presentado de modo concertado"*.

8.3.2.- *"RECAPT S.A., presentó una traducción al manual de Softwitch durante la etapa de convalidación de errores, documento que aparece en el Portal de Compras Públicas bajo el nombre de archivo "convalidación Recapt, el que consta a foja 000002, en referencia a dicho documento el señor Diego Patricio Gaybor Quiroz señala ser la persona que realizó la traducción del mencionado manual; al comparar la traducción presentada por RECAPT S.A., con la presentada por SOLNET S.A., la misma que consta en el portal de Compras Públicas bajo el nombre de archivo "convalidación Solnet 1, se observa que ambas traducciones son iguales en texto"*.

8.3.3.- Con las pruebas que constan en el proceso *"de contratación No.SIE-IESS-015-2011, se demuestra 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 Quiroz (Gerente de Sistemas de Tecnología de Recapt), José Ching Pinchin (Responsable del proyecto call center Solnet S.A), tienen actuaciones de orden administrativo en una empresa, mientras que figuran en el componente directivo de la otra y de ese modo se afecta la independencia señalada) en los pliegos por parte de los operadores económicos citados"*.

8.3.4.- 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; así en los documentos presentados por la empresa RECAPT S.A., se observa el nombre de SOLNET S.A., y el mismo fenómeno se observa en la documentación presentada por SOLNET.

8.3.5.- *“Los Cronogramas de Implementación de Servicios de las empresas RECAPT S.A. y SOLNET S.A. a pesar de ser propuestas independientes, tienen múltiples coincidencias incluso llegando a reproducir los mismos errores ortográficos constantes en los dos cronogramas entregados por los operadores económicos mencionados”.*

8.3.6.- *“Los certificados de experiencia de servicios y plataforma tecnológica presentados por RECAPT S.A., no guardan relación con el objeto del contrato, y es importante destacar, que dos de ellos se encuentran suscritos por un Gerente que no tiene esa calidad a la fecha de suscripción de los certificados citados”.*

8.3.7.- *“RECAPT S.A., resultó adjudicado dentro del proceso SIE-IESS-015-2011, pese a que el software ofertado fue DRAGON SWIFT y no el constante en el contrato de ejecución, siendo este un tema de incumplimiento sustancial de los pliegos de RECAPT S.A., y siendo un aspecto a considerar en la causa impulsada por la Procuraduría General del Estado por nulidad de contrato”.*

8.3.8.- *“La falta de experiencia del oferente RECAPT.S.A, adjudicado en detrimento del Estado en el proceso SIE-015-2011, en concordancia con el artículo 8 del reglamento para la Aplicación de la LORCPM, permite determinar la comisión de la práctica restrictiva tipificada en el numeral 6 del artículo 11 de la LORCPM tuvo por objeto impedir, restringir, falsear y distorsionar la competencia, afectando negativamente la eficiencia económica y el bienestar general. La oferta de Recapt S.A., debió ser descalificada por parte de la Comisión y la Subcomisión Técnica, al no cumplir con los requisitos determinados por el IESS en los pliegos dentro del proceso de subasta inversa, conforme lo indica el artículo 5 de la Resolución No.RE.SERCOP-2014-000003”*

8.3.9.- El Consejo de Competencia de la República Francesa, señala que en los casos en los que se constatan nexos jurídicos y financieros entre dos o más oferentes; y exista autonomía comercial, se aplicarán los siguientes criterios respecto al comportamiento de los oferentes en procesos de contratación pública:

I) Cuando dos o más oferentes en un proceso de contratación tengan nexos jurídicos y financieros entre ellos; pero dispongan de autonomía comercial, resulta lícito el hecho de presentar ofertas distintas, independientes, sin conexión oculta, competitivas y que por consecuencia no sean resultado de una concertación o acuerdo entre las partes.

II) Dos o más oferentes en un proceso de contratación que tengan nexos jurídicos y financieros entre ellos; pero que dispongan de autonomía comercial, resulta lícito el hecho de renunciar a dicha autonomía en procesos de contratación y concertar para

decidir cuál será el oferente que presentará la oferta, o concertar sobre las condiciones de la misma; con la condición de no presentar más de una única oferta.

III) Por otro lado, cuando dos o más oferentes tengan nexos jurídicos entre ellos, la presentación de varias ofertas manifiesta la autonomía comercial de los oferentes que las presentan y la independencia de dichas ofertas.

Con los elementos constantes en el expediente, se evidencia la existencia de indicios de direccionamiento de contratación respecto del proceso de subasta inversa electrónica SIE-IESS-015-2011, por parte de los miembros integrantes de la Comisión Técnica: “Paulina Elizabeth Campaña Gallardo; Henry Eduardo Medrano González; Néstor Aníbal Moya, Fernando Guijarro Cabezas; Bolívar Raúl Bolaños Garaicoa; y Subcomisión Técnica: Roberto Alexander Perea Vizcaíno, Ana Katherine Guevara Pantoja, Holguer Ernesto Arguello Ramos, Mónica Yolanda Viñamagua Arias, José Carlos Álvarez y Juan Pablo Auquilla del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

La Intendencia de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, en su Informe Final imputa a los funcionarios de la Comisión Técnica integrada por Paulina Elizabeth Campaña Gallardo, Henry Eduardo Medrano González, Néstor Aníbal Moya, Fernando Guijarro Cabezas; Bolívar Raúl Bolaños Garaicoa; y, la Subcomisión Técnica de Apoyo, conformada por Roberto Alexander Perea Vizcaíno, Ana Katherine Guevara Pantoja, Holguer Ernesto Arguello Ramos, Mónica Yolanda Viñamagua Arias, José Carlos Álvarez y Juan Pablo Auquilla, a quienes no se les formuló cargos expresamente, en el Informe de Resultados, lo que atentó a sus derechos fundamentales garantizados por el artículo 76 de la Constitución de la República.

Adicionalmente, se excluyen de la presente imputación a los miembros de la Comisión Técnica toda vez que no se ajustan a lo dispuesto por el segundo inciso del artículo 77 de la LORCPM, que en su texto manifiesta: *“A los efectos de la aplicación de esta Ley, la actuación de un operador económico es también imputable a los operadores o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas.”*. Considerando además que en materia de competencia la norma citada establece quiénes pueden ser sujetos infractores, y solo puede hacerse extensivo a las personas u operadores que la controlan, es decir, el control solamente se extiende a los socios, representantes legales, holdings o compañías tenedoras de acciones y no así a una Comisión Técnica conformada por técnicos y analistas institucionales.

También, del mismo proceso investigativo se concluye que existió una práctica concertada en la relación del IESS, con **RECAPT S.A.** y **SOLNET S.A.**, entendiéndose como práctica concertada: Aquellas conductas anticompetitivas que se

derivan de una identidad de comportamientos que no se explican de manera natural por la propia estructura o las condiciones de competencia del mercado y que por ello, inducen a pensar en la existencia de acuerdos tácitos o formas de coordinación entre los operadores económicos que no pueden ser expresamente probadas. Sobre las presentaciones concertadas los juristas Marcelo Marín Sevilla, Juan Carlos Riofrío Martínez y otros, afirman: “(...) se trata de una forma particular de fijación concertada de los precios, mediante la cual las empresas coordinan sus presentaciones para los mercados públicos y los contratos de suministros. Existen dos formas ordinarias de presentaciones concertadas a una licitación. En la primera las empresas se ponen de acuerdo para presentar ofertas idénticas, eliminando así cualquier competencia a través de los precios. En el segundo caso, las empresas licitadoras designan aquella que presentará la oferta más baja, de tal manera que cada empresa obtenga por turno un cierto número o un cierto volumen de mercado fijado de común acuerdo (...)” Obra Citada. Página 327.

Para estos casos, es legítimo aplicar las pruebas sobre la base de las presunciones; de este modo los indicios varios, unívocos, concordantes y relacionados como: la calificación injustificada de los oferentes RECAPT S.A. y SOLNET S.A.

8.5.- Sobre la sentencia expedida el 20 de octubre de 2017, por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, en el juicio No.17811201601271 y su aplicación.

8.5.1.- El artículo 256 del Código Orgánico Administrativo, en su inciso tercero establece:

“(...) Los hechos probados por resoluciones judiciales firmes vinculan a la administración pública con respecto a los procedimientos sancionadores que tramitan (...)”.

En el presente caso la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, dispuso que: *“dejándose a salvo el derecho de la Superintendencia para imponer la multa respectiva siempre y cuando exista mérito para ello, analizando el tema nuevamente conforme la regla de la razón”.* El fallo de la Corte Nacional ha determinado el cometimiento de una infracción tipificada en la LORCPM, por consiguiente, es mandatorio volver a sancionar en caso de encontrarse afectación a la competencia, a los consumidores, o al mercado dentro del mercado relevante, presupuestos fácticos que permiten aplicar la regla de la razón.

8.5.2.- En esta sentencia que fue remitida a la Comisión de Resolución de Primera Instancia, mediante memorando SCPM-CGAJ-619-2017 de 10 de noviembre de 2017, suscrito por el Dr. Patricio Hernán Rubio Román, Coordinador General de Asesoría

Jurídica de la SCPM, en dicho pronunciamiento judicial la Sala de lo Contencioso Administrativo, en su análisis jurídico relativo a la aplicación de regla de la razón, en la parte pertinente se señala lo siguiente: “(...) *Es importante ver la esencia y el espíritu de la LORCPM, para ello debemos dirigirnos a la Exposición de Motivos que sirvió de base para la aprobación de la LORCPM por parte de la Asamblea Nacional en el año 2011, ...El proyecto zanja definitivamente la discusión acerca de si, en el Derecho de la Competencia ecuatoriano, se aplica la regla per se o la regla de la razón, adoptando la postura europea de la razón, sobre todo aquella producto de su reciente proceso de modernización. Queda claro y sin discusión alguna señor Intendente, que la regla a aplicar en el Derecho de Competencia ecuatoriano, es la REGLA DE LA RAZÓN (...)*” “(...) 13.1.-...*En el análisis de daño y perjuicio al mercado, es importante la valoración de acuerdo a la regla de la razón. Si hablamos de regla de la razón, necesariamente hay que evaluar los efectos que la conducta examinada ha provocado o no en el mercado, volviéndose de esta forma el examen económico que supuestamente se considera afectado riguroso además y detallado, procediendo solo la sanción al operador económico si se llegare a demostrar que los efectos de su actuar en el mercado perjudicaron al consumidor o produjeron daños a la competencia o mercado... Es decir, las prácticas anticompetitivas serán prohibidas y sancionables siempre y cuando en un mercado determinado se compruebe que los operadores económicos han perjudicado a la competencia o al consumidor (...)*” “(...) *DUODÉCIMO.- Podría ser que el artículo 11 de la LORCPM contenga infracciones de peligro abstracto, pues contiene una densa cantidad de infracciones en sus complejos veintiún numerales; pero si se analiza bien el numeral 6 del artículo 11 de la LORCPM que aquí nos ocupa, debe tener muy en cuenta que tal numeral contiene infracciones de peligro concreto, al cual se le debe aplicar por tanto la regla de la razón, y no se tratan de mero peligro abstracto (en cuyo caso si se podría aplicar la regla per se) y esto porque al referirse a los acuerdos y prácticas restrictivas ahí señalados, claramente tipifica: “cuyo objeto o efecto sea impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia,” por lo que este numeral tiene una tipificación específica que debe ser tenida en cuenta y respetada. Dentro de los elementos objetivos de la tipicidad el núcleo es su elemento central, así nos lo recuerda el maestro Albán Gómez al señalar que éste es “elemento central de la tipicidad, el que determina y delimita el acto (acción u omisión) ejecutado por la persona. Al ser, pues, una conducta, el núcleo suele fijarse en la ley mediante verbo (...)*” “(...) *DECIMOTERCERO.- Por lo que, cuando la Superintendencia sanciona a un operador económico por este numeral mencionado, como se ha dado en el presente caso por falsear o distorsionar la competencia, entonces debe aplicar la regla de la razón que exige que se compruebe que los operadores económicos han perjudicado a la competencia o al consumidor o al mercado, en el mercado relevante que la propia Superintendencia haya determinado en cada caso concreto; debiendo además*

graduarse la sanción en forma proporcional, pues no es lo mismo impedir la competencia, que restringirla, o falsear o distorsionarla, siendo evidentemente lo primero, lo más grave. Por todo lo anterior, y sin que sea necesario ya más análisis, este Tribunal de Casación, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA: acepta los recursos de casación de la Procuraduría General del Estado, y de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, por el caso dos del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos; y el de Capital Contac Center RECAPT S.A., por el caso cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, por errónea interpretación del artículo 11 numeral 6 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Y por tanto se casa la sentencia expedida el 19 de mayo del 2017, 10h43, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito; dejándose a salvo el derecho de la Superintendencia para imponer la multa respectiva siempre y cuando exista mérito para ello, analizando el tema nuevamente conforme a la regla de la razón. Notifíquese, devuélvase y publíquese.- f) DR. ALVARADO OJEDA HIDALGO, JUEZ ABG. CYNTHIA MARIA GUERRERO MOSQUERA, JUEZA; DR. PABLO JOAQUIN TINAJERO DELGADO, JUEZ NACIONAL (...)".

NOVENO.- DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DE INFRACCIÓN Y RESPONSABILIDAD QUE CORRESPONDA A SUS AUTORES.- Del análisis realizado en la presente resolución, con base en el Informe final dentro del expediente Nro. SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026, remitido por el doctor Wagner Mantilla Cortés, Intendente de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, mediante memorando Nro. SCPM-IIAPMAPR-171-2015-M de 5 de abril de 2015 y en atención a la prueba practicada y evacuada en el presente procedimiento administrativo, se advierte, y esta Comisión de Resolución de Primera Instancia así lo declara, que los operadores económicos **RECAPT RECUPERACIÓN DE CAPITAL Y CONTAC CENTER S.A., y SOLNET S.A.,** falsearon y distorsionaron la competencia en la presentación de ofertas y en la etapa de puja del proceso de contratación pública SIE-IESS-015-2011, infringiendo la norma contenida en el numeral 6 del artículo 11 de la LORCPM.

DÉCIMO.- SANCIÓN.- La conducta colusoria investigada es muy grave y se ajusta al literal a) del numeral 3 del artículo 78 de la LORCPM En aplicación del literal c) del artículo 79 de la LORCPM, que establece: " La Superintendencia de Control del Poder de Mercado impondrá a las empresas u operadores económicos, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellos que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley, las siguientes sanciones: "Las infracciones muy graves con multa de hasta el 12% del volumen de negocios total de la empresa u operador

económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa”, esta Comisión considera la situación del operador RECAPT S.A., por cuanto sustituyó los riesgos de la competencia por una cooperación con el operador económico SOLNET S.A., existiendo una acción concertada entre los dos operadores económicos falseando la competencia en la presentación de ofertas y en la etapa de puja del proceso de contratación pública No. SIE-IESS-015-2011. Sin embargo la sentencia de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia resuelve únicamente sobre la situación jurídica del operador económico RECAPT S.A., por lo que esta resolución, en cumplimiento de dicha sentencia de casación se limita al alcance dado por la misma.

UNDÉCIMO.- CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN.-

La sentencia emitida el 20 de octubre de 2017, por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, en la parte pertinente del punto resolutive manifiesta lo siguiente: *“dejándose a salvo el derecho de la Superintendencia para imponer la multa respectiva siempre y cuando exista mérito para ello, analizando el tema nuevamente conforme la regla de la razón”* En la especie, a fin de cumplir lo dispuesto en la sentencia pronunciada por el citado Tribunal de Justicia, tenemos únicamente los efectos que la conducta produjo en el mercado, dentro del mercado relevante. La sentencia expedida por la Sala referida, dispone que se resuelva nuevamente aplicando la regla de la razón, siempre y cuando haya mérito para ello. El enfoque de la regla *per se* fue el que utilizó la Intendencia de Investigación y acogió la Comisión de Resolución de Primera Instancia en su momento, por consiguiente, no se cuenta con datos e información de los perjuicios producidos a la competencia o al consumidor dentro del mercado relevante. Sin embargo, se aprecia en el expediente la existencia de elementos que se pueden deducir los perjuicios producidos al mercado, dentro del mercado relevante y en aplicación de la fórmula para la determinación de las multas contenida en la Resolución No.12 de 23 de septiembre de 2016 de la Junta de Regulación, publicada en el Registro Oficial No.887 de 22 de noviembre de 2016, si bien entró en vigor en forma posterior al cometimiento de la infracción que origina la sanción, brinda la metodología que la sentencia del Tribunal de Casación dispone; por lo tanto, es aplicable lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 76 de la Constitución de la República, numeral 2 del artículo 5 y numeral 2 del artículo 16 del COIP, razón por la cual, esta Comisión, en lo que se refiere al cálculo de la multa, acoge parcialmente el informe No.SCPM-INICAPMAPR-DNICAPR-009-2018 de 22 de agosto de 2018, suscrito por el abogado Jacobo Salvador Aguayo Zambrano, en cuya parte pertinente dice lo siguiente: *“(...) En el presente caso la Corte Nacional de Justicia ha ordenado que se tenga en cuenta si “los operadores económicos han perjudicado a la competencia o al consumidor o al mercado”.* Para tal efecto se ha tomado en consideración a la

fórmula que se encuentra en la Resolución No.012 de la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (sic), la cual si bien entró en vigencia en el año 2016, es decir, de forma posterior al cometimiento de la infracción que originó la sanción (...) brinda la metodología que la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia está exigiendo.

Para la determinación del importe de la multa, la LORCPM establece en su artículo 80: “Criterios para la determinación del importe de las sanciones.- El importe de las sanciones se fijará atendiendo, entre otros, a los siguientes criterios: a) La dimensión y características del mercado afectado por la infracción. b) La cuota de mercado del operador u operadores económicos responsables. c) El alcance de la infracción. d) La duración de la infracción. e) El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos. f) Los beneficios obtenidos como consecuencia de la infracción. g) Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurran en relación con cada una de las empresas u operadores económicos responsables.

La Resolución No. 012 de la Junta de Regulación, norma expedida en el año 2016 es aplicable al presente caso, ya que a pesar de que fue emitida con posterioridad a la cometimiento de la infracción, es aplicable:

- Artículo 76 numeral 5 de la Constitución del Ecuador: *“En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.”*
- Artículo 5 del Código Orgánico Integral Penal (norma supletoria, según la Disposición General Primera de la LORCPM): *“2. Favorabilidad: En caso de conflicto entre dos normas de la misma materia, que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción.”*
- Artículo 16 del Código Orgánico Integral Penal (norma supletoria, según la Disposición General Primera de la LORCPM): *“2. Se aplicará la ley penal posterior más benigna sin necesidad de petición, de preferencia sobre la ley penal vigente al tiempo de ser cometida la infracción o dictarse sentencia”*

En el informe No.SCPM-INICAPMAPR-DNICAPR-009-2018 de 22 de agosto de 2018, suscrito por el abogado Jacobo Salvador Aguayo Zambrano, Director Nacional de Investigación y Control de Acuerdos y Prácticas Restrictivas, sobre el nuevo cálculo de la multa al operador económico RECAPT S.A., informe que es acogido por esta Comisión según el texto que consta a continuación:

“(…) La base normativa para la determinación del importe de las multas se encuentra determina (sic) en el artículo 79 y siguientes de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, los cuales en su momento fueron utilizados en la resolución de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, y mediante los cuales se determinó la multa de US\$2.334.265,32 al operador económico RECAPT S.A.; con lo cual la Superintendencia de Control del Poder de Mercado respeto (sic) el debido proceso, la proporcionalidad y los demás principios jurídicos garantistas establecidos en la Constitución de la República del Ecuador (…)”

“(…) En el presente caso la Corte Nacional de Justicia ha ordenado que tengan en cuenta si “los operadores económicos han perjudicado a la competencia o al consumidor o al mercado”. Para tal efecto se ha tomado en consideración a la fórmula que se encuentra en la Resolución No.012 de la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (sic), la cual si bien entró en vigencia en el año 2016, es decir, de forma posterior al cometimiento de la infracción que originó la sanción (…) brinda la metodología que la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia dispone.

“(…) Esta fórmula resulta útil al presente caso pues toma en cuenta: volumen de negocios en el mercado relevante, cuotas de mercado, naturaleza de la infracción, alcance de la infracción, dimensión del mercado afectado, características del mercado afectado, duración de la infracción, etc. Es decir todos aquellos criterios que permiten determinar la afectación a la competencia, a los consumidores y (sic) o al mercado, que en el primer cálculo del importe de la multa no fueron tomados en cuenta, por no existir la metodología para hacerlo (…)”

“(…) En tal virtud, esta Dirección considera que según estos parámetros y utilizando la información que consta en el expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026, el recálculo de la multa debería ser el siguiente:

Metodología Junta de Regulación

	DESCRIPCIÓN	
A	VOLUMEN DEL NEGOCIO EN EL MERCADO RELEVANTE	19.452.211,00
B	B= f(gravedad (a), afectación (O))	0,01
C = (A*B)	IMB=Importe Base de Operador	279.104,60
D	Duración de la infracción	1

[Handwritten signatures and initials in blue ink]

E= (C*D)	BIM*DURACIÓN	279.104,60
F	Yi	0,9
F*E	AJUSTE DEL IMPORTE BASE TOTAL	251.194,14

“(...) Respecto a los factores que componen la fórmula es necesario realizar la siguiente explicación. Respecto al ítem A, en el informe No.SCPM-IIAPMAPR-054-2015 previamente mencionado, se determinó que el mercado relevante (numeral 5.4 de dicho informe) del expediente de investigación NO.SCPM-IIAPMAPR-026-2013, mismo que expone que el mercado relevante para la investigación corresponde al proceso de subasta inversa denominado “Sistema Integral para la Gestión, Agendamiento e Interrelación en la Atención de Salud y Mejoramiento de los servicios que brinda el IESS a sus usuarios, bajo las condiciones técnicas específicas en los pliegos respectivos al proceso de subasta inversa electrónica No.SIE-IESS-015-2011, dentro del territorio ecuatoriano (...)”.

“(...) El ítem B, hace referencia tanto a la gravedad de la infracción como a la afectación. Con respecto a ésta última, dentro del mercado relevante del informe No.SCPM-IIAPMAPR-054-2015, se identificó 7 compañías en el mercado ecuatoriano, que se dedican a la actividad investigada, de las cuales se tomaron los ingresos por ventas de cada una de ellas del año 2013, información proporcionada por el Servicio de Rentas Internas, mediante el detalle del formulario en el que consta la consulta de declaraciones, información que se encuentra en el expediente de investigación No.SCPM-IIAPMAPR-026-2013, una vez aplicado el índice de concentración de Herfindahl Hirschman, que es un índice que consiste en dar a conocer datos acerca de la concentración económica de un mercado teniendo en cuenta la medida de falta de competencia en un sistema económico, obteniendo un total de 6152,90; además se toma en cuenta el índice Hirschman-Herfindahl Normalizado que es aquel índice que ayuda a tener mejor nivel de exactitud, mismo que tiene como resultado 0,551.(...)”.

“(...) En cuanto a la dimensión del mercado, ésta corresponde a la valoración global del mercado afectado, en el cual el operador económico (en este caso RECAPT) cometió la infracción. Con el objeto de cuantificar esta dimensión del mercado, se evidencia que en comparación con otros sectores agregadores de valor del PIB, el mercado relevante de “Sistema Integral para la Gestión, Agendamiento e Interrelación en la atención de Salud y Mejoramiento de los servicios que brinda el IESS a sus usuarios”, la sumatoria de ventas del sector en el que el operador económico investigado realizó su actividad no supera el percentil 10, correspondiendo

de acuerdo al informe SP-2016-009, “Propuesta metodológica para el cálculo del importe de sanciones a las infracciones de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado”, que, emitido por la Junta de Regulación del Poder de Mercado (sic) da un valor de 0,10; dando por lo tanto como resultado un valor de 0,65 en el factor de afectación de economía global (...)”.

Indicador de la dimensión del mercado afectado	0,10
Índice de Herfindahl Hirschman Normalizado	0,55
Índice de Herfindahl Hirschman	6.152,90
Número de firmas	7
θ	0,65

“(...) Con respecto al factor de gravedad, mismo que corresponde a las características del operador económico que realiza la infracción, así como las características de esa infracción. En este caso, la cuota del operador económico es 100%, debido a que el proceso de contratación fue adjudicado a un solo operador económico; sumado a dos factores adicionales porque la infracción se suscitó a nivel nacional y fue considerada muy grave conforme a la LORCPM, dan como resultado un factor de gravedad de 2,12 (...)”.

a	2,12
Cuota del operador económico en el mercado relevante	1,00
Cobertura geográfica de la infracción nacional	1
Cobertura geográfica de la infracción regional	
Cobertura geográfica de la infracción local	0
Tipo de infracción leve	0
Tipo de infracción grave	0
Tipo de infracción muy grave	1

(...)”.

“(...) Finalmente el coeficiente “B”, es producto de los dos factores antes mencionados adicional al coeficiente de ponderación de sanciones muy graves y Coeficiente de ponderación de sanciones graves, dando como resultado 0,01.

“(...) Respecto a la duración de la infracción, que consta en el ítem D, se ha considerado como fecha de inicio el 16 de diciembre de 2011, fecha en la cual el IESS aprobó el pliego del procedimiento de subasta inversa para la contratación del “Sistema Integral para la Gestión, Agendamiento e Interrelación en la Atención de Salud y Mejoramiento de los servicios que brinda el IESS a sus usuarios”, y termina

el día 23 de febrero de 2012, fecha en la que el IESS resolvió adjudicar el contrato a la empresa RECAPT RECUPERACIÓN DE CAPITAL CONTAC CENTER S.A., por lo tanto se considera un factor de 0,5 para el mes de diciembre del 2011 y un factor de 0,5 para los meses de enero y febrero del 2012; dando un total de 1. (...)"

En relación al ítem F, según el informe No.SCPM-IIAPMAPR-054-2015, se concluye que existe una agravante a considerar: la posición de responsable o instigador de la infracción, lo que determina el valor del factor en 0,9.

"(...) Po tanto la nueva multa que se propone, en cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia de la Corte Nacional de Justicia es de DOSCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL CIENTO NOVENTA Y CUATRO DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA CON CATORCE CENTAVOS (US\$ 251.194,14) esto pues como ha quedado explicado la fórmula utilizada en esta ocasión contempla la afectación al mercado por parte del operador económico, cumpliendo así con lo dispuesto por la Corte Nacional de Justicia (...)"

La fórmula para la determinación de las multas contenida en la Resolución No.12 de 23 de septiembre de 2016 de la Junta de Regulación, publicada en el Registro Oficial No.887 de 22 de noviembre de 2016, toma en cuenta: volumen de negocios en el mercado relevante, cuotas de mercado, naturaleza de la infracción, alcance de la infracción, dimensión del mercado afectado, características del mercado afectado, duración de la infracción, etc. Es decir todos aquellos criterios que permiten determinar la afectación al mercado, dentro del mercado relevante, lo que resulta apropiado para el cumplimiento de la sentencia.

"(...) En tal virtud, esta Dirección considera que según estos parámetros y utilizando la información que consta en el expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026, el recálculo de la multa debería ser el siguiente:

Metodología Junta de Regulación

	DESCRIPCIÓN	
A	VOLUMEN DEL NEGOCIO EN EL MERCADO RELEVANTE	19.452.211,00
B	B= f(gravedad (a), afectación (O))	0,01
C = (A*B)	IMB=Importe Base de Operador	279.104,60
D	Duración de la infracción	1

E= (C*D)	BIM*DURACIÓN	279.104,60
F	Yi	0,9
F*E	AJUSTE DEL IMPORTE BASE TOTAL	251.194,14

En la última parte del considerando DECIMOTERCERO de la sentencia referida en líneas anteriores, se indica lo siguiente: *“debiendo además graduarse la sanción en forma proporcional, pues no es lo mismo impedir la competencia, que restringirla, o falsearla o distorsionarla, siendo evidentemente lo primero, lo más grave”*. En este sentido, según los tratadistas Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, el principio de proporcionalidad *“(…) Supone una correspondencia entre la infracción y la sanción. El principio ha sido formulado más expresamente por la Jurisprudencia europea, tanto del Tribunal de Justicia como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia sancionatoria (...)”*. Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. Civitas Ediciones. Octava Edición. Madrid 2002. Página 180. En presencia del principio de proporcionalidad o también conocido como principio de razonabilidad debe existir un justo equilibrio entre la infracción y la sanción, en otras palabras, la sanción debe guardar congruencia y armonía con la entidad de la infracción cometida, atendiendo a las circunstancias objetivas del hecho. De su parte el numeral 6 del artículo 76 de la Constitución establece el principio de *“la debida proporcionalidad entre las infracciones y sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza”*, el cual ha explicado la Corte Constitucional cuando expresa: *“(…) Respecto al principio de proporcionalidad, la Corte Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones señalando que gracias a este se permite la existencia de una relación adecuada entre los medios y las finalidades perseguidas por el Estado, con la aplicación de normas a las que se les puede considerar idóneas, necesarias y proporcionales en estricto sentido, logrando un equilibrio entre los beneficios que su implementación representa y los beneficios que podría producir (...)”*. Sentencia No.010-15-SIN-CC. Caso No. 0017-13-IN de 31 de marzo de 2015. En el presente caso, los operadores económicos RECAPT RECUPERACIÓN DE CAPITAL Y CONTAC CENTER S.A., y SOLNET S.A., falsearon y distorsionaron la competencia en la presentación de ofertas y en la etapa de puja del proceso de contratación pública SIE-IESS-015-2011, esta infracción no impidió la competencia, según el fallo de la Corte Nacional, por lo que se hace necesario graduar la sanción a imponerse considerando que únicamente se restringió, falseó o distorsionó la competencia.

Si la aplicación de los criterios contenidos en la fórmula para la determinación de las multas contenida en la Resolución No.12 de 23 de septiembre de 2016 de la Junta de Regulación, publicada en el Registro Oficial No.887 de 22 de noviembre de 2016

corresponden a un efecto más nocivo a la competencia, es decir, a impedir la competencia, entonces este valor deberá corresponder al 100% del valor calculado para la multa, mientras que si se trata de efectos que restringen, falsean o distorsionan la competencia, se deberá imponer una rebaja de un 10% del valor de la multa calculada, en virtud de la facultad que tiene la Superintendencia del Control del Poder de Mercado en el artículo 101 de su Reglamento de aplicación: *“Para determinar el importe total de la multa, la Superintendencia de Control del poder de Mercado realizará una evaluación global que tendrá en cuenta todas las circunstancias pertinentes, (...)”*

Entonces, la aplicación de la fórmula para la determinación de las multas contenida en la Resolución No.12 de 23 de septiembre de 2016 de la Junta de Regulación, publicada en el Registro Oficial No.887 de 22 de noviembre de 2016, da como resultado la cantidad de USD \$251.194,14 dólares de los Estados Unidos de América, cantidad que deberá ser reducida en un 10% como graduación proporcional a los efectos de la infracción. La cantidad a multar se cuantifica en USD \$226.074,73 dólares de los Estados Unidos de América.

DUODÉCIMO.- RESOLUCIÓN.- La Comisión de Resolución de Primera Instancia en uso de sus atribuciones contempladas en el artículo 61 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en concordancia con el artículo 71 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado,

RESUELVE:

1. **ACOGER** parcialmente el Informe Nro. **SCPM-IIAPMAPR-054-2015** de 09 de abril de 2015, suscrito por el doctor Wagner Mantilla Cortés, Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, que en lo principal el análisis, conclusiones y recomendaciones determinan que: los operadores económicos **SOLNET S.A.**, y **RECAPT RECUPERACIÓN DE CAPITAL CONTAC CENTER S.A.**, en calidad de personas jurídicas, han adecuado su conducta a lo establecido en el numeral 6 del artículo 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, falseando la competencia en la presentación de ofertas y en la etapa de puja del proceso de contratación pública **No. SIE-IESS-015-2011**; y, consecuentemente incurriendo en una infracción muy grave descrita en el literal a) numeral 3 del artículo 78 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

2. **SANCIONAR** al operador económico **RECAPT RECUPERACIÓN DE CAPITAL CONTAC CENTER S.A.**, con una multa sancionadora de **DOSCIENTOS VEINTE Y SEIS MIL SETENTA Y CUATRO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA con 73 centavos (USD \$226.074,73)** por

haberse comprobado en el presente procedimiento administrativo, que adecuó su conducta a la infracción establecida en el numeral 6 del artículo 11 de la LORCPM, falseando y distorsionando la competencia, perjudicando al mercado del producto en el proceso de contratación pública **SIE-IESS-015-2011**, en cumplimiento de la Sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, en el Juicio Especial No. 17811201601271.

3. ORDENAR que el operador económico **RECAPT RECUPERACIÓN DE CAPITAL CONTAC CENTER SA.**, cancele la multa sancionadora dentro del término de veinte (20) días contados a partir de la notificación de la presente Resolución, para cuyo efecto deberá depositar el valor establecido en la cuenta corriente del Banco del Pacífico **Nro. 7445261** a nombre de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Realizado el pago deberá comunicar a la Dirección Nacional Financiera y a esta Comisión.

4. Medida correctiva.- A efectos de restablecer el proceso competitivo en el mercado relevante de este caso, y para los efectos previstos en el último inciso del artículo 11 de la LORCPM, se dispone como medida correctiva que se remitan copias certificadas a la Procuraduría General del Estado, de ser procedente, se sirva tramitar la acción de nulidad de pleno derecho del proceso de contratación Nro. SIE-IESS-015-2011, en concordancia con lo establecido en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

5. Actúe en calidad de Secretario Ad-Hoc de esta Comisión el abogado Eduardo Xavier Maigualmente Herrera. NOTIFIQUESE y CÚMPLASE.-


Dr. Marcelo Ortega Rodríguez
COMISIONADO



Dr. Agapito Valverde Ordoñez
COMISIONADO



Dr. Oswaldo Ramón Moncayo
PRESIDENTE




EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-2015-019

**SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.-
COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.-** D.M. Quito, 08 de octubre de 2019, 16h40.-

VISTOS

- (1) La Resolución No. SCPM-DS-2019-040, mediante la cual el Superintendente de Control del Poder de Mercado designó al Mgs. Marcelo Vargas Mendoza Presidente de la Comisión, al Mgs. Jaime Lara Izurieta Comisionado, y al Mgs. José Cartagena Pozo Comisionado.
- (2) Las acciones de personal Nos. SCPM-INAF-DNATH-300-2019-A, SCPM-INAF-DNATH-299-2019-A y SCPM-INAF-DNATH-295-2019-A, correspondientes al Mgs. Marcelo Vargas Mendoza Presidente de la Comisión, al Mgs. Jaime Lara Izurieta Comisionado, y al Mgs. José Cartagena Pozo Comisionado, respectivamente.
- (3) Mediante sesión ordinaria del pleno de la Comisión de Resolución de Primera Instancia (en adelante "CRPI") de 05 de septiembre de 2019 se designó a la abogada Nathally Sarmiento Vite secretaria Ad-hoc de la CRPI.

La Comisión de Resolución de Primera Instancia en uso de sus atribuciones legales para resolver considera:

1. IDENTIFICACIÓN DE LA AUTORIDAD COMPETENTE

- (4) A la CRPI le compete conocer y resolver el presente caso, de conformidad con lo señalado en los artículos 36 y 38 numeral 2 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante "LORCPM"), artículo 58 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante "RLORCPM"), y el artículo 16 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (en adelante "SCPM").

2. IDENTIFICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

- (5) El procedimiento es el determinado en los artículos 16 a 19 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM.

3. LOS OPERADORES ECONÓMICOS INVOLUCRADOS

- (6) Conforme consta del Informe final SCPM-IIAPMAPR-054 -2015 de 9 de abril de 2015, emitido por la Intendencia de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, las partes involucradas son:



3.1. Denunciante

El operador económico **CRONIX CIA. LTDA.** (en adelante “**CRONIX**”)

3.2. Denunciados

- i. El operador económico **RECAPT RECUPERACIÓN DE CAPITAL CONTAC CENTER** (en adelante “**RECAPT**”).
- ii. El operador económico **SOLNET S.A.** (en adelante “**SOLNET**”).
- iii. El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social **IESS** (en adelante “**IESS**”).

4. DESARROLLO DE LOS ANTECEDENTES DEL EXPEDIENTE, INCLUIDA LA AUDIENCIA PÚBLICA.

- [7] Escrito de 1 de octubre de 2013 a las 10:27, suscrito por el señor Segundo Aníbal Carrera Arboleda en su calidad de presidente ejecutivo de la compañía **CRONIX**, mediante el cual presentó denuncia en contra de: **RECAPT**, **SOLNET** y el **IESS**¹.
- [8] Providencia de 8 de octubre de 2013, emitida por la Intendencia de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, mediante la cual dispuso completar la denuncia².
- [9] Escrito de 10 de octubre de 2013 a las 14:29, mediante el cual el operador económico **CRONIX** completó la denuncia.
- [10] Providencia de 15 de octubre de 2013 a las 15h00, emitida por la Intendencia de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, mediante la cual calificó la denuncia y dispuso que los denunciados presenten explicaciones³.
- [11] Escrito de 5 de noviembre de 2013 a las 11:35, suscrito por el señor Álvaro Lara Dillon en su calidad de representante legal del operador económico **RECAPT**, mediante el cual presentó sus explicaciones⁴.

¹ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 1 a 11.

² Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 2648.

³ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 2663.

⁴ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 2683 a 2712.



- [12] Escrito de 7 de noviembre del 2013 a las 09:22, suscrito por la señora Nube Parra Ortega en su calidad de representante legal del operador económico **SOLNET**, mediante el cual presentó sus explicaciones⁵.
- [13] Providencia de 12 de noviembre de 2013 a las 15h00, emitida por la Intendencia de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, mediante la cual se agregó los escritos de explicaciones de los operadores económicos **RECAPT** y **SOLNET**⁶.
- [14] Resolución de inicio de investigación de 20 de noviembre de 2013 a las 13h50, emitida por la Intendencia de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas⁷.
- [15] Acta de audiencia de 8 de mayo de 2014 a las 09h00, llevada a cabo con el representante legal y los abogados patrocinadores del operador económico **CRONIX** y funcionarios de la Intendencia de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas⁸.
- [16] Informe de Resultados SCPM-IIAPMAPR-181-2014 de 14 de noviembre de 2014, emitido por la Dirección Nacional de Acuerdos y Prácticas Restrictivas.
- [17] Formulación de Cargos emitido por la Intendencia de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas el 20 noviembre de 2014 a las 12:25.
- [18] Escrito de 12 diciembre de 2014 a las 11:57, suscrito por el operador económico **RECAPT**, mediante el cual presentó excepciones.
- [19] Escrito de 12 diciembre de 2014 a las 16:29, suscrito por el operador económico **SOLNET S.A.**, mediante el cual presentó excepciones.
- [20] Escrito de 19 de diciembre de 2014 a las 15:46, del IFSS, mediante el cual presentó excepciones.
- [21] Providencia de 20 de diciembre de 2014 a las 14h00, emitida por la Intendencia de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, mediante la cual se dispuso abrir el término de prueba por sesenta (60) días⁹.

⁵ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 2714 a 2731.

⁶ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 2752.

⁷ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 2764 a 2770.

⁸ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 4879.

⁹ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 8073.



- [23] Providencia de 27 de enero de 2015, emitido por la Intendencia de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, mediante la cual reproduce y decreta prueba.
- [23] Providencia de 6 de febrero de 2015 a las 10h30, emitida por la Intendencia de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, mediante la cual se agregan y reproducen pruebas¹⁰.
- [24] Providencia de 12 de febrero de 2015, mediante la cual la Intendencia de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas agrega y reproduce pruebas.¹¹
- [25] Providencia de 23 de febrero de 2015, mediante la cual la Intendencia de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas agrega prueba¹².
- [26] Providencia de 28 de febrero de 2015, mediante la cual la Intendencia de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas agrega prueba¹³.
- [27] Providencia de 12 de marzo de 2015, mediante la cual la Intendencia de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas agrega prueba¹⁴.
- [28] Providencia de 18 de marzo de 2015, mediante la cual la Intendencia de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas agrega prueba¹⁵.
- [29] Providencia de 20 de marzo de 2015 a las 08h30, emitida por la Intendencia de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, mediante la cual se dio por concluida la fase probatoria¹⁶.
- [30] Informe final SCPM-IIAPMAPR-054 -2015 de 9 de abril de 2015, emitido por la Intendencia de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas¹⁷.
- [31] Escrito de 11 mayo de 2015 a las 15h27 ingresado por el operador económico **CRONIX**, mediante el cual presenta alegatos y anexos.

¹⁰ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 9128 a 9130.

¹¹ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 9150.

¹² Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 9150.

¹³ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 9280.

¹⁴ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 9312.

¹⁵ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 9553.

¹⁶ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 9579.

¹⁷ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 9722 a 9759.



- [32] Escrito de 15 mayo de 2015 a las 15h57 ingresado por el operador económico **RECAPT**, mediante el cual presenta sus alegatos.
- [33] Escrito de 15 mayo de 2015 a las 16h57 ingresado por el operador económico **SOLNET**, mediante el cual presenta sus alegatos.
- [34] Escrito de 20 mayo de 2015 a las 14h36 ingresado por el operador económico **SOLNET**, mediante el cual presenta alcance a sus alegatos.
- [35] Acta y audio de audiencia pública de 10 junio de 2015 a las 14h25.
- [36] Acta y audio de audiencia 29 de junio de 2015 a las 15h00¹⁸.
- [37] Informe SCPM-IIAPMAPR-115-2015 04, emitido por la Intendencia de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas.
- [38] Resolución del expediente SCPM-CRPI-2015-019 de 07 de septiembre de 2015.
- [39] Providencia de 07 septiembre de 2015 a las 16h30, emitida por la CRPI.
- [40] Recurso de apelación de 5 octubre de 2015 a las 15h49 presentado por el operador económico **REPCAT**.
- [41] Resolución de 13 de octubre de 2015, expedida por la CRPI dentro del proceso SCPM-CRPI-2015-019.
- [42] Escrito de adhesión al Recurso de Apelación presentado por **RECAPT** el 21 de octubre 2015 a las 16h17, suscrito por el operador económico **SOLNET S.A.**
- [43] Providencia de 19 enero de 2016 a las 16h10, emitida por la CRPI.
- [44] Providencia de 21 enero de 2016 a las 16h10, emitida por la CRPI.
- [45] Informe SCPM-INICAPMAPR-DRNICAPR-009-2018, emitido por la Dirección de Investigación y Control de Acuerdos y Prácticas Restrictivas.
- [46] Resolución de 1 de abril de 2019 a las 09h30, emitida por la CRPI.
- [47] Providencia de 8 de abril de 2019 a las 11h27, emitida por la CRPI.
- [48] Providencia de 16 de abril de 2019 a las 11h25, emitida por la CRPI.

¹⁸ Véase fs. 317.



149. Escrito de 25 de abril de 2019 a las 11h31 del operador económico **RECAPT**, mediante el cual presenta Recurso de Apelación.
150. Providencia de 30 abril de 2019 a las 11h40, emitida por la CRPI.
151. Escrito de 26 de abril de 2019 a las 15h13, emitido por el operador económico **CRONIX**, mediante el cual presenta Recurso de Apelación.
152. Providencia de 2 mayo de 2019 a las 15h30, emitida por la CRPI.
153. Providencia de 13 mayo de 2019 a las 15h30, emitida por la CRPI.
154. Resolución emitida por el Superintendente de Control del Poder de Mercado, de 05 de julio de 2019, notificada a la CRPI el 08 de julio de 2019.
155. Escrito presentado por el operador económico **CRONIX** de 29 de julio de 2019.
156. Escrito presentado por el operador económico **CRONIX** de 29 de julio de 2019.
157. Escrito presentado por el operador económico **CRONIX** de 30 de julio de 2019.
158. Escrito presentado por el operador económico **CRONIX** de 30 de julio de 2019.
159. Escrito presentado por el operador económico **CRONIX** de 31 de julio de 2019.
160. Escrito presentado por el operador económico **CRONIX** de 01 de agosto de 2019.
161. Escrito presentado por el operador económico **CRONIX** de 02 de agosto de 2019.
162. Escrito presentado por el operador económico **CRONIX** de 12 de agosto de 2019.
163. Escrito presentado por el operador económico **CRONIX** de 20 de agosto de 2019.
164. Escrito presentado por el operador económico **CRONIX** de 26 de agosto de 2019.
165. Escrito presentado por el operador económico **CRONIX** de 27 de agosto de 2019.
166. Escrito presentado por el operador económico **CRONIX** de 30 de agosto de 2019.
167. Escrito presentado por el operador económico **CRONIX** de 02 de septiembre de 2019.
168. Resolución de 13 de septiembre de 2019 a las 16h10 emitida por la CRPI.
169. Providencia de 16 de septiembre de 2019 a las 10h30, emitida por la CRPI, mediante la cual se oficia al BCE, INEC, SRI, y a la SUPRCIAS, para que remitan informes.



- [70] Providencia de 19 septiembre de 2019 a las 15h00, emitida por la CRPI.
- [71] Providencia de 19 septiembre de 2019 a las 15h30 emitida por la CRPI.
- [72] Escrito presentado por el operador económico **RECAPT** de 24 de septiembre de 2019.
- [73] Providencia de 25 de septiembre de 2019 a las 09h30 emitida por la CRPI.
- [74] Escrito presentado por el operador económico **CRONIX** de 26 de septiembre de 2019.
- [75] Acta de la reunión de trabajo solicitada por el operador económico **CRONIX**, realizada el 27 de septiembre de 2019.
- [76] Providencia de 27 de septiembre de 2019 a las 15h30 emitida por la CRPI.
- [77] Escrito presentado por el operador económico **CRONIX** de 30 de septiembre de 2019.
- [78] Escrito presentado por el operador económico **CRONIX** de 30 de septiembre de 2019.
- [79] Oficio y anexos presentados por el INEC el 01 de octubre de 2019.
- [80] Providencia de 02 de octubre de 2019 a las 15h00 emitida por la CRPI.
- [81] Escrito presentado por el operador económico **RECAPT** el 2 de octubre de 2019.
- [82] Providencia de 04 de octubre de 2019 a las 14h00, emitida por la CRPI, mediante la cual se resuelve un pedido de aclaración y ampliación presentado por el operador económico **RECAPT**.
- [83] El acta de entrega de recepción de información de 4 de octubre de 2019, a través de la cual el SRI remitió información incompleta mediante CD.
- [84] La Resolución de 4 de octubre de 2019 a las 17h00, emitida por la CRPI.
- [85] El acta de entrega recepción de información de 7 de octubre de 2019, a través de la cual el SRI remitió información mediante CD.
- [86] El Memorando SCPM-IGG-INTIC-2019-056 de 07 de octubre de 2019, emitido por el Intendente Nacional de Tecnologías de Información y Comunicaciones.
- [87] El Oficio Nro. SERCDP-SDG-2019-0759-OF de 07 de octubre de 2019.
- [88] El acta de 7 de octubre de 2019, suscrita por la Secretaria de la CRPI.



- 189] El escrito de 08 de octubre de 2019 ingresado por **RECAPT**.
- 190] Memorando SCPM-DS-INJ-2019-410 de 08 de octubre de 2019, mediante el cual se remite copia certificada del memorando SCPM-CGAI-619-2017-M de 10 de noviembre de 2017.

5. ALEGACIONES ADUCIDAS POR LOS INTERESADOS

- 191] El artículo 59 de la LORLPM establece que "*Una vez concluido el término de prueba, las partes podrán presentar alegatos en el término de diez (10) días.*", los mismos que servirán a las partes para contradecir las pruebas que se presenten en su contra dentro del proceso de investigación.

5.1. Alegatos del operador económico **CRONIX** presentados mediante escrito de 11 de mayo de 2015 a las 15h27.

El agente económico **CRONIX** presentó alegatos en los siguientes términos:

"(...)

CONCLUSIONES

1. *Cronix Cía. Ltda. Ha respondido a todas las peticiones de información y documentación que han formulado los denunciados (RECAPT S.A. y SOLNET S.A.) y hemos atendido en tiempo y en forma los requerimientos de su autoridad.*
2. *Los denunciados (IESS, RECAPT y SOLNET) por el contrario no han respondido ninguna de las peticiones de información y documentación realizadas por Cronix Cía. Ltda.*
3. *Los denunciados se han referido durante todos sus alegatos al proceso en la Fiscalía permanentemente, razón por la cual realizamos un análisis completo del expediente archivado y evidenciamos de manera UNIVOCA Y COMPLETA el DOLO cometido en dicho proceso por el Fiscal, razón por la cual la Contraloría General del Estado se opuso en dos ocasiones al archivo del expediente y a la fecha está en proceso que de oficio inicio (sic) el Consejo de la Judicatura EN CONTRA DE LOS Fiscales estaban Ballesteros (sic), Pablo Santos y Juez Veronica (sic) Medina.*
4. *En varios puntos referidos y citados textualmente se indica la razón para no ser tomado en cuenta alguna documentación que aportamos en este proceso y que dice textualmente así:*



"Adjunta copia a color de varias piezas procesales de un proceso penal que fue archivado, las copias simples no hacen fe en un proceso administrativo por lo cual no se debería tomar en cuenta. (...)"

"a) (...) realizadas por la Fiscalía en función a un proceso penal que se derivó a la justicia ordinaria por parte de la contraloría general del estado" Lo subrayado me pertenece.

"b) (...) y tampoco contiene documentación certificada que sostenga sus asertos." Lo subrayado me pertenece.

"c) (...) y tampoco contiene información certificada que sostenga sus asertos." Lo subrayado me pertenece.

"f) (...) (no se puede tomar en cuenta por que no se encuentra en copia simples)" Lo subrayado me pertenece.

En la página 49 del informe final, en el punto "4.3 OPERADOR ECONÓMICO SOLNET S.A.", se dice textualmente en la COLUMNA PRUEBAS dice lo siguiente:

"Cabe mencionar que a información requerida a la empresa CRONIX Cía. Ltda. Fue remitida en fotocopias simples"

Merece especial atención por su autoridad este punto que cito nuevamente:

"h) De foja 9327 a 9552, a petición de SOLNET., Cronix Cía. Ltda. Responde con la información requerida (Pese a que se ha solicitado en providencia de 12 de marzo de 2015, información en copias certificadas esta ha sido desacatada por Cronix Cía. Ltda.)" Lo subrayado me pertenece.

Con oficio PE-2015-03-15-02 de 15 de marzo de 2015, entregado en la SCPM el día lunes 16 de marzo de 2015 (Carpeta con 4 hojas - 340 paginas - 51 hojas), dimos respuesta a pedido de la Autoridad, formulada el 12 de marzo de 2015, y recibida en Cronix el 13 de marzo de 2015 a las 3H28PM por correo electrónico, en el cual no concedía 4 días plazo, teniendo en cuenta que 14 y 15 de marzo fue sábado y domingo.

Es decir entregamos la documentación requerida en el plazo de 4 días indicado por la Autoridad.

La pregunta es: Cómo podíamos haber entregado copia certificada de documentación generada en el IESS y en el SERCOP, en 4 días plazo, si recibimos viernes 13 en la tarde y 14 y 15 de marzo de 2015 cayó en sábado y domingo?



Por supuesto dimos respuesta en el plazo concedido y entregamos copia certificada de al (sic) documentación propia de Cronix Cía. Ltda., pero fue imposible entregar copia certificada de documentación general en el IESS y en el SERCOP, en tal razón pedimos en nuestro escrito que su autoridad requiera copia de dicha documentación al IESS y al SERCOP. Sin embargo la autoridad no atendió nuestro pedido, extremo que requerimos en esta etapa del proceso que se requiera al IESS y al SERCOP copia certificada de dicha documentación.

En todo caso la documentación certificada también forma parte del expediente d la fiscalía cuya COPIA CERTIFICADA estamos entregando adjunto a este escrito de alegatos.

Por supuesto su autoridad puede requerimos (sic) la exhibición de la documentación original de Cronix Cía. Ltda. cuya copia entregamos a su autoridad en la o las audiencias en esta etapa del proceso que su autoridad considere necesarias llevarlas a cabo.

Con estos antecedentes y dada que los denunciados únicamente argumentan a su favor el DOLOSO proceso penal archivée, cuando es todo lo contraria dicha proceso evidencia la corrupción sin límite que se llega al extremo mentir (sic) deliberadamente y omitir documentación de dicho proceso por parte del fiscal Pablo Santos como lo evidenció también la Contraloría General del Estado formuló una queja contra el Fiscal Pablo Santos y la Jueza Verónica (sic) Medina.

Por estas razones, y para que na exista ninguna duda de su autaridad de la documentación entregado por Cronix Cía. Ltda. como evidencia y pruebas de las ACTOS COLUSORIOS por parte de los denunciados, adjuntamos copia certificada de todo el expediente archivado en la Fiscalía que san 87 cuerpos. En la última hoja del cuerpo 87 consta la certificación de la entrega del expediente.

(...)

AGRABANTES (sic) PARA SANCIÓN AL IESS Y A LOS MIEMBROS DEL CONSEJO DIRECTIVO DEL IESS.

Durante todo el proceso hemos aportado evidencia documental que no deja lugar u ninguna duda de la planificación deliherada para el cametimiento de estos actos colusorios y los hechos subsecuentes durante la ejecución del contrato evidenciado por los informes de la Contraloría.



Adicionalmente y durante la fase probatoria de este proceso pusimos en evidencia que estos actos colusorios datan desde diciembre de 2010 en los alegatos y contestación a requerimientos de información de la autoridad en las providencias, a saber:

- 1. En nuestro escrito No. PE-2015-03-15-02 de 15 de agosto de 2015, que consta en el expediente, evidenciamos que los ACTOS COLUSORIOS iniciaron desde diciembre de 2010.*
- 2. En nuestro No. PE-2015-03-30-02 de 30 de marzo de 2015 que también debe constar en el expediente, evidenciamos la existencia de una red organizada en el IESS para apropiarse de fondos públicos mediante la simulación de concursos públicos y actos colusorios.*
- 3. Las máximas autoridades del IESS, fueron advertidas permanentemente del cumulo de irregularidades y violaciones a las leyes del Ecuador por parte de los denunciados y lejos de tomar medidas correctivas, toleraron, encubrieron y defendieron públicamente incluso en ruedas de prensa y declaraciones públicas a los infractores de la LORCPM.*

(...)

PEDIDOS (PRETENCIONES) (sic)

- 1. En cumplimiento del artículo 79, pido a su autoridad se sancione al Operador Económico Público (sic), Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IESS-, con infracción GRAVE, en cumplimiento del literal a del artículo 78 de la ley (sic) Orgánica de regulación de poder de mercado. (sic)*
- 2. En cumplimiento del Art 79. Antes citado, pido a su autoridad que se incluya a la lista de sancionados a los miembros del consejo directivo Eco. Ramiro González, Ing. Felipe Peza y el Sr. Luis Idrovo, con una sanción MUY GRAVE. En realidad debería existir una sanción EXTREMADAMENTE GRAVE, porque los hechos y evidencias demuestran lo perverso de la actuación en especial (sic) del Presidente del consejo directivo (sic) del IESS a esa fecha el Eco. Ramiro Gonzalez (sic).*

Una persona que actúa deliberadamente para apropiarse de fondos públicos con actos colusorios tan evidentes y de dominio pública no merece ser funcionario público, y debe ser sancionado con toda el rigor de la ley en todos sus ámbitos.

- 3. HECHO SUBSECUENTE DE LOS ACTOS COLUSORIOS: A la sanción pecuniaria a RECAPT, SOLNET Y FUNCIONARIOS DEL IESS, analizada en el informe final, adicionalmente debe sumarse el monto del nuevo contrato de*



2014 IESS-RECAPT que es de USD 19.430.431,74 (sic), como un hecho subsecuente y agravado."

5.2. Alegatos presentados por el operador económico RECAPT S.A., presentado mediante escrito de 15 de mayo de 2015 a las 15h57.

El operador económico RECAPT el 15 de mayo de 2015 presentó alegatos en los siguientes términos:

"ANTECEDENTES DE HECHO PLANTEADOS EN LA DENUNCIA Y CONSTANTES EN EL PROCESO

(...)

"El proceso precontractual SIE-IESS-015-2011 publicado el 16 de septiembre del 2011 realizado por el IESS para la prestación del servicio de "Sistema Integral para la Gestión, Agendamiento e interrelación en la Atención de Salud y Mejoramiento de los servicios que brinda el IESS a sus usuarios"; se presentaron 6 empresas: SMARTBUSINESS CIA LTDA, CRONIX CIA LTDA, PREYECING -TECSIBLE, EMERGIA –SOFLO, RECAPT S.A. y SOLNET S.A.

[...] ante las denuncias presentadas la Contraloría General del Estado realizó el Examen Especial [...] determinando similitudes y coincidencias en las ofertas de las dos únicas empresas calificadas (RECAPT Y SOLNET) [...], así como (sic) también el personal que trabajaba en la una empresa participa conjuntamente con la otra empresa sea esta en la entrega de documentos, elaboración de la oferta y constante participación en el proceso precontractual, demostrando que tienen acuerdo colusorio con el fin de favorecerse en el proceso de evaluación y calificación para obtener el contrato; adicionalmente de acuerdo a las ofertas presentadas las dos empresas denunciadas no cumplían los requisitos y debían ser descalificadas pero casualmente son las únicas habilitadas por el IESS para continuar en el proceso de subasta inversa; [...]

- En su versión libre, rendido ante la Fiscalía General del Ecuador, el señor Anibal Carrera Arboleda manifestó que a su criterio constituyen varias anomalías y delitos consumados en la adjudicación del contrato a la empresa RECAPT, en lugar de hacerlo a la empresa CRONIX, entre las principales están que: RECAPT a la fecha de la presentación de ofertas no contaba con la infraestructura requerida para la operación del servicio contratada; que en las bases se incluía la entrega de US 6'000.000,00 a la empresa ganadora, en calidad de anticipo para la compra de la plataforma de Call Center; Que RECAPT MULTICOBRO tenía 80 personas laborando en el Call Center antes de la adjudicación del contrato, y que luego de 60 días pasa a 300 personas, cuando a esa fecha CRONIX prestaba dicho servicio con 450 personas; Que las ofertas de las empresas RECAPT Y SOLNET, fueron entregadas por personal



*que labora para le (sic) empresa RECAPT – MULTICOBRO; Que RECAPT también mintió en su oferta por que presentó una solución de “triage médico” que solo posee CRONIX; Que existió una **colusión** evidente entre RECAPT Y SOLNET para perjudicar a la empresa CRONIX; Que no existió razón legal ni técnica para descalificar a CRONIX del proceso; **Que los funcionarios y autoridades del IESS siempre actuaron en cantubernio con las empresas RECAPT Y SOLNET, en perjuicio de la empresa CRONIX, sin embargo de lo cual, la última citada en el año 2009, obtuvo la adjudicación del contrato:***

“(…)

La Intendencia confunde lo que son las mercancías con los servicios para emitir las cargas:

La colusión directa contratante y ofertante debe probarse por dos formas: con prueba presentada por el denunciante o la obtenida por la institución pública procesadora. En este caso no existe NINGUNA PRUEBA OBJETIVA, REAL Y DIRECTA, solo existen simples interpretaciones valorativas de parte de la Intendencia. Y más grave es que la Intendencia confunde la contratación de servicios con la oferta de mercancías.

(…)”

“ALGUNAS CONCLUSIONES DE HECHO Y CIENTIFICAMENTE PROBADAS

- a. Se pretende procesar dos veces por los mismos presupuestos de hecho y de derecha, violando el principio constitucional non bis ídem.*
- b. Existe violación pública y notoriamente evidente del proceso por no haberse citado a los funcionarios del IESS.*
- c. No existe infracción alguna, menos colusión vertical oferente – contratante.*
- d. No existe colusión ordinaria de acuerdo a la legislación especial.*
- e. No existe distorsión de la competencia en derecho de competencia, porque se TRATABA DE OFERTAR UN SERVICIO NO DE ENTREGA DE MERCANCIAS.*
- f. La fiscalía ya investigó y desestimó la denuncia; la Jueza Vigésima de Garantías Penales de Pichincha, mediante auto de fecha 27 de febrero de 2014, (sic) a las 12:55; dispuso el archivo definitivo del proceso entablado por Anibal Carrera Arhóleda en contra de las mismas personas y por lo mismos hechos.*



- g. Adicionalmente, Anibal Carrera Arbaleda de forma dolosa induce al error a los miembros de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, quienes legítimamente son jueces de primera instancia en esta causa, actuación ésto que constituye delito penal, tipificado y sancionado en el Art. 296 del Código Penal, vigente a la fecha de su comisión y ratificado por el Art. 272 del Código Orgánico Integral Penal, por cuanto:

Presenta como "pruebas" de la supuesta colusión, el informe pericial suscrito por el DR. Rubén Gallardo, sin embargo oculta dolosa y fraudulentamente el hecho que dicha pericia fue dejada sin efecto por el Fiscal Dr. Esteban Ballesteros, lo cual fue ratificado por el doctor Pablo Santos Basantes, quien en su desestimación manifestó:

"... De Fs. 6136 obra el impulso fiscal de 06 de marzo de 2013, a las 16h27, en el cual, el Ab. Esteban Ballesteros Hurtado, Fiscal de Pichincha N.-3 de la Unidad de Delitos Contra la Administración Pública dispone: "... PRIMERA.- A fin de garantizar LOS DERECHOS Y GARANTÍAS de los intervinientes en la presente causa, independientemente de la calidad de los involucrados, son principios fundamentales de todo proceso penal garantizar la igualdad de derechos así como el cumplimiento del DEBIDO PROCESO en todas las fases a etapas hasta la consecución del resultado final, igualdad de oportunidades de las sujetas intervinientes y sobre todo imparcialidad de los órganos auxiliares de la fiscalía en la investigación, es este caso particular del perito designado en la cláusula OCTAVA de la resolución fiscal de fecha 28 de septiembre de 2012, a las 11h27. Al ser ineficaz toda acción preprocesal o procesal que vulnere garantías constitucionales, careciendo de eficacia probatoria de conformidad a lo dispuesto en el Art. 5-1,14 80 del CPP en concordancia con el numeral cuarto del art. 76 de la Constitución de la República; por lo expuesto y al controvertir el contenido de los Oficios: 067-DI-FGE-12 de 20 de marzo de 2012 suscrito por el Arquitecta Santiago Velasco Andrada, en calidad de Director de Investigaciones encargada mediante el cual pone en conocimiento del Fiscal Provincial de Pichincha que todo requerimiento de peritos particulares deberá ser dirigido a esa dependencia; Oficio Circular No. 334-DI-FGE-12 de fecha de 6 de agosto de 2012 suscrito por el Dr. Fausto Valle Mancheno, Director de Investigaciones, mediante el cual pone en conocimiento de todos los Fiscales Provinciales del País, que todo requerimiento de peritos particulares debe ser dirigido oficialmente por los fiscales del País a la Dirección de Investigaciones. Oficio Circular No. 058-DI-FGE-12 de fecha 9 de marzo de 2012, suscrito por el Dr. Fausto valle (sic) Mancheno, Directo de Investigaciones, mediante el cual pone en conocimiento de los Fiscales Provinciales del País el procedimiento para la obtención de la partida presupuestaria para el pago de pericias; en esta fecha dejo sin efecto el nombramiento y peritaje respectivo realizado por el Dr. Rubén Gallardo(...)"



- h. *La fiscalía desecha las interpretaciones infundadas de la Contraloría General del Estado, en virtud de la contundencia de las pericias dispuestas y practicadas en la Indagación Previa.*

PETICIÓN SUSTENTADA Y SOLICITUD FINAL

Se declare la inexistencia de la supuesta colusión, por cuanto no existe ninguna prueba legal real, objetiva y directa.

Se declare la tutela procesal efectiva PRINCIPIO CONSTITUCIONAL NON BIS IN IDEM en el sentido de que la FISCALIA DEL ECUADOR y la FUNCION JUDICIAL ya declararon que no existe infracción colusoria alguna, para lo cual desecharon que no existe infracción colusoria alguna, para la cual desecharon los argumentos contenidos en el Informe de la CONTRALORIA GENERAL DEL ESTADO.

(...)

Se declare la tutela de forma y de fondo en el sentido que el Informe final de la Intendencia NO ESTÁ CONSTITUCIONAL Y LEGALMENTE MOTIVADO, razón por la cual ES NULO,

(...)

- h. (sic) *Se declare la violación constitucional del debido proceso en el sentido de que NO SE CITÓ A LOS FUNCIONARIOS CORRESPONDIENTE DEL IESS, razón por la cual el proceso es nulo desde el inicio.*

Por todo lo antes expuesto, y por haber demostrado la inconstitucionalidad e ilegalidad del proceso de investigación en esta Superintendencia, solicito se DISPONGA EL ARCHIVO DEFINITIVO DE LA CAUSA Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

- 5.3. **Alcargos del operador económico SOLNET S.A., presentados a través de escrito de 15 de mayo de 2015 a las 16h47.**

(...)

1. **EL CONTENIDO DEL PRESENTE INFORME FONAL INVESTIGATIVO, SUSCRITO POR EL DR. WAGNER MANTILA INTENDENTE DE INVESTIGACION DE PODER Y ABUSO DE MERCADO, FECHADO 09 DE ABRIL DE 2015, NOS FUE LEGALMENTE NOTIFICADO EL 06 DE MAYO DE 2015, EN VIRTUD DE QUE EL 30 DE ABRIL DE 2015, VIA CORREO ELECTRONICO SE NOS DIO A CONOCER TAN SOLO UNA HOJA DE LA PROVIDENCIA DEL 30 DE ABRIL DE 2015, PRECEDENTE QUE FUE PUESTO EN SU CONOCIMIENTO EL 8 DE MAYO DE 2015.**



2. *EL INFORME FINAL INVESTIGATIVO EL EXPDIENTE N.- SCPM-EXP-2013-026, HACE REFERENCIA AL DEBIDO PORCESO EN SU NUMERAL 2. EXPRESION QUE NO GUARDA RELACION CON LA TUTELA EFECTIVA DE JUSTICIA, ESTABLECIDA EN LOS ARTS. 75, 76 NUMERALES 1,2,7 LITERALES II,J, ART. 82 DE LA CONSTITUCION EN CONCORDANCIA CON LO ESTABLECIDO EN LOS ART. 113, 114 Y 115 CODIGO PROCEDIMIENTO CIVIL NORMA SUPLETORIA, QUE CLARAMENTE ESTIPULA LA OBLIGACION DEL ACTOR HA PROBAR LOS HECHOS DENUNCIADOS, ASI COMO TAMBIEN EN EL PRESENTE INFORME SE DEBEN ANALIZAR TODAS LAS CONDUCTAS DENUNCIADAS Y LAS DEBIDAMENTE DOCUMENTADAS EN LA PRESENTE INVESTIGACIÓN.*
3. *LA DENUNCIA PRESENTADA POR EL PRESIDENTE EJECUTIVO DE CRONIX ANIBAL CARRERAR ARBOLEDA EL 01 DE OCTUBRE DE 2014, DENUNCIA CONSTANTE A FOJAS 1 A FOJAS 11, DETALLA COMO INVOLUCRADOS A ASDVANCES BUSSINES SERVICES, ORBISTEL S.A., AL SR. FRANCISCO COLUNGA, SR. ALEJANDRO CHING PINCHIN, ENTRE OTRAS, PERSONAS NATURALES Y JURIDICAS QUE NO FUERON LEGALMENTE NOTIFICADAS EN LA PRESENTE INVESTIGACION PARA QUE EJERZAN SU DERECHO DE CONTRADICCION Y DEFENSA EN EL PRESENTE PROCESO, LO CUAL ES UNA VULNERACION AL DEBIDO PROCESO Y UNA CAUSAL DE NULIDAD.*
4. *EN EL NUMERAL 1.6 SE HACE REFERENCIA SOBRE LA DOCTRINA EN MATERIA DE COMPETENCIA "COLUSION" DOCTRINA SOBRE LA CUAL ENFATIZAMOS QUE MI REPRESENTADA SOLNET S.A., NO HA REALIZADO NI REALIZA ACUERDOS FRAUDULENTOS, QUE PROCDERALMENTE HEMOS DEMOSTRADO QUE NO EXISTE NINGUN PERJUICIO A UN TERCERO COMO FERRATICAMENTE LO EXPRESA EL OPERADOR CRONIX, OPERADOR QUE FUE DESCALIFICADO DEL PROCESO SIE-JESS.015-2011.*
5. *EL OPERADOR CRONIX ALEGA HABER SUFRIDO PERJUICIO, IRONICA Y QUIMERICA ELUCUBRACION, CUANDO EL REFERIDO DENUNCIANTE TUVO ACCESO A LA INFORMACION DE LOS PLIEGOS DEL PROCESO SIE.JESS.015-2011, PREVIO A QUE EL CONCURSO SEA PUBLICO, QUE REALIZO UN ANALISIS SOBRE LAS BASES Y SUBGIRIO A LA ENTIDAD CONTRATANTE QUE SE INCORPOREN REQUERIMIENTO QUE SOLO PODIA CUMPLI EL OPERADOR CRONIX, Y DE ESTA FORMA LAS BASES O PLIEFO SE DIRECCIONEN PARA EL OPERADOR CRONIX, PRECEDENTE QUE SE ENCUENTRA DEBIDAMENTE EVIDENCIADO EN LA VERSION DEL REPRESENTANTE LEGAL DE CRONIX EN LA FISCALIA SEGUNDA DE ADMINISTRACION PUBLICA EN LA CIUDAD DE QUITO Y DOCUMENTADO EN LA*



PRESENTE INVESTIGACION, DEBIDA INCORPORADA EN LA PRESENTE INVESTIGACION POR EL PROPIO OPERADOR Y QUE FUE REQUERIDA DENTRO DEL TERMINO DE PRUEBA, ANTECEDENTE QUE DEBE SER ANALIZADO POR USIA COMO UNA PRACTICA DESLEAL, QUE SI ATENTA CONTRA PROCESOS TRANSPARENTES, ACCIONAR QUE NO SE DEBE PASAR POR ALTO EL ACTO DE EN LA PRESENTE INVESTIGACION.

6. *LA INDAGACION PREVIA QUE SE TRAMITO EN LA FISCALIA SEGUNDA DE ADMINISTRACION PUBLICA EN LA CIUDAD DE QUITO CONTIENE LOS MISMOS HECHOS SOBRE LOS CUALES VERSA LA PRESENTE INVESTIGACION. SIENDO LEGAL Y PERTINENTE QUE LA INDAGACION PREVIA FUE DESESTIMADA Y ARCHIVADA POR EL JUZGADO VIGESIMO DE PICHINCHA, ES DECIR NO SE PUEDE JUZGAR LA MISMA CAUSA DOS VECES. (sic)*
7. *CON RELACION AL NUMERAL 2.2. SE HACE REFERENCIA SOBRE LOS HECHOS PLANTEADO EN LA DENUNCIA DEL OPERADOR CRONIX, HECHOS SOBRE LOS CUALES MI REPRESENTADA OPORTUNAMENTE PRESENTO LAS RESPECTIVAS EXPLICACIONES, EXCEPCIONES Y ALEGATOS EN LOS CUALES DETALLO DE FORMA PORMENORIZADA, QUE NUESTRO ACCIONAR SE ENCUENTRA DENTRO DEL MARCO LEGAL Y DESACREDITAMOS CADA UNO DE LOS IMPROPERIOS DESCRITOS POR EL OPERADOR DE CRONIX EN SU INFUNDADA DENUNCIA, PUNTUALIZACIONES QUE DEBEN SER CONSIDERADAS Y ANALIZADAS EN LA PRESENTE INVESTIGACION, EN EL SENTIDO LITERAL COMO NUESTRA DEFENSA ACORDE AL DEBIDO PROCESO.*
8. *EN EL NUMERAL 2.3 Y 2.4 SE HACE REFERENCIA SOBRE LAS DISPOSICIONES DE ACLARAR Y COMPLETAR LA DENUNCIA DEL OPERADOR CRONIX, OPERADOR QUE CUMPLI CON LO SOLICITADO, ANTECEDENTE QUE NO RESTRINGUE NI ELIMINA A LAS PERSONAS NATURALES Y JURIDICAS QUE HAN SIDO SEÑALADAS POR EL OPERADOR CRONIX EN SU DENUNCIA, SUJETOS A LOS CUALES LA CONSTITUCION LES PRECAUTELA EL DERECHO A LA PRESUNCION DE INOCENCIA, EL DERECHO A LA CONTRADICCION, AL BUEN NOMBRE Y A UN DEBIDO PROCESO, EVENTO QUE NO SE HA CUMPLIDO EN LA PRESENE INVESTIGACION Y SIMPLEMENTE NO SE LES HA PERMITIDO EL DERECHO A LA DEFENSA.*
9. *EL NUMERAL 2.7 HACE REFERENCIA SOBRE LA RESOLUCION DE INICIO DE LA PRESENTE INVESTIGACION, RESOLUCION QUE NUNCA FUE NOTIFICADAS A LA TOTALIDAD DE PERSONAS NATURALES Y JURIDICAS QUE SON REFERIDAS POR EL OPERADOR CRONIX EN SU DENUNCIA, APLICACION Y ACLARATORIA QUE SON EL ILEGAL,*



FUNDAMENTO CON EL CUAL SE DA INICIO A LA PRESENTE INVESTIGACION, SOBRE UN HECHO QUE FUE JUDICIALIZADO Y ARCHIVADO.

- 10. EN EL NUMERAL 2.8 SE HACE REFERENCIA SOBRE LAS PARTES DE LA PRESENTE INVESTIGACION, EN LA CUAL SE EXCLUYO A LAS PERSONAS NATURALES Y EMPRESAS QUE TIENEN PERSONERIA JURIDICA QUE SON MENCIONADAS COMO INVOLUCRADAS POR EL DENUNCIANTE OPERADOR CRONIX, PRECEDENTE QUE VULNERA EL DIGNO PROCESO Y COARTA EL DERECHO A LA DEFENSA DE LAS PERSONAS NATURALES U A LAS EMPRESAS QUE SON REFERIDAS COMO INVOLUCRADOS, LO CUAL CONSTITUYE LA NULIDAD DE LA PRESENTE INVESTIGACION.*
- 11. EN EL NUMERAL 2.9 SE HACE ALUSION A LA DOCUMENTACION DE SOPORTE PARA EL PRESENTE INFORME, EN LA CUAL SE DESCRIBE LA DOCUMENTACION Y ANALISIS PRESENTADOS POR EL DENUNCIANTE Y POR LOS OPERADORES QUE HAN SIDO CONSIDERADOS COMO PARTES EN LA PRESENTE INVESTIGACION, DESTACANDO QUE EN LA PRESENTE INVESTIGACION NUNCA SE CITO A TODAS LAS PERSONAS Y EMPRESAS SEÑALADAS COMO INVOLUCRADOS, POR LO QUE LA PRESENTE INVESTIGACION NO CUENTA CON LOS ELEMENTOS DE CONVICCION QUE PERMITIRIAN A TODOS LOS REFERIDOS COMO INVOLUCRADOS A EJERCER SU DEFENSA.*
- 12. EL PRESENTE INFORME FINAL, RECOGE UNICAMENTE LAS EXPRESIONES DEL DENUNCIANTE PRACTICAMENTE EN EL SENTIDO LITERAL QUE HAN SIDO SEÑALADAS POR EL DENUNCIANTE Y BAJO NINGUN PRECEPTO SE HA PROCEDIDO A ANALIZAR LOS ELEMENTOS DE DESCARGO PRESENTADOS POR MI REPRESENTADA Y SE SUSTENTA EN UN INFORME DE LA CONTRALORIA QUE FORMO PARTE DE LA INDAGACION PREVIA, INFORME QUE VULNERO NUESTRO DERECHO A LA DEFENSA Y EL DE CONTRADICCION, PRECEDENTE QUE FUE EIDENCIADO EN LA INDAGACION PREVIA N. -46-2012, QUE FUE DESESTIMADA Y ARCHIVADA.*
- 13. LAS QUIMERICAS ASEVERACIONES DEL DENUNCIANTE, REFERENTES A UN GOBIERNO CON AUTORIDADES Y FUNCIONARIOS, NO SON OTRA COSA QUE UN ARTIFICIO CREADO PARA JUSTIFICAR LAS MULTIPLES QUEJAS E INSATISFACCION DEL SERVICIO BRINDADO POR CRONIX EN EL 2010, DESTACANDO QUE EL OPERADOR CRONIX FUE DESCALIFICADO DEL PROCESO SIE.IESS.015-2011.*



14. *EL OPERADOR CRONIX A TRAVEZ DE SU REPRESENTANTE LEGSL EN LA FISCALIA SEGUNDA D ADMINISTRACION PUBLICA EN LA INDAGACION PREVIA EXPRESÓ "... toda la documentación tratada, revisada y aprobada por el consejo directivo del IESS, tratado el 7 de junio del 2011 llegó a manos de la revista Vanguardia y dicha revista realizó la publicación. Dicha publicación reveló unas bases completamente direccionadas en modalidad licitación (ya no en modalidad subasta inversa)... CRONIX tuvo acceso al documenta completo y realizamos un análisis detallado del mismo e hicimas llegar dicho documento de observaciones por correo electrónico al Director General del IESS, Economista Fernanda Guijarro(...)"*

15. *COLUSION ES EL ACTO REALIZADO POR EL OPERADOR CRONIX QUIEN DE FORMA PREMEDITADA OBTUVO INFORMACION PRIVILEGIADA DEL PROCESO SIE.IESS.015-2011, REALIZO OBSERVACIONES QUE FUERO REMITIDAS POR CORRED ELECTRONICO AL DIRECTOR GENERAL DEL IESS. ESTE HECHO SE ENCUENTRA DESCRITO A FOJAS 509 EN LA INDAGACION PREVIA NO. 170101812062264 CON SU NUMERO INTERNO 46-2013 EN LA FISCALIA DE ADMINISTRACION PUBLICA No. 2 EN LA CIUDAD DE QUITO. ESTE ANTECEDENTE SI ES UNA PRACTICA DESLEAL Y ES EL VERDADERO ARGUMENTO QUE LE PERMITE AL OPERADOR CRONIX ASEVERAR QUE PODIA SER EL ADJUDICADO.*

16. *SOLNET S.A. NO TIENE NINGUN ACUERDO, NI CON RECAPT NI CON FUNCIONARIOS DEL IESS. LA FALAZ ASEVERACION DEL DENUNCIANTE DE QUE SOLNET RECIBE FRUTOS DE UN CONTRATO Y UNA FACTURACION QUE LE PERTENECE A RECAPT ESCAPA DE LA REALIDAD JURIDICA Y TRIBUTARIA, EN VIRTUD DE QUE LAS EMPRESAS RECIBEN FRUTOS DE SUS TRANSACCIONES QUE CONSTAN EN LAS FACTURAS QUE SUS REPRESENTADAS POR LA PRESTACION DE UN SERVICIO, QUE EN EL PRESENTE NO FUIMOS ADJUDICADOS, NI FORMAMOS PARTE DE RECAPT Y MUCHO MENOS PODEMOS SER PARTE DE UN PECULADO. EN VIRTUD DE QUE NO SOMOS LA ENTIDAD CONTRATADA POR EL IESS EN EL PROCESO SIE-IESS.015-2011.*

6. DE LAS PRUEBAS QUE OBRAN EN EL EXPEDIENTE

- i. Documento electrónico de la Superintendencia de Compañías del Ecuador, con código S0000149717 de 28 de enero de 2015, 17:55:54 – 0600, donde consta como socio del operador económico **RECAPT** el señor Fernando Colunga¹⁹.

¹⁹ Expediente SCPM-IIAPMAPR-FXP-2013-026. Véase fs. 8138.



- ii. Copias certificadas del informe del administrador del contrato IESS-RECAPT remitido a **CRONIX** el 13 de diciembre de 2013 por parte del Director General del IESS.
- iii. Declaraciones con su respectiva grabación magnetofónica del señor Segundo Anibal Carera Arbolcda representante legal del operador económico **CRONIX**, llevada a cabo el 20 de diciembre de 2014 a las 09h30.²⁰
- iv. Declaraciones con su respectiva grabación magnetofónica de la señora Nube Maritza Parra Ortega, representante legal del operador económico **SOLNET**, llevada a cabo el 20 de febrero de 2014 a las 14h00²¹
- v. Declaraciones con su respectiva grabación magnetofónica del señor Edison Eduardo Simbaña Andrade, representante legal del operador económico **RECAPT**, llevada a cabo el 06 de marzo de 2014 a las 11h00.²²
- vi. Declaraciones con su respectiva grabación magnetofónica del señor Roberto Alexander Perca Vizcaino, ex miembro de la Subdirección Técnica de Apoyo dentro del proceso SIE-IESS-015-2011, llevada a cabo el 07 de agosto de 2014 a las 09h00.²³
- vii. Declaraciones con su respectiva grabación magnetofónica de la señora Ana Katherine Guevara Pantoja, ex miembro de la Subcomisión Técnica de Apoyo dentro del proceso SIE-IESS-015-2011, llevada a cabo el 07 de agosto de 2014 a las 14h00.²⁴
- viii. Declaraciones con su respectiva grabación magnetofónica del señor Holguer Ernesto Arguello Ramos, ex delegado financiero de la Subcomisión Técnica de Apoyo dentro del proceso SIE-IESS-015-2011, llevada a cabo el 20 de agosto de 2014 a las 09h00.²⁵
- ix. Declaraciones con su respectiva grabación magnetofónica de la señora Mónica Yolanda Villamagua Arias, ex delegada jurídica de la Subcomisión Técnica de

²⁰ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 3016 a 3021.

²¹ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 3022 a 3026.

²² Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 4627 a 4634.

²³ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 4903 a 4906.

²⁴ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 4908 a 4911.

²⁵ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 4943 a 4947.



Apoyo dentro del proceso SIE-IESS-015-2011, llevada a cabo el 20 de agosto de 2014 a las 10h30.²⁶

- x. Declaraciones de la señora Paulina Elizabeth Campaña Gallardo, ex vocal de la Comisión Técnica dentro del proceso SIE-IESS-015-2011, llevada a cabo el 20 de agosto de 2014 a las 14h00.²⁷
- xi. Declaraciones con su respectiva grabación magnetofónica del señor Henry Eduardo Medrano González, ex vocal de la Comisión Técnica dentro del proceso SIE-IESS-015-2011, llevada a cabo el 20 de agosto de 2014 a las 15h40.²⁸
- xii. Declaraciones con su respectiva grabación magnetofónica del señor Nestor Aníbal Moya, ex Presidente encargado de la Comisión Técnica dentro del proceso SIE-IESS-015-2011, llevada a cabo el 21 de agosto de 2014 a las 09h00.²⁹
- xiii. Mediante providencia de 27 de enero de 2015 la Intendencia de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas en su literal o) numeral SEGUNDO incorpora como prueba escrito y anexos presentados por la Procuraduría General del Estado, el 21 de agosto de 2014, mediante el cual se remite compulsas de todos los antecedentes que motivaron la demanda de nulidad del contrato No. 64000000-102-C.³⁰
- xiv. Declaraciones con su respectiva grabación magnetofónica del señor Fernando Gujarro Cabezas, ex Director General del IESS durante el proceso SIE-IESS-015-2011, llevada a cabo el 21 de agosto de 2014 a las 14h00.³¹
- xv. Mediante providencia de 27 de enero de 2015, la Intendencia de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas en su literal q) numeral SEGUNDO incorpora como prueba escrito y anexos presentados por la Procuraduría General del Estado, el 22 de agosto de 2014, mediante el cual se remite copias certificadas del Informe de Indicios de Responsabilidad Penal DADS y SS-0003-2013, en donde constan los resultados del examen especial practicado a los procesos precontractual, contractual y de ejecución dentro del proceso de licitación SIE-IESS-015-2011.³²

²⁶ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 4948 a 4950.

²⁷ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 4955 a 4958.

²⁸ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 4970 a 4973.

²⁹ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 4974 a 4977.

³⁰ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 4979 a 5339.

³¹ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 5340 a 5351.

³² Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 5354 a 5372.



- xvi. Mediante providencia de 27 de enero de 2015, la Intendencia de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas en su literal r) numeral SEGUNDO, incorpora como prueba escrito y anexos presentados por el IESS el 25 de agosto de 2014, mediante el cual remite copias certificadas del estudio para un sistema integral para la gestión, de agendamiento e interrelación en la atención de salud y mejoramiento de los servicios que brinda el IESS a sus Usuarios; de la resolución administrativa número 12000000-2513 del IESS; y, del informe del administrador respecto al contrato 64000000-1002-C; así como copias simples del Informe DADS y SS-0008-2013, elaborado por la Contraloría General del Estado.³³
- xvii. Mediante providencia de 27 de enero de 2015, la Intendencia de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, en su literal s) numeral SEGUNDO, incorpora como prueba escrito y anexos presentados el 27 de agosto de 2014 a las 11h26, por el SRI mediante el cual remite copias certificadas de las declaraciones del impuesto a la renta de los operadores económicos **SOLNET S.A.**, y **MULTICOBRO S.A.**, **CANT TECNOLOGIA S.A.**, **ADVANCE BUSINESS CIA LTDA** y **RECATEL S.A.**³⁴
- xviii. Escrito y anexos presentados por el Ministerio de Relaciones Laborales el 26 de septiembre de 2014 a las 09h09, mediante el cual se remiten copias certificadas de las declaraciones del 15% de participación de utilidades de los operadores económicos **CRONIX** para los años 2010, 2011 y 2012; **RECAPT** para los años 2010, 2011 y 2012; **SOLNET** para los años 2011 y 2012; y **ORBISTEL S.A.**, para el año 2012³⁵
- xix. Declaraciones y su respectiva grabación magnetofónica del señor Bolívar Raúl Bolaños García, ex presidente de la Comisión Técnica dentro del proceso SIE-IESS-015-2011, llevado a cabo el 30 de septiembre de 2014 a las 15h30.³⁶
- xx. Oficio No. 043-2015-IH-DCP y anexo, correspondiente al informe de identidad física humana No. 125-2015-II-CDP, suscrito por el perito de criminalística Sargento Milton Jiménez Cueva, el 26 de febrero de 2015 a las 14h43³⁷.
- xxi. Anexo magnético etiquetado como SCPM-CGT-2015-034-M-DVD.

³³ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 5399 a 5521.

³⁴ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 5522 a 5573.

³⁵ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 6032.

³⁶ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 7704 a 7706.

³⁷ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 9267 a 9279.



- xxii. Anexos con copias simples del Oficio PE 2015-01-26-01 presentados por el presidente ejecutivo del operador económico **CRONIX**, el 2 de febrero de 2015 a las 14h52³⁸.
- xxiii. Oficio número SERCOP-DSG-2015-005-01³⁹ presentado por el Director Nacional de la Secretaría General del Servicio Nacional de Contratación Pública, el 3 de febrero de 2015 a las 11h22³⁹.
- xxiv. Oficio GNRI-GCOMP-2015-013 y anexos presentados por la gerente de competencia y mercado de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP.
- xxv. Anexos al oficio PE-2015-03-15-02.⁴⁰
- xxvi. Oficio No. GNRI -GCOMP 2015-018, presentado por la abogada patrocinadora de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP, el 18 de febrero de 2015 a las 15h10.
- xxvii. Acta de posesión del perito Marcelo Patricio Maisanchez Criollo de 11 de febrero de 2015.
- xxviii. Acta de salida de custodia de evidencia audiovisual dentro del proceso administrativo No. SCPM-2APMAPR-026-2013 de 11 de enero de 2015.
- xxix. Acta de posesión de Milton Jiménez de 11 de febrero de 2015.
- xxx. Acta de salida de custodia de evidencia audiovisual SCPM-II-APMAPR-026-2013 de 11 de enero de 2015.
- xxxi. Oficio No. 210-2015-AVA-DCP y anexos correspondientes al informe de audio y video No. 201-2015, suscrito por el sargento de policía Marcelo Patricio Sánchez Criollo, perito tecnológico en criminalística DCP, de 20 de febrero de 2015⁴¹.
- xxxii. Oficio No. GNRI-GCOMP-2015-020 y anexos físicos presentados por la abogada Aldana Pérez Aodrade de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP, el 23 de febrero de 2015⁴².

³⁸ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 9118 a 9123.

³⁹ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 9127.

⁴⁰ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 9331 a 9483.

⁴¹ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 9165 a 9168.

⁴² Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 9174 a 9176.



- xxxiii. El oficio No. 043-2015-IH-DCP y anexos correspondiente al informe de identidad física y humana del departamento de criminalística de la Policía Judicial de Pichincha el 26 de febrero de 2015⁴³.
- xxxiv. Oficio No. GJG-FGS-2013-000583 de 2 de agosto de 2013, suscrito por el señor Eduardo González Solórzano, gerente jurídico Guayas de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones, mediante el cual remite al doctor Pablo Santos fiscal de administración pública No.2, la información solicitada mediante oficio No. 170101812062264-FGE-FP-P-FEAP2.⁴⁴
- xxxv. La versión libre y sin juramento rendida por el señor Segundo Aníbal Carrera Arboleda el 30 de agosto de 2012 a las 10h30, ante el fiscal No. 3 de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública de Pichincha.⁴⁵
- xxxvi. La versión libre y sin juramento rendida por el ingeniero Washington Bolívar Benítez Reinoso el 15 de abril de 2013 a las 09h00, ante el fiscal No. 3 de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública de Pichincha.⁴⁶
- xxxvii. La versión libre y sin juramento rendida por el economista Henry Ulpiano Santillana Coello el 15 de abril de 2013, ante el fiscal No. 3 de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública de Pichincha.⁴⁷
- xxxviii. La versión libre y sin juramento rendida por Franklin Mauricio Martínez Reinoso de 15 de abril de 2013 a las 10h00, ante el fiscal de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública de Pichincha.⁴⁸
- xxxix. La versión libre y sin juramento de la auditora Fernanda Gabriela Guanizo Cisneros el 15 de abril de 2013 a las 13h00, ante el fiscal No. 3, de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública de Pichincha.⁴⁹

⁴³ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 9267 a 9279.

⁴⁴ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 8130 a 8197.

⁴⁵ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 8198 a 8212.

⁴⁶ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 8215 a 8217.

⁴⁷ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 8218.

⁴⁸ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 8215 a 8217.

⁴⁹ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 8119 a 8220.



- xl. La versión libre y sin juramento rendida por la ingeniera Andrea Elizabeth Torres Torres el 15 de abril de 2013 a las 14h00, ante el fiscal No. 3 de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública de Pichincha.⁵⁰
- xli. La versión libre y sin juramento rendida por Gerardo Bladimir Morales Vallejo el 15 de abril de 2013 a las 15h00, ante el fiscal No. 3 de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública de Pichincha.⁵¹
- xlii. La versión libre y sin juramento rendida por Fernanda Miriam Narcisca Cañar Iñiguez el 05 de septiembre de 2013 a las 14h30, ante el fiscal No. 2 de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública de Pichincha.⁵²
- xliii. La versión libre y sin juramento rendida por Elisabeth Paulina Gallardo el 29 de octubre de 2012, ante el fiscal No. 3 de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública de Pichincha.⁵³
- xliv. La versión libre y sin juramento rendida por Xavier Eduardo Vela Jaramillo el 18 de junio de 2013 a las 09h00, ante la Fiscalía de Delitos Financieros.⁵⁴
- xlv. La versión libre y sin juramento rendida por Diego Patricio Gayhor Quiroz el 18 de junio de 2013 a las 10h00, ante la Fiscalía de Delitos Financieros de Pichincha.⁵⁵

7. DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

- [92] La LRPI para valorar la prueba tendrá en cuenta lo determinado en el numeral 5 del artículo 3 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM, en concordancia con el numeral 4 del artículo 76 de la Constitución de la República, que establecen que solamente la prueba pedida, ordenada y practicada conforme a los principios del debido proceso tendrá eficacia probatoria, caso contrario, no tendrán valor probatorio alguno.
- [93] A la vez se observará que la misma conste en originales, fiel copias del original, copias certificadas, o en caso de documentos digitales y otras diligencias, serán incorporados con las formalidades que dicta la ley.

⁵⁰ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 8221.

⁵¹ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 8222 a 8223.

⁵² Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 8225 a 8226.

⁵³ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 8227.

⁵⁴ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 8229.

⁵⁵ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 8231.



- [94] Ahora bien, estas actuaciones las realizará el órgano de investigación y sustanciación, e incorporará las pruebas de las partes dentro del término de prueba establecido en el Artículo 59 de la LORCPM, que será de sesenta (60) días prorrogables hasta por un término de treinta (30) días adicionales, a criterio de la autoridad.
- [95] Que, de la revisión de las piezas procesales, la Intendencia de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, mediante providencia de 20 de diciembre de 2014, abre el término de prueba por 60 días hasta el 20 de marzo de 2015, ordenado igualmente mediante providencia, de tal manera que la prueba que haya sido agregada fuera de ese término no tendría valor alguno, por lo que en el caso de que la CRPI considere pruebas presentadas fuera del término de prueba se afectarían los derechos y garantías de la parte contraria, vulnerando el debido proceso, el derecho a la seguridad jurídica, confianza legítima, igualdad y de legalidad.
- [96] La prueba considerada será aquella que lleve a la CRPI al convencimiento de los hechos y circunstancias que se han planteado en la etapa de Investigación sobre las conductas imputadas, aclarando que en esta etapa procesal, de conformidad con las circunstancias particulares que han acaecido en el proceso, la conducta (acuerdo) y los infractores de la misma ya han sido determinados y ratificados en los análisis tanto administrativos como judiciales, por lo que la CRPI valorará la prueba en función de verificar que la conducta sea sancionable, así como en la determinación de circunstancias agravantes y atenuantes para establecer las sanciones y multas que correspondan al caso concreto, atendiendo a lo resuelto por la Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, en la Sentencia de Casación expedida en el juicio especial No. 17811201601271 y a lo resuelto por el Superintendente de Control del Poder de Mercado en la Resolución de 05 de julio de 2019 a las 17h00.
- [97] La prueba valorada es la siguiente:

7.1. Informe de análisis de ofertas de la Subcomisión de Apoyo (informe final único) de 06 de febrero de 2012⁵⁶, en el cual se concluye lo siguiente:

Empresa SOLNET S.A. no cumple con:		OFERTA INDICA ÚNICAMENTE QUE ESTÁ BASADA EN HTTP, PERO LA CERTIFICACIÓN LE HACEN MALAVERTE SESIÓN Y COPIA Y...
Características de Seguridad	HTTPS interfaz web	
Adicionalmente como observación en el requerimiento:		
Experiencia en plataforma de CONTACT CENTER	Experiencia que acredite que en el tiempo ha atendido plataforma de CONTACT CENTER, que haya brindado el servicio a un número de empresas internacionales con más de 120 personas e atención de 200 telefonadas, por lo menos a cada uno de ellas.	Se cuestiona en ellos porque en haber sido PARTNER de una empresa dedicada a brindar el servicio de CONTACT CENTER.

- [98] Es decir, que la experiencia que mostraron **RECAPT** y **SOLNET** en la plataforma de Contact Center es haber sido *partners*, conforme el informe de análisis de ofertas de la Subcomisión de Apoyo (informe final único) de 06 de febrero de 2012.

⁵⁶ Expediente SEPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 3902 a 3915.



[99] Consta además en el mismo informe:

“En base a el (SIC) análisis realizado, y considerando que el aspecto técnico indicado en las conclusiones no afecta los intereses de la institución, esta subcomisión recomienda se habiliten para el proceso de puja a las siguientes empresas:

- *RECAPT*
- *SOLNET S.A.*”

[100] Una vez evaluada la presente prueba, la CRPI considera que ésta ratifica que **RECAPT** y **SOLNET** ciertamente resultaron los únicos operadores económicos que accedieron a la puja.

7.2. **Mediante providencia de 27 de enero de 2015 la Intendencia de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas en su literal o) numeral SEGUNDO incorpora como prueba escrito y anexos presentados por la Procuraduría General del Estado, el 21 de agosto de 2014, mediante el cual se remite compulsas de todos los antecedentes que motivaron la demanda de nulidad del contrato No. 64000000-102-C.⁵⁷ Según el siguiente detalle:**

7.2.1 SUBASTA INVERSA ELECTRÓNICA SIE-IESS-015-2011⁵⁸; la misma que reafirma la existencia efectiva y real de la SUBASTA INVERSA ELECTRÓNICA SIE-IESS-015-2011, sobre la cual se presume el cometimiento de actos contrarios a la libre competencia.

7.2.2 EXAMEN ESPECIAL A LOS PROCESOS PRECONTRACTUAL, CONTRACTUAL Y EJECUCIÓN DEL CONTRATO PARA EL SERVICIO DE CALL CENTER CDN LA EMPRESA RECAPT⁵⁹, de la Dirección de Auditoría de Desarrollo Seccional y Seguridad Social de la Contraloría General del Estado.

- a. Mediante esta prueba se observa las coincidencias y similitudes de los documentos de los operadores económicos **RECAPT** y **SOLNET**, según lo expone en el siguiente cuadro:

⁵⁷ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 4979 a 5339.

⁵⁸ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 4979 a 5054.

⁵⁹ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 5055 a 5112.



Documentos presentados en ofertas	RECAPT S.A.	SOLNET S.A.
Índice y tabla de contenido	En el índice de la carpeta 1 en el punto 10.1 señala: "Certificado del Registro Único de Proveedores (RUP) de SOLNET S.A."	En la tabla de contenido de la carpeta 1 en el punto 10.1 señala: "Certificado del Registro Único de Proveedores (RUP) de SOLNET S.A."
Cronograma de implementación de Servicios	Los procesos coinciden con los señalados por SOLNET S.A., en su cronograma	Los procesos coinciden con los señalados por RECAPT S.A., en su cronograma
	Proceso 09 señala: "Ingresar el Formato de Calidad a la aplicación interna de Solnet"	Proceso 88 señala: "Ingresar el Formato de Calidad a la aplicación interna de Solnet"
	Proceso 112 señala: "Implementación de Actualización de Software Cosmocom 3 semanas."	Proceso 110 señala: "Implementación de Actualización de Software Cosmocom 3 semanas."
	<u>Es importante hacer notar que RECAPT S.A. no ofertó el software Cosmocom, fue ofertado por SOLNET S.A.</u>	
	Proceso 129 señala: "Confirmar Arreglos de Viaje (vuelo, hotel, transporte) para Corporativo Solnet".	Proceso 125 señala: "Confirmar Arreglos de Viaje (vuelo, hotel, transporte) para Corporativo Solnet"
Software médico a ser utilizado	Las capturas de pantalla del software médico a ser utilizado coincide con el presentado por SOLNET S.A.	Las capturas de pantalla del software médico a ser utilizado coincide con el presentado por RECAPT S.A., en la página 083 <u>presentó captura de pantalla del Software DRAGONSUITE ofertado por RECAPT S.A.</u>
Diagrama de interconexión	El gráfico de la página 1002, coincide con el presentado por SOLNET S.A., en la página 003 de la carpeta 6.	El gráfico de la página 003 de la carpeta 6, coincide con el presentado por RECAPT S.A., en la página 1002.
Manual de Softswitch traducido al castellano	La convalidación de la traducción del manual, coincide con el presentado por SOLNET S.A.	La convalidación de la traducción del manual, coincide con el presentado por RECAPT S.A.

- b. El mismo documento manifiesta que el agente económico RECAPT presenta documentos que corresponden a la experiencia de SICONTAC CENTER de 29 de julio de 2011, e INTEGRAL SOLUTIONS S.A. de 17 de junio de 2011, suscritos por el mismo Gerente General, quien a la fecha de suscripción no estaba en funciones.

Esto se corrobora según el siguiente comunicado:



... 1.- DOCUMENTACIÓN QUE CERTIFIQUE LOS SERVICIOS DE BACK UP PRESTADOS POR LA EMPRESA RECAPT S.A. A SICONTAC CENTER S.A. DESDE ENERO DE 2009 EN ADELANTE.- SICONTAC CENTER S.A. no ha contratado a RECAPT S.A. para la presentación de servicios de "BACK UP". Sin embargo, con fecha 23 de abril de 2009, se celebró un contrato denominado "CONTRATO DE CONTINGENCIA Y COLABORACIÓN EMPRESARIAL", entre SICONTAC S.A. y MULTICOBRO S.A., empresa hasta última, que a la fecha indicada, tiene administración común con RECAPT S.A.- **2.- PERÍODO DE GESTIÓN DEL INGENIERO ALDO BRIONES LAGOS EN EL CARGO DE GERENTE GENERAL DE LAS EMPRESAS: INTEGRAL SOLUTIONS S.A. Y SICONTAC CENTER S.A...-** De acuerdo a la información que consta en los libros de las compañías INTEGRAL SOLUTIONS S.A. Y SICONTAC CENTER S.A., el período de gestión del Ing. Aldo Briones Legos, en el cargo de Gerente General de dichas sociedades, fue el siguiente:

Empresa	Fecha de designación	Fecha de renuncia
INTEGRAL SOLUTIONS S.A.	11 DE OCTUBRE DE 2007	01 DE OCTUBRE DE 2010
SICONTAC CENTER S.A.	15 DE OCTUBRE DE 2007	01 DE OCTUBRE DE 2010

- c. Asimismo, la Contraloría General del Estado una vez realizado el análisis de adjudicación de ofertas concluyó lo siguiente:

"En la documentación e información que sustentan las ofertas técnicas entregadas por RECAPT S.A. y SOLNET S.A., se observan similitudes y coincidencias entre estas dos ofertas, e inclusive, en los documentos de RECAPT S.A. empresa adjudicada aparece el nombre de SOLNET S.A. y viceversa.

Así también, los certificados de experiencia de servicios y plataforma tecnológica presentados por RECAPT S.A. no estaban relacionados con el objeto del contrato, e inclusive, dos de ellos, fueran suscritos por un gerente que ya no estaba en funciones, cuya período de gestión fue anterior a las fechas de los mencionados certificados, siendo éstos causales de rechazo, situación originada por falta de análisis tendiente a comprobar y confirmar los documentos habilitantes presentados en las ofertas, afín de establecer su autenticidad, veracidad e integridad, lo que ocasionó que se adjudicase a una empresa que no cumplía con los requisitos de experiencia en el objeto de la contratación."

1101] De lo transcrito se evidencia que, además de la existencia del acuerdo, hubo un engaño evidente y directamente encaminado a falsear la competencia, es decir, lograr adjudicarse un contrato mediante la presentación de documentos sin sustento fáctico, lo que es un indicador de conducta altamente reprochable en vulneración del erario público, pero sobre todo al bienestar general y la eficiencia económica.

1102] En relación con la visita *in situ*, la Contraloría General del Estado encontró:



"Sin embargo, en los pliegos utilizados en este proceso, en la Sección IV, Condiciones Específicas, numeral 4.7 Procedimiento de evaluación y puja, literal u.- Calificación, en la parte correspondiente a índices financieros, señala que el IESS realizará la visita a las instalaciones del centro de gestión de llamados, con el fin de verificar la infraestructura técnica y física del oferente, por lo tanto, al constar en los pliegos esta condición era de cumplimiento obligatorio.

(...)

Los miembros de la Veeduría por la Vida, con comunicación de 2 de febrero de 2012, dieron a conocer a los miembros del Consejo Directivo, Directores Generales y del Seguro de Salud Individual y Familiar y Subdirector General, el resultado de la visita a las instalaciones de los oferentes del proceso SIE-IESS-015-2011, en el que señalaron:

"... Solo cuatro de seis oferentes estuvieron dispuestos a permitir una inspección de las instalaciones y características empresariales. Dos de ellos- RECAPT S.A. y SOLNET S.A. – no lo permitieron pues según sus representantes por instrucción de las autoridades del IESS, no procedería tal inspección por encontrarse en proceso de concurso de subasta inversa ...".

(...)

Conclusión

Los miembros de la Comisión Técnica no realizaron la visita in situ a las instalaciones de Contac Center y centro de agendamiento de citas, previa a la adjudicación, como se establece en los pliegos, situación que no les permitió verificar la capacidad actual y potencial del oferente respecto a la infraestructura física y la plataforma tecnológica instalada, lo que no garantizó la participación de competidores confiables y competitivos "

[103] Lo anterior demuestra de una manera diáfana la forma como SOLNET y RECAPT influenciaron en el proceso de contratación para lograr adjudicarse un contrato, tendiendo como soporte un esquema no existente de solvencia competitiva, es decir, mostrando una posición irreal de su estructura interna en el mercado relevante. Lo anterior restringió y falseo de manera evidente la competencia.

[104] Los documentos expuestos reafirman lo ya probado, en cuanto permite corroborar a esta autoridad que los elementos presentados en las ofertas de los operadores económicos contienen similitudes; por lo tanto, esta prueba permite identificar que los operadores económicos realizaron actos suficientes para llevar a cabo una concertación en la participación de procesos de compras públicas y, además, establecer si incurrieron en actos reprochables con la finalidad de suscribir la contratación pública.



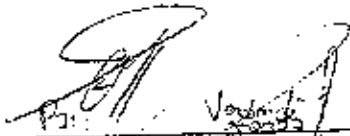
(105) En razón de lo expuesto la prueba es útil tomando en cuenta que es verificable la intención de garantizar un efecto que es el aseguramiento de la adjudicación del contrato, utilizando como herramienta un acuerdo restrictivo, así como permite al órgano de resolución generar en sí mismo una conexión entre las conductas imputadas y la veracidad de los hechos, lo que hace que ésta resulte en sí misma pertinente dentro del presente expediente.

- 7.3. **Copia certificada por el IESS, correspondiente al expediente No. 026-2013 con acuso recibo de la Comisión Técnica del IESS, dentro del proceso de SIE-IESS-015-2011⁶⁰; por RECAPT. Consta en el documento que quien entrega la propuesta es Eduardo Berardi con C.I. 172655515-2.**


SIE-IESS-015-2011

“SISTEMA INTEGRAL PARA LA GESTIÓN, AGENDAMIENTO E INTERRELACIÓN EN LA ATENCIÓN DE SALUD Y MEJORAMIENTO DE LOS SERVICIOS QUE BRINDA EL IESS A SUS USUARIOS”

Siendo las 13H40 del lunes 23 de enero de 2012, recibo del señor EDUARDO BERARDI JOHNSON con cédula No. 172655515-2, la propuesta presentada por RECAPT S.A. dentro del proceso de Subasta Inversa Electrónica SIE-IESS-015-2011


Dr. Mando Rodríguez N.
Secretario de la Comisión Técnica




Eduardo Berardi Johnson
C.I. 172655515-2

(106) Este documento permite corroborar el lapso de tiempo en el cual se comete la infracción sancionable, bajo el derecho administrativo sancionador aplicable a este expediente.

- 7.4. **Copia certificada por el IESS, correspondiente al expediente No. SCPM-UIAPMAPR-EXP-2013-026 con acuso recibo de la Comisión Técnica del IESS, dentro del proceso de SIE-IESS-015-2011⁶¹. Consta en el documento que quien entrega la propuesta por SOLNET es Diego Gaybor Quiroz con C.I. 020155281-7.**

⁶⁰ Expediente SCPM-UIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 3827.

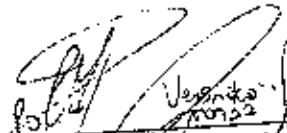
⁶¹ Expediente SCPM-UIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 3827.




SIE-IESS-015-2011

“SISTEMA INTEGRAL PARA LA GESTIÓN, AGENDAMIENTO E INTERRELACIÓN EN LA ATENCIÓN DE SALUD Y MEJORAMIENTO DE LOS SERVICIOS QUE BRINDA EL IESS A SUS USUARIOS”

Siendo las 13H42 del lunes 23 de enero de 2012, recibo del señor GAYBOR QUIROZ DIEGO PATRICIO con cédula No. 020155281-7, la propuesta presentada por SOLNET S.A. dentro del proceso de Subasta Inversa Electrónica SIE-IESS-015-2011


Dr. Manolo Rodríguez M.
Secretario de la Comisión Técnica




Diego Gaybor Quiroz
C.I. 020155281-7

1157) Este documento permite corroborar el lapso de tiempo en el cual se comete la infracción sancionable bajo el derecho administrativo sancionador; así también, se observa que quien entrega la propuesta de SOLNET es Diego Gaybor de cédula 020155281-7.

7.5. Mediante providencia de 27 de enero de 2015 la Intendencia de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restriictivas, en su literal t) numeral SEGUNDO, incorpora como prueba el escrito y anexos presentados por el Ministerio de Relaciones Laborales el 26 de septiembre de 2014 a las 09h09, mediante el cual se remite copias certificadas de las declaraciones del 15% de participación de utilidades de RECAPT para los años 2010, 2011 y 2012⁶².



MINISTERIO DE RELACIONES LABORALES
Información sobre el estado de pago de la contribución de Utilidades de la Empresa

SABÓN S.A. S.A. RECAPT RECUPERACION DE CAPITAL CONTINGENCIA S.A.
RUC: 17856710746

FORMULARIO N° 00490

(...)

CÉDULA	NOMBRE	FECHA	EMPRESA	M	A	M	2010	2011	2012	OTROS
020155281-7	DIEGO PATRICIO QUIROZ	01/12/2011	RECAPT	M	1	00	0,00	0,00	0,00	0,00
020155281-7	DIEGO PATRICIO QUIROZ	01/12/2011	RECAPT	M	0	00	0,00	0,00	0,00	0,00

⁶² Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 6025 a 6032



1108) SOLNET mediante escrito ingresado en la Secretaría General de la SCPM el 07 de noviembre de 2013, menciona que "(...) LA PERSONA DESIGNADA PARA LA ENTREGA DE LA OFERTA FUE EL SR. ALEJANDRO CHIN PINCHIN QUIÉN NO REALIZÓ LA ENTREGA PERSONALMENTE DE FORMA UNILATERAL Y SIN PREVIA COMUNICACIÓN A LOS FUNCIONARIOS DE SOLNET DECIDIÓ CONTRATAR EL COURIER DE RECAPT"⁶³.

1109) Al contrastar la copia certificada del acuso recibo de la Comisión Técnica del IESS dentro del proceso de SIE-IESS-015-201164, consta en el documento que quien entrega la propuesta de SOLNET es Diego Gaybor Quiroz con C.I. 020155281-7, según se observa de la prueba anterior.

1110) Ahondando en este tema, de la revisión de los documentos que reposan en el expediente se encuentran copias certificadas de las declaraciones del 15% de participación de utilidades de RECAPT para los años 2010, 2011 y 2012⁶⁴, donde consta el señor Diego Gaybor de cédula 020155281-7 como trabajador de RECAPT con cargo de "Jefe de Área".

1111) Esta prueba brinda a la CRPI los elementos suficientes para verificar que la persona que realiza la entrega de la oferta técnica de SOLNET es el señor Diego Gaybor, de cédula 020155281-7, ciudadano que trabajaba en RECAPT con cargo de "Jefe de Área" y no como "Ejecutivo Courier" u otra función como encargado de entrega de documentos.

1112) Lo anteriormente analizado es prueba de que RECAPT tiene una participación protagónica dentro del acuerdo, ya que es este operador económico quien facilitó sus trabajadores, simplificó y coordinó la consecución del acuerdo desde su inicio, como se evidencia en la entrega de la propuesta de su competidor, teniendo así la posición de responsable o instigador de la infracción.

7.6. Resolución Administrativa No. CT-IESS-008-2012 de 23 de febrero de 2012⁶⁵, emitida por el Director General del IESS dentro del proceso SIE-IESS-015-2011, según el cual resuelve adjudicar al operador económico RECAPT el contrato de "Sistema Integral para la Gestión, Agendamiento e Interrelación en la Atención de Salud y Mejoramiento de los Servicios que Brinda el IESS a sus Usuarios", por el valor de \$ 19'452.211,00 USD.

1113) Lo anterior permite a la CRPI ratificar que se adjudicó el contrato con fecha 23 de febrero de 2012 y, por lo tanto, establecer la duración y ejecución de la conducta imputada.

⁶³ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 2725.

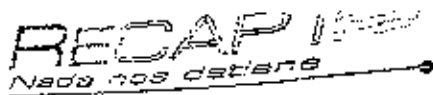
⁶⁴ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 3827.

⁶⁵ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 6052.

⁶⁶ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 5128 a 5130.



- 7.7. INFORME DE ANÁLISIS DE OFERTAS SUBCOMISIÓN DE APOYO, INFORME FINAL ÚNICO, oferta técnica (Primera parte), referente al software para ser utilizado de SOLNET, donde se aprecia la captura de pantalla del software denominado DRAGON SUITE, el mismo que también fue ofertado por RECAPT.⁶⁷



MANUAL DE USUARIO DRAGÓN SUITE

CONTENIDO

- [114] Prueba que permite a la CRPI confirmar la conducta anticompetitiva realizada por los operadores económicos RECAPT y SOLNET.

- 7.8. Mediante providencia de 27 de enero de 2015, la Intendencia de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas en su literal q) numeral SEGUNDO, incorpora como prueba escrito y anexos presentados por la Contraloría General del Estado, el 22 de agosto de 2014, mediante el cual se remite copias certificadas del Informe de Indicios de Responsabilidad Penal DADS y SS-0003-2013, en donde constan los resultados del examen especial practicado a los procesos precontractual, contractual y de ejecución dentro del proceso de licitación SIE-IESS-015-2011.⁶⁸

- [115] En dicho Informe de Responsabilidad Penal consta en las conclusiones que:

“- En la información que sustenta las ofertas técnicas entregadas por RECAPT S.A. y SOLNET S.A., se observan similitudes y coincidencias entre estas dos ofertas, e inclusive, en los documentos de RECAPT, empresa adjudicada, aparece el nombre de SOLNET y viceversa. situación que evidencia que estas dos empresas adoptaron procedimientos irregulares para favorecerse en el proceso de evaluación y calificación de las ofertas.” (las negritas y el subrayado por fuera del texto)

- [116] El Informe de Indicios de Responsabilidad Penal DADS y SS-0003-2013, contempla elementos fundamentales que evidencian no solo acuerdos entre competidores para beneficiarse de un contrato, sino que se observa además la realización de actuaciones suficientes para que la conducta violatoria a la competencia pueda perfeccionarse, siendo esta prueba suficiente para determinar el objeto de la comisión de la conducta que conduciría a esta autoridad a reafirmar la existencia de acuerdos en compras públicas, como conductas sancionables.

⁶⁷ Expediente SCPM-IAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 5202.

⁶⁸ Expediente SCPM-IAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 5354 a 5372.



7.9. Informe Pericial de Audio, Video y Afines No. 201-2015- en el cual consta las declaraciones realizadas por el señor Fernando Colunga el mismo que manifiesta textualmente: "(...) Efectivamente ya trabajaba para solnet efectivamente gane el concurso con cronecs (SIC) efectivamente para concurso yo intervine por mi experiencia como asesor de recap (SIC) (...)”

[117] Prueba que permite verificar el vínculo que tiene el señor Fernando Colunga en las dos empresas involucradas en la conducta de acuerdos anticompetitivos.

7.10. Oficio No. GNRI-GCOMP-2015-020 y anexos físicos presentados por la abogada Aldana Pérez Andrade de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP el 23 de febrero de 2015⁶⁹.

[118] Conforme consta del Oficio No. GNRI-GCOMP-2015-020, la empresa propietaria de la línea, enlaces y canales SIP asociados a los números cortos 140, 161, y al número 1800 100 000 del IESS el 24 de febrero de 2012 (25 de febrero de 2012 a las 00h01), fecha en la cual comenzó a operar RECAPT como Call Center del IESS.

[119] En este aspecto, resulta verificable la finalidad y perfeccionamiento del contrato con RECAPT para brindar el servicio de atención telefónica denominado “Sistema Integral para la Gestión, Agendamiento e Interrelación en la Atención de Salud y Mejoramiento de los servicios que brinda el IESS a sus usuarios”, con las condiciones técnicas especificadas en los pliegos respectivos al proceso de subasta inversa electrónica No. SIE-IESS-015-2011, de 16 de septiembre de 2011.

7.11. Oficio No. 043-2015-IH-DCP y anexo correspondiente al informe de identidad física humana No. 125-2015-IH-CDP, suscrita por el perito de criminalística Sargento Milton Jiménez Cuevas, el 26 de febrero de 2015 a las 14h43⁷⁰.

[120] El informe pericial concluye:

“QUE EL ANÁLISIS VISUAL DE LAS TIPOLOGÍAS FISONÓMICAS EN RELACIÓN A LAS PARTICULARIDADES MORFOLÓGICAS EXTRÍNECAS, DE LA AMPLIACIÓN DE LA IMAGEN EXTRAÍDA DE LA SUBCARPETA DE NOMBRE “CASO CALL CENTER IESS, RECAPT SE DEFIENDE, ECUADOR .MP4”, OBRANTE EN EL DISCO CD-R, EN EL TIEMPO, SEGÚN EL CONTADOR AUTOMÁTICO, 00:24 SEGUNDOS, DENOMINA COMO IMAGEN DUBITADA NO. 1 CON SIMBOLOGÍA FI-1, LA CUAL ES CONFRONTADA O COMPARADA, CON LA FOTOGRAFÍA, SIGNADA COMO FOTOGRAFÍA INDUBITADA, CON SIMBOLOGÍA FI, DEFINIENDO QUE VISUALMENTE SE APRECIAN RASGOS Y FRACCIONES SIMILARES EN LA RESOLUCIÓN, ENCUADRE Y FORMATO, EN LA FORMA DE LA

⁶⁹ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 9174 a 9176.

⁷⁰ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 9267 a 9279.



CARA ASI COMO DE LA ZONA DE LA FRENTE, CEJAS, OJOS, BOCA Y MENTÓN, PUNTUALIZANDO QUE LA IMAGEN Y FOTOGRAFÍA TIENEN SEMEJANZAS”

¹¹⁵¹ En virtud de lo expuesto, se constata que es el señor Fernando Colunga quien aparece en la entrevista como “Director Adjunto RECAPT”.

7.12. Documento emitido por Maritza Parra Ortega, Gerente General de SOLNET y anexos constantes en:

7.12.1 Acta de Junta General Extraordinaria de Accionistas de SOLNET de 14 de junio de 2011, firmada como fiel copia por parte de la secretaria de la junta⁷¹.

7.12.2 Nombramiento como Gerente de SOLNET de Fernando Colunga de 20 de junio de 2011⁷².

7.12.3 Acta de Junta General Extraordinaria de Accionistas de SOLNET de 06 de septiembre de 2011 firmada como fiel copia por parte de la secretaria de la junta⁷³.

7.12.4 Renuncia al cargo de Gerente de SOLNET de Fernando Colunga de 12 de septiembre de 2011⁷⁴.

¹¹⁵² Se verifica el tiempo en el cual el señor Fernando Colunga fue Gerente de SOLNET.

7.13. Documento electrónico de la Superintendencia de Compañías del Ecuador, con código S0000149717 de 28 de enero de 2015, 17:55:54 – 0600, donde consta como accionista del operador económico RECAPT el señor Fernando Colunga⁷⁵.

¹¹⁵³ Lo que reafirma que el señor Fernando Colunga fue accionista de RECAPT al 08 de agosto de 2013, el mismo que como se verificó en la prueba anterior fue gerente de SOLNET.

7.14. De la catalogada como la “prueba concluyente” por el operador económico CRONIX

¹¹⁵⁴ El operador económico CRONIX en varios escritos habla de un documento que denomina “prueba concluyente” así:

⁷¹ Véase fs. 9304.

⁷² Véase fs. 9305.

⁷³ Véase fs. 9306.

⁷⁴ Véase fs. 9307.

⁷⁵ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 8138



1. Primera entrega de la prueba concluyente: Adjunto hago entrega de oficio No. PE-2019-08-26-02 y adjuntos de 26 de agosto 2018, ingresado con trámite No. 141856 el 26 de agosto 2019, a las 09:44, que resume la reunión de trabajo realizada el 23 de agosto de 2019, con el señor Superintendente, el 23 de agosto de 2019 a las 10h00, y que se explica por sí mismo.

2. En los oficios que adjunta, señores comisionados de la CRPI, pueden verificar que la Prueba Concluyente de la corrupción IESS-RECAPT-SOLNET, fue entregada físicamente con oficio No. PE-2018-08-05-01, al señor SCPM a esa fecha, Christian Ruiz Hinojosa; oficio No. PE-2018-08-07-04, al presidente de la CRPI a esa fecha, Hernán Marcelo Ortega Rodríguez; con oficio No. PE-2018-08-07-08, al Independiente de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas a esa fecha, Marcelo Gustavo Blanco Dávila, y con otros oficios que adjuntamos a TODAS las autoridades de la SCPM.

3. Segunda entrega de la Prueba Concluyente: en escrito de Contestación a la apelación de RECAPT de 15 de mayo de 2019 en 77 páginas; y que adjuntamos por segunda vez, copia certificada de la prueba concluyente; y que esta mañana hemos revisado y consta a foja 183 en el expediente SCPM-DS-INJ-RA-011-2019.

*4. Tercera entrega de la Prueba Concluyente: nuevamente el 23 de agosto de 2019 en la reunión de trabajo con el señor SCPM, Dr. Marcelo Sylva, hice entrega por tercera vez de copia certificada de la Prueba Concluyente de la colusión IESS-RECAPT-SOLNET, que consta en oficio No. SERCOP-SDG-2018-0108-CF y Memorando SERCOP-2018-0150-M del 3 de abril de 2018 (...)*⁷⁶

¹¹²⁵ En reunión de trabajo de 27 de septiembre de 2019, el operador económico CRONIX entrega como sustento de sus afirmaciones la copia certificada de memorando Nro. SERCOP-CTIT-2018-0150-M.

⁷⁶ Escrito presentado por RECAPT el 27 de agosto de 2019.



Superintendencia
de Control del
Poder de Mercado



SERVICIO NACIONAL DE
CONTRATACIÓN PÚBLICA

Memorando Nro. SERCOP-CTIT-2018-0150-M

Quito, D.M., 03 de abril de 2018

Proveedor	Fecha Respuesta	Convalidación	Usuario	Ip Accede
RECAPT S.A.	2012-02-02 14:26:39	480899	recapt	200.24.212.2
SOLNET S.A.	2012-02-02 14:55:27	914047	SOLNET	200.24.212.2

Atentamente,

Documento firmado electrónicamente

Ing. Verónica Cecilia Buendía García

COORDINADORA TÉCNICA DE INNOVACIÓN TECNOLÓGICA

Referencias:

- SERCOP-DDCP-2018-0069-M

Anexos:

- image2018-03-28-113946.pdf

dr/ac

1126) La CRPI para valorar como prueba el memorando inmediatamente expuesto ha considerado lo siguiente:

- i. La providencia de 20 de diciembre de 2014 a las 14h00, emitida por la Intendencia de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, en la cual se dispuso abrir la fase de prueba por el término de sesenta (60) días⁷⁷.

⁷⁷ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 8073.



- ii. La providencia de 20 de marzo de 2015 a las 08h30, emitida por la Intendencia de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas que dio por concluida la fase probatoria⁷⁸.
- iii. Según se observa, dicho documento es de 03 de abril de 2018, fecha posterior al vencimiento del término de prueba.
- iv. De la revisión del expediente, en la etapa de prueba no consta el ingreso de un documento igual o similar con la mencionada información.
- v. De la revisión de las providencias expedidas entre el 20 de diciembre de 2014 y el 20 de marzo de 2015, no consta que se agregue como prueba un documento igual o similar con la mencionada información.

[127] Al observar las constantes afirmaciones y solicitudes realizadas por el operador económico **CRONIX**, la CRPI mediante memorando No. SCPM-CRPI-2019-323 de 19 de septiembre de 2019, solicita a la Intendencia Nacional Jurídica de la SCPM que remita informe que determine la realidad de cada una de las afirmaciones realizadas por el operador económico **CRONIX** y que fueron transcritas en los párrafos 5, 6 y 7 de la providencia junto con los respectivos respaldos.

[128] La Intendencia Nacional Jurídica de la SCPM mediante informe No. SCPM-DS-INJ-2019-038 de 24 de septiembre de 2019, en contestación a lo solicitado por la CRPI menciona:

"a. De la revisión de la contestación a la demanda, su complementación, sentencia de 19 de mayo de 2017 emitida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 19 de octubre de 2017 emitida por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia y las actuaciones procesales constantes en el sistema de consulta de causas judiciales eSATJE, (SIC) no se observa que los abogados de la SCPM dentro del proceso judicial No.17811-2-2016-01271 hayan presentado una "prueba concluyente"; teniendo en consideración, acorde lo analizado que en el supuesto de haberlo hecho, corresponde a los órganos jurisdiccionales el realizar la apreciación y valoración de los argumentos y de las pruebas presentadas por las partes;

b. Conforme se ha indicado, las audiencias de juicio y casación, así como las correspondientes sentencias, tanto del Tribunal Distrital Contencioso Administrativo como de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia fueron llevadas a cabo y emitidas en el año 2017, sin embargo la prueba concluyente a la que se refiere el señor Segundo Aníbal Carrera Arboleda obedece a actuaciones administrativas emitidas en el año 2018; y,

⁷⁸ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 9579.



(...)"

- 1129) Conforme lo determina el artículo 48 de la LORCPM, la carga de la prueba le corresponde a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, sin perjuicio de las pruebas aportadas por las partes del procedimiento administrativo.
- 1130) Para esto, la SCPM tiene la potestad de acceder, revisar, archivar, procesar y utilizar cualquier dato, que de modo exclusivo corresponda a la información y documentos pertinentes al proceso administrativo, respetando el derecho constitucional a la protección de esta información para las investigaciones, casos o resoluciones dentro de su competencia, de conformidad con la Constitución y la ley.
- 1131) El artículo 76 de la CN, establece el derecho al debido proceso, que se aplica no solo a los procesos judiciales sino también a los procedimientos administrativos. Este derecho es uno de los cimientos de los Estados de Derecho contemporáneos y que, sin lugar a duda, ocupa un lugar preponderante en la actividad de la SCPM y específicamente de la CRPI.
- 1132) El Artículo 76 de la Carta Magna sobre el debido proceso prescribe que:

"Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.

2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratado como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.

3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.

(...)

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:



a) Nadie podrá ser privada del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.

b) Cantar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.

c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.

d) Las procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.

(...)

h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.

(...)

k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.

l) Las resoluciones de las poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

(...)"

119) En virtud del artículo *ut supra* la Corte Nacional sobre el respeto al debido proceso, el derecho de contradicción y el derecho a la defensa ha manifestado:

"(...) Caben advertir las dimensiones del derecho de defensa: a) como derecho subjetivo, y b) como garantía del debido proceso. Respecto a la primera dimensión, se lo ve como un derecho fundamental que pertenece a todas las partes en el proceso, cuyas notas características son la "irrenunciabilidad" y la "inalienabilidad". En cuanto a su segunda dimensión, de carácter objetivo e institucional, la defensa constituye un verdadero requisito para la validez del proceso, siempre necesaria, aun al margen o por sobre la voluntad de la parte, para la validez del proceso. El derecho de defensa tutelado por el texto



*constitucional, en el Artículo antes citado, es aplicable desde el inicio del proceso y durante toda la sustanciación*⁷⁹.

- [134] Al confrontar la Norma Suprema y la jurisprudencia mencionada, concluimos que el debido proceso como garantía y derecho reconocido en la Constitución responde a su vez a los principios de legalidad, a actuar pruebas, de contradicción e incluye el derecho a la defensa⁸⁰ el cual garantiza a las partes el ser escuchado en el momento oportuno, en igualdad de condiciones.
- [135] Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, conforme el artículo 3 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM, en concordancia con el numeral 4 del artículo 76 de la Constitución de la República establece, que solamente la prueba pedida, ordenada y practicada conforme a los principios del debido proceso tendrá eficacia probatoria de los hechos materia de la investigación y para la resolución de la CRPI; caso contrario, no tendrán valor probatorio alguno.
- [136] Ahora bien, estas actuaciones las realiza el órgano de investigación y sustanciación, e incorporará las pruebas de las partes dentro del término de prueba establecido en el artículo 59 de la LORCPM, que será de sesenta (60) días prorrogables por hasta un término de treinta (30) días adicionales, a criterio de la autoridad.
- [137] Que, de la revisión de las piezas procesales la Intendencia de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas mediante providencia de 20 de diciembre de 2014 abre el término de prueba por 60 días, de tal manera que la prueba que haya sido agregada por las partes fuera de ese término no tendría valor alguno, por cuanto en el caso de que la CRPI considere pruebas presentadas fuera del término de prueba, afectaría los derechos y garantías de la parte contraria, vulnerando el debido proceso y el derecho a la seguridad jurídica, igualdad y de legitimidad.
- [138] Es así que, de la revisión del expediente no consta que dicho documento se encuentre dentro del tiempo de etapa de prueba, mas aún cuando el propio operador económico menciona en reiteradas ocasiones que él mismo fue quien incorporó el documento al expediente en agosto de 2018 (años después de concluir la etapa procesal para adjuntar prueba al expediente).
- [139] El mismo artículo 59 de la LORCPM establece que *“Una vez concluido el término de prueba, las partes podrán presentar alegatos en el término de diez (10) días.”*

⁷⁹ Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia. Expediente 319. RO. 400 de 21 de febrero de 2013.

⁸⁰ Agustín, G.: Acción Extraordinaria de Protección. En Pérez, J. (Cord.), *Viabilidad de las Garantías Jurisdiccionales*. Quito, Ecuador: 2012 Corporación de Estudios y Publicaciones. pp. 261-292.



- 1140) Los alegatos sirven a las partes para contradecir las pruebas que se presenten en su contra. En el caso de la supuesta “prueba concluyente”, al no encontrarse dentro de la etapa probatoria, le fue imposible a las otras partes pronunciarse y, por lo tanto contradecir dicho documento.
- 1141) Por las consideraciones expuestas, respetando los derechos y garantías al debido proceso y el derecho a la seguridad jurídica, igualdad y de legitimidad de las partes, le es imposible a la CRPI pronunciarse sobre la llamada “prueba concluyente”, en vista de que el documento no consta incorporado al proceso dentro de la etapa de prueba.

8. SOLICITUDES DE LAS PARTES

- 1142) La CRPI para garantizar los derechos al debido proceso y en especial el derecho a la defensa, ha revisado las siguientes peticiones realizadas por las partes:
- 1143) Escrito presentado por el operador económico **CRONIX** de 29 de julio de 2019, mediante el cual solicita la renuncia de los Comisionados de la CRPI, petición que la CRPI considera que es improcedente por cuanto los Comisionados a la fecha de la solicitud ya no se encuentran en funciones.
- 1144) Escrito presentado por el operador económico **CRONIX** de 30 de julio de 2019 mediante el cual solicita:
- i. Se incluya la llamada “prueba concluyente” en la colusión. Esta solicitud es atendida en el punto 7.14 de esta resolución.
 - ii. Se ratifique a **CRONIX** como empresa perjudicada. La solicitud es atendida en el punto 12.4 de esta resolución.
 - iii. Se notifique a la Fiscalía General del Estado y a la Contraloría General del Estado. Este requerimiento es atendido en el acápite CUARTO en la parte resolutive de esta resolución.
- 1145) Escrito presentado por el operador económico **CRONIX** de 30 de julio de 2019, mediante el cual solicita que los Comisionados anteriores sean destituidos. Peticion que la CRPI considera que es improcedente por cuanto los comisionados a la fecha de la solicitud ya no se encuentran en funciones.
- 1146) Escrito presentado por el operador económico **CRONIX** de 31 de julio de 2019, mediante el cual solicita se analice agravantes en la resolución de la CRPI. Dicho requerimiento es atendido en el punto 13.3.1.2 de la presente resolución.
- 1147) Escrito presentado por el operador económico **CRONIX** de 01 de agosto de 2019, mediante el cual solicita:



- i. Copia certificada de la llamada “prueba concluyente”. Esta solicitud es atendida en el punto 7.14 de esta resolución.
- ii. Copia certificada de las partes procesales del expediente SCPM-IIAPAMPAR-EXP2013-26

1148) Escrito presentado por el operador económico **CRONIX** de 12 de agosto de 2019, solicita:

- i. Que se cuente con los expedientes completos y que se ejecute el inciso final del artículo 71 del RLORCPM. Esta solicitud es atendida en la presente resolución.
- ii. Tomar en cuenta la llamada por el operador como la “prueba concluyente”. Esta solicitud es atendida en el punto 7.14 de esta resolución.
- iii. Que **CRONIX** sea considerado como perjudicado. La solicitud es atendida en el punto 12.4 de esta resolución.
- iv. Que se envíe la nueva resolución a la Fiscalía General del Estado en la investigación previa por peculado No.170101818022804. Esta solicitud es contestada en la parte resolutive.

1149) Escrito presentado por el operador económico **CRONIX** de 26 de agosto de 2019.

- i. Tomar en cuenta la llamada por el operador como la “prueba concluyente”. Esta solicitud es atendida en el punto 7.14 de esta resolución.
- ii. Que **CRONIX** sea considerado como perjudicado. La solicitud es atendida en el punto 12.4 de esta resolución.

1150) Escrito presentado por el operador económico **CRONIX** de 27 de agosto de 2019.

- i. Tomar en cuenta la llamada por el operador como la “prueba concluyente”. Esta solicitud es atendida en el punto 7.14 de esta resolución.
- ii. Que **CRONIX** sea considerado como perjudicado. La solicitud es atendida en el punto 12.4 de esta resolución.

1151) Escrito presentado por el operador económico **CRONIX** de 30 de agosto de 2019.

- i. Tomar en cuenta la llamada por el operador como la “prueba concluyente”. Esta solicitud es atendida en el punto 7.14 de esta resolución.
- ii. Que **CRONIX** sea considerado como perjudicado. La solicitud es atendida en el punto 12.4 de esta resolución.



1152) Escrito presentado por el operador económico **CRONIX** de 02 de septiembre de 2019.

- i. Tomar en cuenta la llamada por el operador como la “prueba concluyente”. Esta solicitud es atendida en el punto 7.14 de esta resolución.
- ii. Que **CRONIX** sea considerado como perjudicado. La solicitud es atendida en el punto 12.4 de esta resolución.

1153) Escrito presentado por el operador económico **RECAPT** de 24 de septiembre de 2019 en el cual solicita la aclaración y ampliación de providencia. Dicha solicitud ha sido contestada mediante providencia de 04 de octubre de 2019.

1154) La solicitud de 26 de septiembre de 2019 ya fue previamente atendida.

1155) Escrito presentado por el operador económico **CRONIX** de 30 de septiembre de 2019, en el cual solicita:

- i. Tomar en cuenta la llamada por el operador como la “prueba concluyente”. Esta solicitud es atendida en el punto 7.14 de esta resolución.
- ii. Que **CRONIX** sea considerado como perjudicado. La solicitud es atendida en el punto 12.4 de esta resolución.
- iii. Se tomen en cuenta como agravante la sentencia de nulidad del contrato IESS y RECAPT.

Al respecto la CRPI advierte que las agravantes establecidas en la parte resolutive de esta resolución están determinadas sobre la base de las pruebas que obran en el expediente.

- iv. Se notifique a instituciones públicas sobre este asunto. Este requerimiento es atendido en la parte resolutive de esta resolución.

1156) Escrito presentado por el operador económico **CRONIX** el 02 de octubre de 2019 en el que solicita:

- i. Tomar en cuenta la llamada por el operador como la “prueba concluyente”. Esta solicitud es atendida en el punto 7.14 de esta resolución.
- v. Se tomen en cuenta como agravante la sentencia de nulidad del contrato IESS y RECAPT.

Al respecto la CRPI advierte que las agravantes establecidas en la parte resolutive de esta resolución están determinadas sobre la base de las pruebas que obran en el expediente.



- ii. Medidas correctivas. La solicitud es atendida en la parte resolutive de esta resolución.

9. DE LOS FUNDAMENTOS DE HECHO DE LA RESOLUCIÓN

9.1. Denuncia

- ^[157] El señor Segundo Aníbal Carrera Arboleda el 1 de octubre de 2013, en calidad de presidente ejecutivo de **CRONIX**, interpone denuncia ante la SCPM por acuerdos anticompetitivos en contra de **SOLNET**, **RECAPT** y el **IESS** mencionando:

"El proceso pre contractual SIE-IESS-015-2011 de subasta inversa electrónica publicado en el 16 de septiembre de 2011 realizado por el IESS para la prestación del servicio de "Sistema Integral para la Gestión, Agendamiento e Interrelación en la Atención de Salud y Mejoramiento de los Servicios que Brinda el IESS a sus Usuarios": se presentaron seis empresas: SMARTBUSINESS SIA LTDA, CRONIX CIA LTDA, PROYECTING - TECSIBLE, EMERGIA - SCIFLO, RECAPT S.A. y SOLNET S.A.

De esta forma ante las denuncias realizadas la Contraloría General del Estado realizó el examen especial (el mismo que se adjunta a la presente) determinando similitudes y coincidencias en las ofertas de las dos únicas empresas calificadas (RECAPT y SOLNET) incluso en cada una de las ofertas de las dos empresas aparecen los nombres de RECAPT y SOLNET evidenciando que trabajaron conjuntamente en la elaboración de la oferta, así como también el personal que trabaja en la una empresa participó conjuntamente con la otra empresa sea ésta en la entrega de documentos, elaboración de la oferta y constante participación en el proceso pre contractual, demostrando que tienen un acuerdo con el usuario con este fin de favorecerse en el proceso de evaluación y calificación para obtener el contrato; adicionalmente de acuerdo a las dos ofertas presentadas las 2 empresas denunciadas no cumplieron los requisitos y debía ser descalificadas pero casualmente son las únicas habilitadas por el IESS para continuar el proceso de subasta inversa; así como también que durante el proceso precontractual se solicitó convalidaciones a 4 empresas excluyendo a SMARTBUSINESS CIA LTDA y a CRONIX CIA LTDA cuando varios de los formularios presentados por RECAPT S.A. no cumplieron; solicitándoles convalidaciones sin notificar al resto de los oferentes y a Cronix Cia. Ltda, florando el artículo 23 del Reglamento de la LOSNCP."

9.2. Aclaración a la denuncia

- ^[158] Mediante aclaración de 10 de octubre de 2013, el denunciante menciona que las conductas anticompetitivas son las determinadas en los numerales 1, 6, 15 y 21 del artículo 11 de la LORCPM.



1159) En vista de que se consideró que la denuncia cumplió con los requisitos establecidos en el artículo 54 de la LORCPM, se calificó la denuncia, avocó conocimiento y abrió el expediente terminando así la fase de barrido e iniciando la fase dos (2) denominada de investigación preliminar.

9.3. Explicaciones de RECAPT

1160) Una vez que se corrió traslado al presunto responsable con la denuncia, el 5 de noviembre de 2013, RECAPT presentó explicaciones mencionado:

"RECHAZO INTEGRAMENTE los fundamentos de hecho y derecho en la denuncia presentada por SEGUNDO ANIBAL CARRERA ARBOLEDA, quien ha montado una verdadera persecución en contra de mi representada, por el simple hecho de que, creyéndose dueño del de servicio de call center el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, fue descalificado dentro de un proceso de Subasta Inversa en el que RECAPT RECUPERACIÓN DE CAPITAL CONTACT CENTER S.A., participó de forma lícita, legítima como transparente e independiente"

9.4. Investigación formal

1161) Mediante providencia de 20 de noviembre de 2013 la IIAPMAPR inicia la investigación dentro del expediente No. SCPM-2013-026, "par existir presunciones del existencia de acuerdos y prácticas restrictivas conforme lo establecido en los numerales 6 y 21 del artículo 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y 62 de su Reglamento de Aplicación".

9.5. Informe de resultados

1162) Mediante providencia de 21 de noviembre de 2014 la IIAPMAPR corre traslado a los operadores económicos SOLNET, RECAPT e IESS con el informe de resultados para excepciones.

9.6. De la prueba

1163) Con la contestación y excepciones, se continuó con la etapa de prueba, para lo cual mediante providencia de 20 de diciembre de 2014 a las 14h00, emitida por la Intendencia de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, se dispuso abrir la etapa de prueba por el término de sesenta (60) días⁸¹.

1164) Una vez concluido el término probatorio, la Intendencia emitió el Informe Final de sustanciación que fue remitido junto con el expediente original a la CRPI, iniciándose la fase cinco (5) denominada de Resolución.

⁸¹ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 8073.



[165] La CRPI desde la recepción del Informe Final de sustanciación y el expediente original, mediante providencia avocó conocimiento y corrió traslado a las partes.

9.7. Alegatos

[166] Las partes presentaron alegatos en el siguiente orden:

- i. Alegatos del operador económico **CRONIX** presentado mediante escrito de 11 de mayo de 2015 a las 15h27.
- ii. Alegatos operador económico **RECAPT** presentado mediante escrito de 15 de mayo de 2015 a las 15h57.

9.8. Resolución CRPI de 07 de septiembre de 2015

[167] El 07 de septiembre de 2015 la CRPI resolvió:

" (...)

Imponer al operador económico RECAPT RECUPERACIÓN DE CAPITAL CONTACT CENTER S.A., la multa sancionadora de DOS MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y CUETRO MIL DOSCIENTOS SESENTA Y CINCO MIL DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON TREINTA Y DOS CENTAVOS (US\$ 2.334.263,32) por cuanto se comprobó, en el presente procedimiento administrativo, que adecuó su conducta a la interacción establecida en el numeral 6 del artículo 11 de la LORCPM, falseando Iris torsional de la competencia en la presentación de ofertas Y en la etapa de puja del procedimiento de contratación pública SIE-IESS-015-2011.

(...)"

9.9. Apelación

[168] El 6 de octubre de 2015 se interpone recurso de apelación.

[169] El 15 de enero de 2016 el Superintendente de Control del Poder de Mercado resuelve el recurso de apelación interpuesto.

[170] **RECAPT** interpone demanda en el marco de recurso de plena jurisdicción o subjetivo ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha, en contra de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado impugnando el acto administrativo contenido en la resolución de 15 de enero de 2016, suscrita por el Superintendente de Control del Poder de Mercado, que rechazó el recurso de apelación.



9.10. Demanda en el marco del recurso de plena jurisdicción o subjetivo

[171] El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha, resuelve la demanda en el marco del recurso de plena jurisdicción o subjetivo.

[172] La Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo resuelve:

"acepta los recursos de casación de la Procuraduría General del Estado y de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, Por el caso dos del artículo 268 del código orgánico general de procesos; y el de Capital Contact Center REXAPT S.A. Por el caso cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, por Errónea Interpretación el artículo 11 numeral 6 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Y por lo tanto se casa la sentencia expedida el 19 de mayo del 2017, 10h43, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito: dejándose a salvo el derecho de la Superintendencia para impaner la multa respectiva siempre y cuando exista mérito para ello, analizando el tema nuevamente conforme la regla es la razón"

9.11. Informe No. SCPM-INICAPMAPR-DNICAPR-009-2018

[173] Mediante el informe No. SCPM-INICAPMAPR-DNICAPR-009-2018 de 22 de agosto de 2018, la INICAPMAPR menciona:

"acordé el análisis realizado se puede colegir lo siguiente:

1. Una vez que se ha revisado y analizado de información que consta en el expediente SCPM-IAPMAPR-EXP-2013-026, Y toda vez que la Corte Nacional de Justicia ha ratificado la infracción a lo establecida en el artículo 11 numeral seis de la LORCPM, se ha procedido a rectangular el importe de la multa tomando en cuenta para ella la "regla de la razón". El nuevo cálculo se lo realiza con la metodología de la resolución No. 12 de la junta de regulación de la Ley orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, que si bien al momento de distracción no se encontraba vigente, el día de hoy permite realizar el cálculo tomando en cuenta la afectación al mercado relevante por parte del operador económico.

(...)"

9.12. Resolución de la CRPI de 01 de abril de 2019

[174] La CRPI mediante resolución de 01 de abril de 2019 resuelve:



"1. *ACOGER* parcialmente el informe No. SCPM-IIAPMAPR-054-2015 de 09 de abril de 2015, suscrito por el doctor Wagner Mantilla Cartés, Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, que es lo principal el análisis, conclusiones y recomendaciones determinan que: los operadores económicos SOLNET S.A., y RECAPT RECUPERACION DE CAPITAL CONTACT CENTER S.A., en calidad de personas jurídicas, han adecuado su conducta a la establecido en el numeral 6 del artículo 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado, paseando la competencia en la presentación de ofertas y tienen tapa de puja del proceso de contratación pública No. SIE-IESS-015-2011; y, consecuentemente incurriendo tengo una infracción muy grave descrita literal a) numeral 3 del artículo 78 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado.

(...)"

9.13. Recurso de apelación de 25 de abril de 2019

[175] El 25 de abril de 2019, el operador económico RECAPT interpuso recurso de apelación ante el Superintendente de Control del Poder de Mercado.

[176] Mediante resolución de 05 de julio de 2019, el Superintendente de Control del Poder de Mercado resuelve:

"**PRIMERO.- DECLARAR** de oficio la nulidad de la Resolución de 1 de abril de 2019 a las 09h30, suscrita por los miembros de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, cuando sea evidenciada que la misma posee un vicio insubsanable de motivación al haber sido emitida sin contar con los expedientes integros de investigación y sanción Nos. SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026 y SCPM-CRPI-2015-019, respectivamente.- **SEGUNDO.- ACEPTAR** parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el operador económico RECAPT S.A. respecto de que se deje sin efecto el ucto administrativo contenido en la resolución de fecha 01 de abril de 2019 emitidas por la Comisión de Resolución de Primera Instancia (CRPI); se **NIEGAN** por improcedentes las pretensiones de que se declare que RECAPT y SOLNET no incurrieron en conducta ilegal alguna durante el proceso de contratación No. SIE-IESS-015-2011; y, que se declare la nulidad desde el inicio de procedimiento administrativo.- **TERCERO.- DISPONER** a la Comisión de Resolución de Primera Instancia (CRPI) en el plazo de noventa (90) 10 emita resolución correspondiente en la la observanci de la sentencia de 19 de octubre de 2017 expedida por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativa de la Corte Nacional de Justicia, para lo cual deberá contar con los expedientes integros E investigación y resolución Nos. SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026 y SCPM-CRPI-2015-019, respectivamente, que reposan en la Secretaría General de la SCPM.- (...)"



10. DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA RESOLUCIÓN, INCLUIDA LA NORMATIVA INTERNA DE LA SCPM

(177) En el presente acápite la CRPI establecerá el conjunto de normas que servirán de base para la calificación jurídica de los hechos, y como efecto, para la adopción de la resolución.

10.1. La Constitución de la República del Ecuador

"Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

- 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.*
- 2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.*
- 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.*
- 4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.*
- 5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior u la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.*
- 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.*
- 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:*
 - a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.*
 - b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.*



- c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.
- d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.
- e) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor pública, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.
- f) Ser asistida gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento. g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada u abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor.
- g) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.
- h) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.
- i) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez u autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.
- j) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.
- l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallas que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.
- m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.¹¹⁷⁸¹

¹¹⁷⁸¹ El artículo 76 de la CN, establece el derecho al debido proceso, que se aplica no solo a los procesos judiciales sino a los procedimientos administrativos. Este derecho es uno de los



cimientos de los Estados de Derecho contemporáneos y que, sin lugar a duda, ocupa un lugar preponderante en la actividad de la SCPM y específicamente de la CRPI.

- [179] Los artículos 213, 235 y 236 de la CN determinan las facultades de las Superintendencias como órganos de control y regulación en actividades económicas, y en el caso de perjuicios a los derechos económicos como órganos facultados para sancionar en casos en los cuales se distorsione o restrinja la libre y leal competencia, buscando la transparencia y eficiencia en los mercados.

"Art. 213.- Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano. Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley.

(...)"

"Art. 335.- El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos.

El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal."

"Art. 336.- El Estado impulsará y velará por el comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, que minimice las distorsiones de la intermediación y promueva la sustentabilidad.

El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley."

- [180] Los artículos transcritos establecen las bases constitucionales para la actuación de la SCPM; indican el fundamento de su función de vigilancia y control, así como de su facultad sancionadora.

10.2. Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado (LORCPM).



- [181] La normativa ecuatoriana en materia de libre y leal competencia busca evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar las prácticas anticompetitivas en las que los operadores económicos puedan incurrir, en aras de conseguir la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general de los consumidores y usuarios.

“Art. 1.- Objeto.- El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado: la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible.”

Art. 2.- Ámbito.- Están sometidos a las disposiciones de la presente Ley todos los operadores económicos, sean 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 uctas, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional.

Las conductas o actuaciones en que incurriere un operador económico serán imputables a él y al operador que la controla, cuando el compartamiento del primero ha sido determinada por el segundo.

La presente ley incluye la regulación de las distorsiones de mercado originadas en restricciones geográficas y logísticas, así como también aquellas que resultan de las asimetrías productivas entre los operadores económicos.”

- [182] Las normas transcritas establecen el objeto y el ámbito de la LORCPM y, por lo tanto, el límite de actuación de la SCPM. El caso bajo estudio encaja dentro de dicho marco de acción.

- [183] El Artículo 3 de la LORCPM concibe la primacía de la realidad como:

“Art. 3.- Primacía de la realidad.- Para la aplicación de esta Ley la autoridad administrativa determinará la naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a su realidad y efecto económico. La forma de los actos jurídicos utilizadas por los operadores económicos no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos.”



La costumbre o la costumbre mercantil no podrán ser invocadas o aplicadas para exonerar o eximir las conductas contrarias a esta Ley a la responsabilidad del operador económico.”

1184) El principio de primacía de la realidad es muy importante para determinar si estamos frente de un acuerdo y práctica prohibida. Para el caso particular será un parámetro esencial para establecer si la conducta ejecutada por los operadores **SOLNET** y **RECAPT** es sancionable de conformidad con los parámetros establecidos por la Corte Nacional de Justicia que resolvió el recurso de casación.

“Art. 11.- Acuerdos y prácticas prohibidas.- Están prohibidas y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, a práctica concertada a conscientemente paralela, y en general todas las actas o conductas realizadas por dos o más operadores económicas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general.

En particular, las siguientes conductas, constituyen acuerdos y prácticas prohibidas:

(...)

6. Los actos u omisiones, acuerdos o prácticas concertadas y en general todas las conductas de proveedores u aferentes, cualquiera sea la forma que adapten, cuya abjeia a efecta sea impedir, restringir, falsear a distorsionar la competencia, ya sea en la presentación de ofertas y posturas a búsqueda asegurar el resultado en beneficia propio o de otro proveedor u aferente, 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 privadas abiertos al público.”

1185) La norma transcrita establece la conducta que delimita el asunto jurídico a resolver en el presente procedimiento. La CRPI debe resolver sobre si el acuerdo realizado por los operadores económicos **RECAPT** y **SOLNET** encaja en los supuestos de hecho establecidos normativamente, a saber:

- i. Acuerdo entre oferentes para la presentación de ofertas en el marco de un proceso de contratación. (conducta ya probada, como se muestra en la presente resolución).
- ii. Que por “objeto” o por “efecto” impidió, restringió, falseó o distorsionó la competencia.
- iii. Para asegurar un beneficio propio.



[186] Los anteriores parámetros serán analizados al detalle en el acápite denominado “calificación jurídica de los hechos”.

[187] El Artículo 12 de la LORCPM prescribe de manera textual:

“Art. 12.- Exenciones a la prohibición.- Están exentos de la prohibición contenida en el artículo anterior los acuerdos que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria autorización previa, siempre y cuando se cumplan todas las siguientes condiciones:

a. Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas;

b. No impongan restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos; y,

c. No otorguen a los operadores económicos la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

La Superintendencia de Control del Poder de Mercado examinará permanentemente los actos y las conductas de operadores económicos que se acojan a la exención establecida en este artículo, y evaluará que cumplan con las condiciones que justifican su implementación. Si, de oficio o previa denuncia, la Superintendencia comprobare que uno o varios actos o conductas implementadas con arreglo a la exención establecida en virtud de este artículo no cumple con cualquiera de las condiciones establecidas en el inciso anterior, o se aplican de manera abusiva o son contrarios al objeto de esta Ley, mediante resolución, dispondrá la cesación correspondiente, sin perjuicio de la aplicación de medidas preventivas, correctivas y sanciones de conformidad con la presente Ley.”

[188] La norma transcrita establece el régimen excepcional para la prohibición del artículo 11 de la LORCPM. Indica que quedan exentos de la prohibición los acuerdos pro competitivos que cumplan ciertas condiciones. La excepción se aplica si el operador económico acusado manifiesta que se acoge a dicha excepción y prueba los efectos pro competitivos de su conducta.

[189] Esta norma es importante para entender la correcta aplicación del numeral 6 del artículo 11 de la LORCPM, tal y como se establecerá en el acápite denominado “calificación jurídica de los hechos”.

Los Artículos 71 y 72 *ibidem* manifiestan la posibilidad que tienen los administrados de acudir a la jurisdicción tanto civil como penal en el caso de sentirse perjudicados por la



comisión de actos o conductas prohibidas por las leyes que regulan la competencia, y así ejercer su derecho de acción como derecho subjetivo, quedando claro que la competencia de la CRPI se limita a establecer la afectación al mercado en general.

"Art. 71.- Responsabilidad civil.- Las personas naturales o jurídicas que hubieren sufrido perjuicio por la comisión de actos o conductas prohibidas por esta Ley, podrán ejercer la acción de resarcimiento de daños y perjuicios conforme las normas del derecho común. La acción de indemnización de daños y perjuicios será tramitada en vía verbal sumaria, ante el juez de lo civil y de conformidad con las reglas generales y prescribirá en cinco años contados desde la ejecutoria de la resolución que impuso la respectiva sanción."

"Art. 72.- Responsabilidad penal.- Cuando la Superintendencia de Control del Poder de Mercado encontrare indicios de responsabilidad penal, notificará y enviará una copia del expediente a la Fiscalía General del Estado, para que se inicien las investigaciones y acciones correspondientes, sin perjuicio de las sanciones administrativas que puedan imponerse en virtud de esta Ley."

[190] Las normas transcritas establecen la relación entre las atribuciones de la SCPM y las jurisdicciones civil y penal, así como el límite entre las competencias de la SCPM y las competencias de los jueces civiles y penales.

[191] Los Artículos 77, 78, 79, 80, 81 y 82 a su vez establecen:

"Art. 77.- Sujetos infractores.- Serán sujetos infractores las personas naturales o jurídicas que incurran en las prohibiciones o ejecuten las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en esta Ley.

(...)"

"Art. 78.- Infracciones.- Las infracciones establecidas en la presente Ley se clasifican en leves, graves y muy graves.

1. Son infracciones leves:

- a. Haber presentado a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado la notificación de la concentración económica fuera de los plazos previstos en el artículo 16.*
- b. No haber notificado una concentración requerida de oficio por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado según lo previsto en el artículo 16.*
- c. No haber cumplido con las medidas correctivas dispuestas en virtud de los artículos 73 y siguientes de esta Ley.*



- d. *Incumplir o contravenir lo establecido en una resolución de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.*
- e. *Incurrirán en infracción leve las autoridades administrativas o cualquier otro funcionario que hubiere admitido o concedido recursos administrativos, que se formulen con el ánimo de o que tengan como resultado el impedir, restringir, falsear, o distorsionar la competencia, o retrasar o impedir la aplicación de las normas previstas en esta Ley.*
- f. *No haberse sometido a una inspección ordenada de acuerdo con lo establecida en esta Ley.* g. *Incurrirá en infracción leve quien presentare una denuncia falsa, utilizando datos o documentos falsos, con el propósito de causar daño a la competencia, sin perjuicio de las demás acciones civiles y penales que correspondan.*
- h. *La obstrucción por cualquier medio de la labor de inspección de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.*
2. *Son infracciones graves:*
- a. *El desarrollo de conductas colusorias en los términos previstos en el artículo 11 de esta Ley, cuando las mismas consistan en carteles u otras acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas u operadores económicos que no sean competidores entre sí, reales o potenciales.*
- b. *El abuso de poder de mercado tipificado en el artículo 9 que no tenga la consideración de muy grave.*
- c. *El falseamiento del régimen de competencia mediante prácticas antis desleales en los términos establecidas en el artículo 27 de esta Ley.*
- d. *La ejecución de una operación de concentración sujeta a control, antes de haber sido notificada a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado; o antes de que haya sido autorizada de conformidad con lo previsto en esta Ley.*
- e. *La utilización infundada, deliberada y reincidente de incidentes legales o judiciales, o recursos administrativos, que impidan, restrinjan, falseen, o distorsionen la competencia, o retrasen o impidan la aplicación de las normas previstas en esta Ley.*
- f. *No haber cumplida con las medidas correctivas dispuestas en virtud de esta Ley, tratándose de abuso de poder de mercado o acuerdos y prácticas restrictivas.*



- g. No haber cumplido con los compromisos adquiridos de conformidad con esta Ley.*
- h. Suministrar a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado información engañosa o falsa.*
- 3. Son infracciones muy graves:**
- a. El desarrollo de conductas colusorias tipificadas en el artículo 11 de esta Ley que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas u operadores económicos competidores entre sí, reales o potenciales.*
- b. El abuso de poder de mercado tipificado en el artículo 9 de esta Ley cuando el mismo sea cometido por una o más empresas u operadores económicos que produzca efectos altamente nocivos para el mercado y las consumidoras o que tengan una cuota de mercado próxima al monopolio o disfrute de derechos especiales o exclusivos.*
- c. La ejecución de actos o contratos efectuados por el operador económico resultante de una operación de concentración sujeta a control, antes de haber sido notificada a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado; o antes de que haya sido autorizada de conformidad con lo previsto en esta ley.*
- d. Incumplir o contravenir lo establecido en una resolución de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, tanto en materia de abuso de poder de mercado, conductas anticompetitivas y de control de concentraciones.*

Las infracciones graves y muy graves se juzgarán independientemente de que puedan constituir conductas tipificadas y sancionadas en la Ley Penal y ser objeto de la correspondiente acción por parte de la Función Judicial.”

“Art. 79.- Sanciones.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado impondrá a las empresas u operadores económicos, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellos que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley, las siguientes sanciones:

- a. Las infracciones leves con multa de hasta el 8% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.*



- b. Las infracciones graves con multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.*
- c. Las infracciones muy graves con multa de hasta el 12% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa.*

El volumen de negocios total de las asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas u operador económico se determinará tomando en consideración el volumen de negocios de sus miembros.

Además de la sanción prevista en el apartado anterior, cuando el infractor sea una persona jurídica y haya incurrido en infracciones muy graves, se podrá imponer una multa de hasta 500 Remuneraciones Básicas Unificadas a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión, según el grado de intervención o participación de dichos representantes o directivos en la determinación o ejecución de la práctica o conducta infractora.

Quedan excluidas de la sanción aquellas personas que, formando parte de los órganos colegiados de administración, no hubieran asistido a las reuniones o hubieran votado en contra o salvado su voto.

En caso de que no sea posible delimitar el volumen de negocios a que se refieren las literales a), b) y c) del primer inciso del presente artículo, las infracciones tipificadas en la presente Ley serán sancionadas en los términos siguientes:

- 1. Las infracciones leves con multa entre 50 a 2.000 Remuneraciones Básicas Unificadas.*
- 2. Las infracciones graves con multa entre 2.001 a 40.000 Remuneraciones Básicas Unificadas.*
- 3. Las infracciones muy graves con multa de más de 40.000 Remuneraciones Básicas Unificadas.*

La reincidencia se considerará circunstancia agravante, por lo que la sanción aplicable no deberá ser menor que la sanción precedente. La Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá imponer las multas de manera sucesiva e ilimitadamente en caso de reincidencia. En ese caso los umbrales del 8%, 10% y 12% del volumen de negocios total del infractor, relativos a todas sus actividades económicas correspondientes al ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa, establecidas en los literales a, b y c precedentes, no serán aplicables.



De igual manera, si la Superintendencia determinare que los beneficios obtenidos como resultado de una conducta contraria a las disposiciones de la presente Ley son superiores a los umbrales del 8%, 10% y 12% del volumen de negocios total del infractor, o a los montos previstos en los números 1, 2 y 3 de este artículo, sancionará al infractor con un monto idéntica al de dichas beneficios, sin perjuicio de su facultad para sancionar la reincidencia establecida en el inciso precedente.

Quien no suministrare a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado la información requerida por ésta o hubiere suministrado información incompleta o incorrecta, será sancionado con una multa de hasta 500 Remuneraciones Básicas Unificadas.

La Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá ordenar desinvertir, dividir o escindir en los casos en los que determine que es el único camino para restablecer la competencia."

"Art. 80.- Criterios para la determinación del importe de las sanciones.- El importe de las sanciones se fijará atendiendo, entre otros, a los siguientes criterios:

- a. La dimensión y características del mercado afectado por la infracción.*
- b. La cuota de mercado del operador u operadores económicos responsables.*
- c. El alcance de la infracción.*
- d. La duración de la infracción.*
- e. El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarias o sobre otros operadores económicos.*
- f. Los beneficios obtenidos como consecuencia de la infracción.*
- g. Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurren en relación con cada una de las empresas u operadores económicos responsables."*

"Art. 81.- Circunstancias Agravantes.- Para fijar el importe de las sanciones se tendrán en cuenta además, entre otras, las siguientes circunstancias agravantes:

- a. La comisión reiterado de infracciones tipificadas en la presente Ley.*
- b. La posición de responsable o instigador de la infracción.*



- c. La adaptación de medidas para imponer o garantizar el cumplimiento de las conductas ilícitas.
- d. La falta de colaboración u obstrucción de la labor inspectora, sin perjuicio de la posible consideración como infracción independiente, según lo previsto en el artículo 78 numeral 1, literal g.

Art. 82.- Circunstancias Atenuantes.- Para fijar el importe de la sanción se tendrán en cuenta además, entre otras, las siguientes circunstancias atenuantes:

- a. La realización de actuaciones que pongan fin a la infracción.
- b. La no aplicación efectiva de las conductas prohibidas.
- c. La realización de actuaciones tendientes a reparar el daño causado.
- d. La colaboración activa y efectiva con la Superintendencia de Control del Poder de Mercado llevada a cabo fuera de los supuestos de exención y de reducción del importe de la multa regulados en los artículos 83 y 84 de esta Ley.”

[192] Las normas transcritas regulan los parámetros para aplicar las sanciones, especialmente en relación con la calificación de la infracción, el cálculo de la multa, y la imposición de agravantes y atenuantes. Este conjunto normativo será aplicado al caso concreto al revisar la infracción y la responsabilidad que corresponda a sus autores, las circunstancias agravantes y atenuantes concurrentes y la decisión sobre la aplicación e importe de la multa.

10.3. Reglamento para la Aplicación a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (RLORCPM)

[193] Los artículos 4, 8 y 10 del RLORCPM ayudan a entender de mejor manera los parámetros de aplicación de la conducta prevista en el numeral 6 del artículo 11 de la LORCPM, así como del régimen de excepción que plantea el artículo 12 de la misma ley. Como ya se advirtió, esto será tratado en el acápite denominado “calificación jurídica de los hechos”.

“Art. 4.- Criterio general de evaluación.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, para determinar el carácter restrictivo de las conductas y actuaciones de los operadores económicos, analizará su comportamiento caso por caso, evaluando si tales conductas y actuaciones, tienen por objeto o efecto, actual o potencialmente, impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o atentur contra la eficiencia económica, el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios.”

“Art. 8.- Presunción de práctica restrictiva.- Se presumirá que tienen por objeto impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, que afectan negativamente a la eficiencia económica y al bienestar general, todo acuerdo,



decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, y en general cualquier acto o conducta realizados por dos o más operadores económicos, competidores, reales o potenciales, que directa o indirectamente:

(...)

4. También están sujetas a la presunción establecida en este artículo las actos u omisiones, acuerdos o prácticas concertadas y en general todas las conductas de proveedores u aferentes, cualquiera sea la forma que adopten, ya sea en la presentación de ofertas y posturas a buscando asegurar el resultado en beneficio propio o de otra proveedor u aferente, 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 privadas abiertas al público."

"Art. 10.- Exención.- A efectos de la aplicación de la exención establecida en el artículo 12 de la Ley, se estará a las siguientes reglas:

1. Los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas contemplados en el artículo 11 de la Ley que no cumplan las condiciones del artículo 12 de la misma están prohibidos y serán sancionados de acuerdo con la Ley.

2. Los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas contempladas en el artículo 11 de la Ley que reúnan las condiciones del artículo 12 de la misma no están prohibidos, sin que sea necesaria autorización previa alguna a tal efecto.

3. En todos los procedimientos de investigación y sanción el a los operadores económicas que invoquen ser beneficiarios de la exención establecida en el artículo 12 de la Ley deberán aportar la prueba de que se cumplen las condiciones previstas en dicho artículo."

[194] El artículo 42 del RLORCPM nos indica que la Junta de Regulación establecerá la metodología a utilizar para calcular el importe de la multa en el presente asunto. Esto será analizado en la decisión sobre la aplicación e importe de la multa.

[195] Se determinará qué metodología se aplicará, de conformidad con el principio de favorabilidad establecido en la CN y en el Código Orgánico Administrativo. Para esto se calculará la multa aplicando la metodología vigente para la época de la infracción y la metodología actual (Resolución No. 12 publicada en el registro oficial No. 887 de 22 de noviembre 2016), expedida por la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, con el objetivo de determinar cuál resultado es más favorable para el infractor.



"Art. 42.- Atribuciones de la Junta de Regulación.- La Junta de Regulación, aquí en adelante la Junta, tendrá las siguientes facultades:

(...)

k) Establecer la metodología para el cálculo del importe de multas y aplicación de los compromisos de cese;

(...)"

10.4. Código Orgánico Administrativo (COA)

[196] El Artículo 30 del COA establece el efecto retroactivo de las disposiciones sancionadoras cuando resulten favorables, lo que es concordante con el principio constitucional de la favorabilidad plasmado en el numeral 5 del artículo 76 de la CN.

*"Art. 30.- Principio de irretroactividad. Los hechos que constituyan infracción administrativa serán sancionados de conformidad con la previsto en las disposiciones vigentes en el momento de producirse.
Las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor."*

11. LA IDENTIFICACIÓN DE LAS NORMAS O PRINCIPIOS VIOLADOS Y LOS RESPONSABLES

[197] La conducta realizada por el operador **RECAPT** vulneró el numeral 6 del artículo 11 de la LORCPM, tal y como se explicará en el acápite denominada "calificación jurídica de los hechos".

12. LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS

12.1. Reglas para establecer la sancionabilidad de las conductas. Aplicación al caso concreto.

[198] Teniendo en cuenta que la colusión entre los operadores **RECAPT** y **SOLNET** ya fue probada, le corresponde a la CRPI determinar si dicha conducta es sancionable de conformidad con la regla de la razón, tal y como lo dispuso la Corte Nacional de Justicia en la Sentencia de Casación expedida en el Juicio Especial No 17811201601271, a saber:

"(...)

DÉCIMOTERCERO.- Por lo que, cuando la Superintendencia sanciona a un operador económico por este numeral mencionada, como se ha dado en el presente caso por fultear o distorsionar la competencia, entonces debe aplicar la regla de la razón que exige que se compruebe que los operadores económicos



han perjudicado u su competencia o al consumidor o al mercado, en el mercado relevante que la propia Superintendencia haya determinado en cada caso concreto; debiendo además graduarse la sanción en forma proporcional, pues no es lo mismo impedir la competencia, que resringirla, o falsearla o distorsionarla, siendo evidentemente lo primero, lo más grave. Por toda la anterior, y sin que sea necesario ya más análisis, este Tribunal de Casación, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA: acepta los recursos de casación de la Procuraduría General del Estado, y de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, por el caso das del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos; y el de Capital Contact Center PERCAPT S.A. por el caso cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, por errónea interpretación del artículo 11 numeral 6 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Y por la tanta se casa la sentencia expedida el 19 de mayo de 2017, 10h43, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Distrito Metropolitano de Quito; dejándose a salvo el derecho de la Superintendencia para imponer la multa respectiva siempre y cuando exista mérito para ello, analizando el tema nuevamente conforme la regla de la razón (...)"

- [199] En relación con lo anterior, la CRPI hará la distinción entre las reglas *Per Se* y de la razón, para posteriormente aplicarla al caso concreto y en el contexto de la normativa ecuatoriana sobre libre competencia.
- [200] Lo primero que observa la CRPI es que las mencionadas reglas o esquemas de análisis son producto de la evolución jurisprudencial que se ha desarrollado en los Estados Unidos de América (en adelante "EE.UU.")⁸², lo que implica que para sistemas de derecho legislado como el ecuatoriano, su aplicación debe hacerse sin desfigurar ni alterar el sistema jurídico local.

⁸² Sobre esto se puede ver: BORK, Robert H. *LA REGLA DE LA RAZÓN Y EL CONCEPTO PER SE: LA FIJACIÓN DE PRECIOS Y EL REPARTO DE MERCADOS*. *Revista de Derechos, Themis*, número 47. Año 2003. Consultado el 19/09/19 en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=399258>.

También se puede ver: KOVACIC, William y SHAPIRO, Carl. *ANTITRUST POLICY: A CENTURY OF ECONOMIC AND LEGAL THINKING*. *Journal of Economic Perspectives—Volume 14, Number 1—Winter 2000—Pages 43–60*. Consultado el 18/09/19 en <https://econtent.haas.berkeley.edu/shapiro:century.pdf>. Indican lo siguiente:

"This article follows the evolution of thinking about competition since 1890 as reflected by major antitrust decisions and research in industrial organization. We divide the U.S. antitrust experience into five periods and discuss each period's legal trends and economic thinking in three core areas of antitrust: cartels, cooperation, or other interactions among independent firms; abusive conduct by dominant firms; and mergers."



12.1.1 La Regla *Per se*.

- [201] Es un esquema de análisis para establecer si una conducta es sancionable por el derecho de la competencia, basándose en parámetros fijos y objetivos. Por lo general, bajo un conjunto de conductas que se consideran por sí mismas o manifiestamente anticompetitivas, las oficinas de competencia no deben realizar ningún análisis adicional, ya que la naturaleza de la conducta en sí misma marca la afectación⁸³. En otras palabras, las oficinas de competencia, bajo este escenario, no gastarían tiempo ni recursos haciendo análisis sobre si una determinada conducta es anticompetitiva, sino simplemente la reconocerían *a priori* como ilegal al estar demostrados los elementos de esta.⁸⁴ En materia probatoria se produciría lo que se conoce como la presunción de derecho, o aquella que no admite prueba en contrario.
- [202] En este sentido, la Comisión Federal de Comercio y el Departamento de Justicia de EE. UU., manifiesta lo siguiente al hablar de la regla *Per Se*:

“La Corte Suprema utiliza dos tipos de análisis para determinar la legalidad de un acuerdo entre competidores: la regla per se y de la razón. Como ciertos tipos de acuerdos son perjudiciales para la competencia y no tienen un beneficio pro

⁸³ Citando a la Corte Suprema de los Estados Unidos, El Centro de Regulación y Competencia, Universidad de Chile Facultad de Derecho, en “Informe en Derecho, Prueba de la Colusión”, Págs. 21 -22, consultado el 20/09/19 en:

http://www.derecho.uchile.cl/g/download.jsp?document=135229&property=attachment&index_1&content_application=pdf, afirmo lo siguiente:

“(—)

41. El significado de la regla *per se* es relativamente simple: tratándose de conductas que *a priori* se sabe son manifiestamente unicompetitivas —como lo es la colusión, “el mal supremo de la libre competencia”⁶⁹—, los tribunales están autorizados a condenar a quienes incurran en las mismas sin necesidad que el demandante realice un completo análisis de mercado relevante y efecto anticompetitivo, y restringiendo la facultad del demandado de invocar defensas de eficiencia⁷⁰. Según la Corte Suprema norteamericana:

[Per se corresponde] a aquella categoría de acuerdos o prácticas que, debido a sus perniciosos efectos para la competencia y a la falta de virtudes que los justifiquen, son presumidas cancelantemente como irrazonables y por lo tanto ilegales, sin que sea necesario efectuar una indagación elaborada en cuanto al daño preciso que han causado ni a las excusas de negocios que motivan su uso.

(—)”

⁸⁴ Sobre esto se puede ver: United States v. Container Corp., 393 U.S. 333 (1969). “Justice Thurgood Marshall. “*Per se* rules always contain a degree of arbitrariness. They are justified on the assumption that the gains from imposition of the rule will far outweigh the losses and that significant administrative advantages will result. In other words, the potential competitive harm plus the administrative costs of determining in what particular situations the practice may be harmful must far outweigh the benefits that may result. If the potential benefits in the aggregate are outweighed to this degree, then they are simply not worth identifying in individual cases.”



*competitivo significativo, no se justifica la inversión de tiempo y gastos en una investigación particular de sus efectos. Una vez identificados dichos acuerdos se impugnan como per se ilegales.*⁸⁵

[203] De igual manera, la doctrina especializada sobre la materia sigue la misma línea al caracterizar la regla *Per Se*:

"(...) Como puede apreciarse, la regla per se posee una naturaleza simplificada de la labor de la autoridad de competencia, pues la libera de ingresar al campo del entendimiento de las motivaciones de las empresas involucradas en el acuerdo, toda vez que parte de una premisa que establece, prima facie, que la concertación de precios es ilegal y perjudicial por donde se la mire y, asimismo, de la dificultad que reviste la recolección de pruebas que demuestren la efectiva realización del acuerdo anticompetitivo, pues los agentes involucrados procuran eliminar rastro alguno. La adopción de esta regla puede resultar tentadora para la autoridad de competencia, no sólo por la simplificación de sus funciones, sino también por los costos que le demandaría analizar la razonabilidad de cada caso puesto en su conocimiento.

*(...)*⁸⁶

12.1.2 La Regla de la Razón.

[204] Es un esquema de análisis para establecer si una conducta es sancionable por el derecho de la competencia, soportado en un balanceo de los efectos procompetitivos y anticompetitivos que la conducta pudiera tener.⁸⁷ Es decir, en este escenario ciertas

⁸⁵ Traducción propia. Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors, Issued by the Federal Trade Commission and the U.S. Department of Justice, April 2000. Pág. 3. Consultado el 19/09/19 en https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_events/joint-venture-hearings-antitrust-guidelines-collaboration-among-competitors-ftcdojguidelines-2.pdf.

"(...)

Two types of analysis are used by the Supreme Court to determine the lawfulness of an agreement among competitors: per se and rule of reason. Certain types of agreements are so likely in harm competition and to have no significant procompetitive benefit that they do not warrant the time and expense required for particularized inquiry into their effects. Once identified, such agreements are challenged as per se unlawful

(...)"

⁸⁶ GAGLIUFFI, PIERCECIII, Ivo. **LA EVALUACIÓN DE LAS CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS BAJO LA REGLA PER SE O LA REGLA DE LA RAZÓN**. Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual No. 12. p. 153. 2011. Consultado el 19/09/19 en <https://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rspi/article/view/160>.

⁸⁷ Sobre esto se puede ver: CARRIER, Michel A. **THE RULE OF REASON IN THE POST-ACTIVISM WORLD**. Columbia Business Law Review 26. p. 29. 2018.



conductas no son *a priori* sancionables, sino que serían sometidas a un “test de razonabilidad” para determinar si podrían favorecer la eficiencia del mercado.⁸⁸ Ciertamente, genera en la oficina de competencia una carga muy fuerte de análisis y ponderación, porque una mala práctica podría terminar en falsos positivos o negativos.

1205) Además, a este nivel de análisis la oficina de competencia debe examinar lo siguiente: (i) la naturaleza, (ii) el propósito y (iii) los efectos de la conducta en el marco las circunstancias del mercado, lo que indudablemente lo convierte en un esquema de actuación caso a caso

(...)

Throughout the twentieth century, antitrust courts varied in the robustness of the economic analysis they applied. After a period in which other concerns took priority, economic considerations rose to the fore in the late 1970s. In the context of analyzing agreements under Section 1 of the Sherman Act, the Supreme Court in the 1977 case Continental T.V. v. GTE Sylvania¹⁷ replaced a formalistic analysis centering on whether title to an article had passed with an economic approach analyzing competitive effects. With the exception of agreements (such as price fixing and market division) that are per se illegal since they impose significant anticompetitive effects with no countervailing justifications, courts consider agreements under the Rule of Reason. Such a framework is needed since courts must be able to consider the anticompetitive and procompetitive effects of agreements. And they must be able to order that analysis, while ideally reducing the chance of errors and minimizing time spent on unnecessary issues.

The common understanding of the Rule of Reason is that courts balance anticompetitive and procompetitive effects. This view, however, is not accurate. In two empirical studies covering all Rule-of-Reason cases from 1977 to 1999/18 and 1999 to 2009, 19 I found that courts engaged in a hardenshifting approach.

(...)

⁸⁸ Sobre esto se puede ver FLINT, Pinkas. **TRATADO DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. 2002. Pág. 1140. Afirma:

“La Regla de la razón se aplica normalmente en situaciones en las que una conducta determinada podría tener efectos opuestos, los mismos que podrían incluso presentarse de manera simultánea en un mismo caso. Por una parte, podría favorecer la eficiencia y por ende al consumidor, pero por otra lado podría estar perjudicándolo.”

(...)

En ese contexto, se trata de identificar aquellas prácticas en las que será necesario realizar un análisis de la razonabilidad de la práctica analizada, porque la prohibición a << raja tabla>> o per se de las mismas podría hacer perder a la sociedad, y en particular a los consumidores peruanos, los beneficios que la conducta empresarial podría eventualmente generar.”



bajo los parámetros indicados.^{89 90} En este escenario, la carga de la prueba la tiene el demandante o la oficina de competencia, de conformidad con el tipo de estructura jurídica que se emplee.

⁸⁹ Estos parámetros se desprenden del caso *Standard Oil v. United States*, 221 U.S. 1, 1911. Además, son adoptados por la doctrina especializada sobre la materia en el contexto latinoamericano:

"Estos sistemas de análisis nacieron en los Estados Unidos, en donde la Sección Primera de la Ley Sherman (1890), contiene una prohibición general contra todas las prácticas restrictivas de la competencia, con lo cual podría pensarse que muchas conductas o actos jurídicos son anticompetitivos, por lo cual ha sido la labor de la Corte Suprema de Justicia, la de decantar las líneas jurisprudenciales en un sistema jurídico consuetudinario, basado en la autoridad del precedente legal "stare decisis".

Fue así como se desarrolló el sistema de la Regla de la Razón, el cual sirve para analizar todas aquellas conductas cuyo efecto competitivo solamente puede ser evaluado a través del estudio del mercado relevante, la naturaleza, propósito y efectos de la conducta, con el fin de determinar a través de un test de balanceo o razonabilidad, sus características y los hechos peculiares u cada tipo de industria o negocio, de la historia de la práctica restrictiva en cuestión, y de las razones por las cuales se aplicó dicha práctica restrictiva.

(...)

*En 1899 la Corte Suprema de Justicia decidió el caso de *Addyston Pipe and Steel Co. v. United States*, con lo cual se comenzó a desarrollar el sistema de análisis conocido con la "Regla de la Razón" (en inglés *Rule of Reason*), cuyas reglas generales fueron desarrolladas posteriormente por la Corte en 1911, cuando dicha autoridad decidió el caso de *Standard Oil v. United States*.*

(...)

Al decidir ese caso el Juez White sentó los parámetros para la aplicación de la Regla de la Razón, concluyendo que solamente se consideran ilegales aquellas restricciones al comercio, directas o accesorias, que sean irracionales. Asimismo, se estableció que, al aplicar la Regla de la Razón a una situación determinada, se deben analizar tres aspectos esenciales: la naturaleza, el propósito y el efecto de la restricción a la libre competencia.

(...)" MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. **LA REGLA DE LA RAZÓN Y LA REGLA PER SE EN EL DERECHO COLOMBIANO**. Centro de Estudios de Derecho de la Competencia – CEDEC – Bogotá, 2017. Págs. 6 – 7, 8.

⁹⁰ La Comisión Federal de Comercio y el Departamento de Justicia de EE. UU., al indicar los parámetros para el análisis de los acuerdos bajo la regla de la razón, muestran claramente el nivel y la profundidad del análisis:

"Agreements not challenged as per se illegal are analyzed under the rule of reason to determine their overall competitive effect. Rule of reason analysis focuses on the state of competition with, as compared to without, the relevant agreement. The central question is whether the relevant agreement likely harms competition by increasing the ability or incentive profitably to raise price above or reduce output, quality, service, or innovation below what likely would prevail in the absence of the relevant agreement.

Rule of reason analysis entails a flexible inquiry and varies in focus and detail depending on the nature of the agreement and market circumstances. The Agencies focus on only those factors, and undertake only that factual inquiry, necessary to make a sound determination of the overall competitive effect of the relevant agreement. Ordinarily, however, no one factor is dispositive in the analysis.

Under the rule of reason, the Agencies' analysis begins with an examination of the nature of the relevant agreement, since the nature of the agreement determines the types of anticompetitive harms that may be of concern. As part of this examination, the Agencies ask about the business purpose of the agreement and



- [206] No obstante lo anterior, la propia jurisprudencia norteamericana desarrolló una variante de la regla de la razón que se denomina "análisis de vista rápida" (en inglés quick look analysis), resultando un intermedio entre la inquebrantable firmeza de la regla *Per Se* y los indudables beneficios y flexibilidad de la regla de la razón en sentido pleno.⁹¹ En la doctrina se le da otros nombres como la regla de la razón truncada o la regla de la razón abreviada.
- [207] Este matiz de la regla de la razón indica que las conductas que por su naturaleza y dinámica son manifiesta y abiertamente anticompetitivas, no requieren del análisis completo que impone la regla de la razón en pleno. El razonamiento es simple pero muy contundente: si se encuentra una conducta que de manera evidente y ostensible es anticompetitiva, pues no tendría sentido que la oficina de competencia se desgastara haciendo un análisis profundo. Por lo tanto, el derecho norteamericano encontró una solución a los asuntos de zona gris, es decir, para aquellos escenarios que son tan obvios "para cualquier observador con conocimientos rudimentarios en economía"⁹², que no tendría sentido implementar el test de razonabilidad en sentido puro y duro.
- [208] Ahora bien, en este tipo de análisis no se maneja una presunción de derecho, como en el caso de la regla *Per Se*, sino una presunción simplemente legal, lo que implica un traslado de la carga de la prueba al demandado, denunciado o investigado, según sea el caso. Con

examine whether the agreement, if already in operation, has caused anticompetitive harm. If the nature of the agreement and the absence of market power together demonstrate the absence of anticompetitive harm, the Agencies do not challenge the agreement. See Example. Alternatively, where the likelihood of anticompetitive harm is evident from the nature of the agreement, or anticompetitive harm has resulted from an agreement already in operation, then, absent overriding benefits that could offset the anticompetitive harm, the Agencies challenge such agreements without a detailed market analysis.

If the initial examination of the nature of the agreement indicates possible competitive concerns, but the agreement is not one that would be challenged without a detailed market analysis, the Agencies analyze the agreement in greater depth. The Agencies typically define relevant markets and calculate market shares and concentration as an initial step in assessing whether the agreement may create or increase market power)0 or facilitate its exercise and thus poses risks to competition. The Agencies examine factors relevant to the extent to which the participants and the collaboration have the ability and incentive to compete independently, such as whether an agreement is exclusive or non-exclusive and its duration. The Agencies also evaluate whether entry would be timely, likely, and sufficient to deter or counteract any anticompetitive harms. In addition, the Agencies assess any other market circumstances that may foster or impede anticompetitive harms.

If the examination of these factors indicates no potential for anticompetitive harm, the Agencies end the investigation without considering procompetitive benefits. If investigation indicates anticompetitive harm, the Agencies examine whether the relevant agreement is reasonably necessary to achieve procompetitive benefits that likely would offset anticompetitive harms." Ib cit. Págs 10, 11 y 12.

⁹¹ Sobre eso se puede ver *California Dental Association v. Federal Trade Commission*, 526 U.S. 756, 770 (1999).

⁹² La sentencia citada, *California Dental Association v. Federal Trade Commission*, indica que se aplica en el siguiente escenario: "An observer with even a rudimentary understanding of economics could conclude that the arrangements in question would have an anticompetitive effect on customers and markets."



esta lúcida alternativa, se deja a salvo un pequeño resquicio de pro-competitividad que podría tener la conducta, abriendo la posibilidad de que el denunciado sea quien prueba dicha pro-competitividad. Por lo tanto, se atempera la rigidez de la regla *Per Se* que bien podría generar falsos positivos, y además se cuida la eficiencia y la economía administrativa.⁹³

12.2. La normativa ecuatoriana sobre derecho de la competencia. Sus bases europeas y la aplicación al caso particular.

[209] La LORCPM claramente tiene su inspiración en el Ordeamiento Jurídico de la Unión Europea. La Sección 3, “Acuerdos y Prácticas Restrictivas”, aplica un esquema análogo al contenido de el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁹⁴ (en

⁹³ Sobre esto se puede ver: SCHIREPEL, Thibault. *A NEW STRUCTURED RULE OF REASON APPROACH FOR HIGH-TECH MARKETS*, *suffolk university law Review*. Vol L. 103. Pág. 109. Visto el 18/09/19 en

“(…)”

There are two primary standards for antitrust law: the rule of reason and per se rules. When applying per se rules, the agreement is commonly condemned or exonerated without investigation into purpose or effect. To the contrary, the rule of reason is when per se rules are not applicable. The distinction seems to be relatively clear; however, the differentiation between per se rules and the rule of reason is not so obvious because the burden of proof often varies with circumstances. This small differentiation is illustrated in California Dental Ass'n. v. Federal Trade Commission.

The “quick look” rule of reason analysis also lessens the importance of the distinction. Under this modified rule of reason standard, the initial burden of proof shifts from the plaintiff to the defendant. Additionally, as the Supreme Court and Justice Breyer indicated, “there is a ‘sliding scale’ for appraising reasonableness” where an agreement has strong anticompetitive properties at first glance and no (or no important) obvious procompetitive properties. In such cases, the burden, therefore, shifts to the defendant to demonstrate procompetitive aspects.

“(…)”

⁹⁴ “Artículo 101 (antiguo artículo 81 TCE)

1. Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas 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 y, en particular, los que consistan en:

- a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;
- b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;
- c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;
- d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- e) subordinar la celebración de contratos u la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según las usas mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho.

3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:

— cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas,



adelante “TFUE”). Si bien ninguna de las dos normativas adopta las reglas *Per Se* y de la razón, sí soportan su andamiaje en lo siguiente: i) de manera general la prohibición amparada en la dicotomía “objeto – efecto”, que contiene un listado de conductas que el legislador consideró claramente como prohibidas (Art. 11 de la LORCPM); y, ii) una norma de excepción para moderar la dureza del esquema general de prohibición, amparada en los efectos pro competitivos de las conductas (Art. 12 de la LORCPM).

[210] En consecuencia, la propia arquitectura normativa nos muestra un camino de actuación en el análisis de cualquier conducta: (i) se debe establecer si la conducta es por “objeto” prohibida; (ii) si esto no es posible, se deben analizar sus efectos anticompetitivos; y (iii) si se alega por el denunciado, se debe examinar si la conducta encaja en la excepción (efectos pro competitivos). Esta metodología se encuentra mencionada en las Directrices sobre la Aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los Acuerdos de Cooperación Horizontal, así:

“1.2.1 Artículo 101, apartado 1

23. El artículo 101, apartado 1, prohíbe los acuerdos que tengan por objeto o efecto restringir la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1.

i) Restricciones de la competencia por el objeto

24. Se entiende por restricciones de la competencia por el objeto aquéllas que por su propia naturaleza poseen el potencial de restringir la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1. Cuando se haya demostrado que un acuerdo tiene un objeto contrario a la competencia, no es necesaria examinar sus efectos reales o posibles en el mercado.

25. Según la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para apreciar el carácter contrario a la competencia de un acuerdo, precede examinar particularmente su contenido, la finalidad objetiva que pretende alcanzar, así como el contexto económico y jurídica en que se inscribe. Además, si bien la intención de las partes no constituye un elemento necesario para determinar el carácter contrario a la competencia de un acuerdo, nada impide a la Comisión tenerla en cuenta en su análisis. Las Directrices Generales ofrecen una mayor orientación por lo que se refiere al concepto de restricción de la competencia por su objeto.

— cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas,

— cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas,

que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económica, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:

a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;

b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.”



ii) Efectos restrictivos de la competencia

26. Cuando un acuerdo de cooperación horizontal no sea restrictivo de la competencia por su objeto, debe examinarse si tiene efectos restrictivos de la competencia sensibles. Hay que tener en cuenta los efectos tanto reales como potenciales. Dicho de otro modo, el acuerdo tiene que tener al menos efectos anticompetitivos probables.

27. Para que un acuerdo tenga efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1, debe tener un impacto negativo apreciable, real o probable, por lo menos en uno de los parámetros de la competencia del mercado, tales como el precio, la producción, la calidad de los productos, la variedad de productos y la innovación. El acuerdo puede tener estos efectos cuando reduce de forma apreciable la competencia entre las partes del acuerdo o entre cualquiera de ellas y terceros. Esto significa que el acuerdo debe reducir la independencia de la toma de decisiones de las partes, ya sea debido a las obligaciones contenidas en el acuerdo que rigen la conducta de mercado de por lo menos una de las partes, ya sea influyendo en la conducta de mercado de por lo menos una de las partes produciendo un cambio en sus incentivos.
(...)"

[21] Ahora bien, cuando el artículo 11 de la LORCPM se refiere a las conductas restrictivas de la competencia por objeto, lo hace en el mismo sentido que el artículo 101 del TFUE (anterior 81 CE), es decir, en relación con aquellas conductas que por su naturaleza son anticompetitivas, lo que implica realizar un análisis de la conducta y el escenario en que se desenvuelve.⁹⁵ Si no es posible determinar la restricción por objeto se puede pasar al

⁹⁵ Sobre esto se puede ver la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2º de noviembre de 2008, expedida en el asunto C-209/07, donde manifestó lo siguiente:

"(...)

15. *Procede recordar que, para estar incurso en la prohibición establecida en el artículo 81 CE, apartado 1, un acuerdo debe tener «por objeto u efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común». Es jurisprudencia reiterada, desde la sentencia de 30 de junio de 1966, LTM (56/65, Rec. pp. 337 y ss., especialmente p. 359), que el carácter alternativo de este requisito, como indica la conjunción «o», lleva en primer lugar a la necesidad de considerar el objeto mismo del acuerdo, habida cuenta del contexto económico en el que se debe aplicar. Sin embargo, en caso de que el análisis de las cláusulas de dicho acuerdo no revele un grado suficiente de nocividad respecto de la competencia, es necesario entonces examinar los efectos del acuerdo y, para proceder a su prohibición, exigir que se reúnan los elementos que prueban que el juego de la competencia ha resultado, de hecho, bien impedido, bien restringido o falseado de manera sensible.*
16. *Para apreciar si un acuerdo está prohibida por el artículo 81 CE, apartado 1, la toma en consideración de sus efectos concretos es superflua cuando resulta que éste tiene por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el interior del mercado común (sentencias de 13 de julio de 1966, Consten y Grandi/Comisión, 56/64 y 58/64, Rec. pp. 429 y ss., especialmente p. 496, y de 21 de septiembre de 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, C-105/04 P, Rec. p. I-8725, apartado 125). Este examen debe*



análisis de la conducta por sus efectos, lo que implica indagar si real o potencialmente afectará la competencia.

- [12] Lo anterior también tiene sustento en el principio de primacía de la realidad (artículo 3 de la LORCPM), que obliga a la SCPM a indagar la verdadera naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a su realidad y efecto económico. Esto quiere decir, que el punto de partida siempre es el análisis por objeto, pues este indaga sobre la naturaleza de la conducta, esto es, su contenido, la finalidad objetiva que pretende alcanzar, y el contexto económico y jurídico en que se desenvuelve. Si esto no se logra, se pasará al análisis de la conducta por sus efectos, tal y como se explicó *supra*.
- [13] Por su parte, el RLORCPM reafirma aún más el esquema indicado (objeto - efecto - excepción), así:

- (i) El artículo 4 establece un criterio general de evaluación caso por caso, bajo el esquema objeto - efecto.
- (ii) El artículo 8 establece una "**presunción por objeto**" para ciertas prácticas restrictivas, dentro de las que incluye los acuerdos en el marco de los procesos de contratación pública (numeral 4 del artículo 8):

"Art. 8. - Presunción de práctica restrictiva. - Se presumirá que tienen por objeto impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, que afectan negativamente a la eficiencia económica y al bienestar general, todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, y en general cualquier acto o conducta reulizados por dos o más operadores económicos, competidores, reales o potenciales, que directa o indirectamente:

(...)

4. También están sujetos a la presunción establecida en este artículo los actos u omisiones, acuerdos o prácticas concertadas y en general todas las conductas de proveedores u oferentes, cualquiera sea la forma que adopten, ya sea en la presentación de ofertas y pasuras o buscando asegurar el resultado en beneficio propia o de otro proveedor u oferente, en una licitación, concursos, remates, ventas al martillo, subastas públicas u otros establecidos en las normas que

efectuarse a la luz del contenido del acuerdo y del contexto económico en que se inscribe (sentencias de 28 de marzo de 1984, Compagnie royale asturienne des mines y Rheinziink/Comisión, 29/83 y 30/83, Rec. p. 1679, apartado 26, y de 6 de abril de 2006, General Motors/Comisión, C-551/03 P. Rec. p. 2-317), apartado 66).

- 17 *La distinción entre «infracciones por objeto» e «infracciones por efecto» reside en el hecho de que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia.*

(...)"



regulen la contratación pública, o en procesos de contratación privados abiertos al público.”

- [214] Desarrolla el esquema de excepción planteado en el artículo 12 de la LORCPM.
- [215] La CRPI resalta que los esquemas de análisis norteamericano son diferentes a los adoptados por el legislador comunitario europeo y ecuatoriano, ya que marcan pautas y parámetros bien diferenciados. El esquema escalonado que plantean los segundos (objeto – efecto – excepción), choca abiertamente con el esquema excluyente de los primeros, es decir, aquel donde se aplica de manera excluyente la regla *Per Se* o la regla de la razón.
- [216] Ciertamente, en nuestro escenario siempre se puede alegar una excepción así estemos frente a una prohibición por objeto, mientras que al aplicar la regla *Per Se* dicha situación no tiene cabida. Es tan evidente la diferencia, que se ha catalogado al sistema europeo “por objeto” como de *cuasi per se*.⁹⁶
- [217] Asimismo, el sistema “por efecto” tampoco es equiparable a la regla de la razón, precisamente porque no hay que hacer de oficio el balanceo entre los efectos pro y anticompetitivos; simplemente habría que indagar los efectos anticompetitivos, dejando el análisis de pro competitivos cuando sea alegado como una excepción por el denunciado, lo cual no es el caso que nos ocupa en esta resolución.
- [218] Lo anterior también fue claramente advertido por el Superintendente de Control del Poder de Mercado al emitir la Resolución de 5 de julio de 2019 a las 17h00, así:

“Es evidente entonces como la normativa ecuatoriana en materia de competencia no solo replica la división entre conductas sancionables por su objeto y efecto del modelo europeo, sino que también recoge su estructura tripartita. Por el contrario, ninguna disposición de la normativa primaria o secundaria vigente en el Ecuador, en materia de competencia, hace referencia directa o indirecta a la regla per se a la regla de la razón, hecha que permite inferir, al menos preliminarmente, que dicho estándar para la evaluación de conductas no es aplicable a la luz de nuestro derecho positivo.

“(…)

En tal contexto, como bien lo han señalado autoridades del derecho de competencia europeo, una aplicación literal de la terminología del derecho de la competencia de los Estados Unidos, se apartaría de los requerimientos propios del texto legal, dado que conforme se señaló en líneas precedentes, este último sistema evalúa los acuerdos bajo un régimen distinto.

Así, en primer lugar, no existe en el sistema europeo una categoría legal idéntica a la regla per se para la sanción de conductas, pues toda infracción, sin

⁹⁶ Sobre eso se puede ver el Informe en Derecho, Prueba de la Colusión, Ob cit. Pág 25.



importar su gravedad, permite a los acusados alegar que la misma debe ser exenta de toda pena, por cumplir con los requisitos establecidos por la misma norma, léase artículo 101 (3) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o el artículo 12 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, situación que resulta imposible bajo la regla per se.

En segundo lugar, el análisis de los efectos establecidos en el primer inciso del artículo 11 de la LORCPM tampoco es idéntico a la regla de la razón, por cuanto, como bien ha señalado la Comisión Europea, el análisis de beneficios y eficiencias que justificaría la restricción, debe ser evaluada bajo el régimen de la exención, que en el caso ecuatoriano se encuentra recogido y tasado en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Regulación y control del Poder de Mercado, cuya carga probatoria corresponde a quien la alega.

(...)"

[219] No obstante lo anterior, con el objetivo de cumplir la sentencia de la Corte Nacional de Justicia, la CRPI observa que se puede hacer un enlace entre la regla de la razón bajo su variante *quick look* y el sistema de análisis por "objeto - efecto - excepción", pues esto encaja con el principio de primacía de la realidad determinada en la ley. En los dos esquemas se presenta lo siguiente: si la conducta por su naturaleza es manifiestamente anticompetitiva sería sancionable, lo que no obsta para que el denunciado alegue que su conducta tiene efectos pro competitivos. Esto también lo advirtió el Superintendente de Control del Poder de Mercado al motivar la Resolución de 5 de julio de 2019 a las 17h00:

"(...)

Para ciertos tipos de prácticas el escepticismo es mayor, al punto que algunas cortes y doctrinarios hablan de una categoría nueva de análisis que es la regla de la razón truncada, también conocida como la regla de la razón abreviada o "quick-look". Bajo esta categoría de aplicación de la regla de la razón, los efectos anticompetitivos de una conducta en particular son tan obvias, que no se ocupa un análisis exhaustivo de los mismos y por ende, su notoriedad los torna sancionables, como efectivamente ocurriría en el caso de colusión entre oferentes dentro de un mismo procedimiento de licitación.

Este tipo de análisis - regla de la razón truncada o "quick look" - en mucho se asemeja al tratamiento que se da a ciertas conductas sancionables por su objeto, cuando de las características de la práctica, vista en relación con las particularidades del mercado afectado, los efectos anticompetitivos actuales y potenciales derivados de la misma son evidentes y por ende sancionables, por su objeto. Nada obsta, sin embargo, para que la misma sea justificada bajo ciertas condiciones por parte del operador económico acusada.

(...)"



1220) Aclarado lo anterior, la CRPI procederá a analizar la conducta investigada bajo los parámetros indicados *supra*.

1221) La conducta ya probada dentro del procedimiento se encuentra enmarcada en el numeral 6 del artículo 11 de la LORCPM:

"Art. 11.- Acuerdas y prácticas prohibidas.- Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley 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 económicos, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, cuyo objeto o efecto sea a pueda ser impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general.

En particular, las siguientes conductas, constituyen acuerdos y prácticas prohibidas:

(...)

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 lo presentación de ofertas y posturas o buscando asegurar el resultado en beneficio propia o de otro proveedor u oferente, en uno 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 público.

(...)" (negritas y subrayado por fuera del texto)

1222) Si bien el mencionado numeral tiene una redacción diferente al de los demás, parte del mismo principio adoptado en el inciso primero del artículo 11, es decir, establecer si la conducta es sancionable cuando tenga por objeto o por efecto impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia. De ninguna manera sugiere que para este tipo de conducta se haga un análisis diferenciado de las demás conductas encuadradas en la misma LORCPM. De todas formas, de la redacción del articulado se nota que el legislador quiso ser más enfático en esta conducta por las implicaciones que tiene no sólo en la competencia, sino en la sociedad en su conjunto. En este sentido, se analizará la conducta en el marco del esquema de razonabilidad que impone la norma citada.

1223) Conforme lo analizado el punto de partida siempre es el análisis por objeto, según el cual se debe indagar sobre la naturaleza de la conducta, esto es:

i. Su contenido



- ii. La finalidad objetiva que pretende alcanzar,
- iii. El contexto económico y jurídico en que se desenvuelve

12.2.1.1 Contenido de la conducta

[224] Los operadores económicos **RECAPT** y **SOLNET** se coludieron en la presentación de ofertas y en la etapa de puja dentro del proceso de contratación pública No. SIE-IESS-015-2011, tal y como ya fue probado dentro del procedimiento administrativo, y ratificado en los foros judiciales. Ahora bien, la pregunta obligada en este estado del asunto es: ¿Dicha conducta es sancionable por la normativa de derecho de competencia ecuatoriana?

[225] Un análisis por objeto, tal y como ya se indicó, nos sugiere centrarnos en la naturaleza de la conducta, así como en las circunstancias en las que se realizó. Los procesos de contratación pública son realmente trascendentales para el desarrollo de la sociedad, ya que aseguran que su desarrollo en infraestructura, prestación de servicios y adquisición de bienes cumplen los estándares de calidad, precio y garantías requeridos, pero, sobre todo, bajo los más estrictos parámetros de transparencia y adecuado manejo de los recursos públicos. Dichos procesos requieren de unos niveles de regulación y supervisión más estrictos que los implementados en las transacciones privadas. Están involucrados bienes jurídicos de la más alta importancia: el correcto funcionamiento de la administración pública, la eficiencia estatal, el bienestar general, entre otros.

12.2.1.2 Finalidad objetiva que pretende alcanzar

[226] Una colusión para lograr una adjudicación de un contrato es una conducta en extremo reprochable, que en muchos de los casos va de la mano con esquemas que se salen de la órbita meramente administrativa. Es tanto así, que diversos escenarios jurídicos vuelcan su manto de aplicación para su proscripción. Dependiendo del caso concreto se podrían activar mecanismos penales, de responsabilidad contractual y extracontractual del Estado, disciplinarios y de derecho de la competencia, entre otros. Por lo tanto, es una conducta que, por sus implicaciones y naturaleza, es abiertamente anticompetitiva.

[227] En el caso particular se evidencia que en el proceso precontractual SIE-IESS-015-2011 de Subasta Inversa Electrónica, de 16 de septiembre de 2011, realizado por el IESS para la presentación de "*Sistema Integral para la gestión, agendamiento e interrelación en la atención de salud y mejoramiento de los servicios que brinda el IESS a sus usuarias*", se presentaron seis empresas y solo se habilitaron dos: **RECAPT** y **SOLNET**.

[228] Del acervo probatorio que obra en el expediente, tal y como quedó establecido en el acápite "*DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA*", se demuestra la colusión de las mencionadas empresas⁹⁷, pero también se demuestra que la empresa **RECAPT**, quien resultó ser la

⁹⁷ La colusión ya fue probada, y se encuentra ratificada en las pruebas que mostradas en los puntos 7.1 a 7.13 de la presente resolución.



adjudicataria del contrato, no poseía experiencia para la ejecución del mismo, ni tenía el personal requerido para ser calificado por el IESS. Lo mismo sucedió con SOLNET, tal y como se encuentra demostrado en el procedimiento.

12.2.1.3 Contexto económico y jurídico en que se desarrolló la conducta

[229] Tal y como se indicó en el acápite “DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA”, el operador económico RECAPT para demostrar su experiencia en la plataforma Contac Center se basaron en haber sido *partners* de una empresa dedicada al servicio de contact center.⁹⁸ Al analizar los certificados que sustentan dicha experiencia, se encontraron dos relacionados con las empresas SICONTAC CENTER (29 de julio de 2011), e INTEGRAL SOLUTIONS S.A. (17 de junio de 2011), firmados por el Ingeniero Aldo Briones Lagos, que a dicho momento no fungía como gerente de ninguna de las dos empresas.⁹⁹

[230] En adición a lo anterior, el operador económico RECAPT presentó otros certificados que no estaban relacionados con el objeto del contrato, tal y como lo establece el examen especial realizado por la Contraloría General del Estado, Dirección de Auditoría de Desarrollo Seccional y Seguridad Social.¹⁰⁰ Igualmente se evidencia que la actividad económica de la empresa RECAPT y que se encuentra registrada en el SRJ, es la de cobranzas de cuentas y no de contact center.¹⁰¹

[231] Además de lo anterior, según el examen de la Contraloría General del Estado, no se realizó la visita *in situ* a las instalaciones de los oferentes, tal y como lo establecieron los pliegos, ni tampoco las empresas RECAPT y SOLNET permitieron que los miembros de la Veeduría por la Vida realizarán una inspección de sus instalaciones, mostrando con esto un esquema diseñado para impedir y falsear la competencia.¹⁰²

[232] En las circunstancias anotadas, para cualquier persona con conocimiento rudimentario en economía, la colusión entre RECAPT y SOLNET es manifiestamente anticompetitiva. No hay que hacer mayores análisis sobre esto: unas empresas que no tenían experiencia en el mercado afectado, que no gozaban del recurso humano para una correcta ejecución del

⁹⁸ Informe de análisis de ofertas de la Subcomisión de apoyo (informe final único) de 06 de febrero de 2012. Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 3902 a 3915.

⁹⁹ Examen especial a los procesos precontractual, contractual y ejecución del contrato para el servicio de call center con la empresa RECAPT, de la Dirección de Auditoría de Desarrollo Seccional y Seguridad Social de la Contraloría General del Estado. Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 5080 a 5086. También se puede ver el Informe de indicios de Responsabilidad Penal DADS y SS-003-2013. Fs. 5360 a 5361.

¹⁰⁰ *Ibidem*, Foja 5081.

¹⁰¹ *Ibidem*, Foja 5085.

¹⁰² En este punto la conclusión del examen especial fue la siguiente:



contrato, que se coludieron para lograr la adjudicación del mismo, de manera ostensible han impedido y falseado la competencia. La impidieron porque: (i) diseñaron un esquema que implicaba, en términos reales, la no concurrencia de competidores en “igualdad” de condiciones; y (ii) idearon un mecanismo para que la entidad contratante no pudiera escoger entre las ofertas más confiables y competitivas, sino entre las dos presentadas por las empresas coludidas. Y la falsearon porque montaron un entramado para darle apariencia de legalidad a algo que estaba altamente manipulado, es decir, mostraron una solvencia empresarial que no tenían con la finalidad de hacerse adjudicar un contrato. En el contexto de la sentencia de la Corte Nacional de Justicia, la mencionada conducta sería considerada como de la más extrema gravedad.

- [233] En las condiciones mencionadas, la afectación a la competencia es evidente, salta de bulto por la naturaleza de la conducta. Por lo tanto, no hay que hacer un análisis extenso ni profundo para vislumbrar lo anticompetitivo de la misma. En consecuencia, no es necesario verificar los efectos pro competitivos de la conducta, ya que solo bastó con el análisis por objeto y la aplicación de la regla de la razón en su variante *quick look*, tal y como se explicó en párrafos anteriores.
- [234] Al realizar un análisis bajo dicha variante de la regla de la razón, y no vislumbrar, bajo ningún aspecto, ni el más mínimo efecto pro competitivo en las alegaciones del denunciado, la CRPI encuentra que la colusión entre **RECAPT** y **SOLNET** es sancionable. En consecuencia se ha cumplido a cabalidad con lo resuelto mediante sentencia de la Corte Nacional de Justicia y la Resolución del Superintendente de Control del Poder de Mercado.

12.3. Determinación de la infracción

- [235] La Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas mediante Informe No. SCPM-IIAPMIAPR-54-2015 de 09 de abril de 2015 ha considerado que:

“En base a los elementos de prueba que obran del expediente, así como las elementos expuestos en el presente informe final, se establece que los operadores económicos SOLNET S.A. y RECAPT RECUPERACION DE CAPITAL CONTAC CENTER S.A. en calidad de personas jurídicas, han adecuado su conducta a la hipótesis descrita en el numeral 6 del artículo 11 de la Ley Orgánica de Regalación y Control del Poder de Mercado, falseando la competencia en la presentación de ofertas y en la etapa de puja del proceso de contratación pública Nro. SIE-IESS-015-2011; y consecuentemente incurriendo en una infracción muy grave descrita en el literal a), numeral 3 del artículo 78 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.”

- [236] La CRPI mediante resolución de 01 de abril de 2019, al respecto de la existencia de infracción y determinación de la responsabilidad que le corresponde a los actores manifiesta que:



*"Del análisis realizado en la presente resolución, con base en el Informe final dentro del expediente Nro. SCPM-IIAPMAPR-EX2013-026, remitida por el doctor Wagner Mentilla Cortés, Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, mediante memorando No. SCPM-IIAPMAPR-171-2015-M de 5 de abril de 2015 y en atención a la prueba practicada y evacuada en el presente procedimiento administrativo, se advierte, y esta Comisión de Resolución de Primera Instancia así lo declara, que los operadores económicos **RECAPT RECUPERACIÓN DE CAPITAL Y CONTACT CENTER S.A.**, y **SOLNET S.A.**, falsearon y distorsionaron la competencia en la presentación de ofertas y en la etapa de puja del proceso de contratación pública SIE-IJESS-015-2011, infringiendo la norma contenida en el numeral 6 del artículo 11 de la LORCPM."*

[237] Mediante resolución de 5 de julio de 2019, el Superintendente de Control del Poder de Mercado resuelve:

*"**PRIMERO.- DECLARAR** de oficio la nulidad de la Resolución de 1 de abril de 2019 a las 09h30, suscrita por las miembros de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, cuando sea evidenciado que la misma posee un vicio insubsanable de motivación al haber sido emitida sin contar con los expedientes íntegros de investigación y sanción Nos. SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026 y SCPM-CRPI-2015-019, respectivamente.- **SEGUNDO.- ACEPTAR** parcialmente el recurso de apelación interpuesta por el operador económica RECAPT S.A. respecta de que se deje sin efecto el acta administrativa contenida en la resolución de fecha 01 de abril de 2019 emitidas por la Comisión de Resolución de Primera Instancia (CRPI); se **NIEGAN** por impracedentes las pretensiones de que se declare que RECAPT y SOLNET no incurrieron en conducta ilegal alguna durante el proceso de contratación No. SIE-IJESS-015-2011; y, que se declare la nulidad desde el inicio de procedimiento administrativo.- **TERCERO.- DISPONER** a la Comisión de Resolución de Primera Instancia (CRPI) en el plazo de noventa (90) 10 emita resolución correspondiente en la la observancia de la sentencia de 19 de octubre de 2017 expedida por la Sala Especializada de la Contencioso Administrativa de la Corte Nacional de Justicia, para la cual deberá contar con los expedientes íntegros E investigación y resolución Nos. SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026 y SCPM-CRPI-2015-019, respectivamente, que reposan en la Secretaría General de la SCPM.- (...)"*

[238] En virtud de lo expuesto, resulta inoficioso que la CRPI realice nuevamente un análisis sobre la existencia de la conducta investigada, pues mediante la Resolución de 5 de julio de 2019, el Superintendente de Control del Poder de Mercado no ha puesto en duda dicho aspecto, por lo que ha quedado claro que los operadores económicos **RECAPT** y **SOLNET** impidieron y falsearon la competencia en la presentación de ofertas y en la etapa de puja del proceso de contratación pública SIE-IJESS-015-2011, infringiendo la norma contenida en el numeral 6 del artículo 11 de la LORCPM.



12.4. De la competencia de la CRPI para calificar como perjudicados a los operadores económicos individualmente considerados.

- [239] En este acápite la CRPI abordará la petición realizada por el operador económico **CRONIX**, en el sentido de que se declare perjudicado de la conducta anticompetitiva realizada por los operadores **SOLNET** y **RECAPT**.
- [240] Una de las características más importantes de los Estados de Derecho contemporáneos es la instauración del principio de seguridad jurídica como piedra angular. Dicho principio tiene dos brazos fundamentales: (i) el principio de jerarquía normativa y, (ii) el principio de competencia.¹⁰³ Además, el principio de seguridad jurídica solo se realiza en el marco de la eficiencia administrativa que el COA plasma de la siguiente manera:
- “Art. 4. - Principio de eficiencia. Las actuaciones administrativas aplicarán las medidas que faciliten el ejercicio de los derechos de las personas. Se prohíben las dilaciones o retardos injustificados y la exigencia de requisitos puramente formales.”*
- [241] Las actuaciones de todos los organismos del Estado se rigen por los mencionados principios, mediante los cuales se delimita claramente su campo de actuación. Esto quiere decir que todas las entidades deben cumplir sus funciones, respetando el sistema jurídico vigente y en el marco de las competencias que le fueron atribuidas.
- [242] Una de las expresiones del derecho al debido proceso es ser juzgado “ante juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento” (numeral 3 del artículo 76 de la CN).
- [243] La SCPM tiene muy bien definida su competencia en la LORCPM: el artículo 37¹⁰⁴ establece sus facultades y el 38¹⁰⁵ sus atribuciones. En el ámbito de la investigación,

¹⁰³ Sobre esto se puede ver BETEGON, Jerónimo; GASCON, Marina; PARAMO, Juan Ramón de; PRIETO, Luis. *LECCIONES DE TEORÍA DEL DERECHO*. Madrid: Ed. Mc Graw Hill, 1997. p. 156-160, 207-212, 227-234, 239-242, 273-283.

¹⁰⁴ “Art. 37. - *Facultad de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.- Corresponde a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado asegurar la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentar la competencia: la prevención, investigación, sanción, corrección, eliminación del abuso de poder de mercado, de los acuerdos y prácticas restrictivas, de las conductas desleales contrarias al régimen previsto en esta Ley; y el control, la autorización, y de ser el caso la sanción de la concentración económica.*”

La Superintendencia de Control del Poder de Mercado tendrá facultad para expedir normas con el carácter de generalmente obligatorias en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales y las regulaciones expedidas por la Junta de Regulación”.

¹⁰⁵ “Art. 38. - *Atribuciones.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, o través de sus órganos, ejercerá las siguientes atribuciones:*



1. Realizar los estudios e investigaciones de mercado que considere pertinentes. Para ello podrá requerir a los particulares y autoridades públicas la documentación y colaboración que considere necesarias.
2. Sustanciar los procedimientos en sede administrativa para la imposición de medidas y sanciones por incumplimiento de esta Ley.
3. Determinar el volumen de negocios según lo estipulado en la presente Ley.
4. Celebrar audiencias con los presuntos responsables, denunciantes, perjudicados, testigos y peritos, recibirles declaración y ordenar careos, para la cual podrá solicitar el auxilio de la fuerza pública.
5. Examinar y realizar las peritajes que estime necesarias sobre libros, documentos y demás elementos necesarios para la investigación, controlar existencias, comprobar orígenes y costos de materias primas u otros bienes, de conformidad con esta ley.
6. Realizar inspecciones, formular preguntas y requerir cualquier información que estime pertinente a la investigación.
7. Colocar precintos en aquellos lugares que estime pertinente con el objeto de precautelar la conservación de evidencia.
8. Aplicar las sanciones establecidas en la presente Ley.
9. Cuando lo considere pertinente, emitir opinión en materia de competencia respecto de leyes, reglamentos, circulares y actos administrativos, sin que tales opiniones tengan efecto vinculante.
10. Emitir los informes requeridos y conocer de las notificaciones previas de conformidad con esta Ley.
11. Emitir recomendaciones de carácter general o sectorial respecto a las modalidades de la competencia en los mercados.
12. Actuar en coordinación con las dependencias competentes en la negociación de tratados, acuerdos o convenios internacionales en materia de regulación o políticas de competencia y libre competencia.
13. Requerir a las instituciones públicas que considere necesario, la implementación de acciones adecuadas para garantizar la plena y efectiva aplicación de la presente Ley.
14. Promover y formular acciones ante la Justicia; e informar y solicitar la intervención del Fiscal General del Estado, cuando el caso lo amerite.
15. Acceder a los lugares objeto de inspección con el consentimiento de los ocupantes o mediante orden judicial cuando se trate del domicilio de una persona natural, la que será solicitada ante el juez competente, quien deberá resolver en el plazo de 24 horas.
16. Suscribir convenios con gobiernos autónomos descentralizados para la habilitación de oficinas receptoras de denuncias.
17. Suscribir convenios con asociaciones de usuarios y consumidores para la promoción de la participación de la comunidad en el fomento de la competencia y la transparencia de los mercados.
18. Examinar e investigar las concentraciones económicas para confirmar su cumplimiento con la presente Ley; y, cuando sean prohibidas, dictar las medidas que legalmente correspondan.
19. Autorizar, denegar o condicionar las solicitudes de concentración económica de conformidad a esta Ley y su reglamento.
20. Atender las consultas y resolver las rectamos que se formulen respecto de operadores económicos cuya actuación pudiere afectar contra esta Ley.
21. Promover medidas de control tendientes a la eliminación de barreras a la libre competencia al mercado, de acuerdo con los lineamientos fijados por la ley.
22. Disponer la suspensión de las prácticas y conductas prohibidas por esta Ley.
23. Establecer y mantener un registro actualizado de los operadores económicos y su participación en los mercados.
24. Proponer la remoción de barreras, normativas o de hecho, de entrada a mercados, que excluyan o limiten la participación de operadores económicos.
25. Presentar propuestas técnicamente justificadas a los órganos competentes, para la regulación y el establecimiento de actos normativos aplicables a los distintos sectores económicos.
26. Apoyar y asesorar a las autoridades de la administración pública en todos los niveles de gobierno, para que en el cumplimiento de sus atribuciones, promuevan y defiendan la competencia de los operadores económicos en los diferentes mercados.
27. Proponer y dar seguimiento, a la simplificación de trámites administrativos con la finalidad de promover la libre competencia de los operadores económicos en igual de condiciones a los diferentes mercados.



determinación y sanción de acuerdos y prácticas prohibidas, la SCPM no es competente para determinar sujetos individualmente perjudicados, ya que, de conformidad con las circunstancias, esto le correspondería a un juez de lo civil o contencioso administrativo.

- [242] Si bien la SCPM busca establecer si las conductas investigadas, por objeto o por efecto, impiden o pueden impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, afectar negativamente la eficiencia económica o el bienestar general, no está facultada para establecer si un competidor en particular es afectado. Esto implicaría probar el perjuicio, asunto que no le corresponde a la entidad de competencia ecuatoriana, sino a los jueces tal y como ya se advirtió.
- [243] En esta misma línea se encuentra el artículo 71 de la LORCPM, al abordar lo concerniente a la responsabilidad civil de las personas naturales o jurídicas que hubieren sufrido perjuicio por la comisión de conductas prohibidas:

"Art. 71.- Responsabilidad civil.- Las personas naturales o jurídicas que hubieren sufrido perjuicio por la comisión de actos o conductas prohibidas por esta Ley, podrán ejercer la acción de resarcimiento de daños y perjuicios conforme las normas del derecho común. La acción de indemnización de daños y perjuicios será tramitada en vía verbal sumaria, ante el juez de lo civil y de conformidad con las reglas generales y prescribirá en cinco años contados desde la ejecutoria de la resolución que impuso la respectiva sanción."

- [246] Lo anterior quiere decir, que quien se considere perjudicado con las conductas prohibidas determinadas por la SCPM, puede acudir a la vía civil en el marco de un proceso de responsabilidad civil extracontractual. En este evento el juez competente analizará la conducta, el daño, perjuicios y el nexo causal.
- [247] Si la conducta tiene que ver con acciones de algún organismo estatal, quien se considere perjudicado, dependiendo de la situación, puede acudir a los jueces competentes en materia de responsabilidad contractual y extracontractual del Estado.
- [248] En el caso particular la SCPM pudo evidenciar que en el proceso de contratación No. SIE-IESS-015-2011 se presentaron seis (6) empresas y solo se calificaron las dos coludidas, SOLNET y RECAPT. Si las otras cuatro consideran que son perjudicadas, deberían iniciar las acciones judiciales pertinentes, indicando el hecho, probando el perjuicio o daño y el

28. Promover el estudio y la investigación en materia de competencia y su divulgación.

29. Coordinar las acciones que fueren necesarias y suscribir convenios de cooperación con entidades públicas y privadas, a fin de promover la libre concurrencia de los operadores económicos a los diferentes mercados.

30. Elaborar y promover su reglamento interno; y,

31. Las demás contempladas en la ley.

Para el ejercicio de sus atribuciones, la Superintendencia actuará de oficio o a petición de parte y podrá requerir la documentación e información que estime pertinente en cualquier etapa procesal."



nexo causal. En este contexto, la SCPM no podría entrar a determinar si cada una de estas empresas resultó ser perjudicada, eso es algo que le corresponde probar a cada una de ellas en el foro judicial pertinente. Por lo tanto, la petición del operador económico CRONIX no será observada en la parte resolutive por cuanto esta CRPI no es competente para pronunciarse sobre el tema.

13. DETERMINACIÓN DE LA MULTA

13.1. Cálculo de la multa según la metodología empleada antes de la expedición de la Resolución 012 emitida por la Junta de Regulación de la LORCPM (en adelante "Junta de Regulación")

[349] Esta metodología se encontraba vigente al momento del comctimiento de la infracción.

[350] La LORCPM, respecto de las multas y sanciones, en el artículo 79, establece:

"Art. 79.- Sanciones.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercada impondrá a las empresas u operadores económicos, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellos que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley, las siguientes sanciones:

a. Las infracciones leves con multa de hasta el 8% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.

b. Las infracciones graves con multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.

c. Las infracciones muy graves con multa de hasta el 12% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa."

[351] En consecuencia, el artículo 95 del RI.LORCPM, señala la metodología para el cálculo del importe de las multas:

"Art. 95.- Cálculo del importe de las multas.- El importe de las multas establecidas en el artículo 79 de la Ley será fijada por la Superintendencia de Control del Poder de Mercada, atendiendo a los criterios establecidos en el artículo 80 y siguientes del mismo cuerpo normativa, y según la metodología siguiente:

1. La Superintendencia determinará la base para el cálculo del importe de la multa para cada operador económico o asociación, unión o agrupación de operadores económicos.



2. La Superintendencia multiplicará el importe de base en función de la duración de la conducta.
3. La Superintendencia ajustará el importe de base total incrementándolo o reduciéndolo en base a una evaluación global de las circunstancias pertinentes."

1252] La norma citada hace referencia al artículo 80 de la LORCPM, el cual establece los criterios para la determinación del importe de las sanciones:

"Art. 80.- Criterios para la determinación del importe de las sanciones.- El importe de las sanciones se fijará atendiendo, entre otros, a los siguientes criterios:

- a. La dimensión y características del mercado afectado por la infracción.
- b. La cuota de mercado del operador u operadores económicos responsables.
- c. El alcance de la infracción.
- d. La duración de la infracción.
- e. El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de las consumidoras y usuarios o sobre otros operadores económicos.
- f. Los beneficios obtenidos como consecuencia de la infracción.
- g. Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurren en relación con cada una de las empresas u operadores económicos responsables."

1253] La LORCPM en los artículos 81 y 82 prescriben las circunstancias agravantes y atenuantes, las cuales deben considerarse para la evaluación global en la determinación del importe total de la sanción.

"Art. 81.- Circunstancias Agravantes.- Para fijar el importe de las sanciones se tendrán en cuenta además, entre otras, las siguientes circunstancias agravantes:

- a. La comisión reiterada de infracciones tipificadas en la presente Ley.
- b. La posición de responsable o instigador de la infracción.
- c. La adopción de medidas para imponer o garantizar el cumplimiento de las conductas ilícitas.



d. La falta de colaboración u obstrucción de la labor inspectara, sin perjuicio de la posible consideración como infracción independiente, según lo previsto en el artículo 78 numeral 1, literal g.

Art. 82.- Circunstancias Atenuantes.- Para fijar el importe de la sanción se tendrán en cuenta además, entre otras, las siguientes circunstancias atenuantes:

a. La realización de actuaciones que pongan fin a la infracción.

b. La no aplicación efectiva de las conductas prohibidas.

c. La realización de actuaciones tendientes a reparar el daño causado.

d. La colaboración activa y efectiva con la Superintendencia de Control del Poder de Mercado llevada a cabo fuera de los supuestos de exención y de reducción del importe de la multa regulados en los artículos 83 y 84 de esta Ley.”

1254] Asimismo la LORCPM contempla dos posibles escenarios para el cálculo del importe base de la multa: (i) primero, se aplica cuando es posible determinar el volumen de negocios del operador económico u operadores económicos responsables. Las sanciones estarán determinadas por una proporción de su volumen de negocios; y, (ii) segundo, en caso de imposibilidad de determinación del volumen de negocios, se establecen rangos en términos de Remuneraciones Básicas Unificadas (en adelante, “RBU”), conforme la tabla que se muestra a continuación:

Tabla 1. Sanciones por infracciones a la LORCPM

Tipo de infracción	Cuando es posible determinar el volumen de negocios	Cuando no es posible determinar el volumen de negocios
Leve	8% del volumen de negocios	Entre 50 a 2.000 RBU
Grave	10% del volumen de negocios	Entre 2.001 a 40.000 RBU
Muy Grave	12% del volumen de negocios	Más de 40.000 RBU

Fuente: Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

Elaboración: Comisión de Resolución de Primera Instancia

1255] La ecuación está determinada por:

$$IMS = [(VNMR \times t) \times p (\%)] \times CAA$$



[256] Donde,

IMS	Importe de la sanción
p%	Porcentaje según el tipo de conducta: leve, grave o muy grave
VNMR	Volumen de negocios del Mercado Relevante
T	Duración de la infracción
CAA	Circunstancias agravantes y atenuantes (±)

[257] La ecuación descrita establece como importe base al volumen de negocios del mercado relevante multiplicado por el tiempo de duración de la infracción.

[258] Posteriormente, el valor se multiplica por el porcentaje según el tipo de conducta: leve, grave o muy grave.

[259] El resultado de la ecuación se multiplica por el porcentaje que dependiendo de la valoración del procedimiento de investigación, puede incrementar o reducir el importe de la sanción que está dada por agravantes y atenuantes.

[260] En el presente caso, la determinación del importe de la sanción, de acuerdo con la metodología establecida antes de la Resolución 012 y aplicada por la CRPI en su momento, sería:

$$IMS = [(VNMR \times t) \times p (\%)] \times CAA$$

$$IMS = [(19'452.211 \times 0,5) \times 0,12] \times 2\%$$

$$IMS = 1'190.475,31$$

13.2. Metodología de cálculo para la determinación de la multa de conformidad con la Resolución No. 012

[261] Esta resolución constituye la metodología vigente para la determinación del importe de multas.

13.2.1 Metodología de cálculo para la determinación de la multa según lo establecido en el Informe SP-2016-009.

[262] El artículo 35 de la LORCPM establece que:

"La regulación estará a cargo de la Junta de Regulación, cuyas atribuciones estarán establecidas en el Reglamento General de esta Ley, exclusivamente en el marco de los deberes, facultades y atribuciones establecidas para la Función



Ejecutiva en la Constitución. La Junta de Regulación tendrá facultad para expedir normas con el carácter de generalmente obligatorias en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales”.

[263] El artículo 42 del RI.ORCPM establece en el literal k) que la Junta de Regulación, tendrá la facultad de:

“ Art. 42.- Atribuciones de la Junta de Regulación.- La Junta de Regulación, aquí en adelante la Junta, tendrá las siguientes facultades:

(...)

k) Establecer la metodología para el cálculo del importe de multas y aplicación de los compromisos de cese;

(...).”

[264] El artículo 95 del RI.ORCPM señala que:

“Art. 95.- Cálculo del importe de multas.- La Junta de Regulación emitirá la metodología para el cálculo del importe de las multas indicadas en el artículo 79 de la ley, en concordancia con los criterios establecidos en el artículo 80 y siguientes del mismo cuerpo normativa, y tomando en cuenta lo siguiente:

1.- Determinará la base para el cálculo del importe de la multa para cada operador económico o asociación, unión o agrupación de operadores económicos.

2.- Multiplicará el importe de base en función de la duración de la conducta.

3.- Ajustará el importe de base total incrementándolo o reduciéndolo en base a una evaluación global de las circunstancias pertinentes.”

[265] El 09 de abril de 2015, la Intendencia de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, presentó el Informe Nro. SCPM-IIAPMAPR-054-2015, respecto del informe final de investigación dentro del expediente No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026.

[266] El 15 de Septiembre de 2016, la Secretaría Permanente de la Junta de Regulación elaboró el Informe No. SP-2016-009, estableciendo una propuesta metodológica para el cálculo del importe de sanciones a las infracciones de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.



[267] Mediante Resolución No. 012 de 23 de septiembre de 2016, publicada en el Registro Oficial No. 887 de 22 de noviembre de 2016, la Junta de Regulación resuelve: "*Expedir la Metodología para la Determinación del Importe de Multas por Infracciones u la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*".

[268] La Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia mediante sentencia de 19 de octubre de 2017, dispuso en su parte resolutive lo siguiente:

"(...) dejándose u salva el derecho de la Superintendencia para imponer la multa respectiva siempre y cuando exista mérito para ello, analizando el tema nuevamente conforme la regla de la razón (...)".

[269] Mediante Memorando SCPM-INICAPMAPR-DNICAPR-023-2018-M de 22 de agosto de 2018, la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, remite a la CRPI el Informe No. INICAPMAPR-DNICAPR-009-2018, respecto del nuevo cálculo de multa al operador económico **RECAPT**.

[270] En Resolución de 01 de abril de 2019, a las 09h30, la CRPI resolvió en la parte pertinente:

- Acoger parcialmente el Informe Nro. SCPM-IJAPMAPR-054-2015, de 09 de abril de 2015.
- Sancionar al operador económico **RECAPT** con una multa sancionadora de USD \$ 226.074,73.
- Ordenar que el operador económico **RECAPT** cancele la multa dentro del término de 20 días contados a partir de la notificación de la presente resolución.
- Medida Correctiva.- se remitan copias certificadas a la Procuraduría General del Estado, de ser procedente, se sirva tramitar la acción de nulidad de pleno derecho del proceso de contratación Nro. SIE-IESS-015-2011.

[271] En la Resolución emitida por el Superintendente de Control del Poder de Mercado el 05 de julio de 2019 a las 17h00, en la letra c) del punto DÉCIMO, se señala:

"i. Metodología aplicable.- La Comisión de Resolución de Primera Instancia en el acápite "UNDÉCIMO" de la resolución de 01 de abril de 2019, señala "[...] dentro del mercado relevante y en aplicación de la fórmula para la determinación de las multas contenida en la Resolución No. 012 de 23 de septiembre de 2016 de la Junta de Regulación, publicada en el Registro Oficial No. 887 de 22 de noviembre de 2016, si bien entró en vigor en forma posterior al cometimiento de la infracción que origina la sanción, brinda la metodología que la sentencia del Tribunal de Casación dispone [...]"; al respecto esta Autoridad considera necesario señalar que, si bien la vigencia de la



“Metodología para la determinación del importe de multas por infracciones a la Ley Orgánica de Regulación y Control del poder de Mercado” contenida en la Resolución No. 012 de 23 de septiembre de 2016, emitida por la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación del Poder de Mercado es posterior al cometimiento de la conducta anticompetitiva; dicha metodología brinda elementos de certeza y legalidad para la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (...).”

[274] Al respecto el Superintendente de Control del Poder de Mercado indica:

“(...)

Por consiguiente, la Metodología aplicada por la Comisión de Resolución de Primera Instancia es la adecuada para el cálculo del importe de la multa al operador económico RECAPT S. A.”

“ii Cálculo de la multa. - Para el cálculo de la multa, la Comisión de Resolución de Primera Instancia acogió parcialmente el Informe No. SCPM-INICAPMAPR-009-2018 de 22 de agosto de 2018, suscrito por el abogado Jacobo Aguayo Zambrano, Director Nacional de Acuerdos y Prácticas Restrictivas (a esa fecha), el cual tenía por objeto calcular nuevamente la multa para el operador económico RECAPT S.A. (...).”

[275] Además, el Superintendente de Control del Poder de Mercado señala:

“(...) no obstante, tanto el Informe No. SCPM-INICAPMAPR-009-2018 de 22 de agosto de 2018, suscrito por el abogado Jacobo Aguayo Zambrano, así como en la resolución de 01 de abril de 2019 emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, no existe un análisis y justificación coherente entre los valores asignados a la fórmula para la determinación del importe de la multa y la información que consta en el expedientillo remitida por el Órgano de Resolución. En el mismo orden de ideas, el análisis constante tanto en el informe como en la resolución en mención, no han sido desarrollados con observancia del Informe No. SP-2016-009, documento que constituye el elemento interpretativo esencial de la Resolución No. 012 de 23 de septiembre de 2016, emitida por Junta de Regulación de la LORCPM para el cálculo de la multa respectiva. (...).” (subrayado y negrita por fuera de texto).

[276] Asimismo, la parte resolutive establece lo siguiente:

“(...) PRIMERO.- DECLARAR de oficio la nulidad de la Resolución de 01 de abril de 2019 a las 09h30, suscrita por los miembros de la Comisión de Resolución de Primera instancia, por cuanto se ha evidenciado que la misma padece un vicio insubsanable de motivación al haber sido emitida sin contar con



los expedientes íntegros de investigación y sanción Nos. SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026 y SCPM-CRPI-2015-019, respectivamente.”

“(…) TERCERO.- DISPONER a la Comisión de Resolución de Primera Instancias (CRPI) en el plazo de noventa (90) días emita la resolución correspondiente en observancia a la sentencia de 19 de octubre de 2017 expedida por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, para lo cual deberá contar con los expedientes íntegros de investigación y resolución Nos. SCPM-IIAPMAPR-ECP-2013-026 y SCPM-CRPI-2015-019, respectivamente, que reposan en la Secretaría General de la SCPM”.

[275] En virtud de lo expuesto, el Informe No. SP-2016-009, se considera como un elemento interpretativo esencial de la Resolución No. 012 de 23 de septiembre de 2016, publicada en el Registro Oficial No. 887 de 22 de noviembre de 2016.

[276] El Informe No. SP-2016-009 define la metodología propuesta para la aplicación de la Resolución 012 y establece un procedimiento de cálculo en concordancia con lo determinado tanto en la LORCPM como en el RI.LORCPM.

[277] Dicha metodología considera parámetros que permiten cuantificar, de la manera más aproximada, un importe de sanción que se encuentre acorde a las especificidades de cada caso.

13.2.1.1 Fases de cuantificación de la multa y fórmulas de cálculo

[278] La metodología de cálculo para la determinación de la multa se fija siguiendo las siguientes fases:

Fase 1. Determinar la base para el cálculo del importe de la multa

$IMBi = VNMRi * \beta i$	$IMBi =$ Importe base del operador i $VNMRi =$ Volumen de negocios realizado en el mercado o mercados relevantes afectados por la infracción
$\beta i = f(\text{gravedad}(a), \text{afectación}(\theta))$	$\beta i =$ Ponderador del tipo sancionador



Fase 2. Multiplicar el importe de base en función de la duración de la conducta

$IMBTi = IMBi * di$	$IMBTi =$ Importe base total del operador i $IMBi =$ Importe base del operador i
---------------------	---



$d_i = f$ (número de años de duración de la infracción)

$d_i =$ duración de la infracción



Fase 3. Ajustar el importe base total en base a evaluación global de las circunstancias pertinentes

$$IMT_i = IMBT_i * Y_i$$

$IMT_i =$ Importe total de la multa para el operador i

$IMBT_i =$ Importe base total del operador i

$Y_i = f$ (número de circunstancias agravantes y atenuantes)

$Y_i =$ factor proporcional a las circunstancias agravantes y atenuantes

Fuente: LORCPM – Secretaría Permanente de la Junta de Regulación

13.2.1.2 Parámetros para la determinación del importe de la multa

[279] Para la formulación de la propuesta, se consideraron los criterios establecidos en el artículo 80 de la LORCPM y se determinaron factores de ponderación que agrupan a las siguientes variables:

Variable	Indicador	Descripción de la variable
A_i	Cuota del mercado del operador u operadores económicos responsables	Cuota del mercado del operador u operadores económicos responsables
ϕ	Alcance de la infracción	Cobertura geográfica de la infracción nacional, regional o local
N_i	Dimensión del mercado afectado	Indicador de la dimensión del mercado afectado
HNI	Características del mercado afectado	Índice de Herfindahl-Hirschman normalizado
D_i	Duración de la infracción	Factor proporcional a la duración de la infracción
Y_i	Circunstancias agravantes y atenuantes	Factor proporcional a las circunstancias agravantes y atenuantes

Fuente: LORCPM – Secretaría Permanente de la Junta de Regulación

13.2.2 Sistema de cálculo de la metodología propuesta

13.2.2.1 Fase 1: determinación del importe base

[280] De conformidad con el informe SP-2016-009 esta fase contiene lo siguiente:



"El artículo 96 del RALORCPM señala que se determinará la base para el cálculo del importe de la multa en referencia al volumen de negocios realizado en el mercado o mercados relevantes afectados por la infracción. Este importe es determinado para cada operador económico o asociación, unión o agrupación de operadores económicas. Así mismo, se establece que para determinar esta base se tendrá en cuenta, entre otras, los criterios mencionados en el artículo 80 y que han sido agrupados en dos factores de ponderación, el primero, factor de gravedad (α) y el segundo, el factor de afectación (θ). La sumatoria de estos dos factores permite determinar el tipo sancionador (β). Este tipo sancionador se establece en función de las características generales de la infracción y corresponde a un porcentaje sobre el volumen de negocios del mercado o mercados relevantes del operador u operadores infractores.

El importe base (IMBi) se determina aplicando la siguiente fórmula:

$$IMBi = VNMRI * \beta_i \quad (1)$$

VNMRI es el volumen de negocios del mercado relevante

$$\beta_i = f \{ \text{gravedad } (\alpha), \text{ afectación } (\theta) \}$$

El tipo sancionador β_i , se obtiene a partir de la siguiente fórmula:

$$\beta_i = (\alpha^a * \theta^b) * [(SIL * \mu) + (SIG * v) + (SIMG * \omega)] \quad (2)$$

$$0 < \beta_i \leq 4.12''$$

1281) Donde,

β_i	=	Tipo sancionador
α	=	Factor proporcional a la gravedad de la infracción
θ	=	Factor proporcional a la afectación de la infracción
SIL	=	Naturaleza de la infracción leve: 1 si cumple, 0 caso contrario
SIG	=	Naturaleza de la infracción grave: 1 si cumple, 0 caso contrario
SIMG	=	Naturaleza de la infracción muy grave: 1 si cumple, 0 caso contrario
μ	=	Coficiente de ponderación para sanciones leves
v	=	Coficiente de ponderación para sanciones graves
ω	=	Coficiente de ponderación para sanciones muy graves

Fuente: LORCPM - Secretaría Permanente de la Junta de Regulación

"El factor proporcional a la gravedad de la infracción (α) corresponde a las características del operador económico que realiza la infracción, así como a las



características de esa infracción. En tal sentido, este factor se determina en función de las siguientes variables y conforme la siguiente ecuación:

$$\alpha_i = \lambda_i - [(\varphi_N * 1) + (\varphi_R * 0.50) + (\varphi_L * 0.25)] + [(tL * 0.08) + (tG * 0.10) + (tMG * 0.12)] \quad (3)$$

$$0 < \alpha \leq 2.12$$

[262] Donde,

α	-	Factor proporcional a la gravedad de la infracción
λ_i	-	Cuota de mercado del operador económico responsable
φ_N	-	Cobertura geográfica de la infracción nacional; 1 si cumple, 0 caso contrario
φ_R	-	Cobertura geográfica de la infracción regional (3 o más provincias); 1 si cumple, 0 caso contrario
φ_L	-	Cobertura geográfica de la infracción local (menos de 3 provincias); 1 si cumple, 0 caso contrario
tL	-	Tipo de infracción leve; 1 si cumple, 0 caso contrario
tG	-	Tipo de infracción grave; 1 si cumple, 0 caso contrario
tMG	-	Tipo de infracción muy grave; 1 si cumple, 0 caso contrario

Fuente: LORCPM – Secretaría Permanente de la Junta de Regulación

- Cuota de mercado.- la gravedad de la infracción está directamente relacionada con la participación del infractor en el mercado relevante, a una mayor cuota de mercado, mayor será el perjuicio causado, porque habrán menores posibilidades de que los actores del mercado se desplacen hacia otras alternativas. Para la determinación de esta cuota de mercado se considerará el último ejercicio que corresponda a sus actividades ordinarias en el mercado relevante, o el último año calendario para el cual se cuente con la información ajustado por la inflación correspondiente.

- *Naturaleza de la infracción.- corresponde a la especificidad de la conducta, la naturaleza se enmarca en las siguientes categorías: leve, grave o muy grave. Para cada tipo de conducta se asigna un coeficiente equivalente al porcentaje que establece la LORCPM por el tipo de infracción. En este sentido, se añadirá al factor de gravedad, 0,08 si la infracción es leve, 0,10 si la infracción es grave y 0,12 si la infracción es muy grave.*

-Alcance de la infracción.- corresponde a la cobertura geográfica que tuvo la infracción, considerando de mayor a menor, un alcance nacional, regional [tres (3) provincias o más] o local [menos de tres (3) provincias]. Si la infracción tuvo un alcance nacional se adicionará un punto (1) al factor de gravedad, si fue de alcance regional se añadirá 0.50 y si la cobertura geográfica fue local, se asignará un valor de 0.25.





El factor proporcional de la afectación de la infracción (θ) corresponde a la evaluación de la infracción frente al mercado afectado, este factor incluye los siguientes elementos y se determina en aplicación de la siguiente fórmula:

$$\theta_i = n_i \cdot HNI \quad (4)$$

$$0 < \theta_i \leq 2$$

[283] Donde,

n_i	=	Indicador de la dimensión del mercado afectado.
HNI	=	Índice de Herfindahl-Hirschman (HHI) normalizado

Fuente: LORCPM – Secretaría Permanente de la Junta de Regulación

“-Dimensión del mercado afectado.- corresponde a la valoración global del mercado afectada, en el cual el operador económico responsable u operadores económicos cometieron la infracción. Con el objetivo de cuantificar esta dimensión del mercado, se propone categorizar el tamaño total del mercado afectada, medido por:”

$\sum_{i=1}^N$ Ventas i , en las siguientes clases¹¹⁶:

$$n_i = \left[\begin{array}{l} 0.10 \text{ si } \sum_{i=1}^N \text{ Ventas } i < P_{10} \\ 0.20 \text{ si } P_{10} \leq \sum_{i=1}^N \text{ Ventas } i < P_{35} \\ 0.40 \text{ si } P_{35} \leq \sum_{i=1}^N \text{ Ventas } i < P_{55} \\ 0.60 \text{ si } P_{55} \leq \sum_{i=1}^N \text{ Ventas } i < P_{75} \\ 0.80 \text{ si } P_{75} \leq \sum_{i=1}^N \text{ Ventas } i < P_{95} \\ 1.00 \text{ si } P_{95} \leq \sum_{i=1}^N \text{ Ventas } i \end{array} \right] \quad (5)$$

$$0.10 \leq n_i \leq 1$$

Fuente: LORCPM – Secretaría Permanente de la Junta de Regulación

¹¹⁶ OCDE (2008). Handbook constructing composite indicators. Normalisation methods.



"El cálculo de los percentiles para cada uno de los rangos señalados, considera el volumen de ventas netas registradas en el Servicio de Rentas Internas (en adelante, "SRI").

La sumatoria de las ventas representan el volumen total de ventas del "sector real" de la economía, frente a las cuales se determina el rango en el que se encuentra el mercado afectado en cada procedimiento de infracción en el que se hayan de terminado que el operador o los operadores involucrados han cometido infracciones a la LORCPM.

En este sentido, los percentiles se determinarán respecto a la información de las formularios y anexos declarados al SRI del año inmediatamente anterior al de la imposición de la multa o del último año que la información se encuentre disponible.

- *Características del mercado afectado.- corresponde a la caracterización del mercado afectado en términos del nivel de concentración de dicho mercado. El HHI es un índice que permite medir la concentración en un mercado, dado por la suma de los cuadrados de las participaciones de las firmas que componen el mercado (en porcentaje). El índice toma valores en un rango de 1 a 10.000, donde el máximo corresponde a un monopolio. De acuerdo al Departamento de Justicia de Estados Unidos (U.S. Department of Justice) y la Federal Trade Commission¹⁰⁷, existen cuatro rangos: a un índice más alto, el mercado es más concentrado y menos competitivo; mientras a un índice más bajo el mercado es muy competitivo y poco concentrado.*

Con el objetivo de que el índice se encuentre en un rango de 0 y 1 como las demás variables, se utiliza el índice de Herfindahl-Hirschman normalizado (HNI), que toma el valor de 0 cuando la concentración es mínima y de 1 cuando la concentración es máxima.

Dado por:

$$HNI = \frac{HHI - \frac{1}{n}}{1 - \frac{1}{n}}$$

$$0 < HNI \leq 1$$

[234] Donde,

HNI	Índice de Herfindahl-Hirschman (HHI) normalizado
-----	--

¹⁰⁷ U.S. Department of Justice y The Federal Trade Commission (2010). Horizontal Merger Guidelines. Disponible [Online]: <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg-2010.html#5c>



HHI	=	Índice de Herfindahl-Hirschman
n	=	Número de firmas

Fuente: LORCPM – Secretaría Permanente de la Junta de Regulación

13.2.2.2 Fase 2: determinación de la base total

[285] De conformidad con el informe SP-2016-009 esta fase contiene lo siguiente:

“El artículo 98 del RALORCPM determina que el importe de la base total (IMBT_i) para el cálculo de la multa será definida por la multiplicación del importe base por el número de años de duración de la infracción.

Los periodos de la infracción inferiores a un semestre contarán como medio año y los periodos de más de seis meses pero de menos de un año se contarán como un año completo. En este sentido, el factor de ponderación de la duración de la infracción (d_i), se obtiene mediante la siguiente fórmula:

$$IMBT_i = IMB_i * d_i \quad (7)$$

$$d_i = d_t + \sum_{t=1}^N d_t \quad (8)$$

[286] Donde,

$IMBT_i$	=	Importe base total
IMB_i	=	Importe Base
d_i	=	Factor proporcional a la duración de la infracción
d_t	=	Duración de la infracción en el último año en el que se tiene constancia de que se ha cometido la infracción.
$d_t - 1$	=	Duración de la infracción en el año anterior a t y así consecutivamente

Fuente: LORCPM – Secretaría Permanente de la Junta de Regulación

[287] Dado por:

$$d_t = \begin{cases} 1 & \text{si la infracción tuvo lugar por seis meses o más en el año } t \\ 0.5 & \text{si la infracción tuvo lugar por menos de seis meses en el año } t \end{cases}$$

13.2.2.3 Fase 3: ajuste del importe de la multa

[288] De conformidad con el informe SP-2016-009 esta fase contiene lo siguiente:

“Conforme lo establecido en el artículo 99 del RALORCPM, el importe base de la multa una vez multiplicado por la duración de la conducta, podrá incrementarse o reducirse cuando la Superintendencia de Control del Poder de



Mercado, durante la investigación, constate la existencia de circunstancias atenuantes y/o agravantes. Para determinar el porcentaje de incremento o reducción del importe de la multa en función de las circunstancias, se plantea la siguiente fórmula:

$$IMTM_i = IMBT_i * Y_i \quad (9)$$

[289] Donde,

$IMTM_i$	=	Importe base total
$IMBT_i$	=	Importe total de la multa del operador económico i
Y_i	=	Factor proporcional a las circunstancias agravantes y atenuantes para el operador económico i

Fuente: LORCPM - Secretaría Permanente de la Junta de Regulación

"El factor proporcional a las circunstancias agravantes y atenuantes (Y_i), está en función del número total de circunstancias en conjunto para el caso materia de la investigación. En tal sentido, la metodología de cálculo establece un coeficiente respecta al total de circunstancias, considerando si los circunstancias agravantes son superiores a las atenuantes o viceversa. El factor Y_i se define como:"

$$Y_i = \begin{cases} 1 & \text{Si } Ag_i - At_i = 0 \\ \omega_i & \text{Si } Ag_i > At_i \\ \mu_i & \text{Si } Ag_i < At_i \end{cases} \quad (10)$$

[290] Donde,

ω_i	=	Coficiente cuando las circunstancias agravantes son superiores a las circunstancias atenuantes
μ_i	=	Coficiente cuando las circunstancias agravantes son inferiores a las circunstancias atenuantes
Ag_i	=	Número (entero) de circunstancias agravantes que posee el operador i
At_i	=	Número (entero) de circunstancias atenuantes que posee el operador económico i

Fuente: LORCPM - Secretaría Permanente de la Junta de Regulación

"El porcentaje de incremento o reducción como resultado de la aplicación de circunstancias agravantes y atenuantes, prevé un rango entre 10% y 25%. Y se cuantifican de lo siguiente manera:"



$$\omega_i = \begin{cases} 1,25 \text{ Si } Agi - Ati \geq 4 \\ 1,20 \text{ Si } Agi - Ati = 3 \\ 1,15 \text{ Si } Agi - Ati = 2 \\ 1,10 \text{ Si } Agi - Ati = 1 \end{cases} \quad (11)$$

$$\mu_i = \begin{cases} 0,75 \text{ Si } Agi - Ati \leq -4 \\ 0,80 \text{ Si } Agi - Ati = -3 \\ 0,85 \text{ Si } Agi - Ati = -2 \\ 0,90 \text{ Si } Agi - Ati = -1 \end{cases} \quad (12)$$

"Para determinar el importe final de la multa la Superintendencia de Control del Poder de Mercado realizará una evaluación global que tendrá en cuenta todas las circunstancias pertinentes, las mismas que deberán ser consideradas en el factor proporcional precedente.

A excepción de los casos previstos en la Ley, el importe total de la multa está sujeto a la siguiente restricción:

$$IMTM_i \leq [(SIL * 0.08) + (SIG * 0.010) + (SIMG * 0.012)] * VNMR_i \quad (13)$$

[25] Donde,

<i>SIL</i> =	Naturaleza de la infracción leve: 1 si cumple, 0 caso contrario
<i>SIG</i> =	Naturaleza de la infracción grave: 1 si cumple, 0 caso contra
<i>SIMG</i> =	Naturaleza de la infracción muy grave: 1 si cumple, 0 caso contrario

Fuente: LORCPM – Secretaría Permanente de la Junta de Regulación

13.2.2.4 Determinación de ponderadores

"La metadología propuesta contempla ponderaciones que aseguran que el importe de la sanción no exceda los límites legales y que alcance el máxima valor únicamente ante un mercado en situaciones similares de monopolio. (...)

La fórmula propuesta incluye 3 factores, el denominado tipo sancionador (β), el factor proporcional de duración de la infracción (d) y el factor proporcional a las circunstancias agravantes y atenuantes (γ).

Tabla 5: Valores máximos por factores contemplados en la fórmula:



Tipo sancionador (β)	Infracciones leves: 4.08 Infracciones graves: 4.10 Infracciones muy graves: 4.12
Duración de la conducta (d)	4.5
Circunstancias agravantes y atenuantes (γ)	1.25

Fuente: Secretaría Permanente de la Junta de Regulación
Elaboración: Secretaría Permanente de la Junta de Regulación

A excepción del factor de duración de la infracción, los otros dos son las variables de control en la estimación del importe de la multa. La duración de la infracción está sujeta a un límite por el principio de prescripción dispuesto en la LORCPM, disposición que se ha acogido en la fórmula y que se toma como valores dados.

Por el contrario, el tipo sancionador (β) que evalúa la gravedad y afectación de la conducta, asigna valores entre 0 y 1 dependiendo de la variable analizada. La sumatoria de las variables consideradas dentro de este tipo sancionador no están sujetas a una condición de restricción, por lo cual dentro del mismo podrían considerarse los elementos necesarios que permitan caracterizar la infracción cometida por el operador o los operadores económicos responsables.

Por otra parte, el factor de circunstancias agravantes y atenuantes, contempla una evaluación global de las circunstancias identificadas durante el procedimiento de investigación. La LORCPM plantea cuatro (4) circunstancias agravantes y cuatro (4) atenuantes, señalando que podrían darse otro tipo de circunstancias. Con el objetivo de delimitar el porcentaje en que se incrementaría o reduciría el importe de la sanción, se han establecido ponderaciones de modo arbitrario, como se indicó supra, en función del número total de circunstancias, dejando un límite abierto superior en caso de que existieren más o menos de 4 circunstancias, respectivamente.

(...) Este coeficiente, se aplicará al tipo sancionador, al ser el factor que determinó el importe base para el cálculo de la sanción.

En este sentido, se estimó el coeficiente en función del siguiente sistema de ecuaciones:

$$IMBi = VNMR * \beta_i * [(SIL * \mu) - (SIG * v) + (SIMG * \omega)]$$

$$IMBTi = IMBi * di$$



$$IMTi = IMBTi * Yi$$

$$IMTi \leq VNMR * [(SIL * 0.08) + (SIG * 0.10) + (SIMG * 0.12)]$$

$$0 < \mu, \nu, \omega < 1$$

Donde, los factores β , d , γ alcanzan sus valores máximos.

Resolviendo el sistema y conforme las restricciones, para cada tipo de sanción se estimaron los coeficientes descritos en la tabla 6. Mediante estos coeficientes, se impone un límite a la proporción del importe base que está en función del volumen de negocios del mercado relevante.

Tabla 6 Coeficientes según el tipo de sanción y proporción sancionatoria cuando es posible determinar el volumen de negocios.

Tipo de sanción	Coficiente	Proporción sancionatoria
Infracción leve	0,00348583877995643	1.42222%
Infracción grave	0,00433604336043360	1.77777%
Infracción muy grave	0,00517799352750809	2.13333%

Fuente: Secretaría Permanente de la Junta de Regulación

Elaboración: Secretaría Permanente de la Junta de Regulación

Las coeficientes calculados cumplen con la condición de restricción en función de los supuestos planteados anteriormente, los mismos que consideran una situación en la que la conducta del infractor dará el máximo de tiempo y que durante la investigación se determinaran 4 situaciones agravantes o más. Estos coeficientes pueden variar en función de la ponderación que se asigne a cada factor sobre el cálculo de la multa, el escenario de maximización y el nivel de discreción que se desee otorgar a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado para los ajustes finales del importe de la sanción.

(...)"

13.3. Desarrollo y determinación del importe total de la multa

[392] Previo al cálculo del importe total de la multa es necesario considerar los criterios prescritos en el artículo 80 de la LORCPM según las variables que observaremos a continuación:



13.3.1 Variables a considerar para establecer factores de ponderación

13.3.1.1 Del mercado relevante

[293] La Intendencia de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas definió como mercado relevante al "(...) proceso de subasta inversa denominado "Sistema Integral para la Gestión, Agendamiento e Interrelación en la Atención de Salud y Mejoramiento de los servicios que brinda el IESS a sus usuarios", bajo las condiciones técnicas especificadas en los pliegos respectivos al proceso de subasta inversa electrónica No. SIE-IESS-015-2011, dentro del territorio ecuatoriano."¹⁰⁸ (las negritas y el subrayado por fuera del texto)

[294] Asimismo en el punto 8 del mencionado informe, respecto de los elementos para el cálculo del importe de la multa en cuanto al mercado relevante señala:

"(...) Para el caso de la persona jurídica RECAPT RECUPERACIÓN DE CAPITAL CONTACT CENTER S. A., el volumen de negocios (monto adjudicado) en el mercado relevante afectado (proceso de contratación Nro. SIE-IESS-015-2011) ascendió a USD 19'452.211,00. (...)"

[295] Sin embargo, la CRPI mediante resolución de 07 de septiembre de 2015, aun cuando sigue la misma línea de interpretación de la Intendencia de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, determina como mercado relevante al "(...) producto a servicio de atención telefónica denominado "Sistema Integral para la Gestión, Agendamiento e Interrelación en la Atención de Salud y Mejoramiento de los servicios que brinda el IESS a sus usuarios", con las condiciones técnicas especificadas en los pliegos respectivos al proceso de subasta inversa electrónica No. SIE-IESS-015-2011, de 16 de septiembre de 2011." (las negritas y el subrayado es propio)

[296] El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con Sede en el Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha, en el Juicio Especial No. 17811201601271, mediante sentencia resolvió al respecto:

"(...) Para el caso particular, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado dentro del Informe No. SCPM-ITAPMAPR-54-2015, ha considerado dichos parámetros al considerar que en el caso materia de su investigación se trata de un servicio delimitado por los pliegos de contratación en cual ha sido descrito como "Sistema Integral para la gestión, Agendamiento e Interrelación en la Atención de Salud y Mejoramiento de los servicios que brinda el IESS a sus usuarios", del cual, de acuerdo a lo analizada no se pudo establecer un posible sustituto, ya que al estar de por medio un proceso de selección, quien oferte algo distinto sería simplemente descalificado, determinando como

¹⁰⁸ Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas; Informe No. SCPM-ITAPMAPR-54-2015 de 09 de abril de 2015. p. 60.



mercado geográfico todo el territorio nacional en virtud nuevamente de lo establecido en las pliegos.- El Tribunal analiza que en razón de que los procesos de contratación con el sector público, se ciñen a las disposiciones de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la determinación de un mercado relevante tiene que estar enmarcado efectivamente en los términos en lo que se van a contratar, para el caso concreto de acuerdo a las bases contractuales (pliegos), por cuanto es precisamente en este marco en el cual se desarrollaría la entrega del servicio a ser contratado, siendo pertinente entonces, u decir del Tribunal, haber definido el mercado relevante en dicho contexto, mas aún cuando se han considerado para su determinación los elementos contenidos en el artículo 5 de la LORCPM, dicho criterio cabe señalar al constar en el Informe que sirvió de sustento para la decisión impugnada, permite al Tribunal establecer que en la fase de investigación si existió la determinación de un mercado relevante, contrario a lo sostenido por la parte uctura.- Este criterio además se encuentra también expuesta dentro del informe pericial solicitado por la parte actora constante de fajas 8959 a fajas 8978 del proceso.- (...)" (las negritas y el subrayado es propio)

- [297] En este sentido se verifica que la sentencia del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo concuerda con lo expuesto en el Informe No. SCPM-IIAPMAPR-54-2015 y con la resolución de 07 de septiembre de 2015 de la CRPI.
- [298] Por su parte la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo en su sentencia no realiza ningún análisis y, por lo tanto, se colige que la determinación del mercado relevante no fue punto controvertido y por ende no cambió.
- [299] La CRPI en su resolución de 01 de abril de 2019 se reafirma sobre su definición del mercado relevante considerado como:

"(...) producto a servicio de atención telefónica denominado "Sistema Integral para la Gestión, Agendamiento e Interrelación en la Atención de Salud y Mejoramiento de los servicios que brinda el IESS a sus usuarios", con las condiciones técnicas especificadas en los pliegos respectivos al proceso de subasta inversa electrónica Na. SIE-IESS-015-2011, de 16 de septiembre de 2011." (las negritas y el subrayado por fuera del texto)

- [300] La resolución de 05 de julio de 2019 emitida por el Superintendente de Control del Poder de Mercado tampoco considera como punto controvertido la determinación del mercado relevante.
- [301] Tomando en cuenta lo expuesto y una vez revisado los fundamentos del caso, la CRPI ratifica que la definición del mercado relevante es el producto o servicio de atención telefónica denominado "Sistema Integral para la Gestión, Agendamiento e Interrelación en la Atención de Salud y Mejoramiento de los servicios que brinda el IESS a sus usuarios", con las condiciones técnicas especificadas en los pliegos respectivos al proceso de subasta



inversa electrónica No. SIE-IESS-015-2011, de 16 de septiembre de 2011, dentro del territorio ecuatoriano.

13.3.1.2 De los agravantes

[302] La CRPI conforme el artículo 81 de la LORCPM para calcular el importe total de las sanciones, deberá conforme lo sustraído de la investigación tener en cuenta circunstancias agravantes en las que haya incurrido el infractor de la normativa en libre competencia.

[303] Dichas circunstancias agravantes se establecen de la siguiente manera:

“Art. 81.- Circunstancias Agravantes.- Para fijar el importe de las sanciones se tendrán en cuenta además, entre otras, las siguientes circunstancias agravantes:

a. La comisión reiterada de infracciones tipificadas en la presente Ley.

b. La posición de responsable o instigador de la infracción.

c. La adopción de medidas para imponer o garantizar el cumplimiento de las conductas ilícitas.

d. La falta de calibración u obstrucción de la labor inspectora, sin perjuicio de la posible consideración como infracción independiente, según lo prevista en el artículo 78 numeral 1, literal g.”

[304] La CRPI ha confirmado que ya ha sido determinado previamente el comctimiento de la conducta establecida en el numeral 6 del artículo 11 de la LORCPM; que, conforme el análisis realizado bajo la regla de la razón la conducta es sancionable; y, que ha revisado el expediente, especialmente las pruebas aportadas por los operadores económicos y de la Intendencia de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, por lo cual considera que el operador económico **RECAPT** incurrió en los siguientes agravantes:

i. La posición de responsable o instigador de la infracción.

[305] Mediante copia certificada de acuso recibo de la Comisión Técnica del IESS, dentro del proceso de SIE-IESS-015-2011¹⁰⁹ se observa que quien entrega la propuesta de **SOLNET** para el Sistema Integral para la Gestión, Agendamiento e Interrelación en la Atención de Salud y Mejoramiento de los servicios que brinda el IESS a sus usuarios es Diego Gaybor Quiroz, quien a su vez según el certificado de las declaraciones del 15% de participación de utilidades de **RECAPT**¹¹⁰ era trabajador a la fecha de **RECAPT** con cargo de jefe de área.

¹⁰⁹ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 3827.

¹¹⁰ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 6025 a 6032.



[306] Lo anterior hace concluir a la CRPI que **RECAPT** tiene una participación protagónica dentro del acuerdo, pues, es este operador económico quien facilitó sus trabajadores, simplificó y coordinó la consecución del objeto y efecto del acuerdo desde su inicio, como es la entrega de la propuesta de su competidor, teniendo así la posición de responsable o instigador de la infracción.

ii. La adopción de medidas para imponer o garantizar el cumplimiento de las conductas ilícitas.

[307] La CRPI al revisar el "*EXAMEN ESPECIAL A LOS PROCESOS PRECONTRACTUAL, CONTRACTUAL Y EJECUCIÓN DEL CONTRATO PARA EL SERVICIO DE CALL CENTER CON LA EMPRESA RECAPT*"¹¹¹, de la Dirección de Auditoría de Desarrollo Seccional y Seguridad Social, de la Contraloría General del Estado, observa que ciertamente existen coincidencias y similitudes de los documentos de los operadores económicos **RECAPT** y **SOLNET**, así también que el agente económico **RECAPT** presenta documentos que corresponden a la experiencia de **SICONTAC CENTER** de 29 de julio de 2011, e **INTEGRAL SOLUTIONS S.A.**, de 17 de junio de 2011, suscritos por el mismo Gerente General quien a la fecha de suscripción no estaba en funciones.

[308] La Contraloría General del Estado en el mismo documento señala que en la documentación e información de las ofertas técnicas de **RECAPT** y **SOLNET** se verifican similitudes y coincidencias entre las ofertas y, siendo aún más grave que en los documentos de **RECAPT** aparece el nombre de **SOLNET** y viceversa, dejando claro que, además de la existencia del acuerdo, hubo un engaño evidente y directamente encaminado a falsear la competencia, es decir, lograr adjudicarse un contrato como fin último del acuerdo mediante la presentación de documentos sin sustento fáctico, lo que es un indicador de conducta altamente reprochable en vulneración del erario público, pero sobre todo al bienestar general y la eficiencia económica.

[309] Los documentos expuestos reafirman lo ya probado, en cuanto permite corroborar a esta autoridad que los elementos presentados en las ofertas de los operadores económicos contienen similitudes; por lo tanto, esta prueba permite identificar que los operadores económicos realizaron actos suficientes para llevar a cabo una concertación en la participación de procesos de compras públicas logrando la adopción de medidas para imponer o garantizar el cumplimiento de las conductas ilícitas.

13.3.1.3 Atenuantes

[310] La CRPI conforme el artículo 82 de la LORCPM, para calcular el importe total de las sanciones, deberá establecer la existencia de las circunstancias atenuantes.

[311] Las circunstancias atenuantes se determinan de la siguiente manera:

¹¹¹ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 5055 a 5112.



“Art. 82.- Circunstancias Atenuantes.- Para fijar el importe de la sanción se tendrán en cuenta además, entre otras, las siguientes circunstancias atenuantes:

- a. La realización de actuaciones que pongan fin a la infracción.*
- b. La no aplicación efectiva de las conductas prohibidas.*
- c. La realización de actuaciones tendientes a reparar el daño causado.*
- d. La colaboración activa y efectiva con la Superintendencia de Control del Poder de Mercado llevada a cabo fuera de los supuestos de exención y de reducción del importe de la multa regulados en los artículos 83 y 84 de esta Ley.”*

[312] El operador económico **RECAPT** no ha presentado prueba alguna que demuestre que:

- i. Realizó actuaciones que pongan fin a la infracción:

[313] De acuerdo al informe de análisis de ofertas de la Subcomisión de Apoyo (informe final único) de 06 de febrero de 2012¹¹², se colige que **RECAPT** y **SOLNET** ciertamente resultaron los únicos operadores económicos que accedieron a la puja y que de la Resolución Administrativa No. CT-IESS-008-2012 de 23 de febrero de 2012¹¹³, emitida por el Director General del IESS dentro del proceso SIE-IESS-015-2011, resuelve adjudicar al operador económico **RECAPT** el contrato “*Sistema Integral para la Gestión, Agendamiento e Interrelación en la Atención de Salud y Mejoramiento de las Servicios que Brinda el IESS a sus Usuarios*”, por el valor de \$ 19'452.211,00 USD, determinando que se perfeccionó el efecto del acuerdo.

- ii. La no aplicación efectiva de las conductas prohibidas

[314] Según la copia certificada de acuso recibo de la Comisión Técnica del IESS, dentro del proceso SIE-IESS-015-2011¹¹⁴, se observa que quien entrega la propuesta de **SOLNET** para el “*Sistema Integral para la Gestión, Agendamiento e Interrelación en la Atención de Salud y Mejoramiento de las servicios que brinda el IESS a sus usuarios*” es Diego Gaybor Quiroz, quien a su vez según el certificado de las declaraciones del 15% de participación de utilidades de **RECAPT**¹¹⁵ era trabajador a la fecha de **RECAPT** con cargo de jefe de área.

¹¹² Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 3902 a 3915.

¹¹³ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 5128 a 5130.

¹¹⁴ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 3827.

¹¹⁵ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 6025 a 6032.



[316] Este elemento permite a la CRPI verificar la aplicación efectiva de las conductas prohibidas porque justamente fue el agente económico **RECAPT**, quien realizó los actos necesarios para el perfeccionamiento de la conducta.

iii. La realización de actuaciones tendientes a reparar el daño causado

[316] No se tiene evidencia alguna que el operador económico **RECAPT** repare el daño causado, especialmente cuando al momento sigue afirmando que no ha cometido infracción alguna.

iv. La colaboración activa y efectiva con la Superintendencia de Control del Poder de Mercado llevada a cabo fuera de los supuestos de exención y de reducción del importe de la multa regulados en los artículos 83 y 84 de esta Ley.

[317] La CRPI no ha verificado la colaboración activa y efectiva por parte del operador económico **RECAPT**.

[318] En virtud de lo expuesto, la CRPI no ha encontrado mérito para establecer atenuantes para el cálculo de la multa.

13.3.1.4 Duración de la infracción

[319] El 23 de enero de 2012 a las 13h40, el operador económico **RECAPT**, presenta la propuesta, dentro del proceso de Subasta Inversa Electrónica SIE-IESS-015-2011.

[320] El 23 de enero a las 13h42, el operador económico **SOLNET**, presenta la propuesta, dentro del proceso de Subasta Inversa Electrónica SIE-IESS-015-2011.

[321] Estos hechos permiten corroborar que el inicio de la presentación de la propuesta, configura el acuerdo anticompetitivo.

[322] Con Resolución Administrativa No. CT-IESS-008-2012 de 23 de febrero de 2012, emitida por el Director General del IESS dentro del proceso SIE-IESS-015-2011, resuelve adjudicar al operador económico **RECAPT** el contrato de "*Sistema Integral para la Gestión, Agendamiento e Interrelación en la Atención de Salud y Mejoramiento de los Servicios que Brinda el IESS a sus Usuarios*", por el valor de \$ 19'452.211,00 USD.

[323] Este hecho, confirma la culminación de la conducta anticompetitiva.

[324] Lo cual permite corroborar el lapso de tiempo en el cual se comete la infracción sancionable bajo el derecho administrativo sancionador, y establece por lo tanto la duración y ejecución de la conducta imputada.

[325] La duración de la infracción es desde el 23 de enero de 2012 hasta el 23 de febrero de 2012.



13.4. Cálculo y determinación de la multa

- [326] Una vez se conoció en detalle la metodología a aplicarse, así como las variables para establecer los factores de ponderación, a continuación se desarrollará el sistema de cálculo, con los valores para cada una de las variables, de acuerdo a las fases establecidas con la finalidad de determinar el importe de la multa.
- [327] Cabe mencionar que la SCPM por medio de la CRPI como órgano de resolución facultado para fijar las sanciones y multas correspondientes, se ha basado en el Informe No. SP-2016-009, documento que constituye elemento interpretativo esencial de la Resolución No. 012 publicada en el Registro oficial el 22 de noviembre de 2016¹¹⁶¹¹⁷¹¹⁸, emitida por Junta de Regulación de la LORCPM para el cálculo de la multa respectiva, que para nuestro caso en análisis se desarrolla en las siguientes fases:

13.4.1 Fase 1: determinación del importe base

- [328] El sistema de ecuaciones dentro de esta fase para determinar el importe base es:

$$IMBi = VNMRi * \beta_i$$

VNMRi = Volumen de negocios del mercado relevante

$$\beta_i = f \{ \text{gravedad } (\alpha), \text{ afectación } (\theta) \}$$

$$\beta_i = (\alpha_i + \theta_i) * [(SII * \mu) + (SIG * \nu) + (SIMG * \omega)]$$

$$\alpha_i = \lambda_i + [(\varphi N * 1) + (\varphi R * 0.50) + (\varphi L * 0.25)] - [(tIL * 0.08) + (tIG * 0.10) + (tIMG * 0.12)]$$

$$\theta_i = n_i + HNi$$

- [329] Para el cálculo del indicador de la dimensión del mercado afectado (ni) se calcula los percentiles, categorizando el tamaño total del mercado afectado, medido por el volumen de las ventas netas del sector real de la economía ecuatoriana. Esto con la finalidad de establecer la afectación en el mercado.

¹¹⁶ Véase en la Resolución de 15 de junio de 2017, Caso NESTLE ECUADOR S.A. en el cual se establece para el cálculo de la multa "La aplicación de la metodología para el cálculo de la multa establecida por la Junta de Regulación en la Resolución No. 12 del 22 de septiembre de 2016"

¹¹⁷ Véase la Resolución de 26 de febrero de 2019, Caso OTV MULTICABLE VS. LOS LAGOS TV., en el cual se establece para el cálculo de la multa que "Para este efecto se ha considerado lo establecido por el artículo 80 de la LORCPM. El Reglamento para la Aplicación de la LORCPM y la normativa establecido en la resolución No. 12 de la Junta de Regulación: (...)"

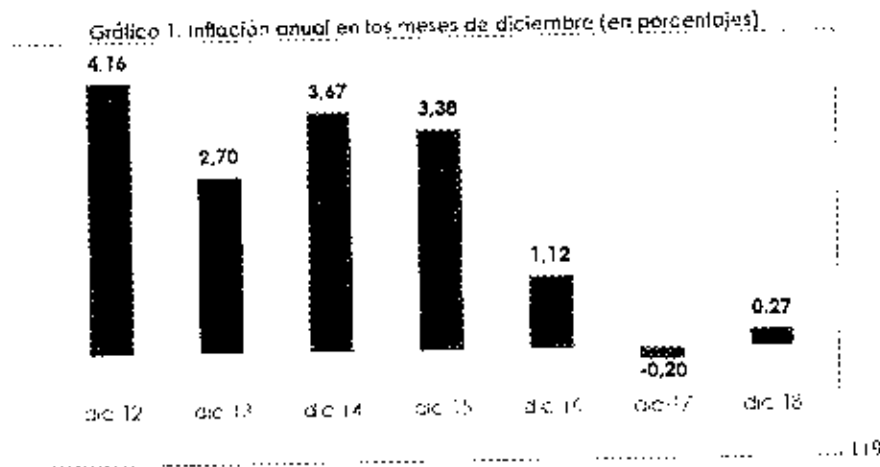
¹¹⁸ Véase en la Resolución de 21 de marzo de 2019, Caso Unión Cementera Nacional UCEM S.A. en el cual se establece para el cálculo de la multa "La aplicación de la metodología para el cálculo de la multa establecida por la Junta de Regulación en la Resolución No. 12 del 22 de septiembre de 2016, se establece para determinar el importe de las multas por infracciones a la LORCPM"



[330] El Informe SP-2016-009, para la determinación del importe base, cuando es posible determinar el volumen de negocios, señala que:

"(...) Para la determinación del volumen de negocios del operador económica i (VNMRi), se considerarán las ventas durante el último ejercicio que corresponda a sus actividades ordinarias en el mercado relevante, previa deducción del impuesto sobre el valor agregada y de otros impuestos al consumidor final directamente relacionados con el negocio, o las ventas del último año calendario para el cual se cuente con la información, ajustado por la inflación correspondiente." (Subrayado por fuera del texto)

[331] El Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (en adelante "INEC") con oficio Nro. INEC-SUGEN-2019-0070-O y anexo, ingresados a través de la Secretaría General de la SCPM el 01 de octubre de 2019 a las 10H51, remite la información estadística respecto de la inflación registrada en el país durante el período comprendido entre el 2012 y el 2018, conforme el siguiente gráfico:



[332] Para determinar el rango en el que se encuentra el mercado afectado, tomamos LOS DIECINUEVE MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS ONCE (USD \$ 19'452.211) que ajustado por la inflación correspondiente al 2018, es de VEINTE Y DOS MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS OCHENTA Y TRES 29/100 (USD \$ 22'584.583,29), que representa el volumen de negocios del mercado relevante, cuyo rango corresponde al segmento del percentil $95 \leq \sum_{i=1}^N \text{ventas } N$, es decir un factor de 1.

¹¹⁹ Oficio Nro. INEC-SUGEN-2019-0070-O emitido por el INEC



n _j =	0.10	si			$\sum_{i=1}^N$	ventas	< P	10
	0.20	si	P	10	$\leq \sum_{i=1}^N$	ventas	< P	35
	0.40	si	P	35	$\leq \sum_{i=1}^N$	ventas	< P	55
	0.60	si	P	55	$\leq \sum_{i=1}^N$	ventas	< P	75
	0.80	si	P	75	$\leq \sum_{i=1}^N$	ventas	< P	95
	1.00	si	250,432,60		\leq	22.584.583,29		

$$p^{95} = 250.432,60^{120}$$

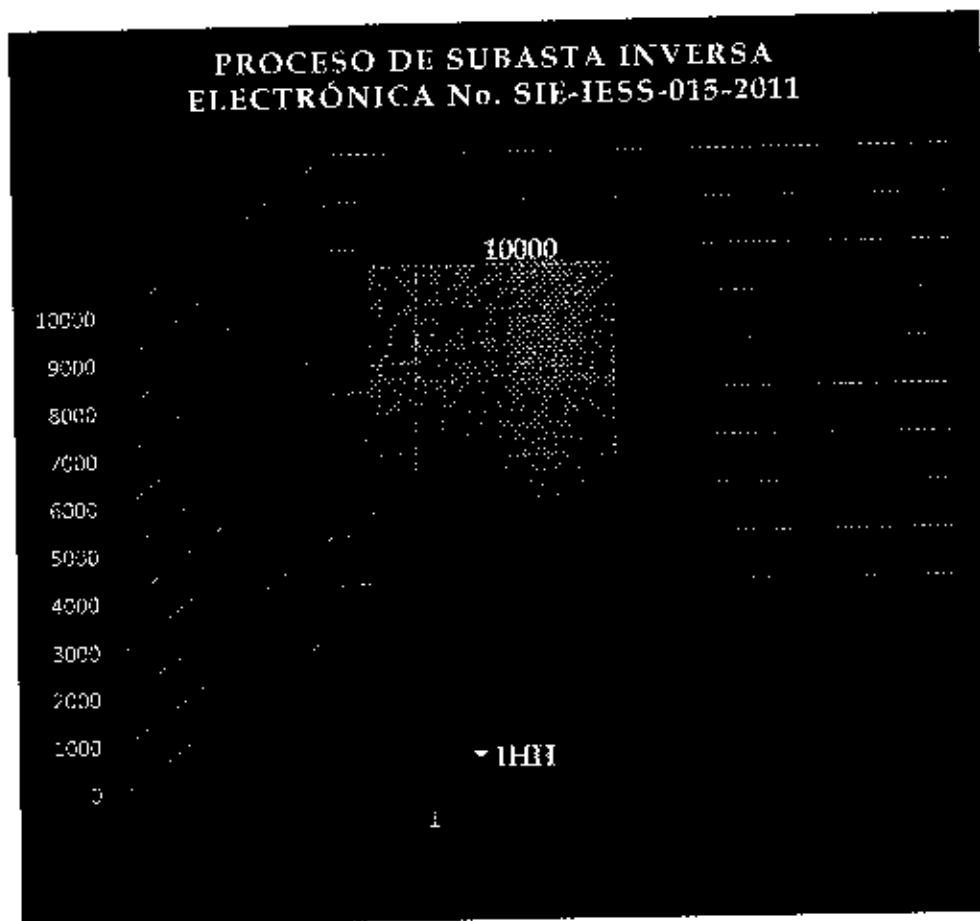
$$\sum_{i=1}^N \text{ventas} = 22.584.583,29$$

Es decir el valor es 1.

[333] Para el cálculo del Índice Herfindahl-Hirschman normalizado (HINi), ha de considerarse que este representa un factor de 1, ya que existe una sola empresa que abarca el 100% del mercado relevante, por lo tanto asume este factor ya que la concentración es máxima.

Establecimiento	VENTAS EN EL PROCESO DE SUBASTA INVERSA ELECTRÓNICA No. SIE-IESS-015-2011	Participación (%)	SUMA DE LOS CUADRADOS
1 RECAPT S.A.	22584583,29	100,00%	10000
2 SOLNET S.A.	0	0,00%	0
3 CRONIX CIA LTDA	0	0,00%	0
4 SOFLO	0	0,00%	0
5 TECSIBLE	0	0,00%	0
6 SMARTBUSINESS SIA LTDA	0	0,00%	0
TOTAL	22.584.583,29	100%	10000

¹²⁰ Cálculo representado según los valores aportados por el SRI de la sumatoria de ventas que representa el volumen total de ventas del sector real de la economía.



$$HNI = \frac{HHI - \frac{1}{n}}{1 - \frac{1}{n}}$$

$$\frac{1 - \frac{1}{6}}{1 - \frac{1}{6}} = 1$$

[334] Tabla resumen de las variables fase 1

Variable	Descripción	Valor	Ponderación n
θ_i	Factor proporcional de la afectación de la infracción	2	2
n_i	Indicador de la dimensión del mercado afectado	1	95 > P = 1



HNi	Índice de Herfindahl-Hirschman normalizado	1	1
$SIMG$	Naturaleza de la infracción muy grave: 1 si cumple, 0 caso contrario	1	1
ω	Coefficiente de ponderación para sanciones muy graves	0,005177993 5	0,00517799 3
λ_i	Cuota de mercado del operador económico responsable	100%	1
ϕN	Cobertura geográfica de la infracción nacional; 1 si cumple, 0 caso contrario	1	1
$tIMG$	Tipo de infracción muy grave; 1 si cumple, 0 caso contrario	12%	0,12

Elaborado por: Comisión de Resolución de Primera Instancia

[335] Desarrollo matemático fase 1

- $\theta_i = n_i \div HNi$

$$1 + 1 = 2$$

$$\theta_i = 2$$

- $\alpha_i = \lambda_i + [(\phi N * 1) + (\phi R * 0.50) + (\phi L * 0.25)] + [(tIL * 0.08) + (tIG * 0.10) + (tIMG * 0.12)]$

$$\alpha_i = 1 + ((1 * 1) + (0 * 0.5) + (0 * 0.25)) + ((0 * 0.08) + (0 * 0.1) + (1 * 0.12))$$

$$\alpha_i = 2,12$$

- $\beta_i = (\alpha_i + \theta_i) * [(SIL * \mu) + (SIG * v) + (SIMG * \omega)]$

$$= (2,12 + 2) * ((0 * 0) + (0 * 0) + (1 * 0,00517799))$$

$$\beta_i = 0,0213333$$

- $IMBi = VNMRi * \beta_i$

$$IMBi = 22'584.583,29 * 0,021333$$

$$IMBi = 481.804,12$$



13.4.2 Fase 2: determinación de la base total

$$IMBT_i = IMB_i * d_i$$

$$d_i = d_t + \sum_{t=2}^n d_t$$

[336] Para el cálculo del factor proporcional a la duración de la infracción (d_i) ha de considerarse lo dispuesto en el artículo 98 del RLORCPM según lo siguiente:

[337] Dado por:

$$d_t = \begin{cases} 1 & \text{si la infracción tuvo lugar por seis meses o más en el año } t \\ 0.5 & \text{si la infracción tuvo lugar por menos de seis meses en el año } t \end{cases}$$

[338] La duración de la infracción es el periodo entre la presentación de las propuestas, dentro del proceso de Subasta Inversa Electrónica SIE-IESS-015-2011 y la adjudicación al operador económico **RECAPT** del contrato de "Sistema Integral para la Gestión, Agendamiento e Interrelación en la Atención de Salud y Mejoramiento de los Servicios que Brinda el IESS a sus Usuarios", por el valor de \$ 19'452.211,00 USD., es decir, del 23 de enero de 2012 al 23 de febrero de 2012.

[339] Tabla resumen de las variables fase 2

Variable	Descripción	Valor	Ponderación
D_i	Factor proporcional a la duración de la infracción	Enero - Febrero de 2012	0.5

[340] Desarrollo matemático fase 2

- $IMBT_i = IMB_i * d_i$

$$IMBT_i = 481.804,12 * 0.50$$

$$IMBT_i = 240.902,06$$

13.4.3 Fase 3: ajuste del importe de la multa

$$IMTM_i = IMBT_i * Y_i$$

Y_i = Factor proporcional a las circunstancias agravantes y atenuantes



[341] El factor está en función del número total de circunstancias en su conjunto; la metodología de cálculo establece un coeficiente considerando si las circunstancias agravantes son superiores a las atenuantes o viceversa. El factor Y_i se define como:

$$Y_i = \begin{cases} 1 & \text{Si } Ag_i - At_i = 0 \\ \omega_i & \text{Si } Ag_i > At_i \\ \mu_i & \text{Si } Ag_i < At_i \end{cases}$$

[342] El porcentaje de incremento o reducción como resultado de la aplicación de circunstancias agravantes y atenuantes, prevé un rango entre 10% y 25%. Y se cuantifican de la siguiente manera:

$$\omega_i = \begin{cases} 1,25 & \text{Si } Ag_i - At_i \geq 4 \\ 1,20 & \text{Si } Ag_i - At_i = 3 \\ 1,15 & \text{Si } Ag_i - At_i = 2 \\ 1,10 & \text{Si } Ag_i - At_i = 1 \end{cases}$$

$$\mu_i = \begin{cases} 0,75 & \text{Si } Ag_i - At_i \leq -4 \\ 0,80 & \text{Si } Ag_i - At_i = -3 \\ 0,85 & \text{Si } Ag_i - At_i = -2 \\ 0,90 & \text{Si } Ag_i - At_i = -1 \end{cases}$$

[343] En consecuencia, como se señaló, existen 2 circunstancias agravantes, sin que existan circunstancias atenuantes; por lo cual corresponde a un factor de 1,15 conforme la metodología desarrollada.

[344] Tabla resumen de las variables fase 3

Variable	Descripción	Valor	Ponderación
Y_i	Factor proporcional a las circunstancias agravantes y atenuantes para el operador económico i	Si $Ag_i - At_i = 2$	1,15

[345] Desarrollo matemático fase 3

- $IMTM_i = IMB1_i * Y_i$

$$IMTM_i = 240.902,06 * 1,15$$



IMBTi= 277.037,37

13.4.3.1 Techo en la imposición de la multa.

[346] La LORCPM en el literal a) del numeral 3 del artículo 78 establece las infracciones que la Ley determina como muy graves de la siguiente manera:

"Art. 78.- Infracciones.- Las infracciones establecidas en la presente Ley se clasifican en leves, graves y muy graves.

(...)

3 Son infracciones muy graves:

a. El desarrollo de conductas colusorias tipificadas en el artículo 11 de esta Ley que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas u operadotes económicos competidores entre sí, reales o potenciales.

(...)"

[347] El literal c) del artículo 79 de la LORCPM, en concordancia con el artículo 102 del RLORCPM, establecen que el importe total de la multa no podrá sobrepasar, en el caso de infracciones muy graves, el 12% del volumen total de negocios del o los operadores económicos responsables en el último ejercicio.

[348] El SRI, mediante Oficio No. 117012019OSTR023136 ingresado en la Secretaría General de la SCPM el 24 de septiembre de 2019 a las 12h39, remite información respecto del operador económico **RECAPT**, en la parte pertinente indica que el mencionado operador económico tuvo en el año 2018 ingresos por \$ 2'364.388,54 USD.

[349] Conforme lo que establece la LORCPM y el RLORCPM, el techo para la imposición de la multa al operador económico, considerando la infracción tipificada como muy grave, es de:

En este sentido el techo es de: \$ 2'364.388,54 USD x 12% = **\$ 283.726,62 USD**

13.4.3.2 Principio de favorabilidad

[350] De lo mencionado supra, se obtuvieron los siguientes datos, establecidos como importe de la multa:



- i. Metodología que se encontraba vigente al momento del cometimiento de la conducta.

IMS = \$ 1'190.475,31 USD

- ii. Metodológica vigente en la actualidad, de conformidad con la Resolución 012 de la Junta de Regulación.

IMBTi= \$ 277.037,37 USD

- iii. Techo para la imposición de la multa de acuerdo a la LORCPM y RLORCPM

\$ 2'364.388,54 USD x 12% = \$ 283.726,62 USD

[351] De conformidad con el principio de favorabilidad para los procesos sancionatorios previsto en el artículo 30 ¹²¹ del COA, se aplicará la multa con el menor valor, es decir, DOSCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL TREINTA Y SIETE 37/100 Dólares de los Estados Unidos de América (\$ 277.037,37 USD).

14. MEDIDAS CORRECTIVAS Y COMPLEMENTARIAS

14.1. De las medidas correctivas

[352] De acuerdo con el Artículo 73 de la LORCPM, la CRPI tiene la facultad para interponer a través de sus resoluciones medidas correctivas tendientes a restablecer el proceso competitivo, prevenir, impedir, suspender, corregir o revertir una conducta contraria a la Ley, y evitar que dicha conducta se produzca nuevamente.

[353] Las medidas correctivas que determina el artículo *ibidem* entre otras son:

"a) El cese de la práctica anticompetitiva, inclusive bajo determinadas condiciones o plazos;

b) La realización de actividades o la celebración de contratos, tendientes a restablecer el proceso competitivo, inclusive bajo determinadas condiciones o plazos; o,

¹²¹ *"Art. 30.- Principio de irretroactividad. Los hechos que constituyan infracción administrativa serán sancionados de conformidad con lo previsto en las disposiciones vigentes en el momento de producirse.*

Las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor."



c) La inoponibilidad de las cláusulas o disposiciones anticompetitivas de actos jurídicos."

- [354] Aún cuando el artículo mencionado determina una lista de posibles medidas correctivas, deja abierta la posibilidad para que se puedan interponer otras medidas que conduzcan a restablecer el proceso competitivo, prevenir, impedir, suspender, corregir o revertir una conducta contraria a la Ley, y evitar que dicha conducta se produzca nuevamente.
- [355] En vista de que la conducta por su naturaleza finalizó el 23 de febrero de 2019 fecha en la cual se adjudicó la contratación pública, no cabe ordenar el cese de la práctica anticompetitiva, ni tampoco la realización de actividades o la celebración de contrato, así como tampoco la inoponibilidad de las cláusulas o disposiciones anticompetitivas de actos jurídicos.
- [356] Conforme lo expuesto en esta resolución, se tiene certeza de que la conducta realizada por **RECAPT** resulta muy grave a la luz de la libre competencia.
- [357] La conducta realizada por **RECAPT** en el marco del numeral 6 del artículo 11 de la LORCPM, por su naturaleza y especificidad, ya concluyó hace varios años, y por lo tanto es necesario que se dicten medidas correctivas que garanticen la no reincidencia.

14.2. De las medidas complementarias

- [358] La CRPI en uso de sus atribuciones puede interponer mediante resolución medidas complementarias que crea convenientes.
- [359] En el caso que nos ocupa, la colusión en compras públicas, además de constituir una práctica anticompetitiva bajo el control investigativo de la SCPM, también está supeditada al control de otros organismos estatales, que en uso de sus funciones pueden realizar las investigaciones correspondientes e interponer sanciones de ser el caso.
- [360] Las medidas complementarias tienen el propósito de enmendar las conductas realizadas por los infractores, por lo que es necesario remitir la información que tiene la SCPM sobre el tema a cada una de las entidades competentes de regulación y control.

15. Acta de 07 de octubre del 2019

- [361] Mediante acta emitida por la Secretaría Ad Hoc de la CRPI de 07 de octubre del 2019, se observa lo siguiente:

"Los demás documentos repartidos como faltantes en el Informe de la Dirección Nacional de Control de Expedientes REPORTE SCPM-IGT-DNCE-056-2019 y que no se encuentran detallados en el presente informe, es debido a que no ha sido posible su ubicación y no encontraron respaldos de dichos documentos en la SCPM."



- [362] Tomando en consideración lo manifestado por la Secretaría Ad Hoc de la CRPI respecto de los documentos faltantes, se tiene constancia de que en el expediente SCPM-CRPI-2015-019 falta: i) Memorando SCPM-CGAJ-DP-619-2017, y ii) Providencia de 27 de noviembre de 2015 a las 12h30.
- [363] En atención a lo expuesto cabe mencionar que la CRPI ha realizado los actos suficientes para realizar la reposición del expediente en apego a la Ley aplicable.
- [364] Una vez que la CRPI ponderó la información que contendrían los documentos faltantes según las otras piezas procesales anteriores y posteriores del mismo, observa que aquellos no son determinantes, ni constituyen elementos idóneos para mejor resolver, y por lo tanto no modifica o cambia la resolución de la CRPI.

En mérito de lo expuesto la Comisión de Resolución de Primera Instancia

RESUELVE

PRIMERO.- DECLARAR:

- i. La existencia de la infracción cometida por el operador económico **RECAPT** en el marco de la conducta prevista en el numeral 6 del Artículo 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.
- ii. Que el operador económico **RECAPT** incurrió en las circunstancias agravantes determinadas en los literales b y c del artículo 81 de la LORCPM.

SEGUNDO.- IMPONER al operador económico **RECAPT** la multa de DOSCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL TREINTA Y SIETE 37/100 Dólares de los Estados Unidos de América (\$ 277.037,37 USD), en aplicación del artículo 79 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y la Resolución 12 publicada en el Registro Oficial No. 887 de 22 de noviembre de 2016, mediante la cual se expidió la Metodología para la Determinación del Importe de Multas por Infracción a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

TERCERO.- ORDENAR las siguientes medidas correctivas:

- i. El operador económico **RECAPT S.A.**, a través de tres diarios de alta circulación nacional emitirá la siguiente disculpa pública durante siete (7) días consecutivos en un formato de una plana completa:



DISCULPAS A LA CIUDADANÍA POR PARTE DE RECAPT S.A.

Estimada ciudadanía,

RECAPT S.A., pide disculpas públicas a los competidores, empresarios, opinión pública, consumidores, colaboradores y en general al Estado Ecuatoriano por incurrir en actos anticompetitivos de colusión en compras públicas dentro del proceso IESS-SIE-015-2011, "Sistema Integral para la Gestión, Agendamiento e Interrelación en la Atención de Salud y Mejoramiento de los Servicios que brinda el IESS a sus usuarios", una vez que ha sido declarada la responsabilidad, sancionado y multado, mediante Resolución emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

Gerente General

RECAPT S.A.,

- ii. El operador económico **RECAPT S.A.**, a través de tres canales nacionales de alto rating plasmará en la pantalla comunicado escrito y a su vez hablado, conforme la siguiente disculpa pública durante siete (7) días consecutivos, por veinte (20) segundos, en franja publicitaria de 19h30 a 21h30.

DISCULPAS A LA CIUDADANÍA POR PARTE DE RECAPT S.A.

Estimada ciudadanía,

RECAPT S.A., pide disculpas públicas al Estado Ecuatoriano, por incurrir en actos anticompetitivos de colusión en compras públicas dentro del proceso IESS-SIE-015-2011, una vez declarada su responsabilidad, sancionado y multado, mediante Resolución emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.



CUARTO.- ORDENAR las siguientes medidas complementarias:

- i. Por medio de la Secretaría General de la SCPM, notifíquese y envíese una copia certificada de los expedientes SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026 y SCPM-CRPI-019-2015, a la Fiscalía General del Estado y a la Contraloría General del Estado.
- ii. Por medio de la Secretaría General de la SCPM, notifíquese y envíese una copia certificada de la presente resolución al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IESS, Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP, Procuraduría General del Estado, Secretaría Anticorrupción de la Presidencia de la República, Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, para que cada institución pública actúe en razón de sus competencias y funciones.

Las medidas complementarias dispuestas se fundamentan en los artículos 46 y 72 de la LORCPM y numeral 11 del artículo 3 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM, según las cuales los servidores públicos de la SCPM y en especial la CRPI, están obligados a ejercer sus funciones con dedicación y diligencia y están sujetos a responsabilidad profesional; además, que en el caso que encontraren indicios de responsabilidad penal, notificarán y coviarán una copia del expediente a la Fiscalía General del Estado y a la Contraloría General del Estado, para que se inicien las investigaciones y acciones correspondientes, sin perjuicio de las sanciones administrativas que puedan imponerse en virtud de la Ley.

QUINTO.- ORDENAR los siguientes plazos de cumplimiento de la presente resolución:

i. PAGO DEL IMPORTE DE LA MULTA

El pago del importe de la multa, detallado en numeral segundo de la parte resolutive de esta resolución, deberá ser cancelado por el operador económico **RECAPT S.A.**, en el término de quince (15) días, contados a partir de la notificación de la presente Resolución. Valores que serán depositados en la cuenta corriente No 7445261 del Banco del Pacífico, a nombre de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, debiendo remitir el comprobante del depósito a la CRPI en el término de tres (3) días contados a partir de la realización del pago.

ii. MEDIDAS CORRECTIVAS

Las medidas correctivas determinadas en el numeral tercero de esta parte resolutive se cumplirán dentro del plazo máximo de treinta (30) días, contados a partir de la notificación de la presente Resolución.



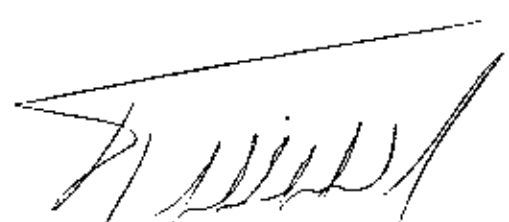
iii. MEDIDAS COMPLEMENTARIAS

Las medidas complementarias determinadas en el numeral cuarto de esta parte resolutive se cumplirán dentro del plazo máximo de treinta (30) días, contados a partir de la notificación de la presente Resolución.

SEXTO.- NOTIFÍQUESE con la presente Resolución a los operadores económicos **RECAPT S.A., SOLNET S.A. y CRONIX CIA LTDA.**, a la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas y a la Intendencia Nacional Administrativa Financiera.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-


Mgs. José Cartagena Pozo
COMISIONADO


Mgs. Jaime Lara Izurieta
COMISIONADO


Mgs. Marcelo Vargasmendoza
PRESIDENTE

