

- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Control del Poder de Mercado.
- **Órgano de Sustanciación:** Comisión de Resolución de Primera Instancia.
- **Expediente Comisión:** SCPM-CRPI-2015-019
- **Expediente Apelación:** SCPM-CRPI-2015-019-A-019-DS
- **Denunciante:** CRONIX
- **Denunciados:** Empresa RECAPT S.A.
Empresa SOLNET S.A.
IEES: DOCTOR FRANCISCO VERGARA
DIRECTOR GENERAL y otros.

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- Quito, DM,15 de enero del 2016, a las 09h09.- **VISTOS.-** Dentro del presente expediente administrativo, en mi calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado, conforme el acta de posesión ante el Pleno de la Asamblea Nacional, cuya copia certificada consta en el expediente. En uso de mis facultades legales y estando el proceso para resolver, **SE CONSIDERA: PRIMERA.- COMPETENCIA.-** En virtud de lo dispuesto en el Art. 44 numeral 2 de la Ley de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta Autoridad es competente para conocer y resolver el Recurso de Apelación interpuesto.-**SEGUNDA.- VALIDEZ PROCESAL.-** La tramitación del expediente en esta instancia jerárquica, no adolece de vicios de procedimiento ni se han omitido solemnidades sustanciales que puedan generar nulidad procesal, por lo que esta Autoridad declara la validez del mismo.- **TERCERA.- LEGALIDAD DE LOS RECURSOS.-** Los impugnantes, han presentado sus recursos de apelación dentro del término legal, cumpliendo así el principio de oportunidad garantizado en la Ley de Regulación y Control del Poder de Mercado previsto en el Artículo 67 sobre el recurso de apelación o jerárquico.- *“Los actos administrativos emitidos en virtud de la aplicación de esta Ley podrán ser elevados al Superintendente de Control del Poder de Mercado mediante recurso de apelación, que se presentará ante éste. También serán susceptibles de recurso de apelación actos administrativos en los que se niegue el recurso ordinario y horizontal de reposición. El término para la interposición del recurso será de 20 días contados a partir del día siguiente al de la notificación del acto administrativo recurrido. Transcurrido dicho término sin haberse interpuesto el recurso, el acto administrativo será firme para todos sus efectos. **El recurso se concederá solo en el efecto devolutivo. El plazo máximo para dictar y notificar la resolución será de 60 días calendario. Contra el acto o resolución que conceda o niegue el recurso de apelación no cabrá ningún otro recurso en vía administrativa**”.-* El Código de Procedimiento Civil, como Ley supletoria, establece: *“Art. 323.- Apelación es la reclamación que alguno de los litigantes u otro interesado hace al juez o tribunal superior, para que revoque o reforme un decreto, auto o sentencia del inferior”.-* **CUARTA.- RESOLUCIÓN IMPUGNADA.-** El día 7 de septiembre de 2015, las 16H30, la Comisión de Resolución de Primera Instancia (CRPI)

[Handwritten signature]

emitió la Resolución del caso, la misma que ha sido notificada a las partes procesales el día 8 del mismo mes y año.- En esta resolución se impone al operador económico RECAPT RECUPERACIÓN DE CAPITAL CONTACT CENTER S.A, por considerarlo autor de la infracción tipificada en el Art. 11 numeral 6 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), una multa de USD 2'334.265.32 dólares; y, al operador económico SOLNET S.A., le impone una multa de USD 9.874.72 por considerarlo autor de la infracción tipificada en el Art. 11 numeral 6 de la LORCPM. Contra esta providencia los dos operadores económicos mencionados interponen recurso de apelación.-**QUINTA.- ANÁLISIS JURÍDICO CONFRONTADO DE LAS PRETENSIONES PRESENTADAS POR LOS DOS OPERADORES ECONÓMICOS.-** La finalidad de este recurso es el control de la legalidad, por lo que de acuerdo a los escritos de impugnación jerárquica se procede: **1.** El señor **EDISON EDUARDO SIMBAÑA ANDRADE**, por escrito y en su condición de Gerente General y en consecuencia representante legal de la compañía RECAPT RECUPERACIÓN DE CAPITAL Y CONTACT CENTER S.A., vía apelación cuestiona la resolución por lo siguiente: **Primero: “Falta de motivación”.** El actor en su apelación solamente anuncia la “falta de motivación” sin demostrar fáctica y constitucionalmente la violación constitucional aludida. Es decir, el recurrente no motivó su propio argumento. El Art. 76, numeral 7, literal i) de la Constitución de la República establece: *“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. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados”.* Para cumplir esta norma la Superintendencia por el hecho de que el apelante no haya motivado su argumento, no puede dejar de pronunciarse sobre la motivación y su fundamentación tomando en cuenta la tanto doctrinaria como jurisprudencia. La *motivación* es un principio, no es una regla directa y única; pues nuestro sistema jurídico está protegido por principios ⁽¹⁾, de tal manera que cuando se invoca un principio sin analizar su dimensionalidad se produce falta de motivación o motivación indebida, para evitar la inobservancia de esta norma constitucional se deben aplicar las reglas generales de la motivación: 1. Competencia del operador de justicia sea judicial o administrativo; 2. La vinculación directa entre las partes procesales por el hecho a través del proceso; 3. Los antecedentes de hecho; 4. Los fundamentos de derecho; 5. La prueba y su valoración (sana crítica); 6. La “ratio decidendi” debe tener lógica con todos los demás elementos del proceso; 7. Control físico en el proceso de lo resuelto; 8. Elementos del principio de congruencia; 9. No solo se aplique la lógica de la subsunción sino la construcción técnica del proceso; 10. Se verifica en la realidad concreta, física o subjetiva, lo resuelto, etc. La Superintendencia de Control del Poder de Mercado en los actos impugnados aplicó todos

¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR: Libro, El Nuevo Constitucionalismo en América Latina.

10/16/15
des al
cub
pend
me



-109
Rovito me

los elementos del debido proceso y concretamente en la motivación, lo cual está en correcta armonía con lo dispuesto por la CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR que sobre la MOTIVACIÓN manifestó: *“En relación a la vulneración de la debida motivación establecida en el artículo 76, numeral, 7, se efectúa el siguiente análisis: La motivación consiste en que los antecedentes que se exponen en la parte motiva sean coherentes con lo que se resuelve, y nunca puede ser válida una motivación que sea contradictoria con la decisión. En otras palabras: “La motivación es justificación, es argumentar racionalmente para justificar una decisión aplicativa, es exposición de las razones que se han dado por los jueces para mostrar que su decisión es correcta o aceptable”. La motivación de las resoluciones judiciales es requisito para la observancia de un proceso debido, y más concretamente dentro del litigio, para la observancia del derecho a la tutela efectiva y expedita de los derechos e intereses de las personas, sin que en ningún caso quede en indefensión. Es decir: “las resoluciones judiciales que contengan contradicciones internas, arbitrariedades y errores lógicos que las conviertan en manifiestamente irrazonables, aun teniéndola, se las considerará carentes de motivación y, por lo tanto, vulnerarán el derecho a la tutela efectiva (...). Para que se considere cumplido el requisito de la motivación, es necesario que lleve a cabo la doble finalidad de exteriorizar, de un lado, el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explícito que éste responda a una determinada interpretación del Derecho, y de permitir, de otro, su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los derechos”. Resulta evidente entonces “... que el deber de motivar así concebido dota a las resoluciones judiciales de una calidad epistémica que de otro modo no tendrían, y esto es lo que hace de él un dispositivo de garantía. (...) En este contexto, el juez no puede decidir arbitrariamente, sino que está obligado a razonar de manera explícita las resoluciones que adopta, destinadas a defenderse por sí mismas ante los afectados, que no están reducidos a la pasividad inerte frente a ellas, y pueden discutir las con conocimiento de causa”. Es decir, la motivación responde a la debida y lógica coherencia de razonabilidad que debe existir entre la pretensión, los elementos fácticos, las consideraciones y vinculación de la norma jurídica y la resolución tomada”* ⁽²⁾. Por lo expuesto, este argumento se lo desecha por falta de fundamento fáctico y constitucional.

Segundo: “Falta de citación”. - El recurrente sostiene que “(...) en el auto de inicio de la investigación formal NO FUERON CITADOS LOS FUNCIONARIOS DE LA COMISIÓN Y SUBCOMISIÓN DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DEL IESS situación que es reconocida por la propia Comisión...”, foja 14 de su escrito de marras. De acuerdo al expediente este proceso se inició por DENUNCIA presentada por el señor Segundo Aníbal Carrera Arboleda en su calidad de Presidente Ejecutivo de la compañía CRONIX CIA. LTDA., foja 1 del expediente, para lo cual se amparó en la facultad que le confiere el Art. 53 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado que

² Sentencia N°. 69 de la Corte Constitucional, publicada en el Registro Oficial Suplemento N°. 372 de 27 de enero de 2011.

of J

establece: “*El procedimiento se iniciará de oficio, a solicitud de otro órgano de la Administración Pública, por denuncia formulada por el agraviado, o por cualquier persona natural o jurídica, pública o privada que demuestre un interés legítimo...*”. (Énfasis añadido). De ese modo se trabó la litis administrativa bajo el principio dispositivo, es decir a petición de parte, de modo que ni la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (IIAPMAPR) ni la Comisión de Resolución de Primera Instancia (CRPI), no podían transgredir ese principio, excepto cuando se hubiese tratado de aplicar el principio *Iura novit curia*, aforismo latino, que significa literalmente "el juez conoce el derecho. El principio dispositivo es uno de los principios fundamentales procesales en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el cual consta como principio en el Código Orgánico de la Función Judicial, establecido en el Art. 19 que dice: “**PRINCIPIOS DISPOSITIVO, DE INMEDIACION Y CONCENTRACION.- Todo proceso judicial se promueve por iniciativa de parte legitimada. Las juezas y jueces resolverán de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso y en mérito de las pruebas pedidas, ordenadas y actuadas de conformidad con la ley. Sin embargo, en los procesos que versen sobre garantías jurisdiccionales, en caso de constatare la vulneración de derechos que no fuera expresamente invocada por los afectados, las juezas y jueces podrán pronunciarse sobre tal cuestión en la resolución que expidieren, sin que pueda acusarse al fallo de incongruencia por este motivo. Los procesos se sustanciarán con la intervención directa de las juezas y jueces que conozcan de la causa. Se propenderá a reunir la actividad procesal en la menor cantidad posible de actos, para lograr la concentración que contribuya a la celeridad del proceso**”. (Énfasis agregado). Por lo tanto el objeto del proceso no pudo ser cambiado de oficio y en consecuencia los cargos y las sanciones no podían ser establecidos contra quienes no fueron denunciados. De modo que este argumento carece de fundamento y se lo rechaza.- **Tercero: “Debido proceso”**. El recurrente en su escrito de marras al igual que hace con casi todos los argumento en contra de la resolución solamente los menciona pero no ha determinado en forma confrontada las violaciones a este principio ni las evidencias en las cuales se sustenta. Al respecto la CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR ha determinado el alcance de lo que significa procesalmente el debido proceso: “*En fin, la acción extraordinaria de protección pretende amparar los derechos que nos asisten a las personas, derechos que emanan visión amplia, no se limitan exclusivamente a derechos fundamentales, sino que en concordancia con las tendencias modernas del constitucionalismo, lejos de competir unos derechos con otros siguiendo una suerte de "darwinismo jurídico", con esta acción lo que se pretende que todos los derechos constitucionales sean protegidos. Debido proceso Carlos Bernal Pulido, siguiendo la jurisprudencia constitucional colombiana, define las dos dimensiones del derecho al debido proceso. En primer lugar, se trata de un derecho que "protege las facultades del individuo para participar en los procedimientos del Estado constitucional democrático y el ejercicio dentro del marco de dichos procedimientos de las facultades de hacer argumentaciones, afirmaciones,*

2020
obs
control
justicia



Superintendencia
de Control del
Poder de Mercado

-110
Punto diez

aportar pruebas, y las capacidades de rebatir los argumentos de los demás y de auto criticarse". (...) Al respecto, es menester destacar lo que señala el capítulo octavo del Título II de la Constitución de la República, que consagra en su artículo 76 las garantías básicas del debido proceso: "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: (...)", determinando a lo largo de los siete numerales de este artículo, garantías afines a todo proceso en el país. En la especie, aplicando las normas del debido proceso a la acción extraordinaria de protección, debemos manifestar que siendo este el eje articulador de la validez procesal, la vulneración de sus garantías constituye un atentado grave, no solo a los derechos de las personas en una causa, sino que representa una vulneración al Estado y a su seguridad jurídica, puesto que precisamente estas normas del debido proceso son las que establecen los lineamientos que aseguran que una causa se ventile en apego al respeto de derechos constitucionales y a máximas garantistas, como el acceso a los órganos jurisdiccionales y el respeto a los principios, valores y garantías constitucionales. De ahí la importancia de la acción extraordinaria de protección, ya que esta pretende revisar si en una resolución se han violentado estas normas procesales, que constituyen la garantía para que el sistema procesal sea uno de los medios idóneos para alcanzar la realización de la justicia" (3). Por lo tanto, al no haber cargos concretos se hace innecesario un amplio análisis, de modo que este argumento se lo desecha por infundado constitucionalmente.

Cuarto: "Derecho a la defensa". El recurrente no ha determinado los elementos supuestamente violados de este principio. Empero en el proceso consta que desde la denuncia hasta la resolución fue debidamente respetado el derecho a la defensa, y la misma CRPI lo profundiza y mencionada en su decisión. Por lo tanto este argumento por carecer de fundamentación se lo desecha.- **Quinto: "Constitucionalidad y legalidad de las pruebas obtenidas".** El recurrente no ha determinado los elementos supuestamente violados de este principio, pero podría entenderse como una supuesta violación al principio de seguridad jurídica. La SCPM en el proceso de conocimiento de lo denunciado en contra del actor cumplió con todos los elementos del debido proceso constitucionalmente garantizados. La CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. PRIMERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL, al respecto manifestó: "**CONCEPTO DE SEGURIDAD JURÍDICA.**- El concepto de la seguridad jurídica alude al conjunto de condiciones necesarias para anticipar las consecuencias jurídicas de la conducta personal y de la de terceros; que propuesto como principio constitucional, significa que el orden jurídico proscriba cualquier práctica en el ejercicio del poder que conduzca a la incertidumbre, es decir, a la imposibilidad de anticipar o predecir las consecuencias jurídicas de la conducta; que no se trata de una regla susceptible de invocarse para valorar los actos de poder creadores de normas particulares, si son el resultado de

³ CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR: Resolución de la Corte Constitucional 107 Registro Oficial Suplemento 781 de 04 de septiembre del 2012.

22 J

facultades regladas. En efecto, si tales actos se apartan de lo ya establecido en la ley, habrá un problema de legalidad del acto en sí, sin que pueda decirse que está en juego la garantía constitucional de la seguridad jurídica, porque el conjunto de condiciones que la configuran no ha sido alterado. Distinto es el caso de los actos creadores de normas generales: las leyes, las ordenanzas, los reglamentos, pueden atentar directamente contra la seguridad jurídica en cuanto establezcan reglas de alcance general de cuya aplicación se genere la incertidumbre jurídica, lo que ocurre, por ejemplo, con las leyes retroactivas; de la existencia de normas que atenten directamente contra la seguridad jurídica y que nace la vinculación entre el debido proceso y la garantía constitucional a la seguridad jurídica, ya que esta última no es sino una regla del debido proceso aplicable al ejercicio del poder normativo". Gaceta Judicial (4). En la resolución impugnada, numeral 5.3 consta el detalle de la prueba solicitada y actuada por el recurrente de modo que no ha precisado cuales pruebas no han sido practicadas o cuáles de las pruebas enunciadas en los literales a) hasta el i) son ilegales. Tampoco ha precisado la forma en que se ha violado este derecho. Por lo tanto, este argumento se desecha.- **Sexto: "Derecho a la Contradicción"**. El recurrente no ha determinado los elementos supuestamente violados de este principio, y por estar relacionado con la seguridad jurídica y la motivación que están debidamente analizados en esta resolución no se hace menester insistir en lo mismo, por lo que se rechaza este cargo.- **Séptimo: "Violación al "principio universal non bis in idem"**. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL NON BIS IN ÍDEM.-: La Constitución de la República, establece en el Art. 76, Numeral 7: "*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: [...] i) 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*". (Lo subrayado me pertenece). Al igual que la motivación, el NON BIS IN ÍDEM, es un principio cuya dimensionalidad solamente se puede aplicar a través de varias reglas y para demostrar su violación el actor debió precisar cuáles reglas de este principio han sido inobservadas, así como su efecto en los derechos procesales, lo cual no sucede en esta apelación. Entre las reglas del principio NON BIS IN ÍDEM citamos: **a). Debe existir un proceso terminado mediante sentencia o resolución donde se han afectado o no los derechos de las partes en la misma materia, verbi gracia penal-penal, laboral-laboral;** **b).** La sentencia debe tener la calidad de haber causado estado o la resolución debe estar en firme; **c).** No se vulnera por diversidad de sanciones contempladas en ordenamientos sancionatorios diferentes como: correccional, disciplinario y el penal, no conlleva una violación del principio non bis in ídem; **d).** Los autos interlocutorios de gestión procesal o con fuerza de sentencia o resolución no constituyen caso juzgado; **e).** El inicio de un proceso precedido de una inhibición no viola

⁴CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia. Año CIV. Serie XVII. No. 11- Página 3428. (Quito, 11 de julio de 2002) Gaceta Judicial 11 de 11-jul-2002.

para el caso



Superintendencia
de Control del
Poder de Mercado

- Mh
Punto once

norma legal alguna. **f). EL PRINCIPIO NON BIS IN ÍDEM-** No se vulnera por diversidad de sanciones contempladas en ordenamientos sancionatorios diferentes, pues el juzgamiento de un mismo comportamiento en instancias diferentes del derecho sancionador, como lo pueden ser el correccional, mercantil, el disciplinario y el penal, no conlleva una violación del principio non bis in ídem.- La CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, en lo referente al principio non bis in ídem, sostiene: *“El derecho fundamental a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho, pretende asegurar que los conflictos sociales que involucran consecuencias de tipo sancionatorio no se prolonguen de manera indefinida, además de evitar que un mismo asunto obtenga más de una respuesta de diferentes autoridades judiciales, en procesos que tengan identidad de sujeto, objeto y causa, siendo su finalidad última la de racionalizar el ejercicio del poder sancionatorio en general, y especialmente del poder punitivo. Por eso, no solo se aplica a quien está involucrado en un proceso penal, sino que en general rige en todo el derecho sancionatorio (contravencional, disciplinario, fiscal, etc.), pues el artículo 29 dispone que [e]l debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, y el non bis in ídem hace parte de los derechos que se entienden asociados al debido proceso. [...] PRINCIPIO NON BIS IN ÍDEM-* No se vulnera por diversidad de sanciones contempladas en ordenamientos sancionatorios diferentes.- *El juzgamiento de un mismo comportamiento en instancias diferentes del derecho sancionador, como lo pueden ser el correccional, el disciplinario y el penal, no conlleva una violación del principio non bis in ídem. Para verificar si se ha infringido la prohibición, primero, debe existir identidad de objeto, sujeto y causa y, segundo, deben darse dos procesos de naturaleza sancionatoria con las identidades señaladas. La regla que prohíbe investigar, acusar, enjuiciar y condenar a una persona por un delito por el cual ya había sido juzgada o absuelta en un proceso penal anterior, terminado por sentencia en firme, está sujeta a excepciones en ciertos casos, como en los de procedencia del recurso de revisión contra la sentencia absolutoria, pese a que éste medio de impugnación es un mecanismo procedimental que limita el principio non bis in ídem. En eventos en los cuales la predilección por la seguridad jurídica o la racionalización del poder punitivo significa un desproporcionado sacrificio de los derechos de las víctimas es viable no aplicar el principio de non bis in ídem para permitir la procedencia del recurso de revisión, como en los casos en que hay sentencias absolutorias en firme por violaciones graves a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario”* (5). Finalmente, no existe en este caso violación al principio de *non bis in ídem* en razón de la materia, pues la Fiscalía ha investigado un DELITO PENAL y la materia sobre la cual tiene competencia exclusiva y excluyente la Superintendencia es EL DERECHO DE COMPETENCIA, es decir, lo que tiene que ver con el mercado comercial en general. Por esta razón, el Art 37 de la LORCPM, es claro cuando dispone: *“Facultad de la*

⁵ Corte Constitucional de Colombia sentencia C-521/09.

[Handwritten signature]

*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, 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...*”. (énfasis añadido).- En lo fundamental, la Fiscalía solicitó al “(...) señor juez autorice la **desestimación y archivo** de la presente indagación previa”, foja 9678 vuelta del expediente. En consecuencia no ha existido sanción penal porque en definitiva no se inició el juicio penal. Por lo tanto, este argumento por falta de fundamento jurídico fáctico se lo rechaza.- La señora **INGENIERA NUBE MARITZA PARRA ORTEGA**, en su escrito de apelación y en su calidad de Representante Legal de la Compañía SOLNET S.A., vía apelación cuestiona la resolución de la causa en los siguientes puntos: **Primera: que se “resuelva nuestro recurso de adhesión”**. Este operador económico el 21 de octubre de 2015 dice que se adhiere al recurso de apelación presentado por RECAPT S.A., pero el día 29 de octubre de 2015 interpone recurso de apelación. Es decir, el operador económico ha interpuesto el mismo recurso por “doble vía”. Esta práctica es ilegal pues no está permitida por la LORCPM ni por el Código de Procedimiento Civil, y por el contrario constituye mala fe y falta de lealtad procesal que debe ser sancionada. Sin embargo, por principio de tutela efectiva la Superintendencia resolverá la apelación interpuesta en forma directa. Al respecto, el Código Orgánico de la Función Judicial en el Art. 26 determina: “**PRINCIPIO DE BUENA FE Y LEALTAD PROCESAL.-** En los procesos judiciales las juezas y jueces exigirán a las partes y a sus abogadas o abogados que observen una conducta de respeto recíproco e intervención ética, teniendo el deber de actuar con buena fe y lealtad. Se sancionará especialmente la prueba deformada, todo modo de abuso del derecho, el empleo de artimañas y procedimientos de mala fe para retardar indebidamente el progreso de la litis”. El Código de Procedimiento Civil, como Ley supletoria, dispone: “Art. 335.- Si una de las partes hubiere apelado, la otra podrá adherirse a la apelación ante el juez a quo o ante el superior; y si aquella desistiere del recurso, ésta podrá continuarlo en la parte a que se adhirió”. La apelación según Hernando Devis Echandía: “(...) se da en el sentido de una nueva demanda, que implica citación personal de la otra parte, pero en el nuestro es un trámite ordinario del juicio y un simple recurso, que busca reparar a la vez la injusticia de la sentencia y los vicios de procedimiento que afecten a la misma providencia, sea que puedan acarrear la nulidad del proceso o que consistan en simples irregularidades (...)”. Este recurso es un medio para hacer efectivo el principio de las dos instancias, a fin de que exista una revisión de la sentencia y del juicio por un juez superior, ante quien las partes puedan alegar errores del juez a quo. Para Couture la apelación “es un recurso ordinario, en donde la ley concede a un litigante que ha sufrido agravio por la sentencia del Juez Inferior, para reclamar de ella y obtener su revocación por el Juez Superior” (COUTURE, 1950, pág. 351). Para Lino Enrique Palacio: “Es el remedio procesal que trata de obtener que un

1072
05
10/10/12
10/10/12



-112-
Punto dos
Superintendencia
de Control del
Poder de Mercado

Tribunal jerárquicamente superior, generalmente colegiado, revoque o modifique una resolución judicial que se estima errónea en la interpretación o aplicación del derecho, o en la apreciación de los hechos o de la prueba” (Enrique, 1996, pág. 583). Por lo expuesto, en cuanto a la petición de resolución de la adhesión al recurso se la desecha por improcedente por cuanto pretende generar confusión procesal e inducir al error al operador de justicia administrativo. **Segundo: “se está vulnerando el debido proceso”**. El recurrente en su amplia exposición realiza también una amplia interpretación de los hechos y a las normas sin hacer una conexión lógica y convergente que determine que real y objetivamente se ha producido una violación a sus derechos procesales; y, en ese afán disperso comete algunas imprecisiones pues sostiene: 1.- Que se han excluido a varios procesados; 2.- Que el proceso se basa en la denuncia; 3.- Que la colusión solo existe en materia penal; 4.- Que se han violado sus derechos en las audiencias; 5.- Que se ha violado el principio de non bis in idem; 6.- Que el SERCOP ha confirmado que el proceso ha sido normal; 7.- Que no ha recibido respuesta a su recurso horizontal; 8.- Que se lo está judicializando dos veces, etc., y repite algunos de estos argumentos. Revisado el expediente se puede establecer en forma clara que todos los denunciados fueron procesados desde la denuncia hasta la resolución final y fueron notificados legalmente también los servidores públicos del IESS contra quienes la Intendencia emitió cargos. De igual forma, consta la notificación al señor Procurador General del Estado con los cargos conforme lo dispone la LORCPM y su Reglamento. Este proceso se realizó bajo el principio dispositivo y no de oficio por lo que la litis quedó trabada sobre los fundamentos de hecho y derecho de la denuncia. El SERCOP solamente manifiesta que el acta de la puja fue subida normalmente, pues esa Institución no puede “certificar” que todo el proceso de la contratación haya sido normal o que sí se han cumplido las normas legales y sus procedimientos. A fojas 1025, el mismo recurrente manifiesta que sí recibió respuesta a su recurso horizontal, empero interponer un recurso no implica necesariamente que se puede obtener una respuesta positiva al mismo. Por lo expuesto, y sin necesidad de mayor análisis se desecha este argumento.- **Tercero: “presunción de inocencia”**. El recurrente esgrime este argumento sin motivar su contenido, es evidente que la parte procesal es inocente mientras no se demuestre lo contrario dentro de un proceso de juzgamiento. El proceso en todas sus partes no contiene ningún acto que viole este principio constitucional y la presunción de inocencia ha sido observada. Por lo expuesto, y sin necesidad de mayor análisis se desecha este argumento. **Cuarto: “la legítima tutela efectiva”**. El recurrente incluye este argumento sin motivar su contenido, porque todo lo que legalmente es procedente ha sido atendido procesalmente por el Intendente y por la CRPI. En el proceso no existe ningún acto que viole este principio constitucional. Por lo expuesto, y sin necesidad de mayor análisis se desecha este argumento.- **Quinto: “se nos está judicializando dos veces”**. Este argumento tiene que ver con el principio constitucional del non bis in idem que ya fue debidamente analizado en líneas precedentes por lo que no es necesario repetir lo mismo. Sin embargo es necesario volver a precisar que no existe en este caso violación al principio de *non bis in*

[Handwritten signatures]

*idem en razón de la materia, pues la Fiscalía ha investigado un DELITO PENAL y la materia sobre la cual tiene competencia exclusiva y excluyente la Superintendencia es EL DERECHO DE COMPETENCIA, es decir lo que tiene que ver con el mercado comercial en general. Por esta razón, el Art 37 de la LORCPM, es claro cuando dispone: “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, 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...”.(énfasis añadido) .- En lo fundamental, la Fiscalía solicitó al“(...) señor juez autorice la **desestimación y archivo de la presente indagación previa**”, foja 9678 vuelta del expediente. En consecuencia no ha existido sanción penal porque en definitiva no nació el juicio penal. La COLUSIÓN en materia de derecho de competencia es totalmente distinta a la colusión penal. Las infracciones en derecho de competencia que constituyen prácticas colusorias constante en el Art. 11 de la LORCPM, que establece: “Art. 11.- **Acuerdos 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 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: 1. Fijar de manera concertada o manipular precios, tasas de interés, tarifas, descuentos, u otras condiciones comerciales o de transacción, o intercambiar información con el mismo objeto o efecto. 2. Repartir, restringir, limitar, paralizar, establecer obligaciones o controlar concertadamente la producción, distribución o comercialización de bienes o servicios. 3. El reparto concertado de clientes, proveedores o zonas geográficas. 4. Repartir o restringir las fuentes de abastecimiento. 5. Restringir el desarrollo tecnológico o las inversiones. 6. Los actos u omisiones, acuerdos o prácticas concertadas y en general todas las conductas de proveedores u oferentes, cualquiera sea la forma que adopten, cuyo objeto o efecto sea impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, ya sea en la presentación de ofertas y posturas o buscando asegurar el resultado en beneficio propio o de otro proveedor u oferente, en una licitación, concursos, remates, ventas al martillo, subastas públicas u otros establecidos en las normas que regulen la contratación pública, o en procesos de contratación privados abiertos al público...”.** (Énfasis agregado). Y en lo fundamental, estas infracciones al derecho de competencia no constan tipificadas en al CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL del Ecuador. La colusión en el derecho de competencia se conoce también como la actividad privilegiada de los cárteles y está en la actividad comercial civil y por lo tanto*



113-
Punto trece

20173
Oly
Cent
Punto
H4

no está dentro del campo penal, excepto cuando las actividades colusivas se encuadran en algún tipo penal. La UNIÓN EUROPEA sobre el derecho de competencia en forma permanente se pronuncia a favor de su promoción: **“De qué trata la política europea de competencia? La Comisión Europea, junto con las autoridades nacionales de competencia, trabaja para prevenir o corregir los comportamientos contrarios a la competencia. La Comisión aplica directamente las normas de competencia de la Unión Europea (UE) para hacer que los mercados de la UE funcionen mejor, garantizando que las empresas compitan en condiciones justas y equitativas. Concretamente, se vigila a las empresas para cerciorarse de que no acuerden repartirse el mercado o que no actúen de manera que se excluya del mercado a los competidores potenciales. Si infringen estas normas, la Comisión les puede imponer multas que pueden llegar al 10 % de su volumen de negocios. A través del control de las concentraciones, los monopolios y las ayudas estatales, la Comisión garantiza una competencia sin distorsión en el mercado interior. Este entorno equitativo garantiza a todas las empresas europeas, incluidas las pequeñas y medianas empresas (PYME), el acceso al gran y sofisticado mercado interior de la UE. La política de competencia en Europa es una parte esencial del mercado interior. Su objetivo es proporcionar a todos los europeos bienes y servicios de más calidad a precios más bajos. La atención se centra en las actividades siguientes:**

- lucha contra los carteles;
- evitar que las empresas dominantes abusen de su poder de mercado en cualquier sector o país en Europa;
- estricto control de las concentraciones propuestas;
- control de la ayuda estatal a los distintos sectores y empresas que pueda causar distorsiones de la competencia.

La Comisión también ha presentado medidas para mejorar el derecho de los consumidores y las empresas a obtener indemnización por daños cuando sean víctimas de conductas contrarias a la competencia, y ha reforzado y simplificado los procedimientos de investigación sobre ayudas estatales. Las normas principales Según las normas de la UE, las empresas: — no pueden fijar precios ni repartirse los mercados [artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)]; — no pueden abusar de su posición dominante en un mercado determinado para expulsar a sus competidores (artículo 102 del TFUE); — no tienen permitido fusionarse si eso las sitúa en una posición de control del mercado. Las grandes empresas que hacen muchos negocios en la UE no pueden fusionarse sin la autorización previa de la Comisión Europea, aunque tengan su sede fuera de la UE (Reglamento de concentraciones). Las normas de la UE también cubren las ayudas públicas a las empresas (ayudas estatales), que son objeto de seguimiento por parte de la Comisión (artículo 107 del TFUE). (...). Carteles: por qué son tan perjudiciales, y cómo los detecta la Comisión Las empresas que participan en carteles para pactar precios o repartirse los mercados pretenden protegerse frente a la presión competitiva que les obligaría a crear nuevos productos, mejorar la calidad y mantener precios bajos. Los consumidores terminan pagando más y recibiendo menos calidad. Los carteles son contrarios al Derecho de competencia de la UE y la Comisión Europea impone multas importantes a las empresas implicadas en ellos. Al ser ilegales, los carteles se suelen mantener en

[Handwritten signature]

secreto y resulta difícil demostrar su existencia...". ⁽⁶⁾.- **Sexto: “solicitamos se declare la nulidad de todo lo actuado”.** El Código de Procedimiento Civil, como Ley supletoria, dispone: “Art. 320.- La ley establece los recursos de apelación, casación y de hecho, sin perjuicio de que al proponérselos se alegue la nulidad del proceso” y en el Art 346 establece las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias: “1. Jurisdicción de quien conoce el juicio; 2. Competencia del juez o tribunal, en el juicio que se ventila; 3. Legitimidad de personería; 4. Citación de la demanda al demandado o a quien legalmente le represente; 5. Concesión del término probatorio, cuando se hubieren alegado hechos que deben justificarse y la ley prescribiere dicho término; 6. Notificación a las partes del auto de prueba y la sentencia; y, 7. Formarse el tribunal del número de jueces que la ley prescribe”. En el proceso todas las solemnidades sustanciales legales y constitucionales se encuentran cumplidas y el recurrente, no ha demostrado fáctica y legalmente lo que manifiesta en su escrito de apelación, en especial a los casos de “nulidad” por lo que este cargo se lo rechaza por improcedente. Los dos recursos de apelación interpuestos y analizados en líneas precedentes por los operadores económicos, SOLNET S.A., y RECAPT S.A., **NO CONTIENEN NINGUNA PROPOSICIÓN JURÍDICA COMPLETA**, cuya presencia procesal pueda generar derrotabilidad procesal de legalidad o de mérito, de modo que lo argumentado queda EN SIMPLES ENUNCIADOS O CRITERIOS SIN FUNDAMENTO.- Así lo ha sostenido la CORTE NACIONAL DE JUSTICIA: “[...] El fallo de mayoría rechaza el recurso interpuesto, por cuanto, el carácter estrictamente formalista del recurso de casación no fue observado por el recurrente. Su fundamentación no cumple lo que la doctrina llamada: “la proposición jurídica completa”; por lo cual, sus alegaciones contra el fallo, han quedado en simples enunciados...”. ⁽⁷⁾ (Las negrillas me pertenecen). **SEXTA.- RESOLUCIÓN.-** Por todo lo expuesto, amparado en las disposiciones del Art. 44, numeral 2 y Art. 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta Autoridad **RESUELVE: Primero.-**Negar los recursos interpuestos por los operadores económicos RECAPT S.A., y SOLNET S.A., por improcedentes, en consecuencia las partes estén a lo dispuesto en la Resolución de la Comisión de Resolución de Primera Instancia (CRPI).- **Segundo.-** Se modifica el numeral 6 de la Resolución de la CRPI como MEDIDA CORRECTIVA disponiéndose que: Con fundamento en el Art. 233, de la Constitución de la República del Ecuador que establece: “Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos. Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes

⁶ UNION EUPEA, COMPRENDER LAS POLÍTICAS DE LA UNIÓN EUROPEA. Competencia, 2014.

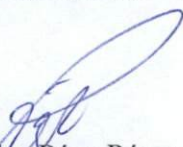
⁷ Gaceta Judicial. Año CXIII. Serie XVIII, No. 11. Página 4173. Quito, 26 de enero de 2012.



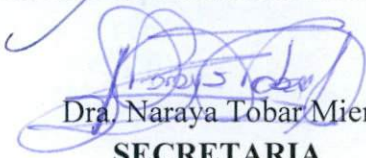
Recibo - M4
cotoree

copy
dis
inf
w
pub
wob

a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas”.- Se remita copia certificada de esta Resolución a la Contraloría General del Estado; a la Fiscalía General del Estado; a la Secretaría Nacional de Transparencia de la Presidencia de la República a fin de que dentro de sus respectivas competencias promuevan o realicen las acciones legales pertinentes y, al Presidente del Directorio y Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social “IESS”; a efectos de que se revise la conducta de los servidores públicos del IESS, que participaron en el proceso de contratación Nro. SIE-IESS-015-2011; y, con fundamento en el Art. 66 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública póngase en conocimiento con esta resolución al señor Procurador General del Estado para que de ser pertinente ejerza la facultad determinada en el Art. 65 de la citada Ley.- **Tercero.-** Remítase el expediente original a la Comisión y póngase en conocimiento de las partes procesales la presente Resolución.- **NOTIFÍQUESE, OFÍCIESE Y CÚMPLASE.-**


Pedro Páez Pérez

SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.


Dra. Naraya Tobar Mier

SECRETARIA

