



- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Control del Poder de Mercado.
- **Órgano de origen:** Comisión de Resolución de Primera Instancia - CRPI
- **Expediente de origen:** SCPM-CRPI-010-2022
- **Expediente Apelación:** SCPM-INJ-13-2022
- **Investigados / Apelante:** LABORATORIOS ASOCIADOS ZUMBA S.A.;
INVERSIONES Y MANDATO INVERSARIATO S.A.;
MEDICAL DIAGNOSTICA MEDICALAB S.A.;
CLÍNICA DEL MÉDICO DIAGMED S.A.;
MEDICALSTORE S.A.

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO. - Quito, DM, 21 de octubre de 2022, a las 13h00.- **VISTOS.-** Abogado Ricardo Augusto Freire Granja, en mi calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado (s), conforme la acción de personal No. SCPM-INAF-DNATH-2022-546-A de 14 de octubre de 2022, cuya copia certificada consta agregada al expediente; en conocimiento del recurso de apelación interpuesto por los operadores económicos LABORATORIOS ASOCIADOS ZUMBA S.A., INVERSIONES Y MANDATO INVERSARIATO S.A.; MEDICAL DIAGNOSTICA MEDICALAB S.A.; CLÍNICA DEL MÉDICO DIAGMED S.A.; y, MEDICALSTORE S.A., en contra de la Resolución de 29 de julio de 2022 a las 10h08, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia - CRPI, dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-010-2022; en uso de mis facultades legales, dispongo:

PRIMERO.- VALIDEZ PROCESAL.-

Verificada que ha sido la tramitación del expediente en esta instancia jerárquica, se desprende que la misma no adolece de vicios de procedimiento, ni se han omitido solemnidades sustanciales que puedan generar nulidad procesal; por lo que se declara la validez del mismo.

SEGUNDO.- LEGALIDAD DEL RECURSO. -

Los operadores económicos LABORATORIOS ASOCIADOS ZUMBA S.A., INVERSIONES Y MANDATO INVERSARIATO S.A., MEDICAL DIAGNOSTICA MEDICALAB S.A., CLÍNICA DEL MÉDICO DIAGMED S.A.; y, MEDICALSTORE S.A., a través de sus representantes legales, mediante escrito ingresado en la ventanilla de la Secretaría General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado [en adelante SCPM], el 16 de agosto de 2022 a las 16h42 con número de trámite ID. 247434 presentaron recurso de apelación en contra de la Resolución de 29 de julio de 2022, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia [CRPI], dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-010-2022. Los comparecientes legitimaron su calidad mediante escrito presentado el 31 de agosto de 2022 a las 10h21 con número de trámite ID. 248829.

Mediante providencia de 26 de agosto de 2022, a las 15h40, una vez que fue debidamente verificado que la impugnación cumplió con los requisitos formales y sustanciales establecidos en el artículo 52 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de



Control del Poder de Mercado [IGPA], como son el principio de oportunidad, procedencia del recurso y debida fundamentación, se dispuso la admisión a trámite del recurso de apelación.

TERCERO. - ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO.-

El acto administrativo que se impugna es la Resolución de 29 de julio de 2022 a las 10h08, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-010-2022., en la que se resolvió:

*“[...] PRIMERO.- DECLARAR que los operadores económicos **MEDICAL DIAGNÓSTICA MEDICALAB S.A., CLÍNICA DEL MÉDICO DIAGMED S.A., LABORATORIOS ZUMBA, INVERSIONES Y MANDATO INVERSARIATO S.A. y MEDICALSTORE S.A.**, cometieron una falta muy grave al intercambiar información y coludirse en procedimientos de contratación pública de conformidad con los numerales 1 y 6 del Artículo 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, tal y como se indicó en la parte motiva de la presente resolución.*

SEGUNDO.- IMPONER a los operadores económicos infractores las siguientes multas 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:

*a. **MEDICALAB** la suma de SIETE MIL VEINTICUATRO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA con 04/100 (USD. \$ 7.024,04).*

*b. **LABORATORIOS ZUMBA** la suma de CIENTO TREINTA Y DOS MIL SETECIENTOS NOVENTA DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA con 02/100 (USD. \$ 132.790,02).*

*c. **DIAGMED** la suma de TREINTA Y UN MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y SEIS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA con 47/100 (USD. \$ 31.836,47.).*

*d. **INVERSARIATO** la suma de CUATRO MIL TRESCIENTOS VEINTE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA con 00/100 (USD. \$ 4.320,00).*

*e. **MEDICALSTORE** la suma de CUARENTA Y SEIS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA con 92/100 (USD\$ 46,92).*

*TERCERO.- ORDENAR la siguiente medida correctiva para cumplimiento por parte de los operadores económicos **MEDICAL DIAGNÓSTICA MEDICALAB S.A., CLÍNICA DEL MÉDICO DIAGMED S.A., LABORATORIOS ZUMBA, INVERSIONES Y MANDATO INVERSARIATO S.A. y MEDICALSTORE S.A.:***

Suscribir una declaración juramentada cada uno de los operadores económicos infractores, donde se declare que no volverán a incurrir en ningún acto anticompetitivo



prescrito en la LORCPM, so pena de las sanciones por reincidencia establecidas en la Ley. La declaración juramentada deberá ser remitida a la INICAPMAPR en el término de 30 días de emitida la presente resolución. La INICAPMAPR tiene la obligación de monitorear el cumplimiento de las medidas correctivas de conformidad con lo previsto en el artículo 86 del RLORCPM, por lo cual informará documentadamente del cumplimiento a la CRPI [...].

CUARTO. - PRETENSIÓN CONCRETA DE LOS RECURRENTES.-

Los operadores económicos LABORATORIOS ASOCIADOS ZUMBA S.A., INVERSIONES Y MANDATO INVERSARIATO S.A.; MEDICAL DIAGNOSTICA MEDICALAB S.A.; CLÍNICA DEL MÉDICO DIAGMED S.A.; y, MEDICALSTORE S.A., en el escrito que contiene el recurso de apelación, en el apartado XI solicitan:

“[...] se sirva declarar la nulidad de la Resolución expedida por la CRPI el 29 de julio de 2022 las 10h08, dentro del expediente Administrativo No. SCPM-CRPI-010-2022, notificada en la misma fecha, con la que se impone una multa en contra de LABORATORIOS ZUMBA de CIENTO TREINTA Y DOS MIL SETECIENTOS NOVENTA DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON 02/100 (USD 134.790,02); a MEDICALAB la suma de SIETE MIL VEINTICUATRO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORME AMÉRICA con 04/100 (USD- 7.024,04); a DIAGMED la suma de TREINTA Y UN MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y SEIS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA con 00/100 (USD. \$ 4.320,00); y, a MEDICALSTORE la suma de CUARENTA Y SEIS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA con 92/100 (USD. 46,92) [...]”

Pretensión por medio de la cual solicitan se deje sin efecto el acto administrativo, con fundamento –según se desprende del apartado II del recurso- en:

*“[...] Dicha Resolución debe ser declarada NULA, pues a todas luces es contraria a la Constitución y a la LORCPM, a pesar de que en ella, se reconoce que el supuesto intercambio de información y el acuerdo colusorio **generó ahorro** al Estado ecuatoriano, en comparación con los presupuestos referenciales; y, además de manera expresa se reconoce que los operadores económicos tienen **vinculación y/o relación**, criterio o sustento contrario a lo que dispone la LORCPM y por tanto no procede la errónea e ilegal imputación ya que para que exista un acuerdo colusorio, debe darse el supuesto pacto entre operadores económicos INDEPENDIENTES*

*Así mismo, **la ilegal multa impuesta**, es violatoria e inconstitucional, pues la misma en el supuesto no consentido de que haya producido el acuerdo, **vulnera el principio de proporcionalidad** que debe mantener toda sanción, principio previsto en la Constitución, en la LORCPM y en el COA.*

*De igual manera, la resolución impugnada, no toma en cuenta una serie de **circunstancias atenuantes**, ni tampoco los alegatos que en derecho hemos expresado y que evidencian de manera expresa **la errónea e ilegal interpretación jurídica** y por*



*ende la total falta de **motivación** de parte de la CRPI [...]*” (Negrillas del texto han sido añadidas)

Conforme se ha citado, la vulneración transversal a la motivación del acto administrativo tendría lugar respecto de 5 postulados:

- a) La conducta colusoria generó ahorro al Estado ecuatoriano;
- b) Los operadores económicos tienen vinculación y/o relación: improcedencia de acuerdo colusorio entre operadores no independientes o grupo económico;
- c) Ilegalidad de la multa impuesta: vulneración del principio de proporcionalidad;
- d) Falta de análisis y aplicación de circunstancias atenuantes; y,
- e) Errónea e ilegal interpretación jurídica de la conducta identificada y sancionada;

En consideración al parámetro impugnatorio antes indicado, desarrollado por los administrados en el apartado IV (fundamentos de derecho) del recurso de apelación, está dividido en tres secciones: “*a. En cuanto a los delitos o infracciones imputadas*” (párrafos 30 al 62); “*b. Definición doctrinaria y jurisprudencial de grupo económico*” (párrafos 63 al 139); y, “*c. Falta de proporcionalidad de la Multa*” (párrafos del 140 al 151), se tratarán los 5 postulados en dos secciones, por un lado el elemento conductual y por otro el elemento sancionatorio; este tratamiento se hará en los aspectos específicos de cada caso, y según el desarrollo que se obtenga podrá ser valorada su ausencia o no de motivación en el acto recurrido.

QUINTO. - PROBLEMA JURÍDICO A TRATARSE. -

Conforme la exposición de motivos impugnatorios, se establece como problema jurídico a tratarse, el presunto vicio de motivación en el acto administrativo de 29 de julio de 2022 a las 10h08, emitido por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-010-2022, para cuyo efecto se analizarán los elementos especificados en el Informe Final No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-007 de 08 de abril de 2022, analizados y recogidos por la CRPI al momento de resolver, con base a los argumentos de hecho y de derecho propios del caso.

SEXTO. - CONSTANCIA PROCESAL.-

De la revisión de los recaudos procesales constantes en el expediente administrativo objeto de análisis, así como del expediente en el que se sustancia el presente recurso, se destacan como principales constancias procesales las que se detallan:

a) Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICAPMAPR-008-2019:

Las constancias procesales que se anotan son las que se consideran relevantes para el presente análisis, lo que no quiere decir que no se haya revisado el expediente administrativo en su integridad:

1. Oficio No. SERCOP-CZ5-2019-2270-OF y anexo, ingresado a la SCPM el 20 de junio de 2019, a las 16h33, por medio del cual la Coordinación Zonal 5 y 8 del Servicio



Nacional de Contratación Pública (SERCOP), puso en conocimiento de la INICAPMAPR, la existencia de presunciones sobre el cometimiento de prácticas anticompetitivas por parte de los operadores económicos LABORATORIOS ZUMBA, VMS MEDICAL S.A., y, MEDICALAB;

2. Providencia de 02 de julio de 2019, a las 10h00, con la que la INICAPMAPR avocó conocimiento del expediente y dispuso iniciar la fase de barrido por el término de treinta días;
3. Resolución de 31 de julio de 2019, a las 17h05, por medio de la cual la INICAPMAPR dispuso iniciar la investigación preliminar por el término de ciento ochenta días;
4. Providencia de 16 de marzo de 2020, a las 11h15, con la que la INICAPMAPR, en atención a la Resolución SCPM-DS-2020-014, emitida por el Superintendente de Control del Poder de Mercado, dispuso suspender los términos procesales dentro del expediente de investigación;
5. Providencia de 08 de julio de 2020, a las 12h00, con la cual la INICAPMAPR dispuso, en virtud de la Resolución SCPM-DS-2020-026 de 03 de julio de 2020 emitida por el Superintendente de Control del Poder de Mercado, reanudar los términos;
6. Providencia de 13 de agosto de 2020, a las 08h30, la INICAPMAPR, en atención a la Resolución SCM-DS-2020-031 de 12 de agosto de 2020, emitida por el Superintendente de Control del Poder de Mercado, dispuso suspender los términos procesales dentro del expediente de investigación;
7. Mediante providencia de 27 de agosto de 2020, a las 09h30, la INICAPMAPR, en virtud de la Resolución No. SCPM-DS-2020-32 de 26 de agosto de 2020, ordenó levantar la suspensión de los plazos y términos;
8. Resolución de 06 de octubre de 2020, a las 17h15, con la que la INICAPMAPR ordenó el inicio de la fase de investigación por el plazo de ciento ochenta (180) días;
9. Providencia de 23 de abril de 2021, a las 10h20, la INICAPMAPR, en cumplimiento a lo dispuesto en la Resolución No. SCPM-DS-2021-14 de 22 de abril de 2021, emitida por el Superintendente de Control del Poder de Mercado, suspendió el cómputo de términos y plazos dentro del expediente;
10. Resolución de 26 de octubre de 2021, por medio de la cual la INICAPMAPR acogió el Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-DNICAPR-2021-023, formulándose cargos en contra de los operadores: **i) DIAGMED, ii) MEDICALAB, iii) LABORATORIOS ZUMBA, iv) INVERSARIATO; y, v) MEDICALSTORE;**



11. Providencia expedida el 08 de abril de 2022 a las 17h05, con la que la INICAPMAPR dispuso agregar el Informe Final No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-007 de 08 de abril de 2022 y remitir el mismo a la CRPI para su conocimiento y resolución.

b) Expediente Administrativo SCPM-CRPI-010-2022:

Las constancias procesales que se anotan son las que se consideran relevantes para el presente análisis, lo que no quiere decir que no se haya revisado el expediente administrativo en su integridad:

1. Memorando SCPM-INICAPMAPR-DNICAPR-2022-029 de 08 de abril de 2022, por medio del cual la INICAPMAPR puso en conocimiento de la CRPI, lo dispuesto en providencia de 08 de abril de 2022, con la cual se traslada el Informe Final No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-007 junto con el Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICAPMAPR-008-2019;
2. Providencia emitida el 12 de abril de 2022 a las 12h39, con la que la CRPI avocó conocimiento del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-010-2022 y dispuso agregar y trasladar a los operadores económicos MEDICALAB, DIAGMED, LABORATORIOS ZUMBA, INVERSARIATO y MEDICALSTORE el Informe Final No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-007 de 08 de abril de 2022, para que en el término de diez (10) días presenten sus alegatos;
3. Escrito presentado el 27 de abril de 2022, a las 13h18, con número de trámite Id. 235848, mediante el cual los operadores económicos MEDICALAB S.A., DIAGMED S.A., LABORATORIOS ZUMBA S.A., INVERSARIATO y MEDICALSTORE S.A. presentaron de manera conjunta sus alegatos respecto del Informe Final No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-007;
4. Providencia de fecha 04 de mayo de 2022 a las 10h12, por medio de la cual la CRPI dispuso agregar el escrito de alegatos presentado de manera conjunta por parte de los operadores económicos investigados y convocar a los mismos, así como a la INICAPMAPR, a la audiencia pública a realizarse el 10 de mayo de 2022 a las 10h00 de forma telemática;
5. Acta de realización de la audiencia pública de 10 de mayo de 2022;
6. Escrito presentado el 18 de mayo de 2022, a las 15h32, con el cual los operadores económicos MEDICALAB S.A., DIAGMED S.A., LABORATORIOS ZUMBA S.A., INVERSARIATOS.A. y MEDICALSTORE S.A. adjuntaron la presentación utilizada en la audiencia pública realizada el 10 de mayo de 2022, a fin de que sea agregada y considerada en el expediente;



7. Escrito presentado el 25 de mayo de 2022 a las 16h42, por medio del cual los operadores económicos MEDICALAB S.A., DIAGMED S.A., LABORATORIOS ZUMBA S.A., INVERSARIATO S.A. y MEDICALSTORE S.A. presentaron de forma complementaria argumentos respecto a lo controvertido en la audiencia pública desarrollada el 10 de mayo de 2022;
8. Resolución de 29 de julio de 2022 a las 10h08, mediante la cual la CRPI impone a los hoy apelantes, sanción pecuniaria y medidas correctivas (versión no confidencial).

c) Expediente Administrativo SCPM-INJ-17-2022:

En la sustanciación del recurso de apelación se hacen constar las actuaciones relevantes, sin que esto implique que no se estudió el proceso en su integridad:

1. Escrito presentado por los señores Jorge Antonio Zumba Córdova, Luis Olmedo Ordóñez Molina, Kleber Palacios Naranjo, y, Moisés Franco Zumba, en calidad de representantes legales de los operadores económicos LABORATORIOS ASOCIADOS ZUMBA S.A., INVERSIONES Y MANDATO INVERSARIATO S.A., MEDICAL DIAGNOSTICA MEDICALAB S.A., CLÍNICA DEL MÉDICO DIAGMED S.A.; y, MEDICALSTORE S.A., respectivamente, ingresado el 16 de agosto de 2022 a las 16h42 con número de trámite ID. 247434, mediante el cual presentaron recurso de apelación en contra de la Resolución de 29 de julio de 2022, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-010-2022;
2. Providencia de 26 de agosto de 2022, por medio de la cual, la autoridad avoca conocimiento del Recurso de Apelación, admite a trámite el mismo y dispone que los representantes legales de los operadores económicos LABORATORIOS ASOCIADOS ZUMBA S.A., INVERSIONES Y MANDATO INVERSARIATO S.A., MEDICAL DIAGNOSTICA MEDICALAB S.A., CLÍNICA DEL MÉDICO DIAGMED S.A presenten los documentos habilitantes que legitimen la calidad en la que comparecen;
3. Escrito presentado por los operadores económicos LABORATORIOS ASOCIADOS ZUMBA S.A., INVERSIONES Y MANDATO INVERSARIATO S.A., MEDICAL DIAGNOSTICA MEDICALAB S.A., CLÍNICA DEL MÉDICO DIAGMED S.A, el 31 de agosto de 2022, a las 10h21, signado con el número de trámite ID. 248829, mediante el cual dan por cumplida la providencia de 26 de agosto de 2022;
4. Escrito presentado por los operadores económicos LABORATORIOS ASOCIADOS ZUMBA S.A., INVERSIONES Y MANDATO INVERSARIATO S.A., MEDICAL DIAGNOSTICA MEDICALAB S.A., CLÍNICA DEL MÉDICO DIAGMED S.A, el 28 de septiembre de 2022, a las 15h58, signado con el número de trámite ID. 248829, mediante el cual presentan alegatos;



5. Escrito presentado por los operadores económicos LABORATORIOS ASOCIADOS ZUMBA S.A., INVERSIONES Y MANDATO INVERSARIATO S.A., MEDICAL DIAGNOSTICA MEDICALAB S.A., CLÍNICA DEL MÉDICO DIAGMED S.A, el 07 de octubre de 2022, a las 12h18, signado con el número de trámite ID. 254915, mediante el cual solicitan audiencia oral;
6. Providencia de 12 de octubre de 2022, por medio de la cual la autoridad agrega al expediente los escritos presentados con fechas 28 de septiembre y 07 de octubre de 2022 y convoca a las partes a audiencia para el día 14 de octubre de 2022; y,
7. Razón de realización de la audiencia, sentada por la secretaria de sustanciación el 14 de octubre de 2022, con la presencia del defensor técnico de los apelantes e ingeniero Jorge Zumba.

SÉPTIMO. - MARCO NORMATIVO APLICABLE. -

Para el análisis del acto materia de la impugnación, es necesario considerar:

La **Constitución de la República del Ecuador** –CRE- reconoce los siguientes derechos y garantías:

“[...] Art. 52.- Las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características. [...]”; Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”; “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. [...] 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: [...] 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 [...] m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos”; “Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”; “Art. 173.- Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial”; “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. 226.- 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 les sean atribuidas en la Constitución y la ley [...]”; “Art. 284.- La política



económica tendrá los siguientes objetivos: 1. Asegurar una adecuada distribución del ingreso y de la riqueza nacional. [...]; 8. Propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes.”; “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”.

La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado –LORCPM- manda:

“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.-[...] 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 actos, 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 lo controla, cuando el comportamiento del primero ha sido determinado 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. [...]”; “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 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 costumbre 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”; “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 [...] 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 [...]”; “**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 [...]”; “**Art. 48.- Normas generales.-** 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. 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.”; “**Art. 67.- Recurso de Apelación o Jerárquico.-** Los actos administrativos emitidos en virtud de la aplicación de esta Ley podrán ser elevados al Superintendente de Control de 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 [...]”; “**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 [...] 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. [...] 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 deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley, las siguientes sanciones: 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 los literales a), b) y c) del primer inciso del presente artículo, las infracciones tipificadas en la presente Ley serán sancionadas en los términos siguientes: [...] 3. Las infracciones muy graves con multa de más de 40.000 Remuneraciones Básicas Unificadas [...] 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 idéntico al de dichos beneficios, sin perjuicio de su facultad para sancionar la reincidencia establecida en el inciso precedente.”; “**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 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. **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 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”; “**DISPOSICIONES GENERALES. Primera. - Jerarquía. -** [...] En lo no previsto en esta Ley se estará a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil, Código de Procedimiento Penal, Código de Comercio, Código Civil, Código Penal, Ley Orgánica de Servicio Público y las demás leyes y regulaciones aplicables.”*

El Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, RLORCPM, señala:

*“**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 atentar 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: 1. Fijen de manera concertada o manipulen precios, tasas de interés, tarifas, descuentos, u otras condiciones comerciales o de transacción, o intercambien información con el mismo objeto o efecto.”; “Art. 9.- Acuerdos y prácticas restrictivas excluidas de la regla de mínimis.- Las conductas enumeradas en el artículo anterior se excluyen de la aplicación de la regla de mínimis establecida en virtud del artículo 13 de la Ley y conforme este reglamento.”; “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 contemplados 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 o los operadores económicos 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.”.

El Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (Resolución SCPM-DS-012-2017 de 16 de marzo de 2017) prevé:

“Art. 21.- PROCEDIMIENTO PARA LOS CASOS DE INVESTIGACIÓN INICIADOS DE OFICIO; O, A SOLICITUD DE OTRO ÓRGANO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. La investigación previa es de naturaleza indagatoria con fines de búsqueda y no propiamente procesal y está ubicada dentro de la categoría de estudio de posibles distorsiones competitivas en un mercado concreto. Por esta razón, se la realizará mediante el mecanismo de simple requerimiento de información a través de oficios, de cooperación, recopilación, orden cronológico, sanción en caso de no entregar la información y valoración documental selectiva final, sea de prosecución o de archivo. [...] b) Solicitud de otro Órgano de la Administración Pública.- La fase de barrido se iniciará cuando ingrese la solicitud a Secretaría General o ante quien haga sus veces en las Intendencias Zonales la cual se remitirá al Intendente General en el término de veinte y cuatro (24) horas. El Intendente General en el término anterior, distribuirá la documentación al Intendente respectivo, para que examine en el término de diez (10) días. El órgano de investigación deberá asignar un nombre de fantasía; el análisis de la información obtenida será recogido en un informe, que se emitirá dentro de los treinta (30) días posteriores a la disposición del Intendente General, con lo que concluirá esta fase. El Director de la Intendencia en tres (3) días hábiles elaborará un informe de barrido que decurrirá dentro del referido término de treinta (30) días, con lo cual concluirá la fase. De ser procedente dentro del término de tres (3) días posteriores se dará inicio a la fase de investigación preliminar; caso contrario, se informará al Intendente General el archivo por falta de méritos. La fase de investigación preliminar se iniciará mediante providencia emitida en el término de tres (3) días, en la que el Intendente avocará conocimiento de la solicitud, dispondrá la elaboración del plan de trabajo por parte del Director respectivo por un término de diez (10) días a presentarse por escrito al Intendente General y al Intendente; Plan de



trabajo que contendrá la fecha de inicio y la fecha probable de finalización y abrirá la fase de investigación preliminar por ciento ochenta (180) días hábiles. Luego de finalizada la investigación preliminar se emitirá el informe respectivo y de considerar que existen presunciones de alguna infracción prevista en la Ley, se notificará al o los presuntos responsables en el término de tres (3) días, luego de lo cual tendrán quince (15) días hábiles para la presentación de explicaciones; una vez recibidas las mismas el Intendente emitirá una providencia para el inicio o archivo del expediente, concluyendo con esta fase. El Intendente en diez (10) días hábiles deberá pronunciarse mediante providencia sobre el inicio de la fase tres (3) denominada de investigación o dispondrá el archivo motivadamente. En caso que se resuelva el inicio de la fase de investigación, se dispondrá al Director correspondiente la elaboración de un plan de trabajo en el término de diez (10) días, a presentarse por escrito al Intendente General y al Intendente, plan de trabajo que contendrá la fecha de inicio, la hipótesis del caso y la fecha probable de finalización; y, se abrirá la investigación por el plazo de ciento ochenta (180) días, prorrogables hasta por ciento ochenta (180) días, a criterio del Intendente en coordinación con el Intendente General. La etapa de investigación concluirá con la elaboración de un informe de resultados emitido por el Director correspondiente; el que contendrá las conclusiones y recomendaciones, sobre las cuales el Intendente emitirá el informe con la formulación o no de cargos. El informe para la formulación o no de cargos del Intendente y el informe de resultados emitido por el Director correspondiente, se lo hará en el término de quince (15) días que decurrirán dentro del referido plazo de ciento ochenta (180) días, dando inicio a la fase cuatro (4) denominada de sustanciación. En esta fase de sustanciación se notificará al o los investigados para que contesten y deduzcan excepciones en el término de quince (15) días de conformidad con los artículos 58 al 61 de la LORCPM y 62 al 72 del Reglamento. Con la contestación y excepciones, o en rebeldía, se continuará con la etapa de prueba, para lo cual mediante providencia ordenará la apertura del término probatorio por sesenta (60) días, prorrogables hasta por treinta (30) días más a criterio del Intendente. Durante esta etapa podrán realizarse informes y practicarse toda clase de prueba que la autoridad requiera. Una vez concluido el término probatorio, en quince (15) días hábiles el Intendente emitirá el informe final de sustanciación el cual será remitido junto con el expediente a la Comisión de Resolución de Primera Instancia, iniciándose la fase cinco (5) denominada de resolución; o, en su defecto el Intendente dispondrá su archivo motivadamente. La Comisión de Resolución de Primera Instancia - CRPI - desde la recepción del informe final de sustanciación y el expediente, mediante providencia avocará conocimiento y correrá traslado del informe final a las partes dentro del término de tres (3) días. La CRPI elaborará un plan de trabajo en el término de tres (3) días, en el que se definan las fechas estimadas de resolución. Las partes podrán presentar alegatos en el término de diez (10) días. De considerarlo procedente se convocará a audiencia pública y se emitirá la Resolución definitiva en el plazo de noventa (90) días”; “Art. 30.- PROCEDIMIENTO DE LA FASE DE RESOLUCIÓN EN LA CRPI: La omisión de Resolución de Primera Instancia -CRPI- una vez conocido el expediente y recibido el informe final de investigación deberá: a) En el término de tres (3) días, se correrá traslado con el informe a las partes, las que podrán presentar alegatos ante dicho órgano en el término de diez (10) días, conforme al artículo 71 del RLORCPM. b)



Elaborar un plan de trabajo en el término de tres (3) días, en el que se definan las fechas estimadas de resolución. c) Con los alegatos o sin ellos, la CRPI, mediante auto de sustanciación podrá señalar lugar, día y hora en los cuales se efectuará una Audiencia Pública, conforme a lo previsto en el artículo 76, numeral 7, literal c) de la Constitución de la República, artículo 60 de la LORCPM y artículo 71 del RLORCPM. d) La resolución del caso será emitida dentro del plazo de noventa (90) días, la cual en forma motivada contendrá, entre otros, todos los elementos determinados en el artículo 71 del RLORCPM. e) La misma CRPI resolverá los recursos horizontales que se interpusieren. f) Para los casos de apelación que se dirijan a la CRPI, esta deberá analizar que los mismos se hayan presentado dentro del término legal previsto en el artículo 67 de la LORCPM; en caso de ser extemporáneos, mediante providencia los inadmitirá, y en caso de ser admitido a trámite, mediante providencia pondrá en conocimiento del Superintendente.”.

OCTAVO. - ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO DE LA APELACIÓN. -

Conforme lo dispuesto en la Constitución de la República del Ecuador -CRE¹, las Superintendencias son organismos técnicos de vigilancia 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.

El artículo 1 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM) establece para el régimen de competencia ecuatoriano:

“El objeto de la presente Ley es [...] la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas [...] 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.”²

Es así como, por mandato expreso de la LORCPM, se crea la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, como un organismo técnico de control, entre cuyas potestades legales consta la de sustanciar procedimientos administrativos -entre otros- para la investigación y, de ser el caso, sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas acorde los presupuestos normativos de tipo de la infracción previstos en la LORCPM. Por otro lado, la Carta Magna

¹ CRE. - “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. [...]”

² LORCPM.- “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”



impone que cada entidad estatal debe actuar conforme a las atribuciones que le otorga el marco normativo, pues la carta constitucional reza:

“Art. 226.- 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 les 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.”

Ateniendo al objeto y ámbito de aplicación de la LORCPM, por los cuales la SCPM debe salvaguardar la efectiva competencia en el mercado, mediante la prevención y prohibición de conductas anticompetitivas, efectuadas por operadores económicos que produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional; en concordancia con el criterio general de evaluación de las conductas contenido en el artículo 4³ del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado –RLORCPM-, se encuentra que los acuerdos y prácticas prohibidas y estipuladas en el artículo 11 de la LORCPM se refieren a actuaciones coordinadas entre operadores económicos con el objeto o efecto de impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afectar negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general.

Para el estudio y resolución del recurso de apelación que se atiende, se hace constar que la **naturaleza jurídica** de las conductas tipificadas en el artículo 11 de la LORCPM -en específico, aquellas contenidas en los numerales 1 y 6, objeto de infracción- no se encuentra controvertida por los recurrentes, sino que, aceptando la misma, se considera existen ELEMENTOS DE EXCLUSIÓN APLICATIVA (problemas de aplicación normativa, por dificultades de interpretación auténtica y doctrinal⁴); esto, por cuanto en el recurso interpuesto que se atiende, los administrados no han hecho referencia alguna a la falta de subsunción **de los supuestos de hecho a ese artículo como norma sustantiva y tipificadora**, sino que –por el contrario- han expuesto ampliamente la presunta improcedencia de la consecuencia jurídica de la misma, por la alegada calidad de “unidad económica” de los agentes, conforme se sostiene a lo largo del libelo recursivo, arguyendo que toda actuación coordinada entre los administrados carece de individualidad e independencia, y ergo no puede hablarse de la coordinación de voluntades.

³ RLORCPM.- “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 atentar contra la eficiencia económica, el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios.”

⁴ Téngase presente que los casos y sentencias referidas en el recurso de apelación, son de autoridad jurisdiccional extranjera, y por ende no tienen calidad de jurisprudencia obligatoria, sino de fuente doctrinaria; siendo ese su tratamiento.



Así, siendo que en la etapa sancionatoria, esto es, en la presentación de alegatos al Informe Final No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-007, los administrados no efectuaron objeción respecto de la naturaleza jurídica de las conductas imputadas, ni de la subsunción normativa (determinación de si la concreta situación de la realidad no se corresponde con el supuesto de hecho de la norma), sino alegaciones respecto de la falta de procedencia de la consecuencia jurídica (aplicación normativa), el análisis de los fundamentos impugnatorios no se efectuará en ese respecto, por no corresponder a la verdad procesal⁵ del expediente administrativo.

En consonancia con lo anterior, en atención a que las alegaciones de los administrados durante la etapa sancionatoria referentes al tipo de conducta imputada y los presupuestos de hecho del caso han sido recogidas y atendidas por la CRPI en el apartado 5, y desarrolladas en el apartado 10 del acto administrativo recurrido, resulta inoportuno emprender un análisis exhaustivo del marco teórico de las conductas: infracción anticompetitiva de intercambio de información entre competidores y colusión en procesos de contratación pública; sino, se efectuará un estudio del problema jurídico definido, a partir de los 5 postulados base del recurso en cuanto al presunto yerro de procedencia de sanción de las conductas (aplicación de la consecuencia jurídica por problemas de aplicación normativa, por dificultades de interpretación auténtica y doctrinal) en un denominado “grupo económico”.

8.1.- Estructura de análisis:

Con el propósito de la parte que antecede, resultará ilustrativo atender a la forma de configuración conductual sancionada, es decir, cómo se produce la infracción anticompetitiva, para atender los postulados referentes:

a) Conductuales:

i) la producción de eficiencias económicas;

ii) la configuración de una voluntad única o ausencia de independencia de los agentes económicos; y,

iii) yerro de interpretación para la aplicación de la consecuencia jurídica a la conducta; primer momento imprescindible para analizar si resultan imputables a los administrados las conductas tipificadas en los numerales 1 y 6 del artículo 11 de la LORCPM; y,

⁵ Para fines de constatación directa de la verdad procesal que se refiere, véase: Expediente No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-008-2019: Escrito de MEDICALAB, DIAGMED, LABORATORIOS ZUMBA, INVERSARIATO y MEDICALSTORE, de 27 de abril de 2022, trámite ID. 235848: “[...] La estructura del alegato tiene los siguientes puntos: a) errónea motivación y de elementos de convicción, es decir, error de interpretación que conlleva a un presunto prevaricato de parte de la Intendencia; b) falta de racionalidad económica en cuanto al supuesto (erróneo) tipo penal administrativo imputado; c) error en la determinación del mercado relevante y que en el supuesto no consentido de que se haya dado la práctica, la Intendencia falta a su obligación de analizar la Regla de Mínimis, esto en razón de que la Autoridad debe observar y aplicar esta excepción de manera obligatoria; d) inexistencia de la afectación al mercado y de elementos contenidos en el artículo 3 de la LORCPM, sobre todo en cuanto a lo que tiene que ver con la primacía de la realidad [...]”



b) Sancionatorio:

- iv) la proporcionalidad de la sanción; y,
- v) la consideración de circunstancias atenuantes.

Postulados que se analizan así:

a) Conductuales: i) la producción de eficiencias económicas; ii) la configuración de una voluntad única o ausencia de independencia de los agentes económicos; y, iii) verro de interpretación para la aplicación de la consecuencia jurídica a la conducta)

En desarrollo de lo anterior, la INICAPMAPR y la CRPI, en sus etapas procedimentales correspondientes, han determinado de manera consolidada como **forma de configuración conductual** la existencia de tres agentes económicos, esto es: **a) Grupo económico: LABORATORIOS ZUMBA, INVERSARIATO, MEDICALSTORE; b) DIAGMED; y, c) MEDICALAB;** a quienes son imputables las conductas de intercambio de información como operadores competidores, con el afán de establecer de manera concertada precios, descuentos y condiciones comerciales dentro de procedimientos de contratación pública, práctica que se adecua a lo estipulado en el numeral 1 del artículo 11 de la LORCPM; y, el cometimiento de actos colusorios horizontales en el marco de procesos de contratación pública, tipificado en el numeral 6 del artículo en referencia.

Sabiéndose que las conductas colusorias que se consideran anticompetitivas son de la más diversa índole y naturaleza, éstas se clasifican, en un primer momento, según los sujetos que forman parte del mismo, el objeto o la materia sobre la que recae el acuerdo y la forma que adoptan; empero, para los fines prácticos y didácticos en la atención del recurso, de acuerdo a los sujetos, los acuerdos pueden ser –según una clasificación binaria- horizontales o verticales. En el primer caso, se trata de prácticas entre agentes ubicados en el mismo nivel; mientras que, los acuerdos verticales son aquellos que se suscriben entre empresas ubicadas en posiciones diferentes dentro de la cadena productiva.

De la verdad procesal del expediente administrativo, y conforme se desprende del Informe emitido por la INICAPMAPR y en particular del acto administrativo en estudio (véase párrafo 451), la identificación de la modalidad conductual responde a aquellos acuerdos entre competidores, es decir a aquellos denominados HORIZONTALES, y lo hace en virtud de que el nivel en el que participan **es el de oferentes a la entidad requirente**, y no otra distinta; por ende, aquellas consideraciones aplicables a conductas de carácter vertical no pueden ser analizadas en el desarrollo del presente estudio, por no ser un elemento de debate en las etapas investigativa y sancionatoria, ni especificada como tal en la apelación.

Una vez expuesto lo relativo a la configuración conductual, corresponde señalar que conforme se ha plasmado en la determinación del mercado relevante, este se circunscribe a procesos de contratación pública, por lo cual, el análisis de la comisión de la práctica parte por analizar si a



los efectos de este mercado de referencia, los 3 operadores económicos se constituían efectivamente en competidores (horizontalidad).

En el acto administrativo recurrido, la CRPI señala:

“[...] [423] Lo indicado resume en forma general las características de los productos relevantes, los que en su mayoría se enfocan en insumos, artículos y dispositivos farmacéuticos para usos médicos odontológicos o quirúrgicos. De los 63 procesos con participación conjunta determinados por la INICAPMAPR en su investigación, 57 tuvieron como objeto lo mencionado.

[...]

[491] Los indicios recabados demuestran el intercambio de información estratégica entre DIAGMED y MEDICALAB, operadores independientes, que se presentan como competidores en la provisión de insumos al Estado.

[...]

[503] Acorde al acervo probatorio, a partir del año 2012, existen 63 procesos de contratación pública dentro de los cuales, al menos dos de los operadores económicos investigados: LABORATORIOS ZUMBA, DIAGMED y MEDICALAB, han coincidido en su participación ya sea en la etapa de oferta como en la etapa de puja. Estos procesos, como se detalló previamente, conforman el mercado relevante.

[...]

[507] Cabe señalar que respecto a los productos estos, estos son definidos en los TDR de los pliegos de contratación pública, donde se establecen características estándar. Por su parte, los bienes que ofertan los operadores investigados son idénticos, ya que como LABORATORIOS ZUMBA ha señalado, este operador actúa como importador y proveedor del resto de operadores económicos. En este sentido se cumple con el criterio de la OCDE45 respecto las características de los productos que fomentan el desarrollo de acuerdos colusorios.

[...]

[515] Adicionalmente, consta entre los respaldos del proceso que con fecha 06 de agosto de 2019, LABORATORIOS ZUMBA otorgó a MEDICALAB y DIAGMED un certificado de distribución para los productos: “Scharlau; Europa Labware y Premiere”. Por tanto, es posible establecer que LABORATORIOS ZUMBA coordinaba la participación de los operadores económicos en procesos de contratación pública,



controlando los montos de oferta a ser presentados y concediendo los documentos habilitantes necesarios para el proceso.

[...]

[523] Los datos muestran que los operadores investigados actuaban con montos de ofertas y pujas similares, y en algunas ocasiones iguales o con diferencias ínfimas, propuestas que se registran ocurrieron en lapsos de segundos o minutos de diferencia, lógicamente la probabilidad de concurrencia de estos eventos es prácticamente nula. La equivalencia en los valores de las ofertas y las pujas por parte de los investigados, así como respecto al momento en que estas se realizaron, es un claro indicio de la concordancia de voluntades para participar en los procesos de contratación de manera conjunta y coordinada, en el marco de procesos de contratación frecuentes para bienes equivalentes [...]”

Es decir, conforme queda evidenciado en el acto administrativo impugnado, para el mercado relevante determinado, en los procesos de contratación pública analizados, los 3 operadores económicos (i. Grupo económico “Zumba”; ii. Medicalab; y, iii. Diagmed) se presentaron como competidores, situación evidenciable por la participación como oferentes a través de posturas individuales; lo cual –para los fines propios del mercado de referencia delimitado- radica en la horizontalidad de la actuación.

En estas circunstancias, vale la pena adelantar la indicación que, aquellas alegaciones que refieran al rol del grupo económico frente a los otros dos agentes, como proveedor y la participación de estos como “comisionistas”, respectivamente, no tiene asidero alguno, dado que la participación de cada empresa en cada proceso de contratación la hacen de forma **individual**, no los puede convertir en agente único, o entender que los intereses de los llamados “comisionistas” respondan al del grupo económico o viceversa, cuestión que será tratada en lo posterior.

Así los hechos, debe dirigirse la atención y análisis a que -en estas conductas de tipo horizontal- los recurrentes señalen la existencia de una voluntad única, conformada por la del grupo económico “Zumba”, y las de MEDICALAB y DIAGMED. Al respecto, la CRPI ha hecho una indicación relevante:

“[...] [508] Fue demostrada previamente, la existencia de una relación consistente entre los operadores económicos MEDICALAB, DIAGMED, LABORATORIOS ZUMBA, INVERSARIATO y MEDICALSTORE, mediante los vínculos de parentesco de ciertos administradores y personal, así como por medio trabajadores comunes y relaciones comerciales, por estos medios es evidente el intercambio de información y sugiere poca independencia al participar en los procesos de contratación pública.



[509] En este marco, las explicaciones presentadas por los operadores económicos involucrados **no indica que actuaran bajo parámetros separados e independientes**. Por el contrario, en el marco de la audiencia pública celebrada el 10 de mayo de 2022 a las 10h00, se indicó claramente que los operadores económicos **no actúan con independencia ni autonomía** en su participación en procesos de contratación, bajo la premisa que esta característica haría inviable la sanción por un acto colusorio. Incluso anuncian que se adhieren a las pruebas de la INICAPMAPR dado que estas muestran la vinculación entre las empresas.

[510] Sin embargo, **la falta de independencia** desde la conformación de la empresa no se ha justificado para el conjunto de operadores económicos, sino para su accionar al momento de su participación en los procesos de contratación. Así la INICAPMAPR ha demostrado independencia accionaria en el caso de MEDICALAB y DIAGMED, con respecto al resto, y la SCPM no ha tramitado procedimientos de notificación de concentración económica por administración común entre los investigados [...]” (negritas fuera de texto)

Si bien este pronunciamiento da a conocer la forma en que se incurre en la conducta, los administrados lo recurren en la referencia a la falta de independencia, considerando que esta referencia **por sí sola origina que la voluntad de los 3 agentes se traduzca en univoca**. Empero, de la correcta lectura de la motivación del acto administrativo, se identifica que la CRPI ha diferenciado las voluntades de los operadores económicos MEDICALAB y DIAGMED, entre sí, y también de la del grupo económico “Zumba”, por cuanto, por un lado, no existen elementos formales que permitan vincularlas (concentración económica), y por otro lado, la falta de independencia a la que se refiere **reside en el accionar de los agentes al momento de su participación en los procesos de contratación** (que debería ser no coordinada, por el principio de competencia abierta y eficaz, y el de independencia de participación). De esto último se destaca que, la referencia a “la falta de independencia” se traduce y debe entenderse como “coordinación” entre los agentes facilitada por su forma de operación comercial, no configurable o replicable respecto de las voluntades de los operadores por ser una situación distinta.

Sin embargo que con lo expuesto existe claridad en la improcedencia de tratar como grupo económico a los 3 agentes, para la exposición de motivos de la voluntad administrativa se efectuará un pronunciamiento sobre lo argumentado en el literal b del apartado IV del recurso de apelación, donde reside el aspecto impugnatorio sobre el particular, como “definición doctrinaria y jurisprudencial de grupo económico”.

Se parte por señalar que, de la revisión de este apartado, los fundamentos contenidos en los párrafos 63 al 90 del escrito que contiene el recurso de apelación son una copia textual (más breves adaptaciones) del trabajo denominado “*Grupo de Empresas y Derecho Antitrust. La aplicación de las normas anticolusorias en las relaciones intragrupo*”, del tratadista Pablo



Girardo Perandonés⁶, siendo el recurso recurrido una reproducción sustancial de una obra ajena, sin reparo de su advertencia como tal, y de su uso contextual como fuente de doctrina; y, en lo posterior de los párrafos hasta el 139, se encuentra copia referencial de la obra “*Acuerdos, decisiones y otras conductas Explícitas*” del tratadista Ricardo Alonso Soto⁷.

Puntualización que se efectúa por cuanto, el primer artículo y autor no desacreditan la viabilidad de atribuir las consecuencias jurídicas del artículo 81 del TCE y artículo 1 de la LDC, a los denominados grupos de empresas, dejando establecido que para aplicación normativa no existe un problema de existencia o no de un grupo, **sino del comportamiento del grupo que afecte o no a la competencia en el mercado** (a desarrollarse en lo próximo), y además porque el tratadista al hacer referencias a la inaplicabilidad de las normas antitrust a las relaciones internas del grupo, lo hace desde la óptica de un grupo en situaciones de filial y matriz, sobre lo cual es radical en afirmar que en relaciones tales, la unidad de dirección del grupo impide un desenvolvimiento autónomo de las filiales.

La aclaración que antecede es de vital importancia para la revisión del recurso de apelación, pues no pueden adaptarse los pronunciamientos de un solo tratadista y su valoración de aplicación de doctrina y precedentes jurisprudenciales extranjeros, a una realidad que no contiene su pronunciamiento de fondo, además que, conforme ya ha sido explicado y correctamente demostrado en el acto administrativo estudiado, la configuración conductual sancionada reside en una relación horizontal entre competidores en el mercado de la contratación pública, por ende, y siendo que no existe evidencia de la conformación de los agentes MEDICALAB y DIAGMED como filiales del grupo económico “Zumba” como matriz de los mismos, o de uno de ellos como rol de matriz de los demás, resulta improcedente la valoración de estos fundamentos al resultar impertinentes para el fondo del asunto. Se adelanta que, el acuerdo de representación comercial suscrito entre DIAGMED S.A. y LABORATORIOS ZUMBA S.A., no transforman en filial al primero respecto del segundo, y tampoco suprimen la concepción de voluntades separadas.

Todo lo anterior -trasladado a los hechos del caso y su verdad procesal- permite observar que, de los hechos investigados por la INICAPMAPR y sancionados por la CRPI, las actuaciones llevadas a cabo por los recurrentes no se refieren únicamente a una asignación interna de tareas entre operadores, sino que se aprecia la ejecución de prácticas y acuerdos en procesos de contratación con el Estado, y su participación sin independencia para la elaboración de sus posturas atentando los principios de la contratación pública, afectando a la libre competencia porque reside en una coordinación ilícita desde la óptica de la LORCPM; y esta falta de independencia, tal y como se especifica, no puede ser trasladada a aquella que refiere a la dependencia de voluntades propias de un grupo económico, principalmente porque no existe elemento probatorio alguno que demuestre la unidad de dirección por parte de uno de los 3

⁶ Véase: <https://www.marcialpons.es/media/pdf/100809858.pdf>

⁷ Véase: <https://mail.scpm.gob.ec/service/home/~/?auth=co&loc=es&id=60588&part=2>



agentes hacia los otros, ni tampoco se evidencia la existencia de la figura societaria de filiales, menos aún de filiales que actúen de manera totalmente dependiente de la sociedad matriz⁸.

Urge reiterar que en el escrito que contiene el recurso de apelación, los operadores económicos alegan no ser independientes unos de otros, sino que, por el contrario, conforman un grupo económico. Sin embargo, conforme se ha estudiado en líneas anteriores, este tipo de grupo reúne ciertas características, por las cuales la voluntad de quienes forman parte es considerada como única, que los recurrentes no congregan.

Por lo anterior, y pese a que la CRPI y los propios recurrentes reconocen la falta de independencia entre 3 agentes al momento de actuar en el mercado relevante determinado, esto es los procedimientos de contratación pública, el acto administrativo en análisis muestra que, los operadores económicos MEDICALAB y DIAGMED, no mantienen elementos propios de una unidad económica respecto del grupo económico “Zumba”, o viceversa. Tal como ha señalado la CRPI, la falta de independencia desde la conformación de la empresa no se ha justificado en el expediente administrativo, ni es constatable en fuentes de información pública que la demuestran, sino que ésta ha sido planteada solamente como un **factor de coordinación** para actuar en los procesos de contratación pública entre empresas competidoras entre sí, no replegable a la voluntad de las empresas.

Ahora bien, para ampliar las razones por las cuales el comportamiento de un grupo (que no es del caso, pues este no se ha configurado para los 3 agentes) puede afectar a la competencia y puede ser objeto de sanción, se explicará brevemente sobre el particular, por meros fines motivacionales. Se parte por indicar que, la postura del recurso de apelación que se atiende, al hacer referencia a las figuras de “privilegio de grupo” y “teoría del comisionista”, lo hace asumiendo que los tres agentes económicos sancionados [a) Grupo económico: LABORATORIOS ZUMBA, INVERSARIATO, MEDICALSTORE; b) DIAGMED; y, c) MEDICALAB] conforman una unidad, con dirección unitaria y en dependencia. Aun cuando ello ya ha sido desacreditado, las dos figuras referidas serán descartadas para el presente caso conforme sigue.

El actuar de los agentes económicos en el mercado relevante determinado, demarca que los mismos mantienen una operación comercial aunada en inmuebles de uso indistinto entre los mismos, con empleados y administradores que manejan indistintamente la información comercial que reflejan en las posturas a los procesos de contratación pública, lo cual genera que la información de cada uno de ellos, que debería ser reservada para sí mismos, facilite el conocimiento por parte de los otros o se refleje en las posturas a los procesos de contratación; hechos que demuestran el intercambio de información de manera injustificada para los fines de

⁸ En doctrina y en derecho comparado se considera que existe única unidad económica en las empresas filiales y a su matriz siempre y cuando no exista independencia en cuestiones tales como la toma de decisiones, la administración y gobierno de las sociedades, los negocios llevados a cabo y la destinación de recursos obtenidos.



su actuar en el mercado de referencia. El desarrollo y particularidades de esta afirmación se encuentran en el acto administrativo en lo referente a la valoración de la prueba y en las indicaciones de análisis de lo hallado en el allanamiento ejecutado por la INICAPMAPR.

El antecedente expuesto, al no lograr configurar una dirección unitaria justificada por la existencia de un grupo económico respecto de DIAGMED y MEDICALAB, se traduciría –al menos teóricamente- en un fenómeno denominado “cooperación interempresarial”, por el cual, fuera de una concentración económica, existe una forma de integración de agentes; sin embargo, **esta no significa ni puede mutar hacia la existencia de una dirección unitaria entre empresas que permita hablar de una subordinación**, elemento esencial para desacreditar un acuerdo de voluntades. La forma de operación comercial de los operadores económicos, no refiere a una integración de un grupo de sociedades con pérdida de independencia entre sí, o lo que es lo mismo, la transferencia de la voluntad de todas las que la integran hacia una de ellas, sin perjuicio de la independencia jurídica de cada miembro, sino que refiere a una operación que atenta a la libre competencia porque facilita la pérdida de independencia que cada agente debe poseer respecto de las ofertas que presenta en los procesos de contratación pública a los que ingresa (desde la etapa precontractual), vulnera el principio de competencia abierta y eficaz, y viabiliza la generación de una práctica colusoria.

En consecuencia, siendo que no existe la configuración de un grupo económico, y que la cooperación interempresarial planteada por los administrados (por su forma de operación comercial) **no denota la pérdida de autonomía entre agentes recayendo en voluntad unitaria**, se debe recordar que la identificación de la configuración conductual dada por la administración es en una conducta de carácter horizontal, de la cual se requiere efectuar una de las distinciones más importantes que se derivan de esta tipificación, y es a aquellas conductas prohibidas por su objeto, y aquellas prohibidas por sus efectos.

Siendo que existen conductas que generalmente se consideran en sí mismas contrarias a la competencia, y otras que pueden ser consideradas anticompetitivas únicamente tras una ponderación de sus efectos, deberemos identificar para los fines de la aplicación normativa por la atribución de la consecuencia jurídica, ante qué categoría pertenecen las conductas sancionadas; distinción importantísima, pues la situación procesal de los administrados (y la valoración de sus alegaciones impugnatorias) varía respecto de unas u otras, debido a la aplicación de los artículos 4 y 8 del Reglamento de aplicación de la LORCPM.

Si bien, el artículo 4 manda que el criterio general de evaluación conductual se debe efectuar caso por caso, con análisis de si las conductas 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 establece **una presunción de práctica restrictiva** (y la subsiguiente inversión de carga probatoria) para algunas conductas sancionables por su objeto. Dentro de estas, los numerales 1 y 4 de la referida norma, presumen al intercambio de información y la colusión en procesos de contratación pública (conductas del artículo 11, numerales 1 y 6, respectivamente)



como conductas con el objeto anticompetitivo, y por ende carentes de la valoración de producción de eficiencias económicas (por ejemplo, ahorro al Estado).

Sobre esto último, se recuerda que, la LORCPM estipula una prohibición para los operadores económicos de realizar actuaciones coordinadas que tengan fines lesivos para la competencia. Sin embargo, tal prohibición no es absoluta, por el contrario, siguiendo un modelo de prohibición con excepción⁹, el ordenamiento jurídico nacional mantiene exenciones a tal prohibición. Al respecto, el inciso final del artículo 11 de la LORCPM manifiesta:

Art. 11.- “[...] Son nulos de pleno derecho los acuerdos, prácticas, decisiones y recomendaciones que, estando prohibidos en virtud de lo dispuesto en este artículo, no estén amparados por las exenciones previstas en la presente Ley.

A continuación del texto citado, el artículo 12 de dicho cuerpo normativo establece:

*“Art. 12.- [...] 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 [...].*

En vista de lo revisado, y toda vez que nos encontramos ante dos conductas de las cuales por concordancia Ley y Reglamento considera tienen por objeto naturaleza anticompetitiva (es decir, vulnerar el artículo 1 de la LORCPM), el análisis de exención prohibitiva, por la generación de eficiencias económicas del artículo 12 citado, no puede ni debe ser resuelto, dado que, la presunción normativa del carácter anticompetitivo de las conductas hace que sobre ella no pueda valorarse la contribución de mejora a la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico.

En consecuencia, aun cuando el argumento –en la forma que es sostenido- de que las ofertas y las posteriores adjudicaciones contractuales no vulneraron el presupuesto referencial y generaron un ahorro estatal, para los ojos de la LORCPM y de su Reglamento, no tiene asidero pues normativamente no se lo faculta. Se resalta nuevamente, el argumento que mencionan los recurrentes no tiene cabida, pues las normas de la materia son claras al señalar que son tres las condiciones que se deben cumplir para recaer en la exención de la prohibición, lo cual no ocurre en el caso que se analiza en el presente recurso de apelación, por la presunción de la naturaleza anticompetitiva y por ende violatoria del objeto de la LORCPM.

⁹ Beneyto, José María y Jerónimo Mailló. “Tratado de Derecho de la Competencia”. Ed. Wolters Kluwer S.A. Barcelona: 2017. Pág. 237.



Aun cuando en términos generales se ha especificado su improcedencia, para la exposición motivacional de este acto, referente a beneficios que haya podido generar el intercambio de información y los acuerdos llevados por los operadores económicos, es importante señalar tres cuestiones que se encuentran relacionadas entre sí. En primer lugar, contrariamente a lo que se indica en el recurso de apelación, la Resolución de la CRPI de fecha 29 de julio de 2022 no señala que el intercambio de información y el acuerdo llevado por los recurrentes generó un ahorro significativo al Estado, ya que por lógica toda contratación pública es adjudicada o contratada por un valor inferior al presupuesto referencial. En segundo lugar, así lo anterior hubiera ocurrido, ese reconocimiento no interferiría en la decisión de considerar el supuesto ahorro como una exención a la prohibición, pues como se mencionó anteriormente, deben cumplirse las tres condiciones del artículo 12 para que tales prácticas restrictivas no sean calificadas como tal, situación improcedente por la presunción normativa del artículo 8 del RLORCPM. Finalmente, en tercer lugar, la CRPI, en el acto administrativo impugnado, hace bien en señalar:

“[...] Por otra parte, la existencia del “ahorro” descrito por los involucrados, al relacionar el presupuesto referencial de las entidades contratantes con el presupuesto efectivizado en los procesos de Subasta Inversa Electrónica (SIE), no es un argumento válido y que por sí mismo desestime las conductas investigadas. Si la conducta investigada es por objeto prohibida, ningún efecto en el mercado relevante constituye circunstancia válida para eximir responsabilidad de los operadores económicos. Lógicamente, ante un efectivo proceso competitivo de contratación pública, el ahorro frente al presupuesto referencial debería ser mayor a los niveles señalados en el proceso investigativo [...]”

Revisado lo anterior, es posible concluir que, del intercambio de información y del acuerdo colusorio llevado por los recurrentes, el Estado no se ha visto favorecido con ahorro económico alguno y, aunque así hubiera ocurrido, tal beneficio no representaría una exención para la configuración de la prohibición del artículo 11, literales 1 y 6 de la LORCPM, pues ese argumento no cambia la naturaleza por objeto anticompetitivo de las conductas sancionadas, ni las puede someter a valoración de eficiencias.

➤ **Doctrina de la única unidad económica; los privilegios de grupo.-**

En sede de libre competencia, es posible que un operador económico se encuentre conformado por un conjunto de entidades jurídica y formalmente distintas, conforme ha desarrollado la doctrina denominada “de la única unidad económica”, en virtud de la cual este conjunto de agentes económicos son tratados como uno solo cuando uno de ellos ejerce una influencia decisiva sobre los otros.

Ahora, el rol de un agente, en su actividad económica, propende a la búsqueda –y obtención– de una ganancia individual, y puede reubicarse a la adquisición de un fin más amplio, como es en los casos de los grupos económicos o en los grupos interempresariales, empero, el rol del operador económico y los grupos a los que este pertenezca no puede desatender los intereses



generales de la economía nacional, y por ende de la competencia que esta exige en determinados mercados.

En el caso del privilegio del grupo se trata de excluir la aplicación de una norma prohibitiva cuyo supuesto de hecho exige la participación de una pluralidad de actores. Cuando, en los casos de privilegio del grupo, se afirma la existencia de una única unidad económica y en virtud de esta afirmación se niega la pluralidad de sujetos en el acuerdo, se deja de aplicar la norma prohibitiva al caso concreto exonerando a los partícipes de la sanción prevista en la misma, que suele ser la nulidad del acuerdo y la multa administrativa correspondiente.

En efecto, si hay una conclusión que extraerse con claridad del análisis de la aplicación del privilegio del grupo en los principales ordenamientos de defensa de la competencia, es que la mera pertenencia a un grupo, definido o no por el legislador, no es suficiente para la aplicación del privilegio del grupo.

Siendo que el elemento esencial del grupo económico se refleja en la dirección unitaria del grupo, o denominada “unidad de propósito y dirección”, esta no resulta operativa para los fines del Derecho de la Competencia cuando no existe un cambio de control (dependencia) de los agentes agrupados (o cuando este resulta ilícito), pues se debe recordar que en nuestro ordenamiento es indispensable que exista subordinación entre los miembros hacia uno o más partes plenamente definidas, sin la cual no se entiende la formación de un grupo.

Es entonces que, siendo que en materia de Derecho de la Competencia el “privilegio del grupo” refiere a la imposibilidad de configuración infraccionaria anticompetitiva en acuerdos entre agentes que pertenezcan a un mismo grupo, por el cual, se impide calificar como colusión o cártel un acuerdo entre dos o más agentes económicos que están controlados por otro, el elemento de la subordinación resulta trascendental para la determinación de esta figura. Sin subordinación no puede hablarse de dependencia empresarial, y por ende no podría hablarse de grupo económico.

Se recuerda además que la concertación entre miembros de un grupo es posible si sus integrantes participan horizontalmente como competidores entre sí en el mercado de referencia, y si el intercambio de información entre ellos no se limita a lo imprescindible para la actuación de la unión en los procedimientos contractuales en los que participe, siempre con una valoración en función de las características de las empresas que lo forman, y del contexto concreto en que se produce.

La figura del privilegio de grupo no puede aplicarse cuando los referidos miembros de una agrupación (no reconocible como grupo económico) son competidores reales o potenciales en el procedimiento de contratación, en el que participan individualmente. En tal caso, las relaciones mutuas que mantengan los agentes fuera del proceso de contratación, para que respeten el artículo 1 y no incurran en los numerales 1 y 6 del artículo 11 de la LORCPM, es imprescindible que no rivalicen en los procedimientos (no sean competidores por el mercado)



y respeten la incertidumbre estratégica en el mercado propia de los principios de la contratación pública.

En suma, siendo que la configuración conductual ha sido comprobada como horizontal, y que en los procesos de Subasta Inversa Electrónica analizados como mercado relevante se constata la participación como oferentes individuales a los supuestos miembros de un grupo económico, no puede otorgarse “privilegio de grupo” a agentes competidores entre sí, pues la determinación para determinar si existe privilegio de grupo o colusión se encuentra en la definición de si una gente opera como “matriz” que ejerce de hecho una influencia decisiva sobre las otras empresas, de forma que estas no gozan de autonomía real e independencia económica entre sí y respecto de la matriz. En el caso de que las sociedades del grupo posean autonomía frente a la matriz y la ejerciten a la hora de participar en los procedimientos de contratación, quedan sometidas al Derecho de la Competencia.

➤ **La teoría del comisionista llevado a la conducta sancionada.-**

En breves rasgos, debe tenerse por sentado que la actividad comercial desempeñada por los operadores económicos en el mercado en que se desenvuelven, exige –en ocasiones- que estos opten por recurrir a relaciones jurídicas para alcanzar –o ampliar- su finalidad económica. Esas relaciones representan asistencia y/o colaboración de agentes independientes para que el rol del interesado, que es el de colocar a mayor escala sus bienes o servicios en el mercado, se cumpla en un crecimiento que por sí solo no alcanza.

Las relaciones jurídicas de colaboración interempresarial, no dotan al agente económico interesado (que busca concurrir al mercado de manera más amplia) en un administrador o director de las voluntades de los operadores que colaboran con él, pues de suceder aquello se estaría –entre otras- en una configuración de concentración o de subordinación; sino que, pueden tener dos formas de reflejarse: **a)** Los agentes colaboradores, en su rol y actuación comercial, concluyen contratos en nombre del agente interesado; y, **b)** Los agentes colaboradores, en su rol y actuación comercial, concluyen contratos a nombre propio. Con aquello, la denominada “teoría del comisionista” (que parte de su propio nombre) opera en aquellas relaciones del literal a), y no puede ser trasladada a las relaciones del literal b), principalmente **por cuanto un comisionista busca generar ganancia a través de la intermediación, y no de la participación concurrencial al mercado.**

Por lo anterior, debe analizarse si en los hechos conductuales investigados y definidos por la INICAPMAPR y sancionados por la CRPI, los agentes DIAGMED y MEDICALAB se desarrollaron como comisionistas de Laboratorios Zumba, o si lo hicieron a nombre propio. Para esos fines, resulta evidente identificar que, siendo los procesos de contratación pública identificados aquellos **de Subasta Inversa Electrónica**, los agentes se postulan de manera individual **conforme demandan las bases contractuales y las normas del sistema de contratación pública**, y los adjudicatarios del contrato lo suscriben en la calidad en la que participan (a nombre propio). Por ende, con la presentación individual de ofertas económicas, y con la suscripción del contrato al adjudicado, no puede utilizarse la figura de comisionista a



quien no actúa jurídicamente como tal, pues los principios de relación representativa y las figuras de representación no se cumplen (las facultades de representación se refieren a la posibilidad que tiene el agente de declarar que promueve negocios por cuenta de otro).

Si se quiere mutar la calidad contractual, es decir, si se pretende ubicar a las relaciones jurídicas del literal b), como aquellas del a), se estaría tergiversando la figura y por ende abusando de su aplicación; y es más, so pretexto de actuar como comisionista, cuando en realidad se constituye en un agente individual en rol de reventa, se configuraría la práctica colusoria, pues el uso de la figura estaría orientada a simular y falsear la competencia en el proceso de contratación del que se trate, pues la documentación que facilite el agente que autoriza la comercialización de sus productos, no debe otorgar la definición de precios o información comercial que debe reservarse hacia sí mismo.

Se recuerda que, los agentes que concurren con una oferta individual al proceso de contratación, son comerciantes que desempeñan la actividad con independencia; independencia que no se pierde por tener autorización (y no titularidad) de ofertar bienes que ellos no disponen. Mientras que los comisionistas son titulares de una delegación conferidas por otro agente, cuyo rol es intervenir en la preparación o conclusión de contratos, por cuyo ejercicio son remunerados por una comisión. Es decir, en el primer caso los agentes actúan por cuenta propia, y en el segundo caso por cuenta ajena.

En este sentido, y con relación a lo manifestado en el escrito de 18 de octubre de 2022 a las 15h39, con número de trámite ID. 255782, por el cual los impugnantes agregan el informe de archivo de 15 de septiembre de 2022, respecto de la investigación reservada Rol No. 2628-20 FNE, de la Fiscalía Nacional Económica de Chile, se pone a consideración que, la postura analizada dista radicalmente no solo de los sucesos del caso sancionado, sino de la normativa de los procedimientos de contratación pública.

Se parte por indicar que la actuación de la FNE, en el párrafo 14, literal b), al referirse a las Bases Administrativas y Técnicas tipo para la adquisición de productos farmacéuticos e insumos médicos, en cuanto a las ofertas, estas *“permiten que un mismo proveedor realice más de una oferta por un mismo producto, debiendo hacerse de forma independiente en el portar e identificarse con un nombre distinto”*. ¿Esto se cumple en la normativa ecuatoriana? La respuesta categórica es **no**, pues trayendo a colación que los procesos investigados y sancionados se trataron de subasta inversa electrónica, cuya modalidad es la puja hacia la baja **en una de las tres formas de presentación de ofertas** del artículo 26 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública:

*“En los procedimientos a los que se refiere esta Ley los oferentes inscritos en el RUP, sean personas naturales o jurídicas, podrán presentar sus ofertas **individualmente, asociadas, o con compromiso de asociación o consorcio**”*

Haciendo que, en rango de ley las ofertas se presenten en un carácter individual, sea de un único agente o de una asociación (o el compromiso de la misma o consorcio); ergo, la postura de la



FNE resulta incompatible con la realidad ecuatoriana. Y esto se solidifica con lo expuesto por la FNE en los párrafos 19 y 20, porque esa fijación de precios para los tres agentes se entiende provino de manera unilateral conforme permiten las bases contractuales y la normativa chilena, escenario no permitido en la ley ecuatoriana; y, adicionalmente porque la FNE señala la existencia de la figura de comisionista, misma que, conforme se ha explicado en el caso sancionado no se cumple.

En medida de lo expuesto, resulta impertinente la alegación de valoración de la “teoría del comisionista” dentro del caso en estudio, toda vez que la configuración conductual colusoria no refleja una relación como tal, la normativa de contratación no faculta la presentación de ofertas parcializadas, ni menos que un mismo proveedor realice más de una oferta por un mismo producto, debiendo hacerse de forma independiente en el portar e identificarse con un nombre distinto, rechazándose de lleno este argumento de la apelación.

b) Sancionatorios: iv) la proporcionalidad de la sanción; y, v) la consideración de circunstancias atenuantes.-

Resta la valoración de dos postulados impugnatorios referentes al ámbito sancionatorio: la proporcionalidad de la sanción; y, la consideración de circunstancias atenuantes. Para este propósito, ubicándonos en el literal c) del apartado IV del recurso en análisis (párrafos 140 al 151), los recurrentes efectúan un pronunciamiento sumario del ámbito normativo para la determinación del monto de sanción, sin efectuar una identificación de vicios en ese desarrollo.

Aun en ausencia de la proposición jurídica por la cual presuntamente se vulnera el principio de proporcionalidad al momento de establecer el monto de la multa, esta autoridad considera oportuno señalar que, de la revisión del acto administrativo impugnado (párrafos 553 al 588), la CRPI efectuó un análisis y pronunciamiento pormenorizado de lo dispuesto en la LORCPM y la Resolución No. 012 de la Junta de Regulación de la LORCPM, en cada uno de los puntos señalados en los párrafos 140 a 151 de los recurrentes, y al existir la debida motivación exhibida por el ejercicio de determinación por tópicos normativos, se concuerda y ratifica el monto de la multa impuesta.

Sobre este punto se debe recalcar que, el revisión oficiosa efectuada en la lectura y análisis del apartado del acto administrativo en lo correspondiente a la multa, no se logran identificar vicios que refieran a una errónea aplicación o falta de aplicación de los parámetros que conforman el conjunto determinador del monto de sanción, y siendo que los recurrentes no hacen referencia a alguna respecto de vicios en esos parámetros. Por ejemplo, no se refutan las variables establecidas, al no existir pronunciamiento contrario respecto a:

- La naturaleza de la infracción: determinada como muy grave, conforme lo manda el artículo 78, numeral 3, literal a) de la LORCPM;
- La duración de la infracción: definida desde el inicio del primero hasta la adjudicación del último de los procedimientos de contratación donde se ejerció la colusión, esto es



14 de noviembre de 2012 hasta el 12 de junio de 2020 (7 años; 6 meses; 4 semanas; 1 día);

- El volumen de negocios en el mercado relevante: con uso de la información del mercado relevante para el periodo 2020, esto es, el volumen de negocios realizado por los operadores económicos en el mercado relevante asciende a USD \$67.500,00 para el año 2020. Valor ajustado por la inflación correspondiente al periodo 2021 a fin de aproximar el cálculo de la multa;
- El cálculo de la dimensión del mercado afectado: El volumen total del mercado afectado corresponde a la sumatoria del volumen de negocios del mercado relevante de todos los operadores económicos que participan en dicho mercado, en este caso la INICAPMAPR ha calculado este valor en monto de \$77.300,00 para el año 2020, el cual, acorde a lo señalado previamente y luego del ajuste inflacionario pertinente, alcanza un monto de USD \$78.799,62 para el periodo 2021;
- Los participantes del mercado y cuotas de mercado: los operadores infractores alcanzaron una cuota de 87.32% en el mercado relevante; y, el Índice de Hirschman-Herfindahl correspondiente a 0.704742;
- Agravantes: Del operador económico MEDICALAB respecto la falta de colaboración en el proceso investigativo: Resolución emitida por la CRPI el 05 de octubre de 2020 dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-014-2020; LABORATORIOS ZUMBA S.A. e INVERSARIATO S.A. por adoptar medidas para garantizar el cumplimiento de las conductas de colusión en compras públicas a través del intercambio de información por medio de la implementación de un software contable común a los miembros del acuerdo;
- Atenuantes: De la verdad procesal del expediente administrativo no se encuentra aporte de aquellas normadas en el artículo 82 de la LORCPM.

8.2.- Conclusiones de las valoraciones impugnatorias:

Por todo lo expuesto en el apartado que antecede, conforme se indicó en el considerando cuarto del presente, y al inicio del numeral 8.1, los cinco postulados planteados por los recurrentes como fundamento impugnatorio, tienen dos momentos de valoración: **a) Conductual: i)** la producción de eficiencias económicas; **ii)** la configuración de una voluntad única o ausencia de independencia de los agentes económicos; y, **iii)** yerro de interpretación para la aplicación de la consecuencia jurídica a la conducta; (conforme el orden textual del recurso); y, **b) Sancionatorio: iv)** la proporcionalidad de la sanción; y, **v)** la consideración de circunstancias atenuantes.



Los 5 postulados impugnatorios ya plenamente analizados y desarrollados, volviendo como conclusiones al respecto que:

- Por la presunción normativa del artículo 8 del RLORCPM respecto de las conductas tipificadas en los numerales 1 y 6 de la LORCPM, tratándolas como anticompetitivas por el objeto, no existe mérito y viabilidad de efectuar el análisis permitido en el artículo 12 de referida Ley Orgánica, dado que las condiciones normativas del mismo no se cumplen por la naturaleza de las conductas sancionadas, al no tener capacidad de contribuir a la mejora de la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico;
- De la verdad procesal del expediente administrativo en análisis, no existen elementos probatorios que refieran a que los 3 agentes económicos, esto es: **a)** Grupo económico: LABORATORIOS ZUMBA, INVERSARIATO, MEDICALSTORE; **b)** DIAGMED; y, **c)** MEDICALAB; se configuren como un grupo económico, sea por aspectos de concentración económica, o por cooperación interempresarial; en razón de lo cual, las figuras de “privilegio de grupo” y “teoría del comisionista” no pueden ser valoradas por el fondo de las mismas; y,
- Dado que los presuntos yerros de interpretación para la aplicación de la consecuencia jurídica a la conducta tienen base en copias textuales de obra ajena, y que las mismas no han sido presentadas con pertinencia al caso en análisis, así como, no presentan el contexto completo de la situación jurídica que desarrollan los autores; y, dado que se ha explicado que por la naturaleza jurídica de las conductas sancionadas, en la forma de configuración conductual, y por la verdad procesal del caso, no puede hablarse de yerros de interpretación como deficiencia de motivación de la CRPI para la valoración de las infracciones sancionadas.
- Siendo que la impugnación transversal recae en la vulneración del derecho de motivación de los actos administrativos, respecto de estos tres postulados se ha demostrado que, la CPRI en el acto administrativo recurrido ha efectuado un análisis del aspecto conductual, el cual demarca la línea de trato de alegaciones; si por naturaleza jurídica de la configuración conductual y de las conductas en sí mismas no resulta procedente el análisis de postulados abiertos, pronunciarse sobre ellos torna en inútil e inconducente cada apartado que los trate.

Al respecto, por ejemplificar, se hace constar que las referencias “jurisprudenciales” de los casos Eastman Kodak y John Deere, no tienen pertinencia con el caso, pues:

El primero refiere a conductas anticompetitivas de carácter vertical (motivadamente desacreditada esa naturaleza para la conducta sancionada) en el que las sociedades integradas en el grupo establecieron condiciones generales de venta comunes -incluyendo alguna relativa al precio de venta- aplicables a todos los adquirentes de los productos por



ellas comercializados. Es decir, en una conducta ordenada por la matriz a sus filiales («Kodak-Pathé» de París, «KodakA. G.» de Stuttgart, «Kodak S.A. «de Bruselas, «Kodak S. P. A.» de Milán y «Kodak N. V.» de La Haya) para la fijación horizontal de precios. La decisión estableció que las sociedades Kodak del mercado común practicaban condiciones de venta rigurosamente idénticas siguiendo las instrucciones de su sociedad madre a las cuales no tienen más remedio que conformarse.

Caso inaplicable por cuanto, los agentes DIAGMED y MEDICALAB no se constituyen en filiales del grupo económico “Zumba” o del agente Laboratorios Zumba (que sería la matriz), y se radicaliza su inaplicación de fondo, cuando en el caso Kodak las sociedades filiales dependen de forma exclusiva y completa de su sociedad madre, y esta sociedad ejerce efectivamente su poder de control dirigiéndoles instrucciones precisas, les es imposible comportarse de una manera independiente las unas frente a las otras en las materias reguladas por la sociedad madre.

El segundo, el caso John Deere Ltd., procede en casos de conductas entre operadores económicos en un mercado oligopolístico fuertemente concentrado (en la especie: Agricultural Engineers Association Limited -"AEA", asociación profesional abierta a todos los fabricantes e importadores de tractores agrícolas del Reino Unido, con cerca de 200 miembros) en el cual, a través de la conducta se llevaba a una restricción de la competencia, por una parte, al incrementar la transparencia en un mercado muy concentrado y, por otra parte, al aumentar los obstáculos de acceso al mercado para los no miembros.

En este caso se debe identificar que la CE sancionó la conducta, porque el intercambio de información recaía en: i) secretos de negocios que permiten a las empresas parte en el acuerdo conocer las ventas efectuadas por sus concesionarios dentro y fuera de la zona atribuida, así como las de las demás empresas competidoras y de sus concesionarios que también son parte en el acuerdo; ii) los datos relativos a las ventas son divulgados con una periodicidad frecuente y de manera sistemática; y iii) los datos se divulgan entre los principales proveedores para el único provecho de éstos, con exclusión de todos los demás fabricantes y los consumidores.

Este precedente, en todo caso, por el asunto teórico y aplicado a la práctica horizontal, resulta procedente para indicar el carácter anticompetitivo del intercambio de información dado, pues en vista del razonamiento del fallo, se afirmó correctamente que el sistema de intercambio de información debilita o suprime el grado de incertidumbre sobre el funcionamiento del mercado y que, por tanto, puede alterar la competencia entre competidores.

- En razón de lo expuesto en el apartado que analiza los postulados referentes al aspecto sancionatorio, esta autoridad reflexiona que las consideraciones expuestas en la resolución de 29 de julio de 2022 para aplicar sanciones y el análisis fáctico jurídico que llevó a la



CRPI a concluir que no hay atenuantes aplicables constituyen argumentos válidos y suficientes para determinar que, en el acto administrativo de 29 de julio de 2022, existe debida motivación en cuanto a la proporcionalidad de las multas y aplicación de atenuantes.

8.3.- Consideraciones generales:

Finalmente, cabe efectuar un pronunciamiento por separado respecto de la alegación de existencia error inexcusable por parte de la CRPI en la emisión del acto administrativo de 29 de julio de 2022 a las 10h08.

En este análisis se parte del concepto de error judicial, respecto del cual el diccionario jurídico de Cabanellas alude como *“es el asentimiento firme del entendimiento a una cosa que es falsa, pero que es tenida por verdadera. El error consiste en el conocimiento equivocado de una cosa o de un hecho, basado sobre la ignorancia o incompleto conocimiento de la realidad de esa cosa o de ese hecho, o de la regla jurídica que lo disciplina”*.

En nuestra legislación se reconocen dos tipos de error judicial, de forma y de fondo; siendo estos segundos -que pueden ser por omisión o por equivocación- aquellos que lesionan la sustancia: la incompetencia del juez al dictar sentencia, el fundamento de derecho de una sentencia se pronuncie con leyes que están derogadas, la errónea valoración de los elementos o la falta de motivación.

Siendo que el error es sinónimo de equivocación, desacierto, yerro, oposición o discordancia, entre ideas propias y la naturaleza de las cosas; y, que según el concepto o juicio que se aparta de la verdad, sin la conciencia e intención que entraña la mentira; o también como la oposición, disconformidad o discordancia entre las ideas propias y naturaleza de las cosas; y que la palabra inexcusable significa que no puede eludirse con pretextos o que no puede dejar de hacerse, o según el propio Cabanellas *“Que no tiene disculpa”*, hablaremos de error inexcusable como la equivocación del juzgador que no tiene disculpa.

Entonces, siendo que un error inexcusable se puede presentar en cualquier acto jurisdiccional; donde el juzgador incurre en él cuando su motivación es disconforme, contraria a la realidad de los hechos, cuando contenga yerros manifiestos, que no tengan perdón, mismos que tendrán como consecuencia un detrimento a una de las partes que figuran en un proceso, encontraremos que por lo expuesto a lo largo de esta resolución, los 5 postulados en los que fundan los recurrentes la ausencia de motivación del acto administrativo no tienen asidero jurídico, y han sido motivadamente desechados por el análisis plasmado, a lo cual se suma que, en el acto administrativo se ha motivado con carácter suficiente los aspecto técnico jurídicos suficientes para la determinación de la conducta, la asignación de responsabilidad y la determinación de la sanción, por lo que no existen bases para referir a la ocurrencia de error inexcusable.

8.4.- Importancia del respeto a los principios del sistema de contratación pública.-

Conforme ha sido expuesto a lo largo de esta resolución, la configuración conductual sancionada radica en una colusión de carácter horizontal efectuada en el mercado de la



contratación pública. Esta modalidad de conducta, por la forma en que ha sido ejecutada, atenta directamente contra sus principios.

Sabiéndose que los principios son reglas que inspiran toda regulación, que tienen su aplicación al momento mismo de formar y luego ejecutar el procedimiento de contratación, por ser la actividad contractual parte de la actuación administrativa, su interpretación debe hacerse también en armonía con los conceptos de satisfacción del interés general o colectivo, con la realización de los fines estatales, los principios reguladores de la función administrativa.

En línea con lo anterior, esos procesos de selección objetiva son en esencia procesos competitivos, a los cuales están llamados a concurrir tantas empresas como existan en el mercado y así lograr obtener las mejores condiciones para la entidad contratante, partiendo de la premisa constitucional de que no hay mejor instrumento de asignación de recursos que el libre mercado. Por tal razón, es importante que el Estado libre al mercado de distorsiones como las que ocurren cuando dos o más agentes económicos coluden en perjuicio del propio sistema de contratación, por la limitación a la igualdad de oportunidades en la facultad de participar.

En efecto, el "núcleo esencial" del derecho a la libre competencia consiste en la posibilidad de acceso al mercado por parte de los oferentes sin barreras injustificadas; por ende, en la existencia de una colusión horizontal como la identificada, su reproche desde la óptica de la regulación de la contratación pública procede en la medida en que la colusión está afectando la igualdad de oportunidades de participar y ganar, de los demás oferentes.

El caso identificado ha permitido observar que, los principios libre competencia y competencia, igualdad, independencia de ofertas, de libre participación se ven vulnerados a través de la participación de agentes económicos que por su forma de operación comercial merman voluntariamente la incertidumbre del mercado por la facilitación de acceso de información sensible y comercial entre competidores, lo cual a su vez violenta el interés general económico propio de un régimen de libre competencia.

NOVENO.- RESOLUCIÓN.-

Por las consideraciones expuestas, amparado en las disposiciones establecidas en los artículos 75, 76 y 82 de la Constitución de la República del Ecuador, artículo 44, numeral 2, y el artículo 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta Autoridad, **RESUELVE: UNO.- RECHAZAR** el Recurso de Apelación presentado por los señores Jorge Antonio Zumba Córdova, Luis Olmedo Ordóñez Molina, Kleber Palacios Naranjo, y, Moisés Franco Zumba, en calidad de representantes legales de los operadores económicos LABORATORIOS ASOCIADOS ZUMBA S.A., INVERSIONES Y MANDATO INVERSARIATO S.A., MEDICAL DIAGNOSTICA MEDICALAB S.A., CLÍNICA DEL MÉDICO DIAGMED S.A.; y, MEDICALSTORE S.A., respectivamente en contra de la Resolución de 29 de julio de 2022, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia; **DOS.- RATIFICAR** la Resolución de 29 de julio de 2022, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado



dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-010-2022; **TRES.-** Se deja a salvo el derecho de los administrados de interponer las acciones legales que consideren pertinentes, en defensa de sus intereses y ante las autoridades competentes que creyeren oportuno; **CUATRO.-** Póngase en conocimiento del Servicio Nacional de Contratación Pública –SERCOP- la presente resolución a fin de que establezca, active y ejecute los mecanismos y medios de control en los procesos de contratación pública; así como se conmina a la observancia de la recomendación SCPM-DS-2022-001 de 02 de marzo de 2022 notificada mediante oficio SCPM-DS-SG-2022-008 de 03 de marzo de 2022 y de la Guía de Buenas Prácticas para la prevención de acuerdos colusorios entre oferentes en los procesos de contratación pública remitida mediante oficio SCPM-2022-066 de 29 de marzo de 2022.-

DÉCIMO. - NOTIFICACIONES.-

De conformidad con el segundo inciso del artículo 164 del Código Orgánico Administrativo, en concordancia con el artículo 66 del Código Orgánico General de Procesos, y con la Disposición General Segunda de la Resolución No. SCPM-DS-2020-026 de 03 de julio de 2020, que determina: *“Para notificaciones se priorizará el uso de los correos electrónicos señalados por los operadores económicos. Los órganos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, instarán a los operadores económicos y a los ciudadanos en general a señalar correos electrónicos para notificaciones”*; notifíquese con la presente providencia a: **a)** Los operadores económicos: LABORATORIOS ASOCIADOS ZUMBA S.A., INVERSIONES Y MANDATO INVERSARIATO S.A.; MEDICAL DIAGNOSTICA MEDICALAB S.A.; CLÍNICA DEL MÉDICO DIAGMED S.A.; y, MEDICALSTORE S.A. en los correos electrónicos: gerencia@labzumba.ec; beatriz@labzumba.ec; mary.ventas@labzumba.ec; faussalvarado@yahoo.com.- **b)** A la Comisión de Resolución de Primera Instancia.

DÉCIMO PRIMERO. - Continúe actuando en calidad de Secretaria de Sustanciación en el presente expediente, la abogada Claudia Pontón Caamaño.- **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.-**

Abg. Ricardo Augusto Freire Granja
SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO (S)

Abg. Claudia Pontón Caamaño
SECRETARIA DE SUSTANCIACIÓN