

**Expediente No. SCPM-CRPI-2015-019**

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- Quito, 07 de septiembre de 2015, las 16h30.- **VISTOS:** El Superintendente de Control del Poder de Mercado designó al abogado Juan Emilio Montero Ramírez, Presidente de la Comisión, al doctor Agapito Valdez Quiñonez, Comisionado; y, al doctor Marcelo Ortega Rodríguez, Comisionado, mediante los actos administrativos correspondientes. Agréguese al expediente el Informe No. SCPM-IIAPMAPR-115-2015 del 04 de septiembre de 2015, contenido en el memorando No. SCPM-IIAPMAPR-2015-356-M de 04 de septiembre de 2015, suscrito por el abogado Eduardo Esparza Paula, recibido en la Secretaría General de la SCPM el 04 de septiembre del 2015 a las 15h54. En lo principal, por corresponder al estado procesal del expediente el de resolver, para hacerlo se considera:

PRIMERO.- COMPETENCIA.- En atención a la alegación de infringir el principio jurídico non bis in ídem, se señala lo siguiente: **a)** *“El derecho constitucional establece que “Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia” también denominado non bis in ídem, contenido en el artículo 76 numeral 7 literal i, significa en su aspecto procesal que ninguna persona puede volver a ser sancionado si ya ha sido juzgada por el mismo hecho en un proceso anterior. Este derecho y principio constitucional, aunque mantiene su independencia, está íntimamente vinculado con la excepción procesal perentoria de la cosa juzgada, debido a que extingue la relación jurídica que se ha establecido entre el juzgador y las partes. Además, se encuentra en estrecha relación con el principio de seguridad jurídica que es la garantía que el Estado otorga a cualquier ciudadano que no sería perseguido judicialmente de forma indefinida por un mismo hecho si fue juzgado”¹; b)* En el caso sub judice, las atribuciones y facultades del órgano de sustanciación y resolución se encuentran contempladas en los artículos 213, 283, 304 numeral 6 y 336 de la Constitución de la República, y en los artículos 2 y 77 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, respecto a los operadores económicos que realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, la autoridad de control interviene para cautelar el proceso competitivo, el comercio justo y el bienestar general de los consumidores y usuarios. Por consiguiente, no se trata de la misma causa y materia y no se vulnera el derecho constitucional que prohíbe el doble juzgamiento. En mérito de estas reflexiones de orden jurídico la Comisión de Resolución de Primera Instancia es competente para conocer y resolver el presente expediente, conforme a las disposiciones constitucionales y legales antes invocadas

SEGUNDO.- VALIDEZ DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.- El presente procedimiento administrativo para la imposición de sanciones por la comisión de acuerdos y prácticas prohibidas ha sido tramitado de conformidad con las disposiciones contenidas tanto

¹ Jurisprudencia de la Corte Constitucional Tomo VII, Corporación de Estudios y Publicaciones, Junio 2012, Quito Ecuador, página 507

en la LORCPM como en el Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, (RLORCPM), observando las garantías constitucionales del debido proceso puntualizadas en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, por tanto no existe error, vicio o nulidad que declarar, que hubiere influido en la decisión del presente expediente, razón por la cual, se declara expresamente su validez.

TERCERO: ANTECEDENTES.-

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

CUARTO.- ALEGACIONES ADUCIDAS POR LOS INTERESADOS.-

4.1.- Alegaciones formuladas por RECAP RECUPERACIÓN DE CAPITAL CONTACT CENTER S.A.,

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

4.1.1.- *"[...] RECHAZO INTEGRAMENTE los fundamentos de hecho y de derecho constantes en la FORMULACIÓN DE CARGOS constante en providencia de fecha 21 de*

noviembre de 2014, y que se fundamenta en el Informe de Resultados No.SCPM-IIAPMAPR-181-2014 de fecha 14 de noviembre de 2014, y suscrito por el Mgs. Dr. Jaime Moreno B, Director Nacional de Acuerdos y Prácticas Restrictivas(S), cuyo contenido también rechazo íntegramente [...]"

4.1.2.- "[...] Si el despacho a su cargo habría atendido las peticiones de los administrados, esto es, las de reproducir a su favor los resultados de la indagación previa No.170101812062264 y de la Causa No.17270-2014-0048, habría llegado a las siguientes inequívocas conclusiones: a) Que no existió perjuicio patrimonial alguno al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, como consecuencia de la suscripción del Contrato con mi representada; b) Que no existió favorecimiento o direccionamiento de los funcionarios y autoridades del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social a la empresa RECAPT S.A., para la adjudicación del contrato; c) Que no existen acciones concertadas entre proveedores oferentes y/o para distorsionar el mercado; d) Que existe identidad tanto subjetiva como objetiva entre el presente expediente y el aludido proceso penal: son los mismos elementos fácticos, las mismas conductas, los mismos denunciante y denunciados, y la misma documentación probatoria aportada por el denunciante.[...]"

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

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

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

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

4.2.2.- "[...] Es preciso destacar que se ha inobservado que el operador CRONIX en su denuncia acorde a lo establecido en el artículo 54 en los literales d, e, f, g, h de la Ley Orgánica de Control de Abuso de Poder, refiere como involucrados al Sr. Aldo Patricio Briones Lagos Presidente y Representante Legal de MULTICOBRO; Germania del Carmen Robalino Sandoval CAN TECONOLIGIA S.A.; Alejandro Ching Pinchin Gerente General



Superintendencia
de Control del
Poder de Mercado

de ORBISTEL S.A.; refiere también como involucrados el IESS son todos los mencionados en el informe de responsabilidades penales de la Contraloría, excepto al Dr. Mauricio Espinel Lalama que denunció el sobreprecio(peculado) en el IESS y que fue despedido.- Personas y Empresas que al ser referidas en una denuncia, deben ser informadas en legal y debida forma sobre los hechos que se les imputa y formar parte de la presente investigación, en apego al debido proceso y respeto a las garantías constitucionales[...].”

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



Superintendencia
de Control del
Poder de Mercado

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

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

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

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

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

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

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

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

X

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

“Escrito y anexos presentados a esta Superintendencia el 26 de septiembre de 2014 a las 09h09, por el Ministerio de Relaciones Laborales, mediante se remite copias certificadas de las declaraciones del 15% de participación de utilidades de los operadores económicos CRONIX CIA LTDA, para los años 2010, 2011 y 2012; RECAPT RECUPERACIÓN DE

CAPITAL Y CONTAC CENTER S.A., para los años 2010, 2011 y 2012; SOLNET, para los años 2011 y 2012; y ORBISTEL S.A., para el año 2012(constante de fojas 5868 a 6323)”.

“Escrito y anexos presentados a esta Superintendencia el 26 de septiembre de 2014 a las 09h13, por el Ministerio de Relaciones Laborales, mediante el cual remite copias certificadas del 15% de participación de utilidades de los operadores económicos CANT TECNOLOGÍA S.A., para el año2012; MULTICOBRO S.A, para los años 2010, 2011 y 2012; Informe Empresarial CRONIX CIA LTDA, para los años 2010, 2011 y 2012(constantes de fojas 6324 a 6630)”.

“Declaraciones y su respectiva grabación magnetofónica del señor Economista Bolívar Raúl Bolaños Garaicoa, ex Presidente de la Comisión Técnica dentro del proceso SIE-IESS-015-2011, llevado a cabo el 30 de septiembre de 2014 a las 15h30(constante de fojas 7704 a 7706”.

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

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

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

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

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

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

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

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



Sargento de Policía de Marcelo Patricio Maisanche Criollo, perito Tecnólogo en Criminalística DCP, presentado en la Superintendencia el 20 de febrero de 2015”.

De acuerdo con la providencia de 28 de febrero de 2015, a las 15h30, se dispone agregar lo siguiente: i) “El Oficio No.GNRI-GCOMP-2015-020 y anexos físicos presentados por la abogada Aldana Pérez Andrade de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones- CNT-EP, a la Superintendencia el 23 de febrero de 2015. ii) El oficio No.043-2015-IH-DCP y anexo, correspondiente al Informe de Identidad Física y Humana del Departamento de Criminalística de la Policía Judicial de Pichincha, a esta Superintendencia el 26 de febrero de 2015”.

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

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

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

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

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

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

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

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

h. La versión libre y sin juramento rendida por la Ingeniera Andrea Elizabeth Torres Torres, el 15 de abril de 2013, a las 14h00, ante el Abogado Esteban Ballesteros Hurtado, Fiscal No.3 de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública de Pichincha (constante de fojas 8221 a 8221 vta.).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

p. La versión libre y sin juramento rendida por el señor Luis Humberto Cayetano Sola Salas, el 19 de junio de 2013, a las 10h01, ante el Pablo Santos Basantes, Fiscal de la Fiscalía de Delitos Financieros de la Fiscalía de Pichincha (constante de fojas 8255 a 8255vta.).



q. La versión libre y sin juramento rendida por el señor Bolívar Raúl Bolaños Garaicoa, el 19 de junio de 2013, a las 15h10, ante el Dr. Pablo Santos Basantes, Fiscal de la Fiscalía de Administración Pública de Pichincha (constante de fojas 8258 a 8258vta.).

r. La versión libre y sin juramento rendida por el señor Alejandro José Ching Pinchin, el 21 de junio de 2013, a las 14h00, ante el Dr. Pablo Santos Basantes, Fiscal de la Fiscalía de Delitos Financieros de Pichincha (constante de fojas 8262 a 8263).

s. La versión libre y sin juramento rendida por la señora Nube Maritza Parra Ortega, el 21 de junio de 2013, a las 15h00, ante el Dr. Pablo Santos Basantes, Fiscal de la Fiscalía de Delitos Financieros de Pichincha (constante de fojas 8266 a 8267).

t. La versión libre y sin juramento rendida por la señora Isabel de las Mercedes Fraga Villareal, el 22 de julio de 2013, a las 09h00, ante el Dr. Pablo Santos Basantes, Fiscal de la Fiscalía de Administración Pública No.2 de Pichincha (constante de fojas 8269 a 8270).

u. Prueba documental adjunta al oficio No.PE-2013-07-22-1 de 22 de julio de 2013, dirigido a la Fiscalía General del Estado, Unidad de Delitos Contra la Administración Pública No.2, Dr. Pablo Santos (constante de fojas 8271 a 8289).

v. Oficio PE-2015-01-08-01 de 08 de enero de 2014, y anexos, Dirección Provincial del Consejo de la Judicatura, dirigido al Abogado Francisco Chacón Ortiz, Coordinador de la Oficina de Control Disciplinario (constante de fojas 8290 a 8304).

w. Oficio PE-2015-01-08-01 de 08 de enero de 2014, anexo 1, Dirección Provincial del Consejo de la Judicatura, dirigido al Abogado Francisco Chacón Ortiz, Coordinador de la Oficina de Control Disciplinario (constante de fojas 8305 a 8357).

x. Oficio PE-2015-01-08-01 de 08 de enero de 2014, anexo 2, Dirección Provincial del Consejo de la Judicatura, dirigido al Abogado Francisco Chacón Ortiz, Coordinador de la Oficina de Control Disciplinario (constante de fojas 8358 a 8420).

y. Oficio PE-2015-01-09-01 de 09 de enero de 2014, y anexos, Dirección Provincial del Consejo de la Judicatura, dirigido al Abogado Francisco Chacón Ortiz, Coordinador de la Oficina de Control Disciplinario (constante de fojas 8421 a 8439).

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

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

a.2. Oficio PE-2015-01-20-02 de 20 de enero de 2015, y anexos, Dirección Provincial del Consejo de la Judicatura, dirigido al Abogado Francisco Chacón Ortiz, Coordinador de la Oficina de Control Disciplinario (constante de fojas 8458 a 9113).

a.3 “Con escrito recibido en la Superintendencia el 02 de febrero de 2015, a las 15h23, solicita que se reproduzca los oficios de Cronix Cía. Ltda., de 22 y 26 de julio, 12 de agosto y 26 de septiembre de 2013, presentados en la denuncia de colusión, que también constan en el expediente SCPM-IIAPMAPR-026-2013.”

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

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

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

c. “Remítase atento oficio a la Fiscalía de Pichincha, a fin de que se remita a esta Autoridad en el término de cinco(5) días contados a partir de la notificación de esta providencia, sobre las siguientes piezas procesales incorporadas al expediente de Indagación previa 170101812062264: c.1) una copia certificada de la petición de archivo suscrita por el Dr. Pablo Santos Basantes, Fiscal 2 de la Unidad de Administración Pública, dirigida al Juez de Garantías Penales, c.2) de fojas 2 a 4, oficio No.PE-2012-06-04 de 04 de junio de 2012; c.3) de fojas 28 a 31, oficio No.GCG-2012-0426, suscrito por la señora Yaici Narváez, en su condición de Gerente General de Cronix Cía. Ltda.; c.4) de fojas 50, oficio No.21000000-574 de 19 de mayo de 2011, dirigido a la economista Olga Núñez, Directora Financiera del IESS, suscrito por el Dr. Henry Medrano González, Subdirector del Seguro General d de Salud Individual y Familiar; c.5) de fojas 278 a 291, análisis de situación y manejo de procesos actuales de la empresa CRONIX Cía. Ltda., proveedor de servicio que antecedió a la empresa RECAPT RECUPERACIÓN DE CAPITAL CONTAC CENTER; c.6) de fojas 508 a 522 vuelta, versión de Carrera Arboleda Segundo Aníbal; c.7) de fojas 1090 a 1125, oficio No.SC.SG.DRS.Q.2012.07532.2842, suscrito por el Dr. Víctor Cevallos Vásquez, Secretario General de la Intendencia de Compañías de Quito, mediante el cual proporciona información societaria y anexos de la empresa RECAPT S.A., MULTICOBROS S.A., SOLNET S.A., ADVANCE BUISSINESS SERVICES TECNOLOGÍA ECUADOR; c.8) de fojas 1144, oficio No.1170120120ATN012689, suscrito por Marco Fabricio Lucero Jácome, Delegado de Dirección Regional Norte del Servicio de Rentas Internas, mediante el cual proporciona información tributaria de las empresas RECAPT S.A., MULTICOBRO S.A., ADVANCE BUISSINESS SERVICES TECNOLOGÍA ECUADOR; c.9) de fojas



Superintendencia
de Control del
Poder de Mercado

2528 a 2556, actualización del estudio para un Sistema Integral para la Gestión, Agendamiento e interrelación en la Atención de Salud y Mejoramiento de los Servicios que brinda el IESS a sus usuarios, antecedentes y situación actual; c.10) de fojas 2557 a 2558, oficio 640000003518, de 24 de noviembre de 2011, dirigido al Economista Fernando Guijarro Cabezas, Director General del IESS; c.11) de fojas 3010 a 3020, copias certificadas de la escritura pública de constitución de la empresa RECAPT RECUPERACIÓN DE CAPITAL CONTAC CENTER S.A., c.12) de fojas 4053, oficio 212000001932 de 14 de abril de 2012, dirigido al Dr. Henry Medrano González, Director del Seguro General de Salud Individual; c.13) de fojas 4067 a 4242 pliego de la Subasta Inversa Electrónica para la contratación de un SISTEMA INTEGRAL PARA LA GESTIÓN AGENDAMIENTO E INTERRELACIÓN EN LA ATENCIÓN DE SALUD Y MEJORAMIENTO DE LOS SERVICIOS QUE BRINDA EL IESS A SUS USUARIOS; c.14) de fojas 4254 a 4264, informe No.61110000-488-T.R.-8344 de 23 de mayo de 2011, dirigido al Economista Fernando Guijarro Cabezas, Director General del IESS; c.15) de fojas 4274, oficio 21200000 de 19 de mayo 2011 dirigido al doctor Henry Medrano González, Director General de Salud Individual, el mismo que se encuentra suscrito por la Economista María Cristina Arguello Moncayo, Subdirectora de Contabilidad y Control Presupuestaria; c.16) de fojas 4280 a 4282, oficio 64000000-1445 TR3412 de 29 de abril de 2011, dirigido al Dr. Henry Medrano González, Director del Seguro General de Salud Individual; c.17) de fojas 4891, impulso fiscal de 14 de enero de 2013, a las 98h27, suscrito por el Dr. José Miguel Jiménez Álvarez, Fiscal de Pichincha No.3 de la Unidad de Delitos Contra la Administración Pública; c.18) de fojas 2909 a 4944 informe de indicios de responsabilidad penal No. DADSy SS-0003-2013 de la Contraloría General de Estado; c.19) de fojas 5504, oficio No.21100000-851 TR41028 de 16 de marzo de 2012, dirigido al señor Fernando Colunga, Director Adjunto para el contrato IESS-RECAPT, suscrito por el Dr. Damián Gallegos Lemos, Subdirector de Aseguramiento y Control de Prestaciones del Seguro General de Salud Individual y Familiar; c.20) de fojas 6107 a 6123, informe para el pago del mes de agosto a la empresa RECAPT RECUPERACIÓN DE CAPITAL CONTAC CENTER S.A., por los servicios durante este mes; c.21) de fojas 6136 impulso fiscal de 06 de marzo de 2013, a las 16h27, en el cual el Ab. Esteban Ballesteros Hurtado Fiscal de Pichincha No.3 de la Unidad de Delitos Contra la Administración Pública; c.22) de fojas 6188 versión del señor Washington Bolívar Benítez Reinoso; c.23) de fojas 6191 a 6192 versión de Franklin Mauricio Martínez Reinoso; c.24) de fojas 6891 a 6899, contrato No.RCP-LIC-01 de venta de licencia de uso de software entre RECAPT S.A. y DRAGONTECH LATINOAMERICANA S.A.; c.25) de fojas 7017 a 7018, factura No.005459, por venta de equipos que realiza la empresa CRONIX Cía. Ltda., a favor de la empresa RECAPT S.A.; c.26) de foja 7142 la versión de Luis Humberto Cayetano Sola Salas; c.27) de fojas 7146, versión de Bolaños Garaicoa Bolívar Raúl; c.28) de fojas 7152 a 7153 versión de Alejandro José Ching Pinchin; c.29) de fojas 7156 a 7157 versión de Nube Maritza Parra Ortega; c.30) de fojas 7301 versión de Isabel de las Mercedes Fraga Villareal; c.31) de fojas 7057 versión de Javier Eduardo Vela Jaramillo; c.32) de foja 7060 a 7061 versión de Diego Patricio Gaybor Quiroz; c.33) de foja 7077 a 7078 versión de Aldo Patricio Briones Lagos; c.34) de fojas 7135 versión de Eduardo Javier Berardi Johnson; c.35) de fojas 7138 a 7140 versión de Juan Fernando Colunga Hernández; c.36) de foja 8009 copia

certificada del contrato de arrendamiento de fecha 13 de mayo de 2012, suscrito por el representante legal de la compañía COLONCORP S.A.; c.37) de fojas 8013 copia certificada de la escritura pública de compraventa y constitución de hipoteca abierta otorgada el 27 de julio de 2007, respecto al inmueble signado con el número 4599, ubicado en la Avenida 10 de Agosto y Juan Pablo Sanz, Parroquia Benalcázar de este Cantón, inmueble de propiedad de la empresa RECAPT RECUPERACIÓN DE CAPITAL CONTAC CENTER S.A.; c.38) de foja 8029 copia certificada de la escritura pública de promesa de compraventa otorgada por la compañía RECAPT RECUPERACIÓN DE CAPITAL CONTAC CENTER S.A., a favor de INMOEUROPA CIA LTDA, representada por Aníbal Carrera Arboleda; c.39) de fojas 8091 oficio No.212000000-1961, de fecha 04 de octubre de 2013, suscrito por el Ingeniero José María Egas Eguez; c.40) de fojas 9072 informe pericial contable elaborado por el Economista Marco Antonio Vaca; c.41) de fojas 9090 a 9853, anexos del informe contable; c.42) de fojas 9854, informe pericial informático elaborado por el Ingeniero Jaime Padilla Cevallos; c.43) de fojas 9885 a 9965 anexo de la pericia informática; c.44) de fojas 9966 informe pericial de telecomunicaciones elaborado por el Ingeniero David Jaramillo Veloz; c.45) de fojas 10016 a 10027 anexos de la pericia en telecomunicaciones”.

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

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

f. “Oficiese al Registro Mercantil del Cantón Quito, para que remita a esta Autoridad en el término de cinco (5) días a partir de la notificación de la presente providencia una



certificación de los nombramientos de Gerente General que se encuentran inscriptos desde el mes de enero del 2009 hasta la presente fecha de la compañía RECAPT S.A.”.

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

h. Mediante providencia de 18 de marzo de 2015, a las 11h00, la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, dispone: agregar al expediente los siguientes documentos: h.1) oficio PE 2015-03-01 y anexos físicos presentados por el Presidente Ejecutivo del operador económico CRONIX Cía.Ltda(constante a fojas 9316 a 9326); h.2) oficio PE 2015-03-15-02 y anexos físicos presentados por el Presidente Ejecutivo del operador económico CRONIX Cía. Ltd.(constante de fojas 9327 a 9552).

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

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

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

a. “Escrito y anexos físicos presentados por la Ingeniera Nube Maritza Parra Ortega, Gerente General del operador económico SOLNET S.A., en la Intendencia Zonal 8 de la ciudad de Guayaquil, el día 05 de marzo de 2015, a las 15h26 y recibido por esta Intendencia el 11 de marzo de 2015, a las 12h36; en atención a los mismos se provee: a.1) tómesese en cuenta el escrito y anexos físicos presentados por la Ingeniera Nube Martiza Parra Ortega, en calidad de Gerente General del operador económico SOLNET S.A.; a.2) En atención al escrito presentado por la Ingeniera Nube Maritza Parra Ortega, en calidad de Gerente General del operador económico SOLNET S.A., tómesese en cuenta lo manifestado en el numeral uno del escrito que se atiende; a.3) en el numeral dos se indica que la información que requiere como prueba fue solicitada en los mismos términos en providencia anterior; a.4) en relación al numeral tres no procede; a.5) en relación al numeral cuarto, previo a proveer lo que en derecho corresponda, se dispone que en el término de cuarenta y ocho horas contados a partir de la notificación de la presente providencia, se complete la solicitud de prueba; a.6) en cuanto al numeral cinco, se indica que la información que requiere fue solicitada en los mismos términos en providencia anterior; a.7) en relación al numeral 6 requiérase al representante legal de CRONIX Cía. Ltda., a fin de que remita a esta Autoridad en el término

de cuatro(4) días contados a partir de la notificación de la presente providencia copias certificadas de la documentación tratada, revisada y aprobada por el Consejo Directivo del IESS, así como también remita las observaciones que realizó y el archivo y el archivo que le fue enviado por correo electrónico al Director General del IESS. Economista Fernando Guijarro; a.8) en relación a los numerales 7 y 8, se indica que la información que requiere como prueba fue solicitada en los mismos términos en providencia anterior; a.9) en relación al numeral 9, no ha lugar a lo solicitado; a.10) en relación al numeral 10, se indica que la información que requiere como prueba fue solicitada en los mismos términos en providencia anterior; a.11) en relación al numeral 11 no ha lugar toda vez que lo solicitado es inexacto; a.12) Téngase en cuenta lo manifestado”.

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

SEXTO: FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO.-

6.1.- FUNDAMENTOS DE HECHO.-

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

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

“[...] ante las denuncias realizadas la Contraloría General del Estado realizó el examen especial [...] determinando similitudes y coincidencias en las ofertas de las dos únicas empresas calificadas (RECAPT Y SOLNET) incluso en cada una de las ofertas de las dos empresas aparecen los nombres de RECAPT Y SOLNET evidenciando que trabajaron conjuntamente en la elaboración de la oferta, así como también el personal que trabaja en la una empresa participó conjuntamente con la otra empresa sea ésta en la entrega de documentos, elaboración de la oferta y constante participación en el proceso precontractual,



Superintendencia
de Control del
Poder de Mercado

demostrando que tienen un acuerdo colusorio con el fin de favorecerse en el proceso de evaluación y calificación para obtener el contrato; adicionalmente de acuerdo a las ofertas presentadas las 2 empresas denunciadas no cumplían los requisitos y debían ser descalificadas pero casualmente son las únicas habilitadas por el IESS para continuar con el proceso de subasta inversa[...]”.

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

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

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

Destaca el reclamante que: *“[...] Todo este fin de irregularidades desde el inicio de proceso precontractual fue realizado con premeditación y alevosía por los involucrados para*

perjudicar a Cronix Cía. Ltda., en razón de que no existía ninguna otra empresa en el Ecuador con capacidad y experiencia de Cronix. La única forma de ganar a Cronix era precisamente vía Colusión y el Contubernio con las autoridades y del IESS. Las evidencias documentales no admiten ninguna duda de los delitos cometidos por empleados, asesores, directivos de RECAPT Y SOLNET; y, las autoridades y funcionarios del IESS. Es tan evidente el cúmulo de irregularidades y violaciones a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, reglamento del IESS, y demás leyes del Ecuador, que a la Procuraduría General del Estado no le quedaba otra opción que DEMANDAR LA NULIDAD DEL CONTRATO IESS-RECAPT, hecho que se produjo el 11 de septiembre de 2013[...]”.

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

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

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

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

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



Superintendencia
de Control del
Poder de Mercado

a. “[...] se evidencia entre las empresas RECAPT S.A. y SOLNET S.A., en el momento que presentan las ofertas al IESS, teniendo como fin el aseguramiento de un resultado en el proceso de contratación pública SIE- IESS-015; pues como consta en el análisis del numeral 4.2.2 de este informe, se determina que la persona que realiza la entrega de la oferta técnica de SOLNET S.A., es el señor Diego Gaybor Quiroz de cédula 020155281-7; y el mismo ciudadano a fojas 235 de la oferta de RECAPT, consta como Gerente de Sistemas y Tecnología de RECAPT S.A , es decir de la compañía competidora y posteriormente habilitada[...].”

b. “[...] RECAPT S.A., presentó una traducción al manual de Softswitch durante la etapa de convalidación de errores, documento que aparece en el portal de Compras Públicas bajo el nombre de archivo de “convalidación Recapt”, el que consta a fojas 000002, en referencia a dicho documento el señor Diego Patricio Gaybor Quiroz señala ser la persona que realizó la traducción del mencionado manual; con este antecedente, al comprar la traducción presentada por SOLNET S.A., la misma que consta en el portal de Compras Públicas bajo el nombre de archivo “convalidación Solnet 1”, se observa que ambas traducciones son iguales en texto[...].”

c. “[...] De lo constante en el proceso de contratación No.SIE-IESS-015-2011, es evidente que entre las empresas RECAPT y SOLNET S.A., existe una conducta que se reproduce en la concertación para perjudicar a un tercero tanto es así que los ciudadanos Diego Patricio Gaybor Quiroz(Gerente de Sistemas de Tecnología de Recapt) José Ching Pinchin(Responsable del proyecto call center Solnet S.A.) y Fernando Colunga Hernández(Gerente de Call Center en Solnet S.A.) tienen actuaciones de orden administrativo en una empresa, mientras que figuran en el componente directivo de la otra y de este modo se afecta la independencia señalada en los pliegos por parte de los operadores económicos citados[...].”

d. “[...] En la documentación que hace referencia a las ofertas técnicas entregadas por las empresas RECAPT S.A. y SOLNET S.A., se identifica múltiples coincidencias entre estas dos ofertas; y, cabe indicar que los documentos presentados por la empresa RECAPT S.A., descritos en el numeral 4.2.2 de este informe, se observa el nombre de SOLNET S.A., en varias partes del mismo; por otra parte el mismo fenómeno ocurre en la documentación presentada por SOLNET S.A., en la que consta el texto RECAPT S.A., es decir hay una evidente confusión de la documentación presentada por los oferentes en la que se concluye ambas propuestas fueron presentadas por una misma persona o grupo[...].”

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

6.2.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.-

6.2.1. Constitución de la República del Ecuador.-

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

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

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

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

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

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

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

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

j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.

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

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

Art. 66, numerales 15, 25 y 26, garantizan “[...] el derecho a desarrollar actividades económicas, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental [...] el derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características [...] el derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental [...]”.

Art. 304, numeral 6 establece que la política comercial tendrá como objetivo “[...] evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado [...]”.

Art. 335 impone al Estado las obligaciones de regular, controlar e intervenir, “[...] cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas [...] definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional y establecer los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio u oligopolio privado o de abuso de posición de dominio en el mercado, así como otras prácticas de competencia desleal [...]”.



Art. 336, determina que “[...] El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley.”

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

Art. 1 “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 [...]”.

Art. 2 “Están sometidos todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que lo agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional [...]”.

Art. 4 los lineamientos que se aplicarán para la regulación y formulación de política pública en la materia del mismo cuerpo legal, son: “[...] 1. El reconocimiento del ser humano como sujeto y fin del sistema económico; 2. La defensa del interés general de la sociedad, que prevalece sobre el interés particular; y, 5. El derecho a desarrollar actividades económicas y la libre concurrencia de los operadores económicos al mercado [...]”.

Art. 11 constituyen 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.” entre otras, las siguientes conductas:

“[...] 6. Los actos u omisiones, acuerdos o prácticas concertadas y en general todas las conductas de proveedores u oferentes, cualquiera sea la forma que adopten, cuyo objeto o efecto sea impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia ya sea en la presentación de ofertas y posturas o buscando asegurar el resultado en beneficio propio o de otro proveedor u oferente, en una licitación, subastas públicas u otras establecidas en las normas que regulan la contratación pública, o en procesos de contratación privados abiertos al público; y,

21. Los acuerdos entre proveedores y compradores, al margen de lo que establece la ley, que se pueden dar en las compras públicas que direccionen y concentren la contratación con el afán de favorecer injustificadamente a uno o varios operadores económicos [...]”.

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

A los afectos de la aplicación de esta Ley, la actuación de un operador económico es también imputable a los operadores o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico venga determinado por alguna de ellas”.

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

Art. 1 “[...] El presente reglamento tiene por objeto establecer las disposiciones reglamentarias necesarias para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado [...]”

Art. 4 “[...] 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 [...]”.

Art. 8 “Se presumirá que tienen por objeto impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, [...] todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, y en general cualquier acto o conducta realizados por dos o más operadores económicos, competidores, reales o potenciales, que directa o indirectamente: [...]”

4. También están sujetos a la presunción establecida en este artículo los actos u omisiones, acuerdos o prácticas concertadas y en general todas las conductas de proveedores u oferentes, cualquiera sea la forma que adopten, ya sea en la presentación de ofertas y posturas o buscando asegurar el resultado en beneficio propio o de otro proveedor u oferente, en una licitación, concursos, remates, ventas al martillo, subastas públicas u otros establecidos en las normas que regulen la contratación pública, o en procesos de contratación privados abiertos al público [...]”.

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

Art. 4 garantiza que “[...] se observarán los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional.”

Art. 42 prescribe “Para la realización de concursos públicos y contratación por lista corta, la dependencia, entidad u organismo respectivo conformará, en cada caso, una Comisión Técnica que tome a su cargo y responsabilidad el llevar adelante los procesos previstos para cada concurso, la que deberá actuar de conformidad con los pliegos aprobados para el efecto. De ser necesario se podrá conformar una o más subcomisiones de apoyo a la Comisión Técnica. Corresponde a la máxima autoridad de cada dependencia o entidad que convoque al concurso de consultoría, aprobar en armonía con esta Ley y su Reglamento general, los Pliegos, Términos de Referencia, presupuesto referencial y demás documentos del concurso.



Son atribuciones de la Comisión Técnica, calificar, seleccionar y negociar con los consultores oferentes.

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

Art. 49 determina.- “De las Fases Preparatoria y Precontractual.- La fase preparatoria de todo procedimiento licitatorio comprende la conformación de la Comisión Técnica requerida para la tramitación de la licitación así como la elaboración de los pliegos. La fase precontractual comprende la publicación de la convocatoria, el procedimiento de aclaraciones, observaciones y respuestas, contenidos y análisis de las ofertas, informes de evaluación hasta la adjudicación y notificación de los resultados de dicho procedimiento. Las fases preparatoria y precontractual se regularán en el Reglamento de esta Ley”.

Art. 99 inciso tercero determina: “La máxima autoridad de la entidad, así como los funcionarios o servidores de la misma que hubieren intervenido en cualquiera de las etapas de los procedimientos precontractuales de preparación, selección, contratación así como en la ejecución misma de los contratos serán personal y pecuniariamente responsables por el incumplimiento de las disposiciones de esta Ley, sin perjuicio, de ser el caso, de la responsabilidad penal a que hubiere lugar”.

6.2.5.- Doctrina.- Derecho Administrativo Sancionador.-

El tratadista ecuatoriano Marco Morales Tobar, citando a Alejandro Nieto, respecto a la potestad sancionadora de la administración sostiene: *[...] proporciona una base muy sólida al Derecho Administrativo Sancionador, puesto que, así queda anclado en el ámbito constitucional del Estado superando los planteamientos habituales tradicionales, más rudimentarios, que buscan su justifican dogmática en la sanción en el ilícito o, a todo lo más, en la organización administrativa. En el principio de todo Derecho está una potestad administrativa sancionadora y un ordenamiento jurídico administrativo sancionador es por lo que puede hablarse, con propiedad de un Derecho Administrativo Sancionador [...]*”. Manual de derecho Procesal Administrativo, Corporación de Estudios y Publicaciones, Primera Edición, Quito, 211, páginas 322 y 323.

De su parte el jurista español José Ramón Parada Vázquez, se pronuncia sobre la actividad sancionadora manifestando que: *“[...] la mayor parte de las leyes administrativas especiales o de intervención sectorial, por no decir todas, incluyen un capítulo dedicado a tipificar las infracciones a su normativa que son merecedoras de castigo, al tiempo que atribuyen a la administración la competencia para imponer sanciones, que normalmente consisten en multa, incluso de cuantía ilimitada, pero pueden ser de otra naturaleza, como el cierre de establecimientos o empresas, suspensión de funciones o pérdida de la carrera funcional, privación de permisos, publicidad del nombre del infractor, etc. A esta potestad se acompaña, en ocasiones, la posibilidad de decretar una indemnización de daños y perjuicios*

en favor de la propia Administración o de terceros lesionados en su patrimonio por la acción u omisión del infractor de la legislación administrativa [...]”. Derecho Administrativo, Parte General, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Decimonovena Edición, Madrid 2012, páginas 421 y 422.

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

6.2.6.1.- El principio de legalidad significa: “[...] *El principio de legalidad, reserva de ley o tipicidad, en el ámbito de las infracciones y sanciones, tiene una radical importancia en el quehacer jurídico de la sociedad, puesto que posibilita que las personas alcancen certeza y certidumbre de aquellas conductas que se encuentran permitidas y aquellas que se encuentran prohibidas; cuestión que trasciende al ámbito procesal, puesto que el órgano del poder público que cuenta con potestad para juzgar infracciones y determinar sanciones únicamente lo puede efectuar si existe una ley previa, expresa y taxativa, concretando el aforismo Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege, nullum crimen sine poena legales, el mismo que ampliado técnicamente al ámbito de imposición de sanciones, configura el principio de juridicidad:[...]”.* Jurisprudencia de la Corte Constitucional, Corporación de Estudios y Publicaciones, Tomo I, Enero 2012, página 80.

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

6.2.6.3.- El derecho a la defensa comporta: “[...] *el derecho de las personas a la defensa se manifiesta en que nadie puede ser privado del mismo en ninguna etapa o grado del procedimiento, contar con los medios adecuados, ser oído en el momento oportuno también denominado audialteram parte, el derecho de acceso al expediente, el derecho a formular alegatos y presentar pruebas, derecho a una decisión expresa, motivada y fundada en derecho, ser asistido por un abogado, recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en que se decida sobre sus derechos[...]*”. “[...] *El derecho a la defensa constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma el ámbito del debido proceso. En cuanto derecho fundamental se proyecta como principio de interdicción de ocasionarse indefensión y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de alguna de las partes de un proceso o de un*



tercero con interés [...]”. Jurisprudencia de la Corte Constitucional, Corporación de Estudios y Publicaciones, Tomo VI, Junio 2012, Quito Ecuador, Página 506.

6.2.6.4.- El derecho a la seguridad jurídica entraña: “[...] *Como lo ha señalado esta Corte, la seguridad jurídica se entiende como certeza práctica del derecho y se traduce en la seguridad de que se conoce lo previsto como lo prohibido, lo permitido, y lo mandado por el poder público respecto de las relaciones entre particulares y de éstos con el Estado, de lo que se colige que la seguridad jurídica es una garantía que el Estado reconoce a la persona para que su integridad, sus derechos y sus bienes no sean violentados y en que en caso de que esto se produzca, se establezcan los mecanismos adecuados para su tutela.[...]”.*

“[...] En definitiva, el derecho a la seguridad jurídica es una garantía de certeza de respeto a los derechos, o dicho de otro modo: una situación jurídica no será cambiada sino de conformidad con los procedimientos establecidos, es decir, el derecho constitucional a la seguridad en el orden jurídico y la sujeción de todos los poderes del Estado a la Constitución y la ley, sin quedar sujeto a la arbitrariedad, de ahí su estrecha relación con el derecho a la tutela judicial, pues el respeto de la Constitución y de la ley garantizan el acceso a una justicia efectiva, imparcial y expedita [...]”. Sentencia No.109-12-SEP-CC, CASO No.0246-10-EP, 08 de marzo de 2012.

6.2.6.5.- El derecho a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita denota: “[...] *El derecho a una tutela judicial efectiva, imparcial y expedita ha sido adoptado procesalmente como una de las garantías fundamentales con las que cuentan los individuos. Esta facultad conocida procesalmente como derecho de petición comporta una serie de obligaciones por parte del ente estatal; por un lado requiere la existencia de un órgano jurisdiccional y de jueces y juezas, quienes investidos de potestad jurisdiccional deben velar por el cumplimiento de la Constitución y la ley, aplicándolos a un caso concreto para lograr de este modo la tan anhelada justicia. El contenido constitucional del mencionado derecho a la tutela judicial efectiva se manifiesta no solamente en el derecho de acceso a la jurisdicción, sino también esencialmente, del derecho a obtener una resolución fundada jurídicamente [...]”.* Sentencia No.029-11-SEP-CC, CASO No.0551-10-EP de 21 de septiembre de 2011.

SÉPTIMO.- IDENTIFICACIÓN DE LAS NORMAS O PRINCIPIOS VIOLADOS Y LOS RESPONSABLES Y DECLARACIÓN DE LA INFRACCIÓN.- De lo expuesto, la conducta antijurídica de responsabilidad imputadas a los operadores económicos RECAPT S.A., y SOLNET S.A., se encuentran tipificadas en los numerales 6 y 21 del artículo 11 de la LORCPM , norma que fue violada por los operadores económicos RECAPT y SOLNET, por cuanto sustituyeron los riesgos de la competencia por una cooperación entre ellos, existiendo una acción simulada de competencia entre los dos operadores económicos; es decir que, la evidencia de la coordinación y las cooperaciones necesarias para la práctica concertada, actuaciones mediante las cuales falsearon y distorsionaron la competencia.

OCTAVO.- LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA PRESENTADA POR LAS PARTES.- En atención de lo manifestado

supra, considerando las alegaciones formuladas por las partes y la prueba actuada en el presente procedimiento administrativo se determina que:

8.1.- El mercado relevante.- El presente apartado presenta la evaluación requerida para determinar el mercado relevante dentro del expediente de investigación No. SCPM-IIAPMAPR-026-2013, en el cual se estudia presuntos comportamientos ilícitos relacionados al proceso de subasta inversa electrónica SIE-IESS-015-2011. Para tal efecto, se tomará en consideración el artículo 5 de la LORCPM el cual señala que el mercado relevante deberá considerar “[...] al menos, el mercado de producto o servicio, el mercado geográfico y las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado [...]”. Dada la naturaleza del caso, se tendrá en cuenta además lo estipulado en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (en adelante LOSNCP), puesto que muestra los lineamientos específicos para la elaboración de los pliegos de un concurso de subasta inversa, así como del procedimiento mismo de contratación.

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

“Según señala la LOSNCP en sus artículos 18 y 47, el operador económico que desee participar en cualquier proceso de contratación pública, a cargo del Servicio Nacional de Contratación Pública (actual SERCOP – previamente INCOP), deberá contar con un número de Registro Único de Proveedor (RUP). Adicionalmente, el operador económico deberá estar habilitado en el portal de compras públicas, tal como lo señala el artículo 62 del mismo cuerpo legal”.

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

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

“Dado que la entidad contratante señala condiciones específicas del producto y/o servicio a ser contratado, se entiende que la demanda de dicho producto será inelástica; asimismo, no se puede establecer sustitutos para el producto y/o servicio a ser contratado, puesto que las



Superintendencia
de Control del
Poder de Mercado

empresas interesadas en participar en las siguientes etapas del proceso de contratación deberán remitirse exclusivamente a todos los requerimientos incluidos en los pliegos”.

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

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

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

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

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

“En tal sentido, la convocatoria para dicho proceso ha sido de carácter nacional, y cualquier operador económico nacional o extranjero, domiciliado o con representación legal en el

Ecuador, está facultado a participar en el proceso de contratación, siempre y cuando se rija a las condiciones específicas establecidas. Asimismo, de los pliegos se extrae que el IESS espera que el servicio sea de cobertura nacional, sin especificar ni requerir que la empresa adjudicada deba operar en una ciudad o ubicación específica”.

8.2.- Del análisis de las conductas investigadas.-

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

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

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

El presente criterio se denomina la regla “per se”, que aplica únicamente a aquellas prácticas que por su naturaleza anticompetitivas resultan ilegales de pleno derecho.

“De acuerdo con la jurisprudencia norteamericana, este sistema se utiliza para analizar todos aquellos acuerdos y prácticas cuya naturaleza y efecto resultan tan evidentemente anticompetitivos, que no se necesita realizar un elaborado estudio de la industria respectiva para concluir que son ilegales, motivo por el cual se considera que son ilegales per se”.

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

8.2.1.1- Del proceso de contratación No. SIE- IESS-015-2011.- En el proceso pre contractual SIE –IESS-015-2011 de subasta Inversa Electrónica de 16 de septiembre de 2011, realizado por el IESS para la prestación del servicio “sistema Integral para la gestión, agendamiento e interrelación en la atención de salud y mejoramiento de los servicios que



Superintendencia
de Control del
Poder de Mercado

brinda el IESS a sus usuarios, se presentaron seis empresas y se habilitó a dos: RECAPT S.A. Y SOLNET S.A., siendo los únicos operadores económicos participantes de la etapa de puja.

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

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

“En el contenido del índice, numeral 10.1 de la carpeta No.1 del archivo digital, hoja No.2, de RECAPT S.A., se describe: “Certificado de Registro Único de Proveedores(RUP) de SOLNET S.A., es decir, el nombre de una de las empresas competidoras; y, en cuanto a la tabla del contenido de la carpeta No.1 del archivo digital de SOLNET S.A., hoja No.0000002 del mismo punto, se señala: Certificado de Registro Único de Proveedores (RUP) de SOLNET S.A.”

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

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

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

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

“En el numeral 1.3, Cronograma de Implementación de Servicios, únicamente en los procesos 112, 113, 114, 115,116, 117, 118, 119, 120, 121 y 122, carpeta No.2 del archivo

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

En el proceso 129 de RECAPT S.A., carpeta No.2 del archivo digital, hoja 157 a 160., se describe: “Confirmar Arreglos de Viaje (vuelo, hotel transporte) para Corporativo Solnet”, siendo lo correcto que aparezca RECAPT.; mientras que en el proceso 125 de SOLNET S.A., carpeta No.3 del archivo digital, hoja 36 a 44, se puntualiza: “Confirmar Arreglos de Viaje (vuelo, hotel, transporte) para Corporativo Solnet”.

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

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

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

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

“Consta en la foja 2725, numeral 29 del escrito presentado por la Abg. Mariana Mindiola Ríos, abogada del operador económico Solnet S.A., constante en el cuerpo 2 del proceso 026-2013, primer inciso, se determina: (...) *LA PERSONA DESIGNADA PARA LA ENTREGA DE LA OFERTA FUE EL SR. ALEJANDRO CHIN PINCHIN QUIEN NO REALIZÓ LA ENTREGA PERSONALMENTE DE FORMA UNILATERAL Y SIN PREVIA COMUNICACIÓN A LOS FUNCIONARIOS DE SOLNET DECIDIO CONTRATAR EL COURIER DE RECAP*”. Sin embargo, al observar el pago de utilidades remitida por



RECAPT S.A., al Ministerio de Relaciones Laborales, el señor Diego Patricio Gaybor Quiroz, quien fue la persona que realiza la entrega de la oferta de SOLNET S.A., al IESS, aparece con cargo de “Jefe de Área” y no como “Ejecutivo Courier” como se podría haber esperado; y, además, el mismo señor Diego Patricio Gaybor Quiroz aparece como parte del personal clave de RECAPT S.A., en su oferta presentada al IESS, con el cargo de Gerente de Sistemas y Tecnología”.

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

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

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

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

“De las respuestas del IESS se desprende que podría haber oferentes internacionales, por lo cual, las visitas en ese caso serían costosas o quizás difíciles de llevar a cabo, sin embargo,

los oferentes calificados fueron empresas ecuatorianas, resultando en que el IESS bien podría haber llevado a cabo las visitas a fin de asegurar la capacidad instalada de los oferentes”.

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

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

“SOLNET S.A., presentó en su oferta 27 personas como personal clave de la oferta. De la nómina de empleados de SOLNET S.A., que recibieron utilidades en 2011, se declara como actividad económica “*Venta de Equipos de Comunicación*”. La nómina de empleados de SOLNET S.A., que recibieron utilidades en 2011 presenta un total de 32 empleados. Ninguno de los empleados de esta nómina presenta cargos relacionados con call center, telemercadeo, operador telefónico o algo similar. Al comparar el listado de nómina de personal con el listado de personal clave que SOLNET S.A., presentó en su oferta al IESS, no existe ninguna coincidencia. El señor Fernando Colunga, quien aparece encabezando la lista de personal clave de SOLNET S.A., no aparece en la nómina de empleados registrados de SOLNET S.A., que fue declarada al Ministerio de relaciones Laborales. Adicionalmente, SOLNET no tiene ningún tipo de experiencia en el tema de Contac center, puesto que ni su actividad económica (Venta de Equipos de Computación) ni los cargos de sus empleados según la nómina de la empresa, tienen relación alguna con las funciones esperadas”.



Superintendencia
de Control del
Poder de Mercado

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

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

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

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

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

8.3.3.- Con las pruebas que constan en el proceso “de contratación No.SIE-IESS-015-2011, se demuestra que entre las empresas RECAP y SOLNET S.A., existe una conducta que se reproduce en la concertación para perjudicar a un tercero, tanto es así que los ciudadanos Diego Patricio Quiroz (Gerente de Sistemas de Tecnología de Recapt), José Ching Pinchin (Responsable del proyecto call center Solnet S.A), tienen actuaciones de orden administrativo en una empresa, mientras que figuran en el componente directivo de la otra y de ese modo se afecta la independencia señala en los pliegos por parte de los operadores económicos citados”.

8.3.4.- En la documentación que hace referencia a las ofertas técnicas entregadas por las empresas RECAP S.A. y SOLNET S.A., se identifica múltiples coincidencias entre estas dos ofertas; así en los documentos presentados por la empresa RECAP S.A., se observa el nombre de SOLNET S.A., y el mismo fenómeno se observa en la documentación presentada por SOLNET.

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

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

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

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

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



- I) Cuando dos o más oferentes en un proceso de contratación tengan nexos jurídicos y financieros entre ellos; pero dispongan de autonomía comercial, resulta lícito el hecho de presentar ofertas distintas, independientes, sin conexión oculta, competitivas y que por consecuencia no sean resultado de una concertación o acuerdo entre las partes.
- II) Dos o más oferentes en un proceso de contratación que tengan nexos jurídicos y financieros entre ellos; pero que dispongan de autonomía comercial, resulta lícito el hecho de renunciar a dicha autonomía en procesos de contratación y concertar para decidir cuál será el oferente que presentará la oferta, o concertar sobre las condiciones de la misma; con la condición de no presentar más de una única oferta.
- III) Por otro lado, cuando dos o más oferentes tengan nexos jurídicos entre ellos, la presentación de varias ofertas manifiesta la autonomía comercial de los oferentes que las presentan y la independencia de dichas ofertas.

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

8.4.- De los hechos analizados y las conclusiones precedentes, se establece que el operador económico Petroecuador y la Comisión Técnica conformada por: Paulina Elizabeth Campaña Gallardo; Henry Eduardo Medrano González; Néstor Aníbal Moya, Fernando Guijarro Cabezas; Bolívar Raúl Bolaños Garaicoa; y Subcomisión Técnica: Roberto Alexander Perea Vizcaíno, Ana Katherine Guevara Pantoja, Holguer Ernesto Arguello Ramos, Mónica Yolanda Viñamagua Arias, José Carlos Álvarez y Juan Pablo Auquilla del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, habrían coadyuvado de modo directo y de manera injustificada para que los operadores económicos investigados adecuen su conducta a la comisión de la práctica restrictiva tipificada en el numeral 21 del artículo 11 de la LORCPM.

De lo manifestado en este acápite es necesario concluir que para que exista competencia debe haber concurrencia en el mercado como supuesto fáctico, entendiéndose como concurrencia en materia de competencia como la situación de empresas que rivalizan en el mercado ofreciendo o demandando un mismo producto o servicio, situación que en el presente caso no ha ocurrido, por cuanto de la investigación se desprende que existió cooperación y coordinación entre los operadores económicos RECAPT S.A. y SOLNET S.A.

En el acuerdo los operadores económicos sustituyeron los riesgos de la competencia por una cooperación entre ellas, evidenciándose la coordinación y las cooperaciones necesarias para la práctica concertada, siendo en realidad acciones de un solo operador económico que al presentarse como lo hicieron, falsearon y distorsionaron la competencia. Como sostienen los

tratadistas Marcelo Marín Sevilla, Julio Durand Carrión y otros, “[...] *En el Ecuador la ley, la calificación de una conducta como restrictiva de la libre competencia y, por tanto ilegal, requiere que dicha conducta sea capaz de producir el efecto de restringir, impedir, falsear o distorsionar la competencia y que la misma se ejecute en el mercado, afectando negativamente la eficiencia económica o el bienestar general. Consideramos que la capacidad de la conducta de producir el efecto restrictivo de la competencia y su ejecución en el mercado constituye lo que se conoce como el perjuicio al interés económico general [...]*”. Régimen de Competencia, Corporación de Estudios y Publicaciones, Universidad de los Hemisferios, Primera Edición, página 310.

Por tanto el concepto fundamental es que cada operador debe determinar su política comercial de manera independiente, y esto no ocurrió, perfeccionándose la infracción contenida en el numeral 6 del artículo 11 de la LORCPM.

También, del mismo proceso investigativo se concluye que existió una práctica concertada en la relación del IESS, con RECAPT S.A. y SOLNET S.A., entendiéndose como práctica concertada: Aquellas conductas anticompetitivas que se derivan de una identidad de comportamientos que no se explican de manera natural por la propia estructura o las condiciones de competencia del mercado y que por ello, inducen a pensar en la existencia de acuerdos tácitos o formas de coordinación entre los operadores económicos que no pueden ser expresamente probadas. Sobre las presentaciones concertadas los juristas Marcelo Marín Sevilla, Julio Durand Carrión y otros, afirman: “[...] *se trata de una forma particular de fijación concertada de los precios, mediante la cual las empresas coordinan sus presentaciones para los mercados públicos y los contratos de suministros. Existen dos formas ordinarias de presentaciones concertadas a una licitación. En la primera las empresas se ponen de acuerdo para presentar ofertas idénticas, eliminando así cualquier competencia a través de los precios. En el segundo caso, las empresas licitadoras designan aquella que presentará la oferta más baja, de tal manera que cada empresa obtenga por turno un cierto número o un cierto volumen de mercado fijado de común acuerdo [...]*” Régimen de Competencia, Corporación de Estudios y Publicaciones, Universidad de los Hemisferios, Primera Edición, página 327.

Para estos casos, es legítimo aplicar las pruebas sobre la base de las presunciones; de este modo los indicios varios, unívocos, concordantes y relacionados como: la falta de descalificación de los oferentes RECAPT S.A. y SOLNET S.A. a pesar de que los miembros de la Comisión Técnica conocían de esa situación; la aceptación por parte del IESS,

Son muchos indicios que se convierten en la presunción de la comisión de la infracción establecida en el numeral 21 del artículo 11 de la LORCPM. Sin embargo de lo manifestado, el numeral 21 del artículo 11 de la LORCPM, no cumple con la regla “per se” de la competencia, es decir no se sanciona a los operadores económicos por la sola infracción cometida, por el contrario en este caso es aplicable la regla “de la razón”, regla que obliga a determinar el daño que se ha realizado en el mercado relevante.



Superintendencia
de Control del
Poder de Mercado

La regla de la razón se aplica en las relaciones verticales de comercio, es decir entre productores y comercializadores o distribuidores, incluyendo a las relaciones entre compradores y vendedores; y, para el caso del numeral 21 del artículo 11 de la LORCPM, expresamente manifiesta a *“Los acuerdos entre proveedores y compradores, al margen de lo que establece la ley, que se pueden dar en compras públicas que direccionen y concentren la contratación [...]”*.

En documentos, la descalificación de los operadores económicos es formal y no se encuentra evidencia que se haya perjudicado el mercado de oferentes en el proceso de contratación pública, más allá de los indicios de presunto direccionamiento en el trámite e contratación, por lo que, no existiendo prueba de los efectos nocivos en el mercado, tanto de oferentes como de usuarios, no procede la imputación al IESS como infractor al numeral 21 del artículo 11 la LORCPM.

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

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

NOVENO.- DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DE INFRACCIÓN Y RESPONSABILIDAD QUE CORRESPONDA A SUS AUTORES.- Del análisis realizado en la presente resolución, sobre la base del Informe final dentro del expediente Nro. SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026, remitido por el doctor Wagner Mantilla Cortés, Intendente de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, mediante memorando Nro. SCPM-IIAPMAPR-171-2015-M de 5 de abril de 2015 y en atención a la prueba practicada y evacuada en el presente procedimiento

administrativo, se advierte, y esta Comisión de Resolución de Primera Instancia así lo declara, que los operadores económicos RECAPT RECUPERACIÓN DE CAPITAL Y CONTAC CENTER S.A., y SOLNET S.A., falsearon y distorsionaron la competencia en la presentación de ofertas y en la etapa de puja del proceso de contratación pública SIE-IESS-015-2011, infringiendo la norma contenida en el numeral 6 del artículo 11 de la LORCPM.

DÉCIMO.- SANCIÓN.- En aplicación del literal c) del artículo 79 de la LORCPM, que establece: “La Superintendencia de Control del Poder de Mercado impondrá a las empresas u operadores económicos, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellos que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley, las siguientes sanciones: [...] 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.”, ésta Comisión sanciona a las persona jurídicas RECAPT RECUPERACIÓN DE CAPITAL Y CONTAC CENTER S.A. y SOLNET S.A., al pago del 12% del volumen total del negocios dentro del mercado relevante, por cuanto sustituyeron los riesgos de la competencia por una cooperación entre ellos, existiendo una acción concertada entre los dos operadores económicos falseando la competencia en la presentación de ofertas y en la etapa de puja del proceso de contratación pública No.SIE-IESS-015-2011.

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

De su lado los artículos 95 y siguientes del Reglamento para la Aplicación de la LORCPM, claramente señalan: “Cálculo del importe de las multas.- El importe de las multas establecidas en el artículo 79 de la Ley será fijado por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, atendiendo a los criterios establecidos en el artículo 80 y siguientes del mismo cuerpo normativo, y según la metodología siguiente: 1) La Superintendencia determinará la base para el cálculo del importe de la multa para cada operador económico o asociación, unión o agrupación de operadores económicos. 2) La Superintendencia multiplicará el importe de base en función de la duración de la conducta. 3) La Superintendencia ajustará el importe de base total incrementándolo o reduciéndolo en base a una evaluación global de las circunstancias pertinentes.”.



Superintendencia
de Control del
Poder de Mercado

Considerando que el presente es un caso "suigeneris", desarrollado en un proceso de contratación pública, llevado a cabo por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, el mercado relevante es la materia de la contratación pública y el volumen de negocio es la cuantía del contrato.

Circunstancias Agravantes:	Aplica
La comisión reiterada de infracciones tipificadas en la presente Ley:	No
La adopción de medidas para imponer o garantizar el cumplimiento de las conductas ilícitas:	No
Persistencia de la infracción después de que la SCPM inicie una investigación:	No
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 de la LORCPM:	No
La posición de responsable o instigador de la infracción:	Sí
Circunstancias Atenuantes:	Aplica
La realización de actuaciones tendientes a reparar el daño causado:	No
La realización de actuaciones que pongan fin a la infracción:	No
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:	No
La no aplicación efectiva de las conductas prohibidas:	No
Motivado por Instituciones públicas (estímulo):	Si
Presión ejercida por otras empresas:	No

Para el caso del operador económico SOLNET S.A., se procede a utilizar las mismas variables que se le aplicaron al operador económico RECAPT RECUPERACIÓN DE CAPITAL CONTAC CENTER S.A., con la acotación establecida en el cuarto inciso del artículo 102 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado que en su parte pertinente manifiesta que "[...] el importe total de la multa no podrá sobrepasar: [...] El 12% del volumen total de negocios del o los operadores económicos responsables, en el último ejercicio [...]". De conformidad con el informe No.SCPM-IIAPMAPR-115-2015 del 04 de septiembre de 2015, la IIAPMAPR, determina que el volumen total de negocios del el operador económico SOLNET S.A. para el año 2014 asciende a US ochenta y dos mil doscientos ochenta y nueve con 31/100 (US\$ 82.289,31) dólares de los Estados Unidos de América.

X

En aplicación del 12% del total de la máxima sanción para infracciones muy graves en el volumen de negocios para el año 2014 del operador económico SOLNET S.A., es de nueve mil ochocientos setenta y cuatro con 72/100 (US\$ 9.874,72)

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

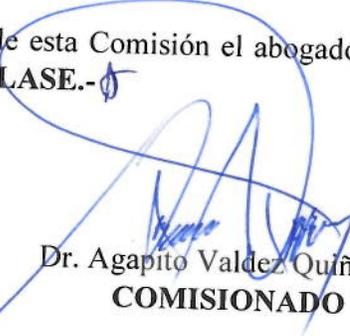
RESUELVE:

1. Acoger parcialmente el Informe Nro. SCPM-IIAPMAPR-054-2015 de 09 de abril de 2015, suscrito por el doctor Wagner Mantilla Cortés Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, en lo principal el análisis, conclusiones y recomendaciones que determinan que: *“La infracción tiene objeto anticompetitivo de conformidad con el numeral 4 del artículo 8 del Reglamento para la aplicación de la LORCPM, y está exenta de la aplicación de la regla de mínimis de conformidad con el artículo 9 de dicho reglamento [...] que los operadores económicos SOLNET S.A., y RECAPT RECUPERACIÓN DE CAPITAL CONTAC CENTER S.A., en calidad de personas jurídicas, han adecuado su conducta a la hipótesis descrita en el numeral 6 del artículo 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, falseando la competencia en la presentación de ofertas y en la etapa de puja del proceso de contratación pública No.SIE-IESS-015-2011; y, consecuentemente incurriendo en una infracción muy grave descrita en el literal a), numeral 3 del artículo 78 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado”.*
2. Imponer al operador económico **RECAPT RECUPERACIÓN DE CAPITAL CONTAC CENTER S.A.**, la multa sancionadora de DOS MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS SESENTA Y CINCO MIL DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA CON TREINTA Y DOS CENTAVOS (US\$ 2.334.265,32) por cuanto se comprobó, en el presente procedimiento administrativo, que adecuó su conducta a la infracción establecida en el numeral 6 del artículo 11 de la LORCPM, falseando y distorsionando la competencia en la presentación de ofertas y en la etapa de puja del proceso de contratación pública SIE-IESS-015-2011.
3. Imponer al operador económico **SOLNET S.A.**, la multa sancionadora de NUEVE MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y CUATRO CON 72 CENTAVOS (US\$ 9.874,72) por cuanto se comprobó, en el presente procedimiento administrativo, que adecuó su conducta a la infracción establecida en el numeral 6 del artículo 11 de la LORCPM, falseando y distorsionando la competencia en la presentación de ofertas y en la etapa de puja del proceso de contratación pública SIE-IESS-015-2011.

4. Ordenar los operadores económicos SOLNET S.A. y RECAPT RECUPERACIÓN DE CAPITAL CONTAC CENTER SA., que las multas sancionadoras sean pagadas dentro del término de quince (15) días contados a partir de la notificación de la presente Resolución, para cuyo efecto deberá depositar éstos valores económicos en la cuenta corriente del Banco del Pacífico Nro. 7445261 a nombre de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Pago que deberá ser comunicado a esta Comisión.
5. Se dispone que a través de la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, se remita la presente Resolución a la Contraloría General del Estado para su conocimiento y, de considerarlo procedente, realice un examen especial de auditoria para determinar responsabilidades de orden administrativa, civil o penal de los servidores públicos que actuaron en el proceso de contratación pública Nro. SIE-IESS-015-2011 llevado a cabo por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.
6. **Medida correctiva.-** A efectos de restablecer el proceso competitivo en el mercado relevante de este caso, y en concordancia con el último inciso del artículo 11 de la LORCPM, se dispone como medida correctiva que se remitan copias certificadas a la oficina de sorteos de la Corte Provincial de Pichincha a efectos de que se radique la competencia en uno de los señores jueces de lo civil del citado distrito judicial para que una vez evacuado el trámite de ley, de ser procedente, se sirva declarar la nulidad de pleno derecho del proceso de contratación Nro. SIE-IESS-015-2011, que a criterio de esta Comisión debería ser a partir de la adjudicación de la oferta.
7. Actúe en calidad de Secretario Ad-Hoc de esta Comisión el abogado Christian Torres Tierra. **NOTIFIQUESE y CÚMPLASE.-**



Abg. Juan Emilio Montero Ramírez
PRESIDENTE



Dr. Agapito Valdez Quiñones
COMISIONADO



Dr. Marcelo Ortega Rodríguez
COMISIONADO