



EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-2015-019

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

VISTOS

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

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

1. IDENTIFICACIÓN DE LA AUTORIDAD COMPETENTE

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

2. IDENTIFICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

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

3. LOS OPERADORES ECONÓMICOS INVOLUCRADOS

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



3.1. Denunciante

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

3.2. Denunciados

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

¹⁸ Véase fs. 317.



- [49] Escrito de 25 de abril de 2019 a las 11h31 del operador económico **RECAPT**, mediante el cual presenta Recurso de Apelación.
- [50] Providencia de 30 abril de 2019 a las 11h40, emitida por la CRPI.
- [51] Escrito de 26 de abril de 2019 a las 15h13, emitido por el operador económico **CRONIX**, mediante el cual presenta Recurso de Apelación.
- [52] Providencia de 2 mayo de 2019 a las 15h30, emitida por la CRPI.
- [53] Providencia de 13 mayo de 2019 a las 15h30, emitida por la CRPI.
- [54] Resolución emitida por el Superintendente de Control del Poder de Mercado, de 05 de julio de 2019, notificada a la CRPI el 08 de julio de 2019.
- [55] Escrito presentado por el operador económico **CRONIX** de 29 de julio de 2019.
- [56] Escrito presentado por el operador económico **CRONIX** de 29 de julio de 2019.
- [57] Escrito presentado por el operador económico **CRONIX** de 30 de julio de 2019.
- [58] Escrito presentado por el operador económico **CRONIX** de 30 de julio de 2019.
- [59] Escrito presentado por el operador económico **CRONIX** de 31 de julio de 2019.
- [60] Escrito presentado por el operador económico **CRONIX** de 01 de agosto de 2019.
- [61] Escrito presentado por el operador económico **CRONIX** de 02 de agosto de 2019.
- [62] Escrito presentado por el operador económico **CRONIX** de 12 de agosto de 2019.
- [63] Escrito presentado por el operador económico **CRONIX** de 20 de agosto de 2019.
- [64] Escrito presentado por el operador económico **CRONIX** de 26 de agosto de 2019.
- [65] Escrito presentado por el operador económico **CRONIX** de 27 de agosto de 2019.
- [66] Escrito presentado por el operador económico **CRONIX** de 30 de agosto de 2019.
- [67] Escrito presentado por el operador económico **CRONIX** de 02 de septiembre de 2019.
- [68] Resolución de 13 de septiembre de 2019 a las 16h10 emitida por la CRPI.
- [69] Providencia de 16 de septiembre de 2019 a las 10h30, emitida por la CRPI, mediante la cual se oficia al BCE, INEC, SRI, y a la SUPRCIAS, para que remitan informes.



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



[89] El escrito de 08 de octubre de 2019 ingresado por **RECAPT**.

[90] Memorando SCPM-DS-INJ-2019-410 de 08 de octubre de 2019, mediante el cual se remite copia certificada del memorando SCPM-CGAJ-619-2017-M de 10 de noviembre de 2017.

5. ALEGACIONES ADUCIDAS POR LOS INTERESADOS

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

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

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

“(…)

CONCLUSIONES

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

(...)

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

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



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

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

(...)

PEDIDOS (PRETENCIONES) (sic)

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

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

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



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

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

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

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

(...)

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

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

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



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

“(…)

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

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

(…)”

“ALGUNAS CONCLUSIONES DE HECHO Y CIENTIFICAMENTE PROBADAS

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



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

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

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



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

PETICIÓN SUSTENTADA Y SOLICITUD FINAL

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

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

(...)

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

(...)

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

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

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

"(...)

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



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



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

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



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

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



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

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

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

6. DE LAS PRUEBAS QUE OBRAN EN EL EXPEDIENTE

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

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



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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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



- xvi. Mediante providencia de 27 de enero de 2015, la Intendencia de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas en su literal r) numeral SEGUNDO, incorpora como prueba escrito y anexos presentados por el IESS el 25 de agosto de 2014, mediante el cual remite copias certificadas del estudio para un sistema integral para la gestión, de agendamiento e interrelación en la atención de salud y mejoramiento de los servicios que brinda el IESS a sus Usuarios; de la resolución administrativa número 12000000-2513 del IESS; y, del informe del administrador respecto al contrato 64000000-1002-C; así como copias simples del Informe DADS y SS-0008-2013, elaborado por la Contraloría General del Estado.³³
- xvii. Mediante providencia de 27 de enero de 2015, la Intendencia de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, en su literal s) numeral SEGUNDO, incorpora como prueba escrito y anexos presentados el 27 de agosto de 2014 a las 11h26, por el SRI mediante el cual remite copias certificadas de las declaraciones del impuesto a la renta de los operadores económicos **SOLNET S.A., y MULTICOBRO S.A., CANT TECNOLOGIA S.A., ADVANCE BUSINESS CIA LTDA y RECATEL S.A.**³⁴
- xviii. Escrito y anexos presentados por el Ministerio de Relaciones Laborales el 26 de septiembre de 2014 a las 09h09, mediante el cual se remiten copias certificadas de las declaraciones del 15% de participación de utilidades de los operadores económicos **CRONIX** para los años 2010, 2011 y 2012; **RECAPT** para los años 2010, 2011 y 2012; **SOLNET** para los años 2011 y 2012; y **ORBISTEL S.A.**, para el año 2012.³⁵
- xix. Declaraciones y su respectiva grabación magnetofónica del señor Bolívar Raúl Bolaños García, ex presidente de la Comisión Técnica dentro del proceso SIE-IESS-015-2011, llevado a cabo el 30 de septiembre de 2014 a las 15h30.³⁶
- xx. Oficio No. 043-2015-IH-DCP y anexo, correspondiente al informe de identidad física humana No. 125-2015-IH-CDP, suscrito por el perito de criminalística Sargento Milton Jiménez Cueva, el 26 de febrero de 2015 a las 14h43.³⁷
- xxi. Anexo magnético etiquetado como SCPM-CGT-2015-034-M-DVD.

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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



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

7. DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

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

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

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

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

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

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

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



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

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

Empresa SOLNET S.A. no cumple con:		
Características de Seguridad	HTTPS interfaz web	OFERTA INDICA ÚNICAMENTE QUE ESTÁ BASADA EN HTTP, PERO LA CERTIFICACIÓN LA HACEN MEDIANTE SESIÓN Y CONTRA
Adicionalmente como observación en el requerimiento:		
Experiencia en plataforma de CONTACT CENTER	Experiencia que acredite que en su tiempo ha atendido plataforma de CONTACT CENTER, que haya brindado el servicio a un millón de usuarios internacionales con más de 120 gestiones e atención de 200 telefonadas, por la menos a cada uno de ellos.	Se observan en ellos radas en haber sido partner de una empresa dedicada a brindar el servicio de Contact Center

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

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



[99] Consta además en el mismo informe:

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

- **RECAPT**
- **SOLNET S.A.**”

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

Esto se corrobora según el siguiente comunicado:



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

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

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

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

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

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

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



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

(...)

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

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

(...)

Conclusión

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

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

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



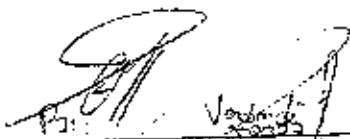
(105) En razón de lo expuesto la prueba es útil tomando en cuenta que es verificable la intención de garantizar un efecto que es el aseguramiento de la adjudicación del contrato, utilizando como herramienta un acuerdo restrictivo, así como permite al órgano de resolución generar en sí mismo una conexión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

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

SIE-IESS-015-2011

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

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


Dr. Mando Rodríguez N.
Secretario de la Comisión Técnica




Eduardo Berardi Johnson
C.I. 172655515-2

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

- 7.4. **Copia certificada por el IESS, correspondiente al expediente No. SCPM-11APMAPR-EXP-2013-026 con acuso recibo de la Comisión Técnica del IESS, dentro del proceso de SIE-IESS-015-2011⁶¹. Consta en el documento que quien entrega la propuesta por SOLNET es Diego Gaybor Quiroz con C.I. 020155281-7.**

⁶⁰ Expediente SCPM-11APMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 3827.

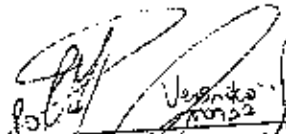
⁶¹ Expediente SCPM-11APMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 3827.



SIE-IESS-015-2011

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

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


Dr. Manolo Rodríguez M.
Secretario de la Comisión Técnica




Diego Gaybor Quiroz
C.I. 020155281-7

1127) Este documento permite corroborar el lapso de tiempo en el cual se comete la infracción
sancionable bajo el derecho administrativo sancionador; así también, se observa que quien
entrega la propuesta de SOLNET es Diego Gaybor de cédula 020155281-7.

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



MINISTERIO DE RELACIONES LABORALES
Información sobre el sistema de pago de la participación de utilidades de la empresa

SABÓN S.A. RECAPT RECUPERACION DE CAPITAL CONTINGENTE S.A.
RUC: 17805610746

FORMULARIO N° 00001

(...)

FECHA	ASUNTO	FECHA	FECHA	FECHA	FECHA	FECHA	FECHA	FECHA	FECHA
02/01/2012	ASUNTO	02/01/2012	02/01/2012	02/01/2012	02/01/2012	02/01/2012	02/01/2012	02/01/2012	02/01/2012
02/01/2012	ASUNTO	02/01/2012	02/01/2012	02/01/2012	02/01/2012	02/01/2012	02/01/2012	02/01/2012	02/01/2012
02/01/2012	ASUNTO	02/01/2012	02/01/2012	02/01/2012	02/01/2012	02/01/2012	02/01/2012	02/01/2012	02/01/2012

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



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

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

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

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

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

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

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

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

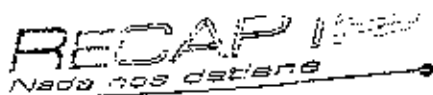
⁶⁴ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 3827.

⁶⁵ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 6032.

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



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



MANUAL DE USUARIO DRAGÓN SUITE

CONTENIDO

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

[120] El informe pericial concluye:

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

(152) Se verifica el tiempo en el cual el señor Fernando Colunga fue Gerente de **SOLNET**.

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

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

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

(154) El operador económico **CRONIX** en varios escritos habla de un documento que denomina “prueba concluyente” así:

⁷¹ Véase fs. 9304.

⁷² Véase fs. 9305.

⁷³ Véase fs. 9306.

⁷⁴ Véase fs. 9307.

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



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

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

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

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

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

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



Superintendencia
de Control del
Poder de Mercado



SERVICIO NACIONAL DE
CONTRATACIÓN PÚBLICA

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

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

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

Atentamente,

Documento firmado electrónicamente

Ing. Verónica Cecilia Buendía García

COORDINADORA TÉCNICA DE INNOVACIÓN TECNOLÓGICA

Referencias:

- SERCOP-DDCP-2018-0069-M

Anexos:

- image2018-03-28-113946.pdf

dr/ac

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

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

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



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

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

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

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

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

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



(...)"

1129] Conforme lo determina el artículo 48 de la LORCPM, la carga de la prueba le corresponde a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, sin perjuicio de las pruebas aportadas por las partes del procedimiento administrativo.

1130] Para esto, la SCPM tiene la potestad de acceder, revisar, archivar, procesar y utilizar cualquier dato, que de modo exclusivo corresponda a la información y documentos pertinentes al proceso administrativo, respetando el derecho constitucional a la protección de esta información para las investigaciones, casos o resoluciones dentro de su competencia, de conformidad con la Constitución y la ley.

1131] El artículo 76 de la CN, establece el derecho al debido proceso, que se aplica no solo a los procesos judiciales sino también a los procedimientos administrativos. Este derecho es uno de los cimientos de los Estados de Derecho contemporáneos y que, sin lugar a duda, ocupa un lugar preponderante en la actividad de la SCPM y específicamente de la CRPI.

1132] El Artículo 76 de la Carta Magna sobre el debido proceso prescribe que:

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

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

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

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

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

(...)

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



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

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

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

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

(...)

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

(...)

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

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

(...)"

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

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



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

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

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

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



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

8. SOLICITUDES DE LAS PARTES

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

9. DE LOS FUNDAMENTOS DE HECHO DE LA RESOLUCIÓN

9.1. Denuncia

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

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

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

9.2. Aclaración a la denuncia

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



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

9.3. Explicaciones de RECAPT

- [160] Una vez que se corrió traslado al presunto responsable con la denuncia, el 5 de noviembre de 2013, RECAPT presentó explicaciones mencionado:

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

9.4. Investigación formal

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

9.5. Informe de resultados

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

9.6. De la prueba

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

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

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



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

9.7. Alegatos

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

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

9.8. Resolución CRPI de 07 de septiembre de 2015

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

" (...)

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

(...)"

9.9. Apelación

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

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

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



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

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

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

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

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

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

"acordé el análisis realizado se puede colegir lo siguiente:

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

(...)"

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

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



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

(...)"

9.13. Recurso de apelación de 25 de abril de 2019

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

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

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



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

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

10.1. 1.a Constitución de la República del Ecuador

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

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



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

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



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

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

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

(...)"

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

(...)

6. Los actos u omisiones, acuerdos o prácticas concertadas y en general todas las conductas de proveedores u aferentes, cualquiera sea la forma que adapten, cuya abjeia a efecta sea impedir, restringir, falsear a distorsionar la competencia, ya sea en la presentación de ofertas y posturas a búsqueda asegurar el resultado en beneficio propio o de otro proveedor u aferente, en una licitación, concursos, remates, ventas al martillo, subastas públicas u otros establecidos en las normas que regulen la contratación pública, o en procesos de contratación privadas abiertos al público."

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

(...)"

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

1. Son infracciones leves:

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



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



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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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



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

(...)

4. También están sujetas a la presunción establecida en este artículo las actos u omisiones, acuerdos o prácticas concertadas y en general todas las conductas de proveedores u aferentes, cualquiera sea la forma que adopten, ya sea en la presentación de ofertas y posturas a buscando asegurar el resultado en beneficio propio o de otra proveedor u aferente, en una licitación, concursos, remates, ventas al martillo, subastas públicas u otros establecidos en las normas que regulen la contratación pública, o en procesos de contratación privadas abiertas al público."

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

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

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

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

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

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



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

(...)

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

(...)"

10.4. Código Orgánico Administrativo (COA)

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

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

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

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

12. LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS

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

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

"(..."

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



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

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

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

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

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



12.1.1 La Regla *Per se*.

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

[202] En este sentido, la Comisión Federal de Comercio y el Departamento de Justicia de EE. UU., manifiesta lo siguiente al hablar de la regla *Per Se*:

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

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

<http://www.derecho.uchile.cl/gdownload.jsp?document=135239&property=attachment&index=1&content=application/pdf>, afirmando lo siguiente:

“(…)”

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

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

(…)”

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



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

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

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

(…)”⁸⁶

12.1.2 La Regla de la Razón.

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

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

“(…)”

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

(…)”

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

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



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

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

“(…)”

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

The common understanding of the Rule of Reason is that courts balance anticompetitive and procompetitive effects. This view, however, is not accurate. In two empirical studies covering all Rule-of-Reason cases from 1977 to 1999¹⁸ and 1999 to 2009,¹⁹ I found that courts engaged in a hardenshifting approach.

“(…)”

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

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

“(…)”

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



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

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

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

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

(...)

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

(...)

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

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

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

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

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

Under the rule of reason, the Agencies' analysis begins with an examination of the nature of the relevant agreement, since the nature of the agreement determines the types of anticompetitive harms that may be of concern. As part of this examination, the Agencies ask about the business purpose of the agreement and



- [206] No obstante lo anterior, la propia jurisprudencia norteamericana desarrolló una variante de la regla de la razón que se denomina “análisis de vista rápida” (en inglés quick look analysis), resultando un intermedio entre la inquebrantable firmeza de la regla *Per Se* y los indudables beneficios y flexibilidad de la regla de la razón en sentido pleno.⁹¹ En la doctrina se le da otros nombres como la regla de la razón troncada o la regla de la razón abreviada.
- [207] Este matiz de la regla de la razón indica que las conductas que por su naturaleza y dinámica son manifiesta y abiertamente anticompetitivas, no requieren del análisis completo que impone la regla de la razón en pleno. El razonamiento es simple pero muy contundente: si se encuentra una conducta que de manera evidente y ostensible es anticompetitiva, pues no tendría sentido que la oficina de competencia se desgastara haciendo un análisis profundo. Por lo tanto, el derecho norteamericano encontró una solución a los asuntos de zona gris, es decir, para aquellos escenarios que son tan obvios “para cualquier observador con conocimientos rudimentarios en economía”⁹², que no tendría sentido implementar el test de razonabilidad en sentido puro y duro.
- [208] Ahora bien, en este tipo de análisis no se maneja una presunción de derecho, como en el caso de la regla *Per Se*, sino una presunción simplemente legal, lo que implica un traslado de la carga de la prueba al demandado, denunciado o investigado, según sea el caso. Con

examine whether the agreement, if already in operation, has caused anticompetitive harm. If the nature of the agreement and the absence of market power together demonstrate the absence of anticompetitive harm, the Agencies do not challenge the agreement. See Example. Alternatively, where the likelihood of anticompetitive harm is evident from the nature of the agreement, or anticompetitive harm has resulted from an agreement already in operation, then, absent overriding benefits that could offset the anticompetitive harm, the Agencies challenge such agreements without a detailed market analysis.

If the initial examination of the nature of the agreement indicates possible competitive concerns, but the agreement is not one that would be challenged without a detailed market analysis, the Agencies analyze the agreement in greater depth. The Agencies typically define relevant markets and calculate market shares and concentration as an initial step in assessing whether the agreement may create or increase market power¹⁰ or facilitate its exercise and thus poses risks to competition. The Agencies examine factors relevant to the extent to which the participants and the collaboration have the ability and incentive to compete independently, such as whether an agreement is exclusive or non-exclusive and its duration. The Agencies also evaluate whether entry would be timely, likely, and sufficient to deter or counteract any anticompetitive harms. In addition, the Agencies assess any other market circumstances that may foster or impede anticompetitive harms.

If the examination of these factors indicates no potential for anticompetitive harm, the Agencies end the investigation without considering procompetitive benefits. If investigation indicates anticompetitive harm, the Agencies examine whether the relevant agreement is reasonably necessary to achieve procompetitive benefits that likely would offset anticompetitive harms.” *Ib cit.* Págs 10, 11 y 12.

⁹¹ Sobre eso se puede ver *California Dental Association v. Federal Trade Commission*, 526 U.S. 756, 770 (1999).

⁹² La sentencia citada, *California Dental Association v. Federal Trade Commission*, indica que se aplica en el siguiente escenario: “An observer with even a rudimentary understanding of economics could conclude that the arrangements in question would have an anticompetitive effect on customers and markets.”



esta lúcida alternativa, se deja a salvo un pequeño resquicio de pro-competitividad que podría tener la conducta, abriendo la posibilidad de que el denunciado sea quien prueba dicha pro-competitividad. Por lo tanto, se atempera la rigidez de la regla *Per Se* que bien podría generar falsos positivos, y además se cuida la eficiencia y la economía administrativa.⁹³

12.2. La normativa ecuatoriana sobre derecho de la competencia. Sus bases europeas y la aplicación al caso particular.

[209] La LORCPM claramente tiene su inspiración en el Ordenamiento Jurídico de la Unión Europea. La Sección 3, "Acuerdos y Prácticas Restrictivas", aplica un esquema análogo al contenido de el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁹⁴ (en

⁹³ Sobre esto se puede ver: SCHIREPEL, Thibault. *A NEW STRUCTURED RULE OF REASON APPROACH FOR HIGH-TECH MARKETS*, *suffolk university law Review*, Vol L. 103, Pág. 109. Visto el 18/09/19 en

"(...)

There are two primary standards for antitrust law: the rule of reason and per se rules. When applying per se rules, the agreement is commonly condemned or exonerated without investigation into purpose or effect. To the contrary, the rule of reason is when per se rules are not applicable. The distinction seems to be relatively clear; however, the differentiation between per se rules and the rule of reason is not so obvious because the burden of proof often varies with circumstances. This small differentiation is illustrated in California Dental Ass'n v. Federal Trade Commission.

The "quick look" rule of reason analysis also lessens the importance of the distinction. Under this modified rule of reason standard, the initial burden of proof shifts from the plaintiff to the defendant. Additionally, as the Supreme Court and Justice Breyer indicated, "there is a 'sliding scale' for appraising reasonableness" where an agreement has strong anticompetitive properties at first glance and no (or no important) obvious procompetitive properties. In such cases, the burden, therefore, shifts to the defendant to demonstrate procompetitive aspects.

"(...)"

⁹⁴ "Artículo 101 (antiguo artículo 81 TCE)

1. Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en:

- a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;
- b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;
- c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;
- d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- e) subordinar la celebración de contratos u la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según las usas mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho.

3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:

— cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas,



adelante “TFUE”). Si bien ninguna de las dos normativas adopta las reglas *Per Se* y de la razón, sí soportan su andamiaje en lo siguiente: i) de manera general la prohibición amparada en la dicotomía “objeto – efecto”, que contiene un listado de conductas que el legislador consideró claramente como prohibidas (Art. 11 de la LORCPM); y, ii) una norma de excepción para moderar la dureza del esquema general de prohibición, amparada en los efectos pro competitivos de las conductas (Art. 12 de la LORCPM).

[210] En consecuencia, la propia arquitectura normativa nos muestra un camino de actuación en el análisis de cualquier conducta: (i) se debe establecer si la conducta es por “objeto” prohibida; (ii) si esto no es posible, se deben analizar sus efectos anticompetitivos; y (iii) si se alega por el denunciado, se debe examinar si la conducta encaja en la excepción (efectos pro competitivos). Esta metodología se encuentra mencionada en las Directrices sobre la Aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los Acuerdos de Cooperación Horizontal, así:

“1.2.1 Artículo 101, apartado 1

23. El artículo 101, apartado 1, prohíbe los acuerdos que tengan por objeto o efecto restringir la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1.

i) Restricciones de la competencia por el objeto

24. Se entiende por restricciones de la competencia por el objeto aquéllas que por su propia naturaleza poseen el potencial de restringir la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1. Cuando se haya demostrado que un acuerdo tiene un objeto contrario a la competencia, no es necesaria examinar sus efectos reales o posibles en el mercado.

25. Según la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para apreciar el carácter contrario a la competencia de un acuerdo, precede examinar particularmente su contenido, la finalidad objetiva que pretende alcanzar, así como el contexto económico y jurídica en que se inscribe. Además, si bien la intención de las partes no constituye un elemento necesario para determinar el carácter contrario a la competencia de un acuerdo, nada impide a la Comisión tenerla en cuenta en su análisis. Las Directrices Generales ofrecen una mayor orientación por lo que se refiere al concepto de restricción de la competencia por su objeto.

— cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas,

— cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas,

que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económica, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:

a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;

b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.”



ii) Efectos restrictivos de la competencia

26. Cuando un acuerdo de cooperación horizontal no sea restrictivo de la competencia por su objeto, debe examinarse si tiene efectos restrictivos de la competencia sensibles. Hay que tener en cuenta los efectos tanto reales como potenciales. Dicho de otro modo, el acuerdo tiene que tener al menos efectos anticompetitivos probables.

27. Para que un acuerdo tenga efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1, debe tener un impacto negativo apreciable, real o probable, por lo menos en uno de los parámetros de la competencia del mercado, tales como el precio, la producción, la calidad de los productos, la variedad de productos y la innovación. El acuerdo puede tener estos efectos cuando reduce de forma apreciable la competencia entre las partes del acuerdo o entre cualquiera de ellas y terceros. Esto significa que el acuerdo debe reducir la independencia de la toma de decisiones de las partes, ya sea debido a las obligaciones contenidas en el acuerdo que rigen la conducta de mercado de por lo menos una de las partes, ya sea influyendo en la conducta de mercado de por lo menos una de las partes produciendo un cambio en sus incentivos.
(...)"

- [211] Ahora bien, cuando el artículo 11 de la LORCPM se refiere a las conductas restrictivas de la competencia por objeto, lo hace en el mismo sentido que el artículo 101 del TFUE (anterior 81 CE), es decir, en relación con aquellas conductas que por su naturaleza son anticompetitivas, lo que implica realizar un análisis de la conducta y el escenario en que se desenvuelve.⁹⁵ Si no es posible determinar la restricción por objeto se puede pasar al

⁹⁵ Sobre esto se puede ver la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2º de noviembre de 2008, expedida en el asunto C-209/07, donde manifestó lo siguiente:

"(...)

15. *Procede recordar que, para estar incurso en la prohibición establecida en el artículo 81 CE, apartado 1, un acuerdo debe tener «por objeto u efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común». Es jurisprudencia reiterada, desde la sentencia de 30 de junio de 1966, LTM (56/65, Rec. pp. 337 y ss., especialmente p. 359), que el carácter alternativo de este requisito, como indica la conjunción «o», lleva en primer lugar a la necesidad de considerar el objeto mismo del acuerdo, habida cuenta del contexto económico en el que se debe aplicar. Sin embargo, en caso de que el análisis de las cláusulas de dicho acuerdo no revele un grado suficiente de nocividad respecto de la competencia, es necesario entonces examinar los efectos del acuerdo y, para proceder a su prohibición, exigir que se reúnan los elementos que prueben que el juego de la competencia ha resultado, de hecho, bien impedido, bien restringido o falseado de manera sensible.*
16. *Para apreciar si un acuerdo está prohibida por el artículo 81 CE, apartado 1, la toma en consideración de sus efectos concretos es superflua cuando resulta que éste tiene por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el interior del mercado común (sentencias de 13 de julio de 1966, Consten y Gradiog/Comisión, 56/64 y 58/64, Rec. pp. 429 y ss., especialmente p. 496, y de 21 de septiembre de 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, C-105/04 P, Rec. p. I-8725, apartado 125). Este examen debe*



análisis de la conducta por sus efectos, lo que implica indagar si real o potencialmente afectará la competencia.

[212] Lo anterior también tiene sustento en el principio de primacía de la realidad (artículo 3 de la LORCPM), que obliga a la SCPM a indagar la verdadera naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a su realidad y efecto económico. Esto quiere decir, que el punto de partida siempre es el análisis por objeto, pues este indaga sobre la naturaleza de la conducta, esto es, su contenido, la finalidad objetiva que pretende alcanzar, y el contexto económico y jurídico en que se desenvuelve. Si esto no se logra, se pasará al análisis de la conducta por sus efectos, tal y como se explicó *supra*.

[213] Por su parte, el RLORCPM reafirma aún más el esquema indicado (objeto - efecto - excepción), así:

- (i) El artículo 4 establece un criterio general de evaluación caso por caso, bajo el esquema objeto - efecto.
- (ii) El artículo 8 establece una “presunción por objeto” para ciertas prácticas restrictivas, dentro de las que incluye los acuerdos en el marco de los procesos de contratación pública (numeral 4 del artículo 8):

“Art. 8.- Presunción de práctica restrictiva.- Se presumirá que tienen por objeto impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, que afectan negativamente a la eficiencia económica y al bienestar general, todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, y en general cualquier acto o conducta reulizados por dos o más operadores económicos, competidores, reules o potenciules, 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 propia o de otro proveedor u oferente, en una licitación, concursos, remates, ventas al martillo, subastas públicos u otros establecidos en las normas que

efectuarse a la luz del contenido del acuerdo y del contexto económico en que se inscribe (sentencias de 28 de marzo de 1984, Compagnie royale asturienne des mines y Rheinziink/Comisión, 29/83 y 30/83, Rec. p. 1679, apartado 26, y de 6 de abril de 2006, General Motors/Comisión, C-551/03 P. Rec. p. 2-3173, apartado 66).

17 La distinción entre «infracciones por objeto» e «infracciones por efecto» reside en el hecho de que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia.

(...)”



regulen la contratación pública, o en procesos de contratación privados abiertos al público."

- [214] Desarrolla el esquema de excepción planteado en el artículo 12 de la LORCPM.
- [215] La CRPI resalta que los esquemas de análisis norteamericano son diferentes a los adoptados por el legislador comunitario europeo y ecuatoriano, ya que marcan pautas y parámetros bien diferenciados. El esquema escalonado que plantean los segundos (objeto – efecto – excepción), choca abiertamente con el esquema excluyente de los primeros, es decir, aquel donde se aplica de manera excluyente la regla *Per Se* o la regla de la razón.
- [216] Ciertamente, en nuestro escenario siempre se puede alegar una excepción así estemos frente a una prohibición por objeto, mientras que al aplicar la regla *Per Se* dicha situación no tiene cabida. Es tan evidente la diferencia, que se ha catalogado al sistema europeo "por objeto" como de *cuasi per se*.⁹⁶
- [217] Asimismo, el sistema "por efecto" tampoco es equiparable a la regla de la razón, precisamente porque no hay que hacer de oficio el balanceo entre los efectos pro y anticompetitivos; simplemente habría que indagar los efectos anticompetitivos, dejando el análisis de pro competitivos cuando sea alegado como una excepción por el denunciado, lo cual no es el caso que nos ocupa en esta resolución.
- [218] Lo anterior también fue claramente advertido por el Superintendente de Control del Poder de Mercado al emitir la Resolución de 5 de julio de 2019 a las 17h00, así:

"Es evidente entonces como la normativa ecuatoriana en materia de competencia no solo replica la división entre conductas sancionables por su objeto y efecto del modelo europeo, sino que también recoge su estructura tripartita. Por el contrario, ninguna disposición de la normativa primaria o secundaria vigente en el Ecuador, en materia de competencia, hace referencia directa o indirecta a la regla per se a la regla de la razón, hecha que permite inferir, al menos preliminarmente, que dicho estándar para la evaluación de conductas no es aplicable a la luz de nuestro derecho positivo.

"(...)

En tal contexto, como bien lo han señalado autoridades del derecho de competencia europeo, una aplicación literal de la terminología del derecho de la competencia de los Estados Unidos, se apartaría de los requerimientos propios del texto legal, dado que conforme se señaló en líneas precedentes, este último sistema evalúa los acuerdos bajo un régimen distinto.

Así, en primer lugar, no existe en el sistema europeo una categoría legal idéntica a la regla per se para la sanción de conductas, pues toda infracción, sin

⁹⁶ Sobre eso se puede ver el Informe en Derecho, Prueba de la Colusión, Ob cit. Pág 25.



importar su gravedad, permite a los acusados alegar que la misma debe ser exenta de toda pena, por cumplir con los requisitos establecidos por la misma norma, léase artículo 101 (3) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o el artículo 12 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, situación que resulta imposible bajo la regla per se.

En segundo lugar, el análisis de los efectos establecidos en el primer inciso del artículo 11 de la LORCPM tampoco es idéntico a la regla de la razón, por cuanto, como bien ha señalado la Comisión Europea, el análisis de beneficios y eficiencias que justificaría la restricción, debe ser evaluada bajo el régimen de la exención, que en el caso ecuatoriano se encuentra recogido y tasado en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Regulación y control del Poder de Mercado, cuya carga probatoria corresponde a quien la alega.

(...)"

[219] No obstante lo anterior, con el objetivo de cumplir la sentencia de la Corte Nacional de Justicia, la CRPI observa que se puede hacer un enlace entre la regla de la razón bajo su variante *quick look* y el sistema de análisis por "objeto – efecto – excepción", pues esto encaja con el principio de primacía de la realidad determinada en la ley. En los dos esquemas se presenta lo siguiente: si la conducta por su naturaleza es manifiestamente anticompetitiva sería sancionable, lo que no obsta para que el denunciado alegue que su conducta tiene efectos pro competitivos. Esto también lo advirtió el Superintendente de Control del Poder de Mercado al motivar la Resolución de 5 de julio de 2019 a las 17h00:

"(...)

Para ciertos tipos de prácticas el escepticismo es mayor, al punto que algunas cortes y doctrinarios hablan de una categoría nueva de análisis que es la regla de la razón trunca, también conocida como la regla de la razón abreviada o "quick-look". Bajo esta categoría de aplicación de la regla de la razón, los efectos anticompetitivos de una conducta en particular son tan obvias, que no se ocupa un análisis exhaustivo de los mismos y por ende, su notoriedad los torna sancionables, como efectivamente ocurriría en el caso de colusión entre oferentes dentro de un mismo procedimiento de licitación.

Este tipo de análisis – regla de la razón trunca o "quick look" – en mucho se asemeja al tratamiento que se da a ciertas conductas sancionables por su objeto, cuando de las características de la práctica, vista en relación con las particularidades del mercado afectado, los efectos anticompetitivos actuales y potenciales derivados de la misma son evidentes y por ende sancionables, por su objeto. Nada obsta, sin embargo, para que la misma sea justificada bajo ciertas condiciones por parte del operador económico acusada.

(...)"



[220] Aclarado lo anterior, la CRPI procederá a analizar la conducta investigada bajo los parámetros indicados *supra*.

[221] La conducta ya probada dentro del procedimiento se encuentra enmarcada en el numeral 6 del artículo 11 de la LORCPM:

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

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

(...)

6. Los actos u omisiones, acuerdos o prácticas concertadas y en general todas las conductas de proveedores u oferentes, cualquiera sea la forma que adopten, cuyo objeto o efecto sea impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, ya sea en la presentación de ofertas y posturas o buscando asegurar el resultado en beneficio propia o de otro proveedor u oferente, en una licitación, concursos, remates, ventas al martillo, subastas públicas u otros establecidos en las normas que regulen la contratación pública, o en procesos de contratación privados abiertos al público.

(...)" (negritas y subrayado por fuera del texto)

[222] Si bien el mencionado numeral tiene una redacción diferente al de los demás, parte del mismo principio adoptado en el inciso primero del artículo 11, es decir, establecer si la conducta es sancionable cuando tenga por objeto o por efecto impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia. De ninguna manera sugiere que para este tipo de conducta se haga un análisis diferenciado de las demás conductas encuadradas en la misma LORCPM. De todas formas, de la redacción del articulado se nota que el legislador quiso ser más enfático en esta conducta por las implicaciones que tiene no sólo en la competencia, sino en la sociedad en su conjunto. En este sentido, se analizará la conducta en el marco del esquema de razonabilidad que impone la norma citada.

[223] Conforme lo analizado el punto de partida siempre es el análisis por objeto, según el cual se debe indagar sobre la naturaleza de la conducta, esto es:

i. Su contenido



- ii. La finalidad objetiva que pretende alcanzar,
- iii. El contexto económico y jurídico en que se desenvuelve

12.2.1.1 Contenido de la conducta

[224] Los operadores económicos **RECAPT** y **SOLNET** se coludieron en la presentación de ofertas y en la etapa de puja dentro del proceso de contratación pública No. SIE-IESS-015-2011, tal y como ya fue probado dentro del procedimiento administrativo, y ratificado en los foros judiciales. Ahora bien, la pregunta obligada en este estado del asunto es: ¿Dicha conducta es sancionable por la normativa de derecho de competencia ecuatoriana?

[225] Un análisis por objeto, tal y como ya se indicó, nos sugiere centrarnos en la naturaleza de la conducta, así como en las circunstancias en las que se realizó. Los procesos de contratación pública son realmente trascendentales para el desarrollo de la sociedad, ya que aseguran que su desarrollo en infraestructura, prestación de servicios y adquisición de bienes cumplen los estándares de calidad, precio y garantías requeridos, pero, sobre todo, bajo los más estrictos parámetros de transparencia y adecuado manejo de los recursos públicos. Dichos procesos requieren de unos niveles de regulación y supervisión más estrictos que los implementados en las transacciones privadas. Están involucrados bienes jurídicos de la más alta importancia: el correcto funcionamiento de la administración pública, la eficiencia estatal, el bienestar general, entre otros.

12.2.1.2 Finalidad objetiva que pretende alcanzar

[226] Una colusión para lograr una adjudicación de un contrato es una conducta en extremo reprochable, que en muchos de los casos va de la mano con esquemas que se salen de la órbita meramente administrativa. Es tanto así, que diversos escenarios jurídicos vuelcan su manto de aplicación para su proscripción. Dependiendo del caso concreto se podrían activar mecanismos penales, de responsabilidad contractual y extracontractual del Estado, disciplinarios y de derecho de la competencia, entre otros. Por lo tanto, es una conducta que, por sus implicaciones y naturaleza, es abiertamente anticompetitiva.

[227] En el caso particular se evidencia que en el proceso precontractual SIE-IESS-015-2011 de Subasta Inversa Electrónica, de 16 de septiembre de 2011, realizado por el IESS para la presentación de "*Sistema Integral para la gestión, agendamiento e interrelación en la atención de salud y mejoramiento de los servicios que brinda el IESS a sus usuarias*", se presentaron seis empresas y solo se habilitaron dos: **RECAPT** y **SOLNET**.

[228] Del acervo probatorio que obra en el expediente, tal y como quedó establecido en el acápite "**DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA**", se demuestra la colusión de las mencionadas empresas⁹⁷, pero también se demuestra que la empresa **RECAPT**, quien resultó ser la

⁹⁷ La colusión ya fue probada, y se encuentra ratificada en las pruebas que mostradas en los puntos 7.1 a 7.13 de la presente resolución.



adjudicataria del contrato, no poseía experiencia para la ejecución del mismo, ni tenía el personal requerido para ser calificado por el IESS. Lo mismo sucedió con SOLNET, tal y como se encuentra demostrado en el procedimiento.

12.2.1.3 Contexto económico y jurídico en que se desarrolló la conducta

[229] Tal y como se indicó en el acápite “DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA”, el operador económico **RECAPT** para demostrar su experiencia en la plataforma Contac Center se basaron en haber sido *partners* de una empresa dedicada al servicio de contact center.⁹⁸ Al analizar los certificados que sustentan dicha experiencia, se encontraron dos relacionados con las empresas **SICONTAC CENTER** (29 de julio de 2011), e **INTEGRAL SOLUTIONS S.A.** (17 de junio de 2011), firmados por el Ingeniero Aldo Briones Lagos, que a dicho momento no fungía como gerente de ninguna de las dos empresas.⁹⁹

[230] En adición a lo anterior, el operador económico **RECAPT** presentó otros certificados que no estaban relacionados con el objeto del contrato, tal y como lo establece el examen especial realizado por la Contraloría General del Estado, Dirección de Auditoría de Desarrollo Seccional y Seguridad Social.¹⁰⁰ Igualmente se evidencia que la actividad económica de la empresa **RECAPT** y que se encuentra registrada en el SRJ, es la de cobranzas de cuentas y no de contact center.¹⁰¹

[231] Además de lo anterior, según el examen de la Contraloría General del Estado, no se realizó la visita *in situ* a las instalaciones de los oferentes, tal y como lo establecieron los pliegos, ni tampoco las empresas **RECAPT** y **SOLNET** permitieron que los miembros de la Veeduría por la Vida realizarán una inspección de sus instalaciones, mostrando con esto un esquema diseñado para impedir y falsear la competencia.¹⁰²

[232] En las circunstancias anotadas, para cualquier persona con conocimiento rudimentario en economía, la colusión entre **RECAPT** y **SOLNET** es manifiestamente anticompetitiva. No hay que hacer mayores análisis sobre esto: unas empresas que no tenían experiencia en el mercado afectado, que no gozaban del recurso humano para una correcta ejecución del

⁹⁸ Informe de análisis de ofertas de la Subcomisión de apoyo (Informe final único) de 06 de febrero de 2012. Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 3902 a 3915.

⁹⁹ Examen especial a los procesos precontractual, contractual y ejecución del contrato para el servicio de call center con la empresa **RECAPT**, de la Dirección de Auditoría de Desarrollo Seccional y Seguridad Social de la Contraloría General del Estado. Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 5080 a 5086. También se puede ver el Informe de indicios de Responsabilidad Penal DADS y SS-003-2013. Fs. 5360 a 5361.

¹⁰⁰ *Ibidem*, Foja 5081.

¹⁰¹ *Ibidem*, Foja 5085.

¹⁰² En este punto la conclusión del examen especial fue la siguiente:



contrato, que se coludieron para lograr la adjudicación del mismo, de manera ostensible han impedido y falseado la competencia. La impidieron porque: (i) diseñaron un esquema que implicaba, en términos reales, la no concurrencia de competidores en “igualdad” de condiciones; y (ii) idearon un mecanismo para que la entidad contratante no pudiera escoger entre las ofertas más confiables y competitivas, sino entre las dos presentadas por las empresas coludidas. Y la falsearon porque montaron un entramado para darle apariencia de legalidad a algo que estaba altamente manipulado, es decir, mostraron una solvencia empresarial que no tenían con la finalidad de hacerse adjudicar un contrato. En el contexto de la sentencia de la Corte Nacional de Justicia, la mencionada conducta sería considerada como de la más extrema gravedad.

- [233] En las condiciones mencionadas, la afectación a la competencia es evidente, salta de bulto por la naturaleza de la conducta. Por lo tanto, no hay que hacer un análisis extenso ni profundo para vislumbrar lo anticompetitivo de la misma. En consecuencia, no es necesario verificar los efectos pro competitivos de la conducta, ya que solo bastó con el análisis por objeto y la aplicación de la regla de la razón en su variante *quick look*, tal y como se explicó en párrafos anteriores.
- [234] Al realizar un análisis bajo dicha variante de la regla de la razón, y no vislumbrar, bajo ningún aspecto, ni el más mínimo efecto pro competitivo en las alegaciones del denunciado, la CRPI encuentra que la colusión entre **RECAPT** y **SOLNET** es sancionable. En consecuencia se ha cumplido a cabalidad con lo resuelto mediante sentencia de la Corte Nacional de Justicia y la Resolución del Superintendente de Control del Poder de Mercado.

12.3. Determinación de la infracción

- [235] La Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas mediante Informe No. SCPM-IIAPMIAPR-54-2015 de 09 de abril de 2015 ha considerado que:

“En base a los elementos de prueba que obran del expediente, así como las elementos expuestos en el presente informe final, se establece que los operadores económicos SOLNET S.A. y RECAPT RECUPERACION DE CAPITAL CONTAC CENTER S.A. en calidad de personas jurídicas, han adecuado su conducta a la hipótesis descrita en el numeral 6 del artículo 11 de la Ley Orgánica de 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 Nro. SIE-IESS-015-2011; y consecuentemente incurriendo en una infracción muy grave descrita en el literal a), numeral 3 del artículo 78 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.”

- [236] La CRPI mediante resolución de 01 de abril de 2019, al respecto de la existencia de infracción y determinación de la responsabilidad que le corresponde a los actores manifiesta que:



"Del análisis realizado en la presente resolución, con base en el Informe final dentro del expediente Nro. SCPM-IIAPMAPR-EX2013-026, remitida por el doctor Wagner Mentilla Cortés, Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, mediante memorando No. SCPM-IIAPMAPR-171-2015-M de 5 de abril de 2015 y en atención a la prueba practicada y evacuada en el presente procedimiento administrativo, se advierte, y esta Comisión de Resolución de Primera Instancia así lo declara, que las operadores económicos **RECAPT RECUPERACIÓN DE CAPITAL Y CONTACT CENTER S.A.**, y **SOLNET S.A.**, falsearon y distorsionaron la competencia en la presentación de ofertas y en la etapa de puja del proceso de contratación pública SIE-IJESS-015-2011, infringiendo la norma contenida en el numeral 6 del artículo 11 de la LORCPM."

[237] Mediante resolución de 5 de julio de 2019, el Superintendente de Control del Poder de Mercado resuelve:

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

[238] En virtud de lo expuesto, resulta inoficioso que la CRPI realice nuevamente un análisis sobre la existencia de la conducta investigada, pues mediante la Resolución de 5 de julio de 2019, el Superintendente de Control del Poder de Mercado no ha puesto en duda dicho aspecto, por lo que ha quedado claro que los operadores económicos **RECAPT** y **SOLNET** impidieron y falsearon la competencia en la presentación de ofertas y en la etapa de puja del proceso de contratación pública SIE-IJESS-015-2011, infringiendo la norma contenida en el numeral 6 del artículo 11 de la LORCPM.



12.4. De la competencia de la CRPI para calificar como perjudicados a los operadores económicos individualmente considerados.

[1239] En este acápite la CRPI abordará la petición realizada por el operador económico **CRONIX**, en el sentido de que se declare perjudicado de la conducta anticompetitiva realizada por los operadores **SOLNET** y **RECAPT**.

[1240] Una de las características más importantes de los Estados de Derecho contemporáneos es la instauración del principio de seguridad jurídica como piedra angular. Dicho principio tiene dos brazos fundamentales: (i) el principio de jerarquía normativa y, (ii) el principio de competencia.¹⁰³ Además, el principio de seguridad jurídica solo se realiza en el marco de la eficiencia administrativa que el COA plasma de la siguiente manera:

"Art. 4. - Principio de eficiencia. Las actuaciones administrativas aplicarán las medidas que faciliten el ejercicio de los derechos de las personas. Se prohíben las dilaciones o retardos injustificados y la exigencia de requisitos puramente formales."

[1241] Las actuaciones de todos los organismos del Estado se rigen por los mencionados principios, mediante los cuales se delimita claramente su campo de actuación. Esto quiere decir que todas las entidades deben cumplir sus funciones, respetando el sistema jurídico vigente y en el marco de las competencias que le fueron atribuidas.

[1242] Una de las expresiones del derecho al debido proceso es ser juzgado "ante juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento" (numeral 3 del artículo 76 de la CN).

[1243] La SCPM tiene muy bien definida su competencia en la LORCPM: el artículo 37¹⁰⁴ establece sus facultades y el 38¹⁰⁵ sus atribuciones. En el ámbito de la investigación,

¹⁰³ Sobre esto se puede ver BETEGON, Jerónimo; GASCON, Marina; PARAMO, Juan Ramón de; PRIETO, Luis. *LECCIONES DE TEORÍA DEL DERECHO*. Madrid: Ed. Mc Graw Hill, 1997. p. 156-160, 207-212, 227-234, 239-242, 273-283.

¹⁰⁴ "Art. 37. - *Facultad de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.- Corresponde a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado asegurar la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentar la competencia; la prevención, investigación, sanción, corrección, eliminación del abuso de poder de mercado, de los acuerdos y prácticas restrictivas, de las conductas desleales contrarios al régimen previsto en esta Ley; y el control, la autorización, y de ser el caso la sanción de la concentración económica.*

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

¹⁰⁵ "Art. 38. - *Atribuciones.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, o través de sus órganos, ejercerá las siguientes atribuciones:*



1. Realizar los estudios e investigaciones de mercado que considere pertinentes. Para ello podrá requerir a los particulares y autoridades públicas la documentación y colaboración que considere necesarias.
2. Sustanciar los procedimientos en sede administrativa para la imposición de medidas y sanciones por incumplimiento de esta Ley.
3. Determinar el volumen de negocios según lo estipulado en la presente Ley.
4. Celebrar audiencias con los presuntos responsables, denunciantes, perjudicados, testigos y peritos, recibirles declaración y ordenar careos, para la cual podrá solicitar el auxilio de la fuerza pública.
5. Examinar y realizar las peritajes que estime necesarias sobre libros, documentos y demás elementos necesarios para la investigación, controlar existencias, comprobar orígenes y costos de materias primas u otros bienes, de conformidad con esta ley.
6. Realizar inspecciones, formular preguntas y requerir cualquier información que estime pertinente a la investigación.
7. Colocar precintos en aquellos lugares que estime pertinente con el objeto de precaver la conservación de evidencia.
8. Aplicar las sanciones establecidas en la presente Ley.
9. Cuando lo considere pertinente, emitir opinión en materia de competencia respecto de leyes, reglamentos, circulares y actos administrativos, sin que tales opiniones tengan efecto vinculante.
10. Emitir los informes requeridos y conocer de las notificaciones previas de conformidad con esta Ley.
11. Emitir recomendaciones de carácter general o sectorial respecto a las modalidades de la competencia en los mercados.
12. Actuar en coordinación con las dependencias competentes en la negociación de tratados, acuerdos o convenios internacionales en materia de regulación o políticas de competencia y libre competencia.
13. Requerir a las instituciones públicas que considere necesario, la implementación de acciones adecuadas para garantizar la plena y efectiva aplicación de la presente Ley.
14. Promover y formular acciones ante la Justicia; e informar y solicitar la intervención del Fiscal General del Estado, cuando el caso lo amerite.
15. Acceder a los lugares objeto de inspección con el consentimiento de los ocupantes o mediante orden judicial cuando se trate del domicilio de una persona natural, la que será solicitada ante el juez competente, quien deberá resolver en el plazo de 24 horas.
16. Suscribir convenios con gobiernos autónomos descentralizados para la habilitación de oficinas receptoras de denuncias.
17. Suscribir convenios con asociaciones de usuarios y consumidores para la promoción de la participación de la comunidad en el fomento de la competencia y la transparencia de los mercados.
18. Examinar e investigar las concentraciones económicas para confirmar su cumplimiento con la presente Ley; y, cuando sean prohibidas, dictar las medidas que legalmente correspondan.
19. Autorizar, denegar o condicionar las solicitudes de concentración económica de conformidad a esta Ley y su reglamento.
20. Atender las consultas y resolver las rectas que se formulan respecto de operadores económicos cuya actuación pudiere afectar esta Ley.
21. Promover medidas de control tendientes a la eliminación de barreras a la libre competencia al mercado, de acuerdo con los lineamientos fijados por la ley.
22. Disponer la suspensión de las prácticas y conductas prohibidas por esta Ley.
23. Establecer y mantener un registro actualizado de los operadores económicos y su participación en los mercados.
24. Proponer la remoción de barreras, normativas o de hecho, de entrada a mercados, que excluyan o limiten la participación de operadores económicos.
25. Presentar propuestas técnicamente justificadas a los órganos competentes, para la regulación y el establecimiento de actos normativos aplicables a los distintos sectores económicos.
26. Apoyar y asesorar a las autoridades de la administración pública en todos los niveles de gobierno, para que en el cumplimiento de sus atribuciones, promuevan y defiendan la competencia de los operadores económicos en los diferentes mercados.
27. Proponer y dar seguimiento, a la simplificación de trámites administrativos con la finalidad de promover la libre competencia de los operadores económicos en igual de condiciones a los diferentes mercados.



determinación y sanción de acuerdos y prácticas prohibidas, la SCPM no es competente para determinar sujetos individualmente perjudicados, ya que, de conformidad con las circunstancias, esto le correspondería a un juez de lo civil o contencioso administrativo.

[246] Si bien la SCPM busca establecer si las conductas investigadas, por objeto o por efecto, impiden o pueden impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, afectar negativamente la eficiencia económica o el bienestar general, no está facultada para establecer si un competidor en particular es afectado. Esto implicaría probar el perjuicio, asunto que no le corresponde a la entidad de competencia ecuatoriana, sino a los jueces tal y como ya se advirtió.

[245] En esta misma línea se encuentra el artículo 71 de la LORCPM, al abordar lo concerniente a la responsabilidad civil de las personas naturales o jurídicas que hubieren sufrido perjuicio por la comisión de conductas prohibidas:

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

[246] Lo anterior quiere decir, que quien se considere perjudicado con las conductas prohibidas determinadas por la SCPM, puede acudir a la vía civil en el marco de un proceso de responsabilidad civil extracontractual. En este evento el juez competente analizará la conducta, el daño, perjuicios y el nexo causal.

[247] Si la conducta tiene que ver con acciones de algún organismo estatal, quien se considere perjudicado, dependiendo de la situación, puede acudir a los jueces competentes en materia de responsabilidad contractual y extracontractual del Estado.

[248] En el caso particular la SCPM pudo evidenciar que en el proceso de contratación No. SIE-IESS-015-2011 se presentaron seis (6) empresas y solo se calificaron las dos coludidas, SOLNET y RECAPT. Si las otras cuatro consideran que son perjudicadas, deberían iniciar las acciones judiciales pertinentes, indicando el hecho, probando el perjuicio o daño y el

28. Promover el estudio y la investigación en materia de competencia y su divulgación.

29. Coordinar las acciones que fueren necesarias y suscribir convenios de cooperación con entidades públicas y privadas, a fin de promover la libre concurrencia de los operadores económicos a los diferentes mercados.

30. Elaborar y promulgar su reglamento interno; y.

31. Las demás contempladas en la ley.

Para el ejercicio de sus atribuciones, la Superintendencia actuará de oficio o a petición de parte y podrá requerir la documentación e información que estime pertinente en cualquier etapa procesal."



nexo causal. En este contexto, la SCPM no podría entrar a determinar si cada una de estas empresas resultó ser perjudicada, eso es algo que le corresponde probar a cada una de ellas en el foro judicial pertinente. Por lo tanto, la petición del operador económico **CRONIX** no será observada en la parte resolutive por cuanto esta CRPI no es competente para pronunciarse sobre el tema.

13. DETERMINACIÓN DE LA MULTA

13.1. Cálculo de la multa según la metodología empleada antes de la expedición de la Resolución 012 emitida por la Junta de Regulación de la LORCPM (en adelante "Junta de Regulación")

[349] Esta metodología se encontraba vigente al momento del cometimiento de la infracción.

[350] La LORCPM, respecto de las multas y sanciones, en el artículo 79, establece:

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

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

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

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

[351] En consecuencia, el artículo 95 del RLORCPM, señala la metodología para el cálculo del importe de las multas:

"Art. 95.- Cálculo del importe de las multas.- El importe de las multas establecidas en el artículo 79 de la Ley será fijada por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, atendiendo a los criterios establecidos en el artículo 86 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."

[252] La norma citada hace referencia al artículo 80 de la LORCPM, el cual establece los criterios para la determinación del importe de las sanciones:

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

- a. La dimensión y características del mercado afectado por la infracción.*
- b. La cuota de mercado del operador u operadores económicos responsables.*
- c. El alcance de la infracción.*
- d. La duración de la infracción.*
- e. El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de 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."*

[253] La LORCPM en los artículos 81 y 82 prescriben las circunstancias agravantes y atenuantes, las cuales deben considerarse para la evaluación global en la determinación del importe total de la sanción.

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

- a. La comisión reiterada de infracciones tipificadas en la presente Ley.*
- b. La posición de responsable o instigador de la infracción.*
- c. La adopción de medidas para imponer o garantizar el cumplimiento de las conductas ilícitas.*



d. La falta de colaboración u obstrucción de la labor inspectara, sin perjuicio de la posible consideración como infracción independiente, según lo previsto en el artículo 78 numeral 1, literal g.

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

a. La realización de actuaciones que pongan fin a la infracción.

b. La no aplicación efectiva de las conductas prohibidas.

c. La realización de actuaciones tendientes a reparar el daño causado.

d. La colaboración activa y efectiva con la Superintendencia de Control del Poder de Mercado llevada a cabo fuera de los supuestos de exención y de reducción del importe de la multa regulados en los artículos 83 y 84 de esta Ley."

[35] Asimismo la LORCPM contempla dos posibles escenarios para el cálculo del importe base de la multa: (i) primero, se aplica cuando es posible determinar el volumen de negocios del operador económico u operadores económicos responsables. Las sanciones estarán determinadas por una proporción de su volumen de negocios; y, (ii) segundo, en caso de imposibilidad de determinación del volumen de negocios, se establecen rangos en términos de Remuneraciones Básicas Unificadas (en adelante, "RBU"), conforme la tabla que se muestra a continuación:

Tabla 1. Sanciones por infracciones a la LORCPM

Tipo de infracción	Cuando es posible determinar el volumen de negocios	Cuando no es posible determinar el volumen de negocios
Leve	8% del volumen de negocios	Entre 50 a 2.000 RBU
Grave	10% del volumen de negocios	Entre 2.001 a 40.000 RBU
Muy Grave	12% del volumen de negocios	Más de 40.000 RBU

Fuente: Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

Elaboración: Comisión de Resolución de Primera Instancia

[35] La ecuación está determinada por:

$$IMS = [(VNMR \times t) \times p (\%)] \times CAA$$



[256] Donde,

IMS	Importe de la sanción
p%	Porcentaje según el tipo de conducta: leve, grave o muy grave
VNMR	Volumen de negocios del Mercado Relevante
T	Duración de la infracción
CAA	Circunstancias agravantes y atenuantes (±)

[257] La ecuación descrita establece como importe base al volumen de negocios del mercado relevante multiplicado por el tiempo de duración de la infracción.

[258] Posteriormente, el valor se multiplica por el porcentaje según el tipo de conducta: leve, grave o muy grave.

[259] El resultado de la ecuación se multiplica por el porcentaje que dependiendo de la valoración del procedimiento de investigación, puede incrementar o reducir el importe de la sanción que está dada por agravantes y atenuantes.

[260] En el presente caso, la determinación del importe de la sanción, de acuerdo con la metodología establecida antes de la Resolución 012 y aplicada por la CRPI en su momento, sería:

$$IMS = [(VNMR \times t) \times p (\%)] \times CAA$$

$$IMS = [(19'452.211 \times 0,5) \times 0,12] \times 2\%$$

$$IMS = 1'190.475,31$$

13.2. Metodología de cálculo para la determinación de la multa de conformidad con la Resolución No. 012

[261] Esta resolución constituye la metodología vigente para la determinación del importe de multas.

13.2.1 Metodología de cálculo para la determinación de la multa según lo establecido en el Informe SP-2016-009.

[262] El artículo 35 de la LORCPM establece que:

"La regulación estará a cargo de la Junta de Regulación, cuyas atribuciones estarán establecidas en el Reglamento General de esta Ley, exclusivamente en el marco de los deberes, facultades y atribuciones establecidas para la Función



Ejecutiva en la Constitución. La Junta de Regulación tendrá facultad para expedir normas con el carácter de generalmente obligatorias en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales".

[263] El artículo 42 del RI.ORCPM establece en el literal k) que la Junta de Regulación, tendrá la facultad de:

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

(...)

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

(...)"

[264] El artículo 95 del RI.ORCPM señala que:

"Art. 95.- Cálculo del importe de multas.- La Junta de Regulación emitirá la metodología para el cálculo del importe de las multas indicadas en el artículo 79 de la ley, en concordancia con los criterios establecidos en el artículo 80 y siguientes del mismo cuerpo normativo, y tomando en cuenta lo siguiente:

1.- Determinará la base para el cálculo del importe de la multa para cada operador económico o asociación, unión o agrupación de operadores económicos.

2.- Multiplicará el importe de base en función de la duración de la conducta.

3.- Ajustará el importe de base total incrementándolo o reduciéndolo en base a una evaluación global de las circunstancias pertinentes."

[265] El 09 de abril de 2015, la Intendencia de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, presentó el Informe Nro. SCPM-IIAPMAPR-054-2015, respecto del informe final de investigación dentro del expediente No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026.

[266] El 15 de Septiembre de 2016, la Secretaría Permanente de la Junta de Regulación elaboró el Informe No. SP-2016-009, estableciendo una propuesta metodológica para el cálculo del importe de sanciones a las infracciones de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.



[267] Mediante Resolución No. 012 de 23 de septiembre de 2016, publicada en el Registro Oficial No. 887 de 22 de noviembre de 2016, la Junta de Regulación resuelve: "*Expedir la Metodología para la Determinación del Importe de Multas por Infracciones a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*".

[268] La Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia mediante sentencia de 19 de octubre de 2017, dispuso en su parte resolutive lo siguiente:

"(...) dejándose a salvo el derecho de la Superintendencia para imponer la multa respectiva siempre y cuando exista mérito para ello, analizando el tema nuevamente conforme la regla de la razón (...)".

[269] Mediante Memorando SCPM-INICAPMAPR-DNICAPR-023-2018-M de 22 de agosto de 2018, la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, remite a la CRPI el Informe No. INICAPMAPR-DNICAPR-009-2018, respecto del nuevo cálculo de multa al operador económico **RECAPT**.

[270] En Resolución de 01 de abril de 2019, a las 09h30, la CRPI resolvió en la parte pertinente:

- Acoger parcialmente el Informe Nro. SCPM-IIAPMAPR-054-2015, de 09 de abril de 2015.
- Sancionar al operador económico **RECAPT** con una multa sancionadora de USD \$ 226.074,73.
- Ordenar que el operador económico **RECAPT** cancele la multa dentro del término de 20 días contados a partir de la notificación de la presente resolución.
- Medida Correctiva.- se remitan copias certificadas a la Procuraduría General del Estado, de ser procedente, se sirva tramitar la acción de nulidad de pleno derecho del proceso de contratación Nro. SIE-IESS-015-2011.

[271] En la Resolución emitida por el Superintendente de Control del Poder de Mercado el 05 de julio de 2019 a las 17h00, en la letra c) del punto DÉCIMO, se señala:

"i. Metodología aplicable.- La Comisión de Resolución de Primera Instancia en el acápite "UNDÉCIMO" de la resolución de 01 de abril de 2019, señala "[...] dentro del mercado relevante y en aplicación de la fórmula para la determinación de las multas contenida en la Resolución No. 012 de 23 de septiembre de 2016 de la Junta de Regulación, publicada en el Registro Oficial No. 887 de 22 de noviembre de 2016, si bien entrará en vigor en forma posterior al cometimiento de la infracción que origina la sanción, brinda la metodología que la sentencia del Tribunal de Casación dispone [...]"; al respecto esta Autoridad considera necesario señalar que, si bien la vigencia de la



"Metodología para la determinación del importe de multas por infracciones a la Ley Orgánica de Regulación y Control del poder de Mercado" contenida en la Resolución No. 012 de 23 de septiembre de 2016, emitida por la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación del Poder de Mercado es posterior al cometimiento de la conducta anticompetitiva; dicha metodología brinda elementos de certeza y legalidad para la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (...)"

[274] Al respecto el Superintendente de Control del Poder de Mercado indica:

"(...)"

Por consiguiente, la Metodología aplicada por la Comisión de Resolución de Primera Instancia es la adecuada para el cálculo del importe de la multa al operador económico RECAPT S. A."

"ii Cálculo de la multa. - Para el cálculo de la multa, la Comisión de Resolución de Primera Instancia acogió parcialmente el Informe No. SCPM-INICAPMAPR-009-2018 de 22 de agosto de 2018, suscrito por el abogado Jacobo Aguayo Zambrano, Director Nacional de Acuerdos y Prácticas Restrictivas (a esa fecha), el cual tenía por objeto calcular nuevamente la multa para el operador económico RECAPT S.A. (...)"

[275] Además, el Superintendente de Control del Poder de Mercado señala:

"(...) no obstante, tanto el Informe No. SCPM-INICAPMAPR-009-2018 de 22 de agosto de 2018, suscrito por el abogado Jacobo Aguayo Zambrano, así como en la resolución de 01 de abril de 2019 emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, no existe un análisis y justificación coherente entre los valores asignados a la fórmula para la determinación del importe de la multa y la información que consta en el expedientillo remitida por el Órgano de Resolución. En el mismo orden de ideas, el análisis constante tanto en el informe como en la resolución en mención, no han sido desarrollados con observancia del Informe No. SP-2016-009, documento que constituye el elemento interpretativo esencial de la Resolución No. 012 de 23 de septiembre de 2016, emitida por Junta de Regulación de la LORCPM para el cálculo de la multa respectiva. (...)" (subrayado y negrita por fuera de texto).

[276] Asimismo, la parte resolutive establece lo siguiente:

"(...) PRIMERO.- DECLARAR de oficio la nulidad de la Resolución de 01 de abril de 2019 a las 09h30, suscrita por los miembros de la Comisión de Resolución de Primera instancia, por cuanto se ha evidenciado que la misma padece un vicio insubsanable de motivación al haber sido emitida sin contar con



los expedientes íntegros de investigación y sanción Nos. SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026 y SCPM-CRPI-2015-019, respectivamente."

"(...) **TERCERO.- DISPONER** a la Comisión de Resolución de Primera Instancias (CRPI) en el plazo de noventa (90) días emita la resolución correspondiente en observancia a la sentencia de 19 de octubre de 2017 expedida por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, para lo cual deberá contar con los expedientes íntegros de investigación y resolución Nos. SCPM-IIAPMAPR-ECP-2013-026 y SCPM-CRPI-2015-019, respectivamente, que reposan en la Secretaría General de la SCPM".

[275] En virtud de lo expuesto, el Informe No. SP-2016-009, se considera como un elemento interpretativo esencial de la Resolución No. 012 de 23 de septiembre de 2016, publicada en el Registro Oficial No. 887 de 22 de noviembre de 2016.

[276] El Informe No. SP-2016-009 define la metodología propuesta para la aplicación de la Resolución 012 y establece un procedimiento de cálculo en concordancia con lo determinado tanto en la LORCPM como en el RI.LORCPM.

[277] Dicha metodología considera parámetros que permiten cuantificar, de la manera más aproximada, un importe de sanción que se encuentre acorde a las especificidades de cada caso.

13.2.1.1 Fases de cuantificación de la multa y fórmulas de cálculo

[278] La metodología de cálculo para la determinación de la multa se fija siguiendo las siguientes fases:

Fase 1. Determinar la base para el cálculo del importe de la multa

$$IMBi = VNMRI * \beta_i$$

$$\beta_i = f(\text{gravedad}(\alpha), \text{afectación}(\theta))$$

IMBi = Importe base del operador i

VNMRI = Volumen de negocios realizado en el mercado o mercados relevantes afectados por la infracción

β_i = Ponderador del tipo sancionador



Fase 2. Multiplicar el importe de base en función de la duración de la conducta

$$IMBTi = IMBi * di$$

IMBTi = Importe base total del operador i

IMBi = Importe base del operador i



$di = f$ (número de años de duración de la infracción)

$di =$ duración de la infracción



Fase 3. Ajustar el importe base total en base a evaluación global de las circunstancias pertinentes

$$IMTi = IMBTi * Yi$$

$IMTi =$ Importe total de la multa para el operador i

$IMBTi =$ Importe base total del operador i

$Yi = f$ (número de circunstancias agravantes y atenuantes)

$Yi =$ factor proporcional a las circunstancias agravantes y atenuantes

Fuente: LORCPM – Secretaría Permanente de la Junta de Regulación

13.2.1.2 Parámetros para la determinación del importe de la multa

[279] Para la formulación de la propuesta, se consideraron los criterios establecidos en el artículo 80 de la LORCPM y se determinaron factores de ponderación que agrupan a las siguientes variables:

Variable	Indicador	Descripción de la variable
Ai	Cuota del mercado del operador u operadores económicos responsables	Cuota del mercado del operador u operadores económicos responsables
ϕ	Alcance de la infracción	Cobertura geográfica de la infracción nacional, regional o local
Ni	Dimensión del mercado afectado	Indicador de la dimensión del mercado afectado
HNI	Características del mercado afectado	Índice de Herfindahl-Hirschman normalizado
Di	Duración de la infracción	Factor proporcional a la duración de la infracción
Yi	Circunstancias agravantes y atenuantes	Factor proporcional a las circunstancias agravantes y atenuantes

Fuente: LORCPM – Secretaría Permanente de la Junta de Regulación

13.2.2 Sistema de cálculo de la metodología propuesta

13.2.2.1 Fase 1: determinación del importe base

[280] De conformidad con el informe SP-2016-009 esta fase contiene lo siguiente:



"El artículo 96 del RALORCPM señala que se determinará la base para el cálculo del importe de la multa en referencia al volumen de negocios realizado en el mercado o mercados relevantes afectados por la infracción. Este importe es determinado para cada operador económico o asociación, unión o agrupación de operadores económicos. Así mismo, se establece que para determinar esta base se tendrá en cuenta, entre otras, los criterios mencionados en el artículo 80 y que han sido agrupados en dos factores de ponderación, el primero, factor de gravedad (α) y el segundo, el factor de afectación (θ). La sumatoria de estos dos factores permite determinar el tipo sancionador (β). Este tipo sancionador se establece en función de las características generales de la infracción y corresponde a un porcentaje sobre el volumen de negocios del mercado o mercados relevantes del operador u operadores infractores.

El importe base (IMBi) se determina aplicando la siguiente fórmula:

$$IMBi = VNMRI * \beta_i \quad (1)$$

VNMRI es el volumen de negocios del mercado relevante

$$\beta_i = f \{ \text{gravedad } (\alpha), \text{ afectación } (\theta) \}$$

El tipo sancionador β_i , se obtiene a partir de la siguiente fórmula:

$$\beta_i = (\alpha + \theta) * [(SIL * \mu) + (SIG * v) + (SIMG * \omega)] \quad (2)$$

$$0 < \beta_i \leq 4.12$$

[28] Donde,

β_i	=	Tipo sancionador
α	=	Factor proporcional a la gravedad de la infracción
θ	=	Factor proporcional a la afectación de la infracción
SIL	=	Naturaleza de la infracción leve: 1 si cumple, 0 caso contrario
SIG	=	Naturaleza de la infracción grave: 1 si cumple, 0 caso contrario
SIMG	=	Naturaleza de la infracción muy grave: 1 si cumple, 0 caso contrario
μ	=	Coefficiente de ponderación para sanciones leves
v	=	Coefficiente de ponderación para sanciones graves
ω	=	Coefficiente de ponderación para sanciones muy graves

Fuente: LORCPM - Secretaría Permanente de la Junta de Regulación

"El factor proporcional a la gravedad de la infracción (α) corresponde a las características del operador económico que realiza la infracción, así como a las



características de esa infracción. En tal sentido, este factor se determina en función de las siguientes variables y conforme la siguiente ecuación:

$$\alpha_i = \lambda_i - [(\varphi N * 1) + (\varphi R * 0.50) + (\varphi L * 0.25)] + [(tIL * 0.08) + (tIG * 0.10) + (tIMG * 0.12)] \quad (3)$$

$$0 < \alpha \leq 2.12$$

[262] Donde,

α	-	Factor proporcional a la gravedad de la infracción
λ_i	-	Cuota de mercado del operador económico responsable
φN	-	Cobertura geográfica de la infracción nacional; 1 si cumple, 0 caso contrario
φR	-	Cobertura geográfica de la infracción regional (3 o más provincias); 1 si cumple, 0 caso contrario
φL	-	Cobertura geográfica de la infracción local (menos de 3 provincias); 1 si cumple, 0 caso contrario
tIL	-	Tipo de infracción leve; 1 si cumple, 0 caso contrario
tIG	-	Tipo de infracción grave; 1 si cumple, 0 caso contrario
$tIMG$	-	Tipo de infracción muy grave; 1 si cumple, 0 caso contrario

Fuente: LORCPM – Secretaría Permanente de la Junta de Regulación

"- Cuota de mercado.- la gravedad de la infracción está directamente relacionada con la participación del infractor en el mercado relevante, a una mayor cuota de mercado, mayor será el perjuicio causado, porque habrán menores posibilidades de que los actores del mercado se desplacen hacia otras alternativas. Para la determinación de esta cuota de mercado se considerará el último ejercicio que corresponda a sus actividades ordinarias en el mercado relevante, o el último año calendario para el cual se cuente con la información ajustado por la inflación correspondiente.

- *Naturaleza de la infracción.- corresponde a la especificidad de la conducta, la naturaleza se enmarca en las siguientes categorías: leve, grave o muy grave. Para cada tipo de conducta se asigna un coeficiente equivalente al porcentaje que establece la LORCPM por el tipo de infracción. En este sentido, se añadirá al factor de gravedad, 0.08 si la infracción es leve, 0.10 si la infracción es grave y 0.12 si la infracción es muy grave.*

-Alcance de la infracción.- corresponde a la cobertura geográfica que tuvo la infracción, considerando de mayor a menor, un alcance nacional, regional [tres (3) provincias o más] o local [menos de tres (3) provincias]. Si la infracción tuvo un alcance nacional se adicionará un punto (1) al factor de gravedad, si fue de alcance regional se añadirá 0.50 y si la cobertura geográfica fue local, se asignará un valor de 0.25.



El factor proporcional de la afectación de la infracción (θ_i) corresponde a la evaluación de la infracción frente al mercado afectado, este factor incluye los siguientes elementos y se determina en aplicación de la siguiente fórmula:

$$\theta_i = n_i \cdot HNI \quad (4)$$

$$0 < \theta_i \leq 2$$

[283] Donde,

n_i	=	Indicador de la dimensión del mercado afectado.
HNI	=	Índice de Herfindahl-Hirschman (HHI) normalizado

Fuente: LORCPM – Secretaría Permanente de la Junta de Regulación

“-Dimensión del mercado afectado.- corresponde a la valoración global del mercado afectada, en el cual el operador económico responsable u operadores económicos cometieron la infracción. Con el objetivo de cuantificar esta dimensión del mercado, se propone categorizar el tamaño total del mercado afectada, medido por:”

$$\sum_{i=1}^N \text{Ventas } i, \text{ en las siguientes clases}^{116}:$$

$$n_i = \begin{cases} 0.10 & \text{si } \sum_{i=1}^N \text{Ventas } i < P^{10} \\ 0.20 & \text{si } P^{10} \leq \sum_{i=1}^N \text{Ventas } i < P^{35} \\ 0.40 & \text{si } P^{35} \leq \sum_{i=1}^N \text{Ventas } i < P^{55} \\ 0.60 & \text{si } P^{55} \leq \sum_{i=1}^N \text{Ventas } i < P^{75} \\ 0.80 & \text{si } P^{75} \leq \sum_{i=1}^N \text{Ventas } i < P^{95} \\ 1.00 & \text{si } P^{95} \leq \sum_{i=1}^N \text{Ventas } i \end{cases} \quad (5)$$

$$0.10 \leq n_i \leq 1$$

Fuente: LORCPM – Secretaría Permanente de la Junta de Regulación

¹¹⁶ OCDE (2008). Handbook constructing composite indicators. Normalisation methods.



"El cálculo de los percentiles para cada uno de los rangos señalados, considera el volumen de ventas netas registradas en el Servicio de Rentas Internas (en adelante, "SRI").

La sumatoria de las ventas representan el volumen total de ventas del "sector real" de la economía, frente a las cuales se determina el rango en el que se encuentra el mercado afectado en cada procedimiento de infracción en el que se hayan determinado que el operador o los operadores involucrados han cometido infracciones a la LORCPM.

En este sentido, los percentiles se determinarán respecto a la información de las formularios y anexos declarados al SRI del año inmediatamente anterior al de la imposición de la multa o del último año que la información se encuentre disponible.

- *Características del mercado afectado.- corresponde a la caracterización del mercado afectado en términos del nivel de concentración de dicho mercado. El HHI es un índice que permite medir la concentración en un mercado, dado por la suma de los cuadrados de las participaciones de las firmas que componen el mercado (en porcentaje). El índice toma valores en un rango de 1 a 10.000, donde el máximo corresponde a un monopolio. De acuerdo al Departamento de Justicia de Estados Unidos (U.S. Department of Justice) y la Federal Trade Commission¹⁰⁷, existen cuatro rangos: a un índice más alto, el mercado es más concentrado y menos competitivo; mientras a un índice más bajo el mercado es muy competitivo y poco concentrado.*

Con el objetivo de que el índice se encuentre en un rango de 0 y 1 como las demás variables, se utiliza el índice de Herfindahl-Hirschman normalizado (HNI), que toma el valor de 0 cuando la concentración es mínima y de 1 cuando la concentración es máxima.

Dado por:

$$HNI = \frac{HHI - \frac{1}{n}}{1 - \frac{1}{n}}$$

$$0 < HNI \leq 1$$

[234] Donde,

HNI	Índice de Herfindahl-Hirschman (HHI) normalizado
-----	--

¹⁰⁷ U.S. Department of Justice y The Federal Trade Commission (2010). Horizontal Merger Guidelines. Disponible [Online]: <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg-2010.html#5c>



HHI	=	Índice de Herfindahl-Hirschman
n	=	Número de firmas

Fuente: LORCPM – Secretaría Permanente de la Junta de Regulación

13.2.2.2 Fase 2: determinación de la base total

[285] De conformidad con el informe SP-2016-009 esta fase contiene lo siguiente:

“El artículo 98 del RALORCPM determina que el importe de la base total (IMBTi) para el cálculo de la multa será definida por la multiplicación del importe base por el número de años de duración de la infracción.

Los periodos de la infracción inferiores a un semestre contarán como medio año y los periodos de más de seis meses pero de menos de un año se contarán como un año completo. En este sentido, el factor de ponderación de la duración de la infracción (d_i), se obtiene mediante la siguiente fórmula:

$$IMBTi = IMBi * d_i \quad (7)$$

$$d_i = d_t + \sum_{t=1}^N d_t \quad (8)$$

[286] Donde,

$IMBTi$	=	Importe base total
$IMBi$	=	Importe Base
d_i	=	Factor proporcional a la duración de la infracción
d_t	=	Duración de la infracción en el último año en el que se tiene constancia de que se ha cometido la infracción.
$d_t - 1$	=	Duración de la infracción en el año anterior a t y así consecutivamente

Fuente: LORCPM – Secretaría Permanente de la Junta de Regulación

[287] Dado por:

$$d_t = \begin{cases} 1 & \text{si la infracción tuvo lugar por seis meses o más en el año } t \\ 0.5 & \text{si la infracción tuvo lugar por menos de seis meses en el año } t \end{cases}$$

13.2.2.3 Fase 3: ajuste del importe de la multa

[288] De conformidad con el informe SP-2016-009 esta fase contiene lo siguiente:

“Conforme lo establecido en el artículo 99 del RALORCPM, el importe base de la multa una vez multiplicado por la duración de la conducta, podrá incrementarse o reducirse cuando la Superintendencia de Control del Poder de



Mercado, durante la investigación, constata la existencia de circunstancias atenuantes y/o agravantes. Para determinar el porcentaje de incremento o reducción del importe de la multa en función de las circunstancias, se plantea la siguiente fórmula:

$$IMTM_i = IMBT_i * Y_i \quad (9)$$

[289] Donde,

$IMTM_i$	=	Importe base total
$IMBT_i$	=	Importe total de la multa del operador económico i
Y_i	=	Factor proporcional a las circunstancias agravantes y atenuantes para el operador económico i

Fuente: LORCPM - Secretaría Permanente de la Junta de Regulación

"El factor proporcional a las circunstancias agravantes y atenuantes (Y_i), está en función del número total de circunstancias en conjunto para el caso materia de la investigación. En tal sentido, la metodología de cálculo establece un coeficiente respecta al total de circunstancias, considerando si los circunstancias agravantes son superiores a las atenuantes o viceversa. El factor Y_i se define como:"

$$Y_i = \begin{cases} 1 & \text{Si } Ag_i - At_i = 0 \\ \omega_i & \text{Si } Ag_i > At_i \\ \mu_i & \text{Si } Ag_i < At_i \end{cases} \quad (10)$$

[290] Donde,

ω_i	=	Coeficiente cuando las circunstancias agravantes son superiores a las circunstancias atenuantes
μ_i	=	Coeficiente cuando las circunstancias agravantes son inferiores a las circunstancias atenuantes
Ag_i	=	Número (entero) de circunstancias agravantes que posee el operador i
At_i	=	Número (entero) de circunstancias atenuantes que posee el operador económico i

Fuente: LORCPM - Secretaría Permanente de la Junta de Regulación

"El porcentaje de incremento o reducción como resultado de la aplicación de circunstancias agravantes y atenuantes, prevé un rango entre 10% y 25%. Y se cuantifican de la siguiente manera:"



$$\omega_i = \begin{cases} 1,25 \text{ Si } Agi - Ati \geq 4 \\ 1,20 \text{ Si } Agi - Ati = 3 \\ 1,15 \text{ Si } Agi - Ati = 2 \\ 1,10 \text{ Si } Agi - Ati = 1 \end{cases} \quad (12)$$

$$\mu_i = \begin{cases} 0,75 \text{ Si } Agi - Ati \leq -4 \\ 0,80 \text{ Si } Agi - Ati = -3 \\ 0,85 \text{ Si } Agi - Ati = -2 \\ 0,90 \text{ Si } Agi - Ati = -1 \end{cases} \quad (12)$$

"Para determinar el importe final de la multa la Superintendencia de Control del Poder de Mercado realizará una evaluación global que tendrá en cuenta todas las circunstancias pertinentes, las mismas que deberán ser consideradas en el factor proporcional precedente.

A excepción de los casos previstos en la Ley, el importe total de la multa está sujeto a la siguiente restricción:

$$IMTM_i \leq [(SIL * 0.08) + (SIG * 0.010) + (SIMG * 0.012)] * VNMR_i \quad (13)$$

[231] Donde,

<i>SIL</i> =	Naturaleza de la infracción leve: 1 si cumple, 0 caso contrario
<i>SIG</i> =	Naturaleza de la infracción grave: 1 si cumple, 0 caso contrario
<i>SIMG</i> =	Naturaleza de la infracción muy grave: 1 si cumple, 0 caso contrario

Fuente: LORCPM – Secretaría Permanente de la Junta de Regulación

13.2.2.4 Determinación de ponderadores

"La metadalogía propuesta contempla ponderaciones que aseguran que el importe de la sanción no exceda los límites legales y que alcance el máxima valor únicamente ante un mercado en situaciones similares de monopolio. (...)

La fórmula propuesta incluye 3 factores, el denominado tipo sancionador (β), el factor proporcional de duración de la infracción (d) y el factor proporcional a las circunstancias agravantes y atenuantes (y).

Tabla 5: Valores máximos por factores contemplados en la fórmula:



Tipo sancionador (β)	Infracciones leves: 4.08 Infracciones graves: 4.10 Infracciones muy graves: 4.12
Duración de la conducta (d)	4.5
Circunstancias agravantes y atenuantes (γ)	1.25

Fuente: Secretaría Permanente de la Junta de Regulación

Elaboración: Secretaría Permanente de la Junta de Regulación

A excepción del factor de duración de la infracción, los otros dos son las variables de control en la estimación del importe de la multa. La duración de la infracción está sujeta a un límite por el principio de prescripción dispuesto en la LORCPM, disposición que se ha acogido en la fórmula y que se toma como valores dados.

Por el contrario, el tipo sancionador (β) que evalúa la gravedad y afectación de la conducta, asigna valores entre 0 y 1 dependiendo de la variable analizada. La sumatoria de las variables consideradas dentro de este tipo sancionador no están sujetas a una condición de restricción, por lo cual dentro del mismo podrían considerarse los elementos necesarios que permitan caracterizar la infracción cometida por el operador o los operadores económicos responsables.

Por otra parte, el factor de circunstancias agravantes y atenuantes, contempla una evaluación global de las circunstancias identificadas durante el procedimiento de investigación. La LORCPM plantea cuatro (4) circunstancias agravantes y cuatro (4) atenuantes, señalando que podrían darse otro tipo de circunstancias. Con el objetivo de delimitar el porcentaje en que se incrementaría o reduciría el importe de la sanción, se han establecido ponderaciones de modo arbitrario, como se indicó supra, en función del número total de circunstancias, dejando un límite abierto superior en caso de que existieran más o menos de 4 circunstancias, respectivamente.

(...) Este coeficiente, se aplicará al tipo sancionador, al ser el factor que determinó el importe base para el cálculo de la sanción.

En este sentido, se estimó el coeficiente en función del siguiente sistema de ecuaciones:

$$IMBi = VNMR * \beta_i * [(SIL * \mu) - (SIG * v) + (SIMG * \omega)]$$

$$IMBTi = IMBi * di$$



$$IMTi = IMBTi * Yi$$

$$IMTi \leq VNMR * [(SIL * 0.08) + (SIG * 0.10) + (SIMG * 0.12)]$$

$$0 < \mu, \nu, \omega < 1$$

Donde, los factores β , d , γ alcanzan sus valores máximos.

Resolviendo el sistema y conforme las restricciones, para cada tipo de sanción se estimaron los coeficientes descritos en la tabla 6. Mediante estos coeficientes, se impone un límite a la proporción del importe base que está en función del volumen de negocios del mercado relevante.

Tabla 6 Coeficientes según el tipo de sanción y proporción sancionatoria cuando es posible determinar el volumen de negocios.

Tipo de sanción	Coeficiente	Proporción sancionatoria
Infracción leve	0,00348583877995643	1.42222%
Infracción grave	0,00433604336043360	1.77777%
Infracción muy grave	0,00517799352750809	2.13333%

Fuente: Secretaría Permanente de la Junta de Regulación

Elaboración: Secretaría Permanente de la Junta de Regulación

Las coeficientes calculados cumplen con la condición de restricción en función de los supuestos planteados anteriormente, los mismos que consideran una situación en la que la conducta del infractor dará el máximo de tiempo y que durante la investigación se determinaran 4 situaciones agravantes o más. Estos coeficientes pueden variar en función de la ponderación que se asigne a cada factor sobre el cálculo de la multa, el escenario de maximización y el nivel de discreción que se desee otorgar a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado para los ajustes finales del importe de la sanción.

(...)"

13.3. Desarrollo y determinación del importe total de la multa

[352] Previo al cálculo del importe total de la multa es necesario considerar los criterios prescritos en el artículo 80 de la LORCPM según las variables que observaremos a continuación:



13.3.1 Variables a considerar para establecer factores de ponderación

13.3.1.1 Del mercado relevante

[293] La Intendencia de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas definió como mercado relevante al "(...) proceso de subasta inversa denominado "Sistema Integral para la Gestión, Agendamiento e Interrelación en la Atención de Salud y Mejoramiento de los servicios que brinda el IESS a sus usuarios", bajo las condiciones técnicas especificadas en los pliegos respectivos al proceso de subasta inversa electrónica No. SIE-IESS-015-2011, dentro del territorio ecuatoriano."¹⁰⁸ (las negritas y el subrayado por fuera del texto)

[294] Asimismo en el punto 8 del mencionado informe, respecto de los elementos para el cálculo del importe de la multa en cuanto al mercado relevante señala:

"(...) Para el caso de la persona jurídica RECAPT RECUPERACIÓN DE CAPITAL CONTACT CENTER S. A., el volumen de negocios (monto adjudicado) en el mercado relevante afectado (proceso de contratación Nro. SIE-IESS-015-2011) ascendió a USD 19'452.211,00. (...) "

[295] Sin embargo, la CRPI mediante resolución de 07 de septiembre de 2015, aun cuando sigue la misma línea de interpretación de la Intendencia de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, determina como mercado relevante al "(...) producto a servicio de atención telefónica denominado "Sistema Integral para la Gestión, Agendamiento e Interrelación en la Atención de Salud y Mejoramiento de los servicios que brinda el IESS a sus usuarios", con las condiciones técnicas especificadas en los pliegos respectivos al proceso de subasta inversa electrónica No. SIE-IESS-015-2011, de 16 de septiembre de 2011." (las negritas y el subrayado es propio)

[296] El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con Sede en el Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha, en el Juicio Especial No. 17811201601271, mediante sentencia resolvió al respecto:

"(...) Para el caso particular, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado dentro del Informe No. SCPM-ITAPMAPR-54-2015, ha considerado dichos parámetros al considerar que en el caso materia de su investigación se trata de un servicio delimitado por los pliegos de contratación en cual ha sido descrito como "Sistema Integral para la gestión, Agendamiento e Interrelación en la Atención de Salud y Mejoramiento de los servicios que brinda el IESS a sus usuarios", del cual, de acuerdo a lo analizada no se pudo establecer un posible sustituto, ya que al estar de por medio un proceso de selección, quien oferte algo distinto sería simplemente descalificado, determinando como

¹⁰⁸ Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas; Informe No. SCPM-ITAPMAPR-54-2015 de 09 de abril de 2015. p. 60.



mercado geográfico todo el territorio nacional en virtud nuevamente de lo establecido en las pliegos.- El Tribunal analiza que en razón de que los procesos de contratación con el sector público, se ciñen a las disposiciones de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la determinación de un mercado relevante tiene que estar enmarcado efectivamente en los términos en lo que se van a contratar, para el caso concreto de acuerdo a las bases contractuales (pliegos), por cuanto es precisamente en este marco en el cual se desarrollaría la entrega del servicio a ser contratado, siendo pertinente entonces, a decir del Tribunal, haber definido el mercado relevante en dicho contexto, mas aún cuando se han considerado para su determinación los elementos contenidos en el artículo 5 de la LORCPM, dicho criterio cabe señalar al constar en el Informe que sirvió de sustento para la decisión impugnada, permite al Tribunal establecer que en la fase de investigación si existió la determinación de un mercado relevante, contrario a lo sostenido por la parte actora.- Este criterio además se encuentra también expuesto dentro del informe pericial solicitado por la parte actora constante de folios 8959 a folios 8978 del proceso.- (...)" (las negritas y el subrayado es propio)

[297] En este sentido se verifica que la sentencia del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo concuerda con lo expuesto en el Informe No. SCPM-IIAPMAPR-54-2015 y con la resolución de 07 de septiembre de 2015 de la CRPI.

[298] Por su parte la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo en su sentencia no realiza ningún análisis y, por lo tanto, se colige que la determinación del mercado relevante no fue punto controvertido y por ende no cambió.

[299] La CRPI en su resolución de 01 de abril de 2019 se reafirma sobre su definición del mercado relevante considerado como:

"(...) producto a servicio de atención telefónica denominado "Sistema Integral para la Gestión, Agendamiento e Interrelación en la Atención de Salud y Mejoramiento de los servicios que brinda el IESS a sus usuarios", con las condiciones técnicas especificadas en los pliegos respectivos al proceso de subasta inversa electrónica Na. SIE-IESS-015-2011, de 16 de septiembre de 2011." (las negritas y el subrayado por fuera del texto)

[300] La resolución de 05 de julio de 2019 emitida por el Superintendente de Control del Poder de Mercado tampoco considera como punto controvertido la determinación del mercado relevante.

[301] Tomando en cuenta lo expuesto y una vez revisado los fundamentos del caso, la CRPI ratifica que la definición del mercado relevante es el producto o servicio de atención telefónica denominado "Sistema Integral para la Gestión, Agendamiento e Interrelación en la Atención de Salud y Mejoramiento de los servicios que brinda el IESS a sus usuarios", con las condiciones técnicas especificadas en los pliegos respectivos al proceso de subasta



inversa electrónica No. SIE-IESS-015-2011, de 16 de septiembre de 2011, dentro del territorio ecuatoriano.

13.3.1.2 De los agravantes

[302] La CRPI conforme el artículo 81 de la LORCPM para calcular el importe total de las sanciones, deberá conforme lo sustraído de la investigación tener en cuenta circunstancias agravantes en las que haya incurrido el infractor de la normativa en libre competencia.

[303] Dichas circunstancias agravantes se establecen de la siguiente manera:

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

a. La comisión reiterada de infracciones tipificadas en la presente Ley.

b. La posición de responsable o instigador de la infracción.

c. La adopción de medidas para imponer o garantizar el cumplimiento de las conductas ilícitas.

d. La falta de calibración u obstrucción de la labor inspectora, sin perjuicio de la posible consideración como infracción independiente, según lo prevista en el artículo 78 numeral 1, literal g.”

[304] La CRPI ha confirmado que ya ha sido determinado previamente el cometimiento de la conducta establecida en el numeral 6 del artículo 11 de la LORCPM; que, conforme el análisis realizado bajo la regla de la razón la conducta es sancionable; y, que ha revisado el expediente, especialmente las pruebas aportadas por los operadores económicos y de la Intendencia de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, por lo cual considera que el operador económico **RECAPT** incurrió en los siguientes agravantes:

i. La posición de responsable o instigador de la infracción.

[305] Mediante copia certificada de acuso recibo de la Comisión Técnica del IESS, dentro del proceso de SIE-IESS-015-2011¹⁰⁹ se observa que quien entrega la propuesta de SOLNET para el Sistema Integral para la Gestión, Agendamiento e Interrelación en la Atención de Salud y Mejoramiento de los servicios que brinda el IESS a sus usuarios es Diego Gaybor Quiroz, quien a su vez según el certificado de las declaraciones del 15% de participación de utilidades de **RECAPT**¹¹⁰ era trabajador a la fecha de **RECAPT** con cargo de jefe de área.

¹⁰⁹ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 3827.

¹¹⁰ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 6025 a 6032.



[306] Lo anterior hace concluir a la CRPI que **RECAPT** tiene una participación protagónica dentro del acuerdo, pues, es este operador económico quien facilitó sus trabajadores, simplificó y coordinó la consecución del objeto y efecto del acuerdo desde su inicio, como es la entrega de la propuesta de su competidor, teniendo así la posición de responsable o instigador de la infracción.

- ii. La adopción de medidas para imponer o garantizar el cumplimiento de las conductas ilícitas.

[307] La CRPI al revisar el *"EXAMEN ESPECIAL A LOS PROCESOS PRECONTRACTUAL, CONTRACTUAL Y EJECUCIÓN DEL CONTRATO PARA EL SERVICIO DE CALL CENTER CON LA EMPRESA RECAPT"*¹¹¹, de la Dirección de Auditoría de Desarrollo Seccional y Seguridad Social, de la Contraloría General del Estado, observa que ciertamente existen coincidencias y similitudes de los documentos de los operadores económicos **RECAPT** y **SOLNET**, así también que el agente económico **RECAPT** presenta documentos que corresponden a la experiencia de **SICONTAC CENTER** de 29 de julio de 2011, e **INTEGRAL SOLUTIONS S.A.** de 17 de junio de 2011, suscritos por el mismo Gerente General quien a la fecha de suscripción no estaba en funciones.

[308] La Contraloría General del Estado en el mismo documento señala que en la documentación e información de las ofertas técnicas de **RECAPT** y **SOLNET** se verifican similitudes y coincidencias entre las ofertas y, siendo aún más grave que en los documentos de **RECAPT** aparece el nombre de **SOLNET** y viceversa, dejando claro que, además de la existencia del acuerdo, hubo un engaño evidente y directamente encaminado a falsear la competencia, es decir, lograr adjudicarse un contrato como fin último del acuerdo mediante la presentación de documentos sin sustento fáctico, lo que es un indicador de conducta altamente reprochable en vulneración del erario público, pero sobre todo al bienestar general y la eficiencia económica.

[309] Los documentos expuestos realzan lo ya probado, en cuanto permite corroborar a esta autoridad que los elementos presentados en las ofertas de los operadores económicos contienen similitudes; por lo tanto, esta prueba permite identificar que los operadores económicos realizaron actos suficientes para llevar a cabo una concertación en la participación de procesos de compras públicas logrando la adopción de medidas para imponer o garantizar el cumplimiento de las conductas ilícitas.

13.3.1.3 Atenuantes

[310] La CRPI conforme el artículo 82 de la LORCPM, para calcular el importe total de las sanciones, deberá establecer la existencia de las circunstancias atenuantes.

[311] Las circunstancias atenuantes se determinan de la siguiente manera:

¹¹¹ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 5055 a 5112.



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

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

[312] El operador económico **RECAPT** no ha presentado prueba alguna que demuestre que:

- i. Realizó actuaciones que pongan fin a la infracción:

[313] De acuerdo al informe de análisis de ofertas de la Subcomisión de Apoyo (informe final único) de 06 de febrero de 2012¹¹², se colige que **RECAPT** y **SOLNET** ciertamente resultaron los únicos operadores económicos que accedieron a la puja y que de la Resolución Administrativa No. CT-IESS-008-2012 de 23 de febrero de 2012¹¹³, emitida por el Director General del IESS dentro del proceso SIE-IESS-015-2011, resuelve adjudicar al operador económico **RECAPT** el contrato “*Sistema Integral para la Gestión, Agendamiento e Interrelación en la Atención de Salud y Mejoramiento de los Servicios que Brinda el IESS a sus Usuarios*”, por el valor de \$ 19'452.211,00 USD, determinando que se perfeccionó el efecto del acuerdo.

- ii. La no aplicación efectiva de las conductas prohibidas

[314] Según la copia certificada de acuso recibo de la Comisión Técnica del IESS, dentro del proceso SIE-IESS-015-2011¹¹⁴, se observa que quien entrega la propuesta de **SOLNET** para el “*Sistema Integral para la Gestión, Agendamiento e Interrelación en la Atención de Salud y Mejoramiento de los servicios que brinda el IESS a sus usuarios*” es Diego Gaybor Quiroz, quien a su vez según el certificado de las declaraciones del 15% de participación de utilidades de **RECAPT**¹¹⁵ era trabajador a la fecha de **RECAPT** con cargo de jefe de área.

¹¹² Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 3902 a 3915.

¹¹³ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 5128 a 5130.

¹¹⁴ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 3827.

¹¹⁵ Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026. Véase fs. 6025 a 6032.



[316] Este elemento permite a la CRPI verificar la aplicación efectiva de las conductas prohibidas porque justamente fue el agente económico **RECAPT**, quien realizó los actos necesarios para el perfeccionamiento de la conducta.

iii. La realización de actuaciones tendientes a reparar el daño causado

[316] No se tiene evidencia alguna que el operador económico **RECAPT** repare el daño causado, especialmente cuando al momento sigue afirmando que no ha cometido infracción alguna.

iv. La colaboración activa y efectiva con la Superintendencia de Control del Poder de Mercado llevada a cabo fuera de los supuestos de exención y de reducción del importe de la multa regulados en los artículos 83 y 84 de esta Ley.

[317] La CRPI no ha verificado la colaboración activa y efectiva por parte del operador económico **RECAPT**.

[318] En virtud de lo expuesto, la CRPI no ha encontrado mérito para establecer atenuantes para el cálculo de la multa.

13.3.1.4 Duración de la infracción

[319] El 23 de enero de 2012 a las 13h40, el operador económico **RECAPT**, presenta la propuesta, dentro del proceso de Subasta Inversa Electrónica SIE-IESS-015-2011.

[320] El 23 de enero a las 13h42, el operador económico **SOLNET**, presenta la propuesta, dentro del proceso de Subasta Inversa Electrónica SIE-IESS-015-2011.

[321] Estos hechos permiten corroborar que el inicio de la presentación de la propuesta, configura el acuerdo anticompetitivo.

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

[323] Este hecho, confirma la culminación de la conducta anticompetitiva.

[324] Lo cual permite corroborar el lapso de tiempo en el cual se comete la infracción sancionable bajo el derecho administrativo sancionador, y establece por lo tanto la duración y ejecución de la conducta imputada.

[325] La duración de la infracción es desde el 23 de enero de 2012 hasta el 23 de febrero de 2012.



13.4. Cálculo y determinación de la multa

- [326] Una vez se conoció en detalle la metodología a aplicarse, así como las variables para establecer los factores de ponderación, a continuación se desarrollará el sistema de cálculo, con los valores para cada una de las variables, de acuerdo a las fases establecidas con la finalidad de determinar el importe de la multa.
- [327] Cabe mencionar que la SCPM por medio de la CRPI como órgano de resolución facultado para fijar las sanciones y multas correspondientes, se ha basado en el Informe No. SP-2016-009, documento que constituye elemento interpretativo esencial de la Resolución No. 012 publicada en el Registro oficial el 22 de noviembre de 2016¹¹⁶¹¹⁷¹¹⁸, emitida por Junta de Regulación de la LORCPM para el cálculo de la multa respectiva, que para nuestro caso en análisis se desarrolla en las siguientes fases:

13.4.1 Fase 1: determinación del importe base

- [328] El sistema de ecuaciones dentro de esta fase para determinar el importe base es:

$$IMBi = VNMRi * \beta_i$$

VNMRi = Volumen de negocios del mercado relevante

$$\beta_i = f \{ \text{gravedad } (\alpha), \text{ afectación } (\theta) \}$$

$$\beta_i = (\alpha_i + \theta_i) * [(SIL * \mu) + (SIG * v) + (SIMG * \omega)]$$

$$\alpha_i = \lambda_i + [(\varphi N * 1) + (\varphi R * 0.50) + (\varphi L * 0.25)] - [(tIL * 0.08) + (tIG * 0.10) + (tIMG * 0.12)]$$

$$\theta_i = ni + HNi$$

- [329] Para el cálculo del indicador de la dimensión del mercado afectado (ni) se calcula los percentiles, categorizando el tamaño total del mercado afectado, medido por el volumen de las ventas netas del sector real de la economía ecuatoriana. Esto con la finalidad de establecer la afectación en el mercado.

¹¹⁶ Véase en la Resolución de 15 de junio de 2017, Caso NESTLE ECUADOR S.A. en el cual se establece para el cálculo de la multa "La aplicación de la metodología para el cálculo de la multa establecida por la Junta de Regulación en la Resolución No. 12 del 22 de septiembre de 2016"

¹¹⁷ Véase la Resolución de 26 de febrero de 2019, Caso OTV MULTICABLE VS. LOS LAGOS TV., en el cual se establece para el cálculo de la multa que "Para este efecto se ha considerado lo establecido por el artículo 80 de la LORCPM. El Reglamento para la Aplicación de la LORCPM y la normativa establecido en la resolución No. 12 de la Junta de Regulación: (...)"

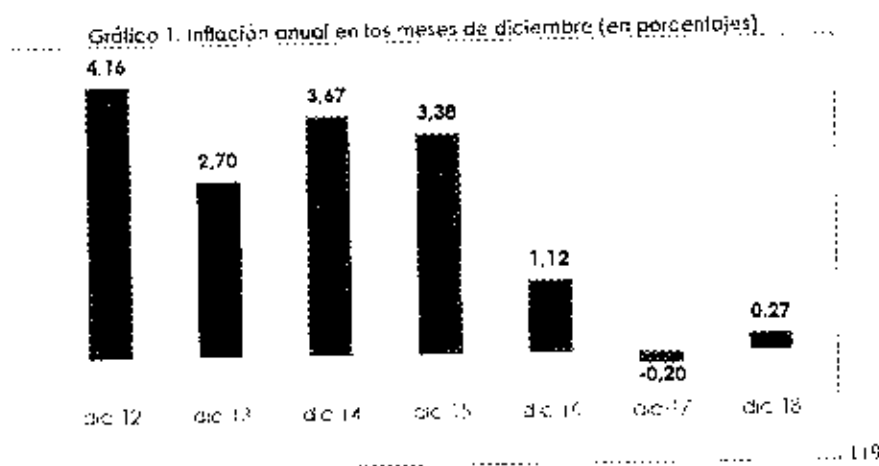
¹¹⁸ Véase en la Resolución de 21 de marzo de 2019, Caso Unión Cementera Nacional UCEM S.A. en el cual se establece para el cálculo de la multa "La aplicación de la metodología para el cálculo de la multa establecida por la Junta de Regulación en la Resolución No. 12 del 22 de septiembre de 2016, se establece para determinar el importe de las multas por infracciones a la LORCPM"



- [330] El Informe SP-2016-009, para la determinación del importe base, cuando es posible determinar el volumen de negocios, señala que:

"(...) Para la determinación del volumen de negocios del operador económica i (VNMRi), se considerarán las ventas durante el último ejercicio que corresponda a sus actividades ordinarias en el mercado relevante, previa deducción del impuesto sobre el valor agregado y de otros impuestos al consumidor final directamente relacionados con el negocio, o las ventas del último año calendario para el cual se cuente con la información, ajustado por la inflación correspondiente." (Subrayado por fuera del texto)

- [331] El Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (en adelante "INEC") con oficio Nro. INEC-SUGEN-2019-0070-O y anexo, ingresados a través de la Secretaría General de la SCPM el 01 de octubre de 2019 a las 10H51, remite la información estadística respecto de la inflación registrada en el país durante el período comprendido entre el 2012 y el 2018, conforme el siguiente gráfico:



- [332] Para determinar el rango en el que se encuentra el mercado afectado, tomamos LOS DIECINUEVE MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS ONCE (USD \$ 19'452.211) que ajustado por la inflación correspondiente al 2018, es de VEINTE Y DOS MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS OCHENTA Y TRES 29/100 (USD \$ 22'584.583,29), que representa el volumen de negocios del mercado relevante, cuyo rango corresponde al segmento del percentil $95 \leq \sum_{i=1}^N \text{ventas } N$, es decir un factor de 1.

¹¹⁹ Oficio Nro. INEC-SUGEN-2019-0070-O emitido por el INEC



$n_j =$	0.10 si			$\sum_{i=1}^N$	ventas	<P	10
	0.20 si	P	10	$\leq \sum_{i=1}^N$	ventas	<P	35
	0.40 si	P	35	$\leq \sum_{i=1}^N$	ventas	<P	55
	0.60 si	P	55	$\leq \sum_{i=1}^N$	ventas	<P	75
	0.80 si	P	75	$\leq \sum_{i=1}^N$	ventas	<P	95
	1.00 si	250,432,60		$\leq$	22.584.583,29		

$$p^{95} = 250.432,60^{120}$$

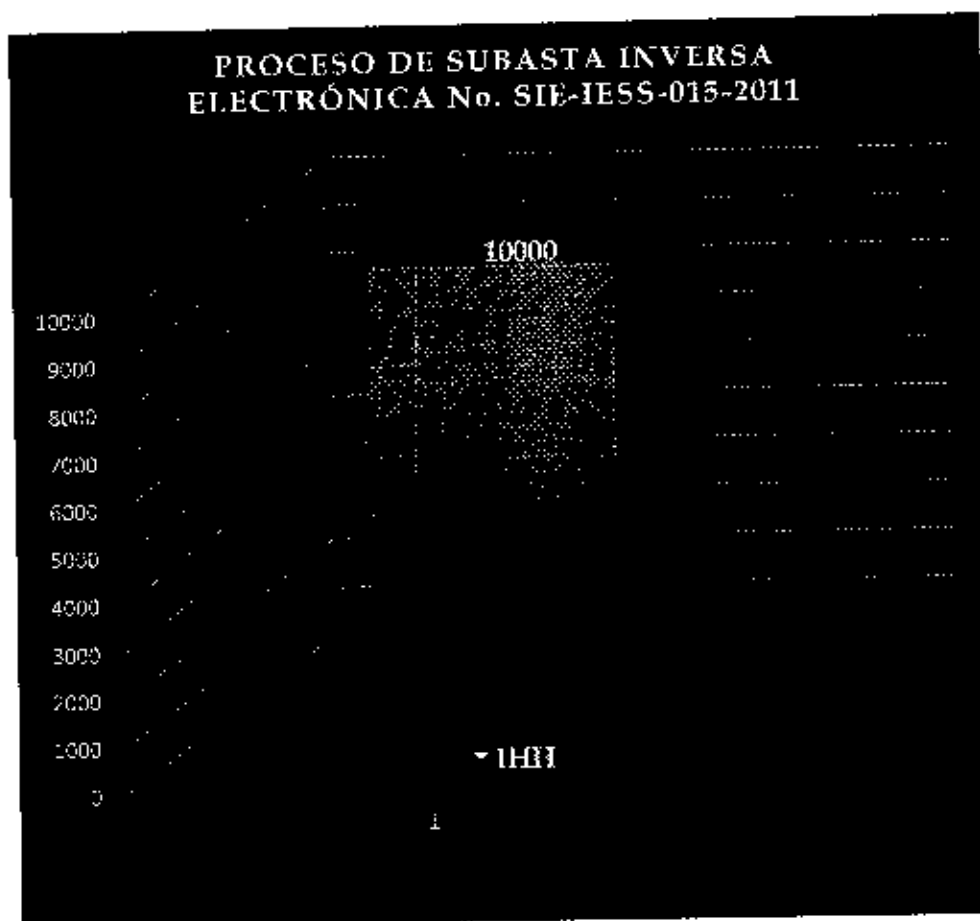
$$\sum_{i=1}^N \text{ventas} = 22'584.583,29$$

Es decir el valor es 1.

[333] Para el cálculo del Índice Herfindahl-Hirschman normalizado (HINi), ha de considerarse que este representa un factor de 1, ya que existe una sola empresa que abarca el 100% del mercado relevante, por lo tanto asume este factor ya que la concentración es máxima.

Establecimiento	VENTAS EN EL PROCESO DE SUBASTA INVERSA ELECTRÓNICA No. SIE-IESS- 015-2011	Participación (%)	SUMA DE LOS CUADRADOS
1 RECAPT S.A.	22584583,29	100,00%	10000
2 SOLNET S.A.	0	0,00%	0
3 CRONIX CIA LTDA	0	0,00%	0
4 SOFLO	0	0,00%	0
5 TECSIBLE	0	0,00%	0
6 SMARTBUSINESS SIA LTDA	0	0,00%	0
TOTAL	22.584.583,29	100%	10000

¹²⁰ Cálculo representado según los valores aportados por el SRI de la sumatoria de ventas que representa el volumen total de ventas del sector real de la economía.



$$HNI = \frac{HHI - \frac{1}{n}}{1 - \frac{1}{n}}$$

$$\frac{1 - \frac{1}{6}}{1 - \frac{1}{6}} = 1$$

[374] Tabla resumen de las variables fase 1

Variable	Descripción	Valor	Ponderación
θ_i	Factor proporcional de la afectación de la infracción	2	2
n_i	Indicador de la dimensión del mercado afectado	1	95 > p = 1



HNi	Índice de Herfindahl-Hirschman normalizado	1	1
$SIMG$	Naturaleza de la infracción muy grave: 1 si cumple, 0 caso contrario	1	1
ω	Coefficiente de ponderación para sanciones muy graves	0,005177993 5	0,00517799 3
λ_i	Cuota de mercado del operador económico responsable	100%	1
ϕN	Cobertura geográfica de la infracción nacional; 1 si cumple, 0 caso contrario	1	1
$tIMG$	Tipo de infracción muy grave: 1 si cumple, 0 caso contrario	12%	0,12

Elaborado por: Comisión de Resolución de Primera Instancia

[335] Desarrollo matemático fase 1

- $\theta_i = n_i \div HNi$

$$1 + 1 = 2$$

$$\theta_i = 2$$

- $\alpha_i = \lambda_i + [(\phi N * 1) + (\phi R * 0.50) + (\phi L * 0.25)] + [(tIL * 0.08) + (tIG * 0.10) + (tIMG * 0.12)]$

$$\alpha_i = 1 - ((1 * 1) + (0 * 0.5) + (0 * 0.25)) + ((0 * 0.08) + (0 * 0.1) + (1 * 0.12))$$

$$\alpha_i = 2,12$$

- $\beta_i = (\alpha_i + \theta_i) * [(SIL * \mu) + (SIG * v) + (SIMG * \omega)]$

$$= (2,12 - 2) * ((0 * 0) + (0 * 0) + (1 * 0,00517799))$$

$$\beta_i = 0,0213333$$

- $IMBi = VNMRI * \beta_i$

$$IMBi = 22'584.583,29 * 0,021333$$

$$IMBi = 481.804,12$$



13.4.2 Fase 2: determinación de la base total

$$IMBTi = IMBi * di$$

$$di = dt + \sum_{t=2}^N dt$$

[336] Para el cálculo del factor proporcional a la duración de la infracción (di) ha de considerarse lo dispuesto en el artículo 98 del RLORCPM según lo siguiente:

[337] Dado por:

$$dt = \begin{cases} 1 & \text{si la infracción tuvo lugar por seis meses o más en el año } t \\ 0.5 & \text{si la infracción tuvo lugar por menos de seis meses en el año } t \end{cases}$$

[338] La duración de la infracción es el periodo entre la presentación de las propuestas, dentro del proceso de Subasta Inversa Electrónica SIE-IESS-015-2011 y la adjudicación al operador económico **RECAPT** del contrato de "Sistema Integral para la Gestión, Agendamiento e Interrelación en la Atención de Salud y Mejoramiento de los Servicios que Brinda el IESS a sus Usuarios", por el valor de \$ 19'452.211,00 USD., es decir, del 23 de enero de 2012 al 23 de febrero de 2012.

[339] Tabla resumen de las variables fase 2

Variable	Descripción	Valor	Ponderación
Di	Factor proporcional a la duración de la infracción	Enero - Febrero de 2012	0.5

[340] Desarrollo matemático fase 2

- $IMBTi = IMBi * di$

$$IMBTi = 481.804,12 * 0,50$$

$$IMBTi = 240.902,06$$

13.4.3 Fase 3: ajuste del importe de la multa

$$IMTMi = IMBTi * Yi$$

Yi = Factor proporcional a las circunstancias agravantes y atenuantes



- [341] El factor está en función del número total de circunstancias en su conjunto; la metodología de cálculo establece un coeficiente considerando si las circunstancias agravantes son superiores a las atenuantes o viceversa. El factor Y_i se define como:

$$Y_i = \begin{cases} 1 & \text{Si } Ag_i - At_i = 0 \\ \omega_i & \text{Si } Ag_i > At_i \\ \mu_i & \text{Si } Ag_i < At_i \end{cases}$$

- [342] El porcentaje de incremento o reducción como resultado de la aplicación de circunstancias agravantes y atenuantes, prevé un rango entre 10% y 25%. Y se cuantifican de la siguiente manera:

$$\omega_i = \begin{cases} 1,25 & \text{Si } Ag_i - At_i \geq 4 \\ 1,20 & \text{Si } Ag_i - At_i = 3 \\ 1,15 & \text{Si } Ag_i - At_i = 2 \\ 1,10 & \text{Si } Ag_i - At_i = 1 \end{cases}$$

$$\mu_i = \begin{cases} 0,75 & \text{Si } Ag_i - At_i \leq -4 \\ 0,80 & \text{Si } Ag_i - At_i = -3 \\ 0,85 & \text{Si } Ag_i - At_i = -2 \\ 0,90 & \text{Si } Ag_i - At_i = -1 \end{cases}$$

- [343] En consecuencia, como se señaló, existen 2 circunstancias agravantes, sin que existan circunstancias atenuantes; por lo cual corresponde a un factor de 1,15 conforme la metodología desarrollada.

- [344] Tabla resumen de las variables fase 3

Variable	Descripción	Valor	Ponderación
Y_i	Factor proporcional a las circunstancias agravantes y atenuantes para el operador económico i	Si $Ag_i - At_i = 2$	1,15

- [345] Desarrollo matemático fase 3

- $IMTM_i = IMBT_i * Y_i$

$$IMTM_i = 240.902,06 * 1,15$$



IMBTi= 277.037,37

13.4.3.1 Techo en la imposición de la multa.

[346] La LORCPM en el literal a) del numeral 3 del artículo 78 establece las infracciones que la Ley determina como muy graves de la siguiente manera:

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

(...)

3 Son infracciones muy graves:

a. El desarrollo de conductas colusorias tipificadas en el artículo 11 de esta Ley que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas u operadores económicos competidores entre sí, reales o potenciales.

(...)"

[347] El literal c) del artículo 79 de la LORCPM, en concordancia con el artículo 102 del RLORCPM, establecen que el importe total de la multa no podrá sobrepasar, en el caso de infracciones muy graves, el 12% del volumen total de negocios del o los operadores económicos responsables en el último ejercicio.

[348] El SRI, mediante Oficio No. 117012019OSTR023136 ingresado en la Secretaría General de la SCPM el 24 de septiembre de 2019 a las 12h39, remite información respecto del operador económico **RECAPT**, en la parte pertinente indica que el mencionado operador económico tuvo en el año 2018 ingresos por \$ 2'364.388,54 USD.

[349] Conforme lo que establece la LORCPM y el RLORCPM, el techo para la imposición de la multa al operador económico, considerando la infracción tipificada como muy grave, es de:

En este sentido el techo es de: \$ 2'364.388,54 USD x 12% = **\$ 283.726,62 USD**

13.4.3.2 Principio de favorabilidad

[350] De lo mencionado supra, se obtuvieron los siguientes datos, establecidos como importe de la multa:



- i. Metodología que se encontraba vigente al momento del cometimiento de la conducta.

IMS = \$ 1'190.475,31 USD

- ii. Metodológica vigente en la actualidad, de conformidad con la Resolución 012 de la Junta de Regulación.

IMBTi= \$ 277.037,37 USD

- iii. Techo para la imposición de la multa de acuerdo a la LORCPM y RLORCPM

\$ 2'364.388,54 USD x 12% = \$ 283.726,62 USD

[351] De conformidad con el principio de favorabilidad para los procesos sancionatorios previsto en el artículo 30 ¹²¹ del COA, se aplicará la multa con el menor valor, es decir, DOSCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL TREINTA Y SIETE 37/100 Dólares de los Estados Unidos de América (\$ 277.037,37 USD).

14. MEDIDAS CORRECTIVAS Y COMPLEMENTARIAS

14.1. De las medidas correctivas

[352] De acuerdo con el Artículo 73 de la LORCPM, la CRPI tiene la facultad para interponer a través de sus resoluciones medidas correctivas tendientes a restablecer el proceso competitivo, prevenir, impedir, suspender, corregir o revertir una conducta contraria a la Ley, y evitar que dicha conducta se produzca nuevamente.

[353] Las medidas correctivas que determina el artículo ibídem entre otras son:

"a) El cese de la práctica anticompetitiva, inclusive bajo determinadas condiciones o plazos;

b) La realización de actividades o la celebración de contratos, tendientes a restablecer el proceso competitivo, inclusive bajo determinadas condiciones o plazos; o,

¹²¹ "Art. 30.- Principio de irretroactividad. Los hechos que constituyan infracción administrativa serán sancionados de conformidad con lo prevista en las disposiciones vigentes en el momento de producirse.

Las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor."



c) La inapponibilidad de las cláusulas o disposiciones anticompetitivas de actos jurídicos."

- [354] Aún cuando el artículo mencionado determina una lista de posibles medidas correctivas, deja abierta la posibilidad para que se puedan interponer otras medidas que conduzcan a restablecer el proceso competitivo, prevenir, impedir, suspender, corregir o revertir una conducta contraria a la Ley, y evitar que dicha conducta se produzca nuevamente.
- [355] En vista de que la conducta por su naturaleza finalizó el 23 de febrero de 2019 fecha en la cual se adjudicó la contratación pública, no cabe ordenar el cese de la práctica anticompetitiva, ni tampoco la realización de actividades o la celebración de contrato, así como tampoco la inapponibilidad de las cláusulas o disposiciones anticompetitivas de actos jurídicos.
- [356] Conforme lo expuesto en esta resolución, se tiene certeza de que la conducta realizada por RECAPT resulta muy grave a la luz de la libre competencia.
- [357] La conducta realizada por RECAPT en el marco del numeral 6 del artículo 11 de la LORCPM, por su naturaleza y especificidad, ya concluyó hace varios años, y por lo tanto es necesario que se dicten medidas correctivas que garanticen la no reincidencia.

14.2. De las medidas complementarias

- [358] La CRPI en uso de sus atribuciones puede interponer mediante resolución medidas complementarias que crea convenientes.
- [359] En el caso que nos ocupa, la colusión en compras públicas, además de constituir una práctica anticompetitiva bajo el control investigativo de la SCPM, también está supeditada al control de otros organismos estatales, que en uso de sus funciones pueden realizar las investigaciones correspondientes e interponer sanciones de ser el caso.
- [360] Las medidas complementarias tienen el propósito de enmendar las conductas realizadas por los infractores, por lo que es necesario remitir la información que tiene la SCPM sobre el tema a cada una de las entidades competentes de regulación y control.

15. Acta de 07 de octubre del 2019

- [361] Mediante acta emitida por la Secretaría Ad Hoc de la CRPI de 07 de octubre del 2019, se observa lo siguiente:

"Los demás documentos repartidos como faltantes en el Informe de la Dirección Nacional de Control de Expedientes REPORTE SCPM-IGT-DNCE-056-2019 y que no se encuentran detallados en el presente informe, es debido a que no ha sido posible su ubicación y no encontraron respaldos de dichos documentos en la SCPM."



[362] Tomando en consideración lo manifestado por la Secretaría Ad Hoc de la CRPI respecto de los documentos faltantes, se tiene constancia de que en el expediente SCPM-CRPI-2015-019 falta: i) Memorando SCPM-CGAJ-DP-619-2017, y ii) Providencia de 27 de noviembre de 2015 a las 12h30.

[363] En atención a lo expuesto cabe mencionar que la CRPI ha realizado los actos suficientes para realizar la reposición del expediente en apego a la Ley aplicable.

[364] Una vez que la CRPI ponderó la información que contendrían los documentos faltantes según las otras piezas procesales anteriores y posteriores del mismo, observa que aquellos no son determinantes, ni constituyen elementos idóneos para mejor resolver, y por lo tanto no modifica o cambia la resolución de la CRPI.

En mérito de lo expuesto la Comisión de Resolución de Primera Instancia

RESUELVE

PRIMERO.- DECLARAR:

- i. La existencia de la infracción cometida por el operador económico **RECAPT** en el marco de la conducta prevista en el numeral 6 del Artículo 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.
- ii. Que el operador económico **RECAPT** incurrió en las circunstancias agravantes determinadas en los literales b y c del artículo 81 de la LORCPM.

SEGUNDO.- IMPONER al operador económico **RECAPT** la multa de DOSCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL TREINTA Y SIETE 37/100 Dólares de los Estados Unidos de América (\$ 277.037,37 USD), en aplicación del artículo 79 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y la Resolución 12 publicada en el Registro Oficial No. 887 de 22 de noviembre de 2016, mediante la cual se expidió la Metodología para la Determinación del Importe de Multas por Infracción a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

TERCERO.- ORDENAR las siguientes medidas correctivas:

- i. El operador económico **RECAPT S.A.**, a través de tres diarios de alta circulación nacional emitirá la siguiente disculpa pública durante siete (7) días consecutivos en un formato de una plana completa:



DISCULPAS A LA CIUDADANÍA POR PARTE DE RECAPT S.A.

Estimada ciudadanía,

RECAPT S.A., pide disculpas públicas a los competidores, empresarios, opinión pública, consumidores, colaboradores y en general al Estado Ecuatoriano por incurrir en actos anticompetitivos de colusión en compras públicas dentro del proceso IESS-SIE-015-2011, "Sistema Integral para la Gestión, Agendamiento e Interrelación en la Atención de Salud y Mejoramiento de los Servicios que brinda el IESS a sus usuarios", una vez que ha sido declarada la responsabilidad, sancionado y multado, mediante Resolución emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

Gerente General

RECAPT S.A.,

- ii. El operador económico **RECAPT S.A.**, a través de tres canales nacionales de alto rating plasmará en la pantalla comunicado escrito y a su vez hablado, conforme la siguiente disculpa pública durante siete (7) días consecutivos, por veinte (20) segundos, en franja publicitaria de 19h30 a 21h30.

DISCULPAS A LA CIUDADANÍA POR PARTE DE RECAPT S.A.

Estimada ciudadanía,

RECAPT S.A., pide disculpas públicas al Estado Ecuatoriano, por incurrir en actos anticompetitivos de colusión en compras públicas dentro del proceso IESS-SIE-015-2011, una vez declarada su responsabilidad, sancionado y multado, mediante Resolución emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.



CUARTO.- ORDENAR las siguientes medidas complementarias:

- i. Por medio de la Secretaría General de la SCPM, notifíquese y envíese una copia certificada de los expedientes SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026 y SCPM-CRPI-019-2015, a la Fiscalía General del Estado y a la Contraloría General del Estado.
- ii. Por medio de la Secretaría General de la SCPM, notifíquese y envíese una copia certificada de la presente resolución al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IESS, Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP, Procuraduría General del Estado, Secretaría Anticorrupción de la Presidencia de la República, Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, para que cada institución pública actúe en razón de sus competencias y funciones.

Las medidas complementarias dispuestas se fundamentan en los artículos 46 y 72 de la LORCPM y numeral 11 del artículo 3 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM, según las cuales los servidores públicos de la SCPM y en especial la CRPI, están obligados a ejercer sus funciones con dedicación y diligencia y están sujetos a responsabilidad profesional; además, que en el caso que encontraren indicios de responsabilidad penal, notificarán y caviarán una copia del expediente a la Fiscalía General del Estado y a la Contraloría General del Estado, para que se inicien las investigaciones y acciones correspondientes, sin perjuicio de las sanciones administrativas que puedan imponerse en virtud de la Ley.

QUINTO.- ORDENAR los siguientes plazos de cumplimiento de la presente resolución:

i. PAGO DEL IMPORTE DE LA MULTA

El pago del importe de la multa, detallado en numeral segundo de la parte resolutive de esta resolución, deberá ser cancelado por el operador económico RECAPT S.A., en el término de quince (15) días, contados a partir de la notificación de la presente Resolución. Valores que serán depositados en la cuenta corriente No 7445261 del Banco del Pacífico, a nombre de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, debiendo remitir el comprobante del depósito a la CRPI en el término de tres (3) días contados a partir de la realización del pago.

ii. MEDIDAS CORRECTIVAS

Las medidas correctivas determinadas en el numeral tercero de esta parte resolutive se cumplirán dentro del plazo máximo de treinta (30) días, contados a partir de la notificación de la presente Resolución.



iii. MEDIDAS COMPLEMENTARIAS

Las medidas complementarias determinadas en el numeral cuarto de esta parte resolutive se cumplirán dentro del plazo máximo de treinta (30) días, contados a partir de la notificación de la presente Resolución.

SEXTO.- NOTIFÍQUESE con la presente Resolución a los operadores económicos **RECAPT S.A., SOLNET S.A. y CRONIX CIA LTDA.,** a la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas y a la Intendencia Nacional Administrativa Financiera.

NOTIFÍQUESE Y CÚPLASE.-

Mgs. José Cartagena Pozo
COMISIONADO

Mgs. Jaime Lara Izurieta
COMISIONADO

Mgs. Marcelo Vargas Mendoza
PRESIDENTE

