

- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Control del Poder de Mercado
- **Órgano de Sustanciación:** CRPI
- **Expediente CRPI:** SCPM-CRPI-2015-019
- **Expediente Apelación:** SCPM-DS-INJ-RA-011-2019
- **Denunciante:** CRONIX S.A.
- **Denunciados:** RECAPT S.A.
SOLNET S.A.
- **Apelante:** RECAPT S.A.

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- Quito, DM, 5 de julio de 2019, a las 17h00.- **VISTOS.-** Doctor Danilo Sylva Pazmiño, en mi calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado, conforme la acción de personal No. SCPM-INATH-328-2018 de 06 de noviembre de 2018, cuya copia certificada se encuentra agregada al cuaderno procesal, en conocimiento del expediente No. SCPM-DS-INJ-RA-011-2019; en uso de mis facultades legales, estando el expediente en estado de resolver señalo:

PRIMERO.- COMPETENCIA.-

En virtud de lo dispuesto en los artículos 44 numeral 2; 65; y, 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), esta Autoridad es competente para conocer y resolver el Recurso de Apelación planteado.-

SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL.-

La tramitación del expediente en esta instancia jerárquica, no adolece de vicios de procedimiento, ni se han omitido solemnidades sustanciales que puedan generar nulidad procesal; por lo que ésta Autoridad declara la validez del mismo.-

TERCERO.- LEGALIDAD DEL RECURSO.-

La señora Lisa María Pullopaxi Paucar, en calidad de Gerente General y Representante Legal del operador económico RECAPT RECUPERACIÓN DE CAPITAL CONTAC CENTER S.A. (RECAPT S.A.), mediante escrito de 25 de abril de 2019 a las 11h31, ingresado a la Secretaría General de esta Superintendencia con número de trámite ID 130965, interpuso Recurso de Apelación en contra de la Resolución de 01 de abril de 2019 a las 09h30, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia. El recurrente ha cumplido así con el principio de oportunidad establecido en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), en cuyo artículo 67 dispone: *“Recurso de Apelación o Jerárquico.- Los actos administrativos emitidos en virtud de la aplicación de esta Ley podrán ser elevados al Superintendente de Control de Poder de Mercado mediante recurso de apelación, que se presentará ante éste. También serán susceptibles de recurso de apelación actos administrativos en los que se niegue el recurso ordinario y horizontal de reposición. El término para la interposición del recurso será de 20 días contados a partir del día siguiente al de la notificación del acto administrativo recurrido. [...]”* (las negrillas no son propias del texto).-

CUARTO.- ACTO IMPUGNADO.-

El acto impugnado por el operador económico RECAPT S.A., es la Resolución 01 de abril de 2019 a las 09h30 suscrita por los doctores Oswaldo Ramón en calidad de presidente, Marcelo Ortega y Agapito Valdéz en calidad de comisionados de la Comisión de Resolución de Primera Instancia (CRPI), en la que se resuelve: **“1. ACOGER parcialmente el Informe Nro. SCPM-IIAPMAPR-054-2015 de 09 de abril de 2015, suscrito por el doctor Wagner Mantilla Cortés, Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, que en lo principal el análisis, conclusiones y recomendaciones determinan que: los operadores económicos SOLNET S.A., y RECAPT RECUPERACIÓN DE CAPITAL CONTAC CENTER S.A., en calidad de personas jurídicas, han adecuado su conducta a lo establecido en el numeral 6 del artículo 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, falseando la competencia en la presentación de ofertas y en la etapa de puja del proceso de contratación pública No. SIE-IESS-015-2011; y, consecuentemente incurriendo en una infracción muy grave descrita en el literal a) numeral 3 del artículo 78 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. 2. SANCIONAR al operador económico RECAPT RECUPERACIÓN DE CAPITAL CONTAC CENTER S.A., con una multa sancionadora de DOSCIENTOS VEINTE Y SEIS MIL SETENTA Y CUATRO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA con 73 centavos (USD \$226.074,73) por haberse comprobado en el presente procedimiento administrativo, que adecuó su conducta a la infracción establecida en el numeral 6 del artículo 11 de la LORCPM, falseando y distorsionando la competencia, perjudicando al mercado del producto en el proceso de contratación pública SIE-IESS-015-2011, en cumplimiento de la Sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, en el Juicio Especial No. 17811201601271. [...] 4. Medida correctiva.- A efectos de restablecer el proceso competitivo en el mercado relevante de este caso, y para los efectos previstos en el último inciso del artículo 11 de la LORCPM, se dispone como medida correctiva que se remitan copias certificadas a la Procuraduría General del Estado, de ser procedente, se sirva tramitar la acción de nulidad de pleno derecho del proceso de contratación Nro. SIE-IESS-015-2011, en concordancia con lo establecido en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. [...]”.-**

QUINTO.- PRETENSIÓN CONCRETA DEL RECURRENTE.-

El operador económico RECAPT S.A. en su escrito de apelación solicita: **“[...] se sirva dejar sin efecto el ilegal y nulo acto administrativo sancionatorio contenido en la Resolución de fecha 1 de abril de 2019 emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia (CRPI) de la Superintendencia de Control de Poder del Mercado (SCPM), y en su lugar, se declare que RECAPT y SOLNET no incurrieron en conducta ilegal alguno durante el proceso de contratación No. SIE-IESS-015-2011. De forma subsidiaria, solicito se reconozca la existencia de irregularidades del procedimiento que lo vician de nulidad y se declare dicha nulidad desde el inicio de este procedimiento administrativo [...]”;** pretensión que la fundamenta en las siguientes argumentaciones: **a) Que no existe una acción concertada:**

“[...] En base a los citados indicios, no se puede considerar fehacientemente que existió un acuerdo colusorio o una conducta prohibida, ya que existen explicaciones lógicas por las cuales se dieron estas coincidencias y similitudes en las ofertas de ambas compañías, sin que estas signifiquen la existencia de una conducta prohibida por parte de RECAPT y SOLNET, para perjudicar a otros oferentes. [...]”; **b) Que no se ha impedido, restringido, falseado o distorsionado la competencia:** “[...] En el acto administrativo impugnado, y en el Informe No. SCPM-IIAPMAPR-054-2015 en el cual se fundamenta, la Superintendencia de Control de Poder del Mercado excluye al IESS de la investigación por no encontrarse elementos de convicción con respecto a la supuesta conducta vertical denunciada, y concluye que la sanción administrativa recae únicamente en RECAPT y SOLNET, debido a que el supuesto acuerdo colusorio fue de carácter horizontal. En este sentido, al no encontrarse ninguna actuación ilegal o prohibida por parte del IESS; y al considerar la misma SCPM que no se encontraba involucrado en ninguna práctica restrictiva durante el proceso de contratación, se debe considerar como válidos los documentos emitidos por la entidad contratante durante la subasta inversa electrónica que dio como resultado la adjudicación del contrato a RECAPT, documentos que, además, gozan de presunción de legalidad y legitimidad, ya que se encuentran firmes y ejecutoriados, debido a que no fueron impugnados.- [...] Por lo expuesto, se evidencia que, en el presente caso, tampoco se cumple con el segundo elemento previsto en el numeral 6 del artículo 11 de la LORCPM, mismo que es necesario para que legalmente proceda una sanción administrativa en contra de RECAPT [...]”; **c) La falta de aplicación de la Regla de la Razón de acuerdo a sentencia de la Corte Nacional de Justicia:** “[...] Al emitir el acto administrativo impugnado, la SCPM incumplió con la sentencia, debido a que lo fundamentó en el Informe No. SCPM-IIAPMAPR-054-2015 de fecha 9 de abril de 2015, emitido por el Dr. Wagner Mantilla Cortés, Intendente de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, con el fin de motivar el acto administrativo impugnado que fue declarado ilegal y nulo por el entonces Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 1 y por la Corte Nacional de Justicia, en base a que no se determina la infracción y la sanción utilizando la regla de la razón, sino en base a la regla per se. Por consiguiente, al fundamentar la Resolución de 1 de abril de 2019, en el mismo informe que dio como resultado el inmotivado y nulo acto administrativo anterior, se evidencia que la SCPM aún no realiza el análisis bajo la regla de la razón para determinar si existe una conducta prohibida que efectivamente haya perjudicado al mercado relevante [...] la fundamentación de la Resolución de la CRPI debe apegarse a lo que la Intendencia de Investigación concluye en su Informe, por lo que en el presente caso se debía realizar una nueva investigación utilizando al (sic) regla de la razón, un nuevo informe con los resultados de la misma, y así también emitir un nuevo acto administrativo en base al mencionado informe [...]”; **d) Que se ha violado el principio de legalidad:** “[...] en base al principio de legalidad, la SCPM solamente podía aplicar una sanción a RECAPT, si comprobaba fehacientemente que el mencionado operador económico realizó: 1) un acto, omisión, acuerdo, práctica concertada o cualquier otra conducta 2) con el objeto o efecto de impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, ya sea en la presentación de ofertas y posturas o buscando asegurar el resultado en beneficio propio o de otro proveedor u

oferente; 3) dentro del proceso de contratación de subasta inversa No. SIE- IESS-015-2011; lo cual se ha comprobado que no lo hizo, considerando que tampoco analizó si existió un perjuicio al mercado tal como existe (sic) la regla de la razón [...]”; e) **Que la sanción no es proporcional a la supuesta infracción:** “En el considerando NOVENO del acto administrativo impugnado, la misma CRPI considera que es aplicable la sanción administrativa, ya que la conducta realizada por RECAPT y SOLNET supuestamente tuvo como objetivo el de falsear y distorsionar la competencia dentro del proceso de contratación de subasta inversa electrónica No. SIE-IESS-015-2011. Es decir, no consideró que RECAPT, con la supuesta conducta prohibida, impidió la competencia. Por lo expuesto, si la conducta de RECAPT y SOLNET no tuvo como objetivo impedir la competencia, lo que consiste en la hipótesis más grave de acuerdo al análisis de la misma CRPI antes citado, no queda claro entonces los fundamentos fácticos y técnicos por los cuales se considera en el considerando décimo del acto administrativo impugnado que “La conducta colusoria investigada es muy grave y se ajusta al literal a) del numeral 3 del artículo 78 de la LORCPM y al literal c) del artículo 79 de la LORCPM”, cuando la misma se fundamenta en las hipótesis menos graves, de todas las previstas en el numeral 6, artículo 11 de la LORCPM, [...] no existe fundamento legal, ni jurídico alguno, para considerar que RECAPT tiene una cuota de 100% en el mercado relevante. Si tuviera la mencionada cuota, la SCPM estaría sosteniendo que RECAPT es el único proveedor en el Ecuador (mercado geográfico) que puede proveer el 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” (mercado producto), ya que solamente así pudiera abarcar el 100% de la cuota del mercado relevante [...]”; f) **Que en el cálculo de la multa no se tomó en cuenta los límites legales:** “[...] En el considerando UNDÉCIMO, la CRPI, además de limitarse a citar el Informe No. SCPM-INICAPMAPR-DNICAPR-009-2018, en ningún momento se plantea averiguar cuál fue el volumen total de negocios de la empresa RECAPT en el año 2018, el cual consiste en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa. Es decir, la SCPM no analizó si la multa impuesta a RECAPT, excede o no el límite máximo previsto en el artículo 79 de la LORCPM para infracciones muy graves, evidenciando así un nuevo motivo por el cual se debe considerar que el acto administrativo es ilegal e inmotivado. [...]”; g) **Que la sentencia de la Corte Nacional de Justicia en ningún momento determina el cometimiento de una infracción por parte de RECAPT:** “[...] Lo anteriormente señalado por la CRPI, no solo vulnera la garantía constitucional de motivación de los actos administrativos por ser contradictorio, sino también evidencia el ánimo de sancionar de la SCPM así no existan los elementos fácticos para hacerlo, ya que claramente en la sentencia citada, la Corte Nacional de Justicia únicamente deja a salvo el derecho de la SCPM de volver a sancionar, siempre y cuando exista mérito para ello [...] la SCPM no cumplió con lo ordenado por la CNJ en la sentencia de 19 de octubre de 2017, al no volver a investigar las conductas señaladas, ni aplicar la regla de la razón, [...]”; h) **Que el contrato No. 64000000-1002-C, suscrito por RECAPT y el IESS dentro del proceso de contratación No. SIE-IESS-015-2011 ya fue declarado nulo por causas imputables exclusivamente al IESS:** “[...] la CRPI, en el numeral 4 de la parte resolutive de la Resolución de 1 de abril de

2019, ordena como medida correctiva que se oficie a la Procuraduría General del Estado para que se sirva tramitar la acción de nulidad de pleno derecho del proceso de contratación No. SIE-IESS-015-2011. La mencionada medida correctiva es ilegal, debido a que la Procuraduría General del Estado ya inició la acción de nulidad en contra del Contrato No. 64000000-1002-C que tuvo como resultado el proceso de contratación No. SIE-IESS-015-2011 [...]; **i) Que el acto administrativo impugnado no realiza una valoración probatoria y se fundamenta únicamente en prueba ilegal y nula:** “La Superintendencia de Control de Poder del Mercado, al emitir el acto administrativo impugnado debía analizar los hechos probados, mediante documentos probatorios válidos y que cumplan con los requisitos legales para que hagan fe en un procedimiento administrativo. [...] Lo que conlleva a que la prueba aportada por el denunciante para justificar los hechos asegurados en la denuncia no cumple con los requisitos legales previstos en el Código de Procedimiento Civil, vigente al momento de emisión del Informe No. SCPM-IIAPMAPR-054-2015, [...]”; **j) Que el acto administrativo es nulo al originarse de modo principal en un acto de simple administración:** “[...] De la simple revisión del acto administrativo impugnado mediante el presente recurso de apelación, se demuestra que este se origina de modo principal y casi exclusiva en el Informe No. SCPM-IIAPMAPR-054-2015, limitándose a transcribirlo para supuestamente fundamentar la sanción administrativa impuesta a RECAPT [...]”; **k) Que se ha impedido a RECAPT a acceder a todo el expediente:** “[...] Es decir se impidió ilegalmente a RECAPT de conocer la información que se está utilizando como prueba en su contra, impidiéndole contradecirla, con el único aparente propósito aparente de evitar que la conozca y así evidencie que existían fotografías y documentos privados de funcionarios de la empresa, [...]”; **l) Que existe violación a la garantía de motivación de los actos administrativos:** “[...] En el presente caso, en el acápite 6.2 del acto administrativo, la SCPM se limita a transcribir normas que supuestamente consisten en los Fundamentos de Derecho de la parte resolutive de la misma, sin analizar la pertinencia de cada uno (sic) de las normas citadas. Lo que claramente constituye una violación evidente a la garantía constitucional de que (sic) adecuada motivación de los actos administrativos, ya que impide al administrado conocer la interpretación y ampliación de las normas al caso concreto, impidiendo así también impugnar en caso de que considere errónea o ilegal tal interpretación o aplicación. [...] Finalmente, existe una falta de motivación debido a que la conclusión del acto administrativo impugnado, se fundamenta únicamente en indicios, pero en ningún momento la SCPM cumple con su obligación al tener la carga de la prueba en un proceso sancionatorio, la cual exige probar fehacientemente la existencia del acuerdo colusorio entre RECAPT y SOLNET [...]”; **m) Que existe violación del derecho a la seguridad jurídica:** “[...] En el presente caso, se ha comprobado que la IIAPMAPR y la CRPI de la SCPM han actuado ilegalmente por fuera de lo prescrito en los artículos 11, 54 y 79 de la LORCPM, lo que consiste en una violación directa al derecho a la seguridad jurídica [...]”.-

SEXTO.- ANTECEDENTES QUE DIERON ORIGEN AL ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO.-

a) Resolución sancionatoria de 7 septiembre de 2015, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, dentro del expediente No. SCPM-CRPI-2015-019.

b) Sentencia judicial emitida el 19 de mayo de 2017, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha, en el juicio especial No. 17811-2016-01271, seguido por RECAPT S.A. en contra de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM) y la Procuraduría General del Estado, en la que resuelve: “[...] *se declara la nulidad de los actos administrativos recurridos, estos son, el Oficio No. SCPM-CRPI-2015-0291 de fecha 7 de septiembre de 2015, la Resolución de 15 de enero de 2016; y, la providencia de fecha 15 de marzo de 2016, en la cual se rechaza el Recurso de Apelación y por ende, se deja sin efecto la multa impuesta a la accionante [...]*”.

c) Sentencia judicial emitida el 19 de octubre de 2017, por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, en el juicio especial No. 17811201601271, en la que considera y resuelve: “[...] **DÉCIMOTERCERO.-** *Por lo que, cuando la Superintendencia sanciona a un operador económico por este numeral mencionado, como se ha dado en el presente caso por falsear o distorsionar la competencia, entonces debe aplicar la regla de la razón que exige que se compruebe que los operadores económicos han perjudicado a la competencia o al consumidor o al mercado, en el mercado relevante que la propia Superintendencia haya determinado en cada caso concreto; debiendo además graduarse la sanción en forma proporcional, pues no es lo mismo impedir la competencia, que restringirla, o falsearla o distorsionarla, siendo evidentemente lo primero, lo más grave [...] se casa la sentencia expedida el 19 de mayo del 2017, 10h43, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito; dejándose a salvo el derecho de la Superintendencia para imponer la multa respectiva siempre y cuando exista mérito para ello, analizando el tema nuevamente conforme la regla de la razón”.-*

SÉPTIMO.- CONSTANCIA PROCESAL.-

Del expediente No. SCPM-DS-INJ-RA-011-2019, en el que se sustancia el presente expediente de apelación, consta:

i) Memorando No. SCPM-CRPI-2019-0191-M de 30 de abril de 2019 y sus anexos, mediante el cual el Secretario Ad-hoc de la CRPI, pone en conocimiento de esta autoridad la providencia de 30 de abril de 2019, a las 11h40, emitida dentro del expediente No. SCPM-CRPI-019-2015, en que la Comisión dispuso remitir el escrito presentado por la señora Lisa María Pullopaxi Paucar, en calidad de Gerente General del operador económico **RECAPT S.A.**;



ii) Copia certificada del escrito y anexos presentados por la señora Lisa María Pullopaxi Paucar, en calidad de Gerente General del operador económico **RECAPT S.A.**, recibido en la Secretaría General de la SCPM, el 25 de abril de 2019, a las 11h31, signado con el trámite Nro. 130965, el cual contiene el Recurso de Apelación interpuesto en contra de la resolución emitida por la CRPI, el 01 de abril de 2019, a las 09h30;

iii) Memorando No. SCPM-CRPI-2019-0194-M, de 02 de mayo de 2019 y sus anexos, mediante el cual el Secretario Ad-hoc de la CRPI, pone en conocimiento de esta autoridad la providencia de 02 de mayo de 2019, a las 15h30, emitida dentro del expediente No. SCPM-CRPI-019-2015, en la que la Comisión dispuso remitir en original del oficio No. PE-2019-04-26-02 presentado por el señor Aníbal Carrera en calidad de Presidente Ejecutivo del operador económico **CRONIX CIA.LTDA.**;

iv) Oficio No. PE-2019-04-26-02 presentado por el señor Aníbal Carrera en calidad de Presidente Ejecutivo del Operador Económico **CRONIX CIA.LTDA.**, recibido en la Secretaría General de la SCPM, el 26 de abril de 2019, a las 15h13, signado con el trámite Nro. 131181, el cual contiene el Recurso de Apelación interpuesto en contra de la resolución emitida por la CRPI, el 01 de abril de 2019, a las 09h30;

v) Providencia de 09 de mayo de 2019 a las 13h00, suscrita por esta autoridad en la cual se admite a trámite el recurso de apelación planteado por el operador económico RECAPT S.A., se corre traslado a la contraparte; se inadmite el recurso de apelación planteado por el operador económico CRONIX CIA. LTDA., y se dispone a la CRPI remitir el expediente administrativo íntegro signado con el número SCPM-CRPI-019- 2015;

vi) Providencia de 11 de junio de 2019 a las 17h05, suscrita por esta autoridad en la cual se insiste a la CRPI la remisión expediente administrativo íntegro No. SCPM-CRPI-019-2015;

vii) Memorando No. SCPM-CRPI-2019-0223 de 12 de junio de 2019, suscrito por el doctor Oswaldo Ramón Moncayo, Presidente de la CRPI, dirigido a la Intendencia Nacional Jurídica con copia al Superintendente de Control del Poder de Mercado, en el que en su parte pertinente manifiesta: “[...] *la Comisión de Resolución de Primera Instancia no cuenta con el expediente referido, ya que la Intendencia Nacional Jurídica lo envió al Tribunal Contencioso Administrativo con sede en la ciudad de Guayaquil [...] La Resolución de 01 de abril de 2019 fue emitida en cumplimiento a la Sentencia antes referida y con fundamento en el informe No. SCPM-INICAPMAPR -DNICAPR -009- 2018, de 22 de agosto de 2018, suscrito por el Director Nacional de Investigación y Control de Acuerdos y Prácticas Restrictivas, generándose así un expedientillo que sirvió para la adopción de la sanción que ha sido apelada ante la máxima autoridad, el mismo que remito en copias certificadas para su conocimiento y resolución, dentro del recurso de apelación planteado*”; al cual se adjunta el expedientillo administrativo referido en el memorando citado, mismo que no contiene identificación de folios y que consta de:

- a) Copia certificada de los medios de verificación de la notificación de la providencia de 19 de enero de 2016 a las 16h10, que habría sido suscrita por la CRPI;
- b) Copia certificada de los medios de verificación de la notificación de la providencia de 21 de enero de 2016 a las 16h10, que habría sido suscrita por la CRPI;
- c) Copia certificada de la boleta de notificación suscrita por el secretario del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo que contiene la providencia de 21 de abril de 2016 a las 08h21, emitida por los señores Jueces del Tribunal de lo Contencioso Administrativo;
- d) Copia certificada de los medios de verificación de la notificación de la providencia de 15 de febrero de 2016 a las 14h05, que habría sido suscrita por la CRPI;
- e) Copia certificada de los medios de verificación de la notificación de la providencia de 28 de enero de 2016 a las 15h50, que habría sido suscrita por la CRPI;
- f) Copia certificada de la resolución de 01 de abril de 2019 a las 9h30 suscrita por los doctores Oswaldo Ramón en calidad de presidente, Marcelo Ortega y Agapito Valdéz en calidad de comisionados de la CRPI;
- g) Copia certificada del escrito presentado por el operador económico RECAPT S.A. ingresado en la Secretaria General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 05 de abril de 2019, a las 11h16, con número de trámite ID. 129455;
- h) Copia certificada de la providencia de 08 de abril de 2019 a las 11h27, emitida por la CRPI;
- i) Copia certificada de la providencia de 16 de abril de 2019 a las 11h25, emitida por la CRPI en la cual se dispone notificar con la resolución de 01 de abril de 2019, al casillero judicial señalado por el operador económico RECAPT S.A.;
- j) Copia certificada del escrito presentado por el operador económico RECAPT S.A., ingresado en la Secretaria General de la SCPM el 25 de abril de 2019, a las 11h31, con número de trámite ID. 130965, en el cual interpone recurso de apelación, en contra de la resolución emitida por el órgano de resolución el 01 de abril de 2019;
- k) Copia certificada de la providencia de 30 de abril de 2019 a las 11h40, suscrita por la CRPI;

l) Copia certificada del oficio No. PE-2019-04-26-02 presentado por el operador económico CRONIX Cia. Ltda., ingresado en la Secretaría General de la SCPM el 26 de abril de 2019, a las 15h13, con número de trámite ID. 131181, cuyo asunto es “Recurso de Apelación o Jerárquico”;

m) Copia certificada de la providencia de 02 de mayo de 2019 a las 15h30, suscrita por la Comisión de Resolución de Primera Instancia;

viii) Providencia de 24 de junio de 2019 a las 11h40, suscrita por esta autoridad en la cual se agrega el memorando No. SCPM-CRPI-2019-0223 de 12 de junio de 2019 y el expedientillo;

ix) Providencia de 02 de julio de 2019, esta autoridad dispuso agregar al expediente el memorando No. SCPM-DS-INJ-2019-258 de 02 de julio de 2019 y sus anexos constantes en las boletas de notificación originales de la sentencia emitidas el 19 de mayo de 2017 por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el ciudad de Quito, y la sentencia de 19 de octubre de 2017, de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, ambas dentro del juicio especial No. 17811-2016-01271, y tener en cuenta la recepción realizada por la Secretaría General de la SCPM el 28 de junio de 2019 de los expedientes administrativos originales signados con los números SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026; SCPM-CRPI-2015-019 y SCPM-CRPI-2015-019-A-019-DS, correspondientes el caso identificado “CALL CENTER”, que fueron desglosados del proceso judicial No. 09802-2015-0920 sustanciado por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en la ciudad de Guayaquil.-

OCTAVO.- NORMATIVA LEGAL APLICABLE.-

Para el análisis del acto materia de la impugnación, es necesario considerar lo establecido en la norma; así, la **Constitución de la República del Ecuador** –CRE- prevé: “**Art. 75.-** *Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley*”; “**Art. 76.-** *En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. 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. [...] Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento. [...] 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. [...] l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho [...]”; “**Art. 82.-** El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”; “**Art. 169.-** El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades; “**Art. 173.-** Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial”; “**Art. 226.-** Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley [...]”; “**Art. 233.-** Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos. [...]” La **Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado –LORCPM-** establece; “**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 [...]”; **Art. 11.-** Acuerdos y prácticas prohibidas.- Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, y en general todos los actos o conductas realizados por dos o más operadores económicos, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general. En particular, las siguientes conductas, constituyen acuerdos y prácticas prohibidas: [...] 6. Los actos u omisiones, acuerdos o prácticas concertadas y en general todas las conductas de proveedores u oferentes, cualquiera sea la forma que adopten, cuyo objeto o efecto sea impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, ya sea en la presentación de ofertas y posturas o buscando asegurar el resultado en beneficio propio o de otro proveedor u oferente, en una licitación, concursos, remates, ventas al martillo, subastas públicas u otros establecidos en las normas que regulen la contratación pública, o en procesos de contratación privados abiertos al público.”; “**Art. 44.-** Atribuciones del Superintendente.- Son atribuciones y deberes del Superintendente, además de los determinados en esta Ley [...] 2. Conocer y resolver de forma motivada los recursos que se interpusieren respecto de actos o resoluciones conforme lo previsto por esta Ley y su Reglamento [...]”; “**Art. 65.-** Legitimidad, ejecutividad y ejecutoria.- [...] El Superintendente podrá revocar en cualquier momento sus actos o los actos emitidos por órganos inferiores, de gravamen o desfavorables, siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, o sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al

ordenamiento jurídico”; “**Art. 67.- Recurso de Apelación o Jerárquico.-** Los actos administrativos emitidos en virtud de la aplicación de esta Ley podrán ser elevados al Superintendente de Control de Poder de Mercado mediante recurso de apelación, que se presentará ante éste. También serán susceptibles de recurso de apelación actos administrativos en los que se niegue el recurso ordinario y horizontal de reposición [...]”; “**Art. 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 [...]”; “**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: [...] 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 [...]”; “**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”; “**DISPOSICIONES GENERALES. Primera.- Jerarquía.-** La presente Ley tiene el carácter de orgánica y prevalecerá sobre las normas de inferior jerarquía. De conformidad con la Constitución de la República, se aplicará sistemáticamente con las demás normas del ordenamiento jurídico, en el orden jerárquico previsto en su artículo 425 [...] En lo no previsto en esta Ley se estará a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil, Código de Procedimiento Penal, Código de Comercio, Código Civil, Código Penal, Ley Orgánica de Servicio Público y las demás leyes y regulaciones aplicables”. El **Reglamento para la Aplicación a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado –RLORCPM-** señala: “**Art. 4.- Criterio general de evaluación.-** La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, para determinar el carácter restrictivo de las conductas y actuaciones de los operadores económicos, analizará su comportamiento caso por caso, evaluando si tales conductas y actuaciones, tienen por objeto o efecto, actual o potencialmente, impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o atentar contra la eficiencia económica, el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios”. “**Art. 8.- Presunción de práctica restrictiva.-** Se presumirá que tienen por objeto impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, que afectan negativamente a la eficiencia económica y al bienestar general, todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, y en general cualquier acto o conducta realizados por dos o más operadores económicos,

competidores, reales o potenciales, que directa o indirectamente: [...] 3. Repartan de manera concertada clientes, proveedores o zonas geográficas. 4. También están sujetos a la presunción establecida en este artículo los actos u omisiones, acuerdos o prácticas concertadas y en general todas las conductas de proveedores u oferentes, cualquiera sea la forma que adopten, ya sea en la presentación de ofertas y posturas o buscando asegurar el resultado en beneficio propio o de otro proveedor u oferente, en una licitación, concursos, remates, ventas al martillo, subastas públicas u otros establecidos en las normas que regulen la contratación pública, o en procesos de contratación privados abiertos al público [...]”;

“**Art. 96.- Base para el cálculo del importe de la multa.-** La base para el cálculo del importe de la multa se fijará en referencia al volumen de negocios realizado en el mercado o mercados relevantes afectados por la infracción investigada. Con el fin de determinar la base para el cálculo del importe de la multa, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado tendrá en cuenta, entre otros, la dimensión y características del mercado afectado por la infracción; la cuota de mercado del operador u operadores económicos responsables; el alcance de la infracción; el efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos; los beneficios obtenidos como consecuencia de la infracción. De conformidad con las circunstancias de la infracción y la gravedad de la misma, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá establecer la base para el cálculo del importe de la multa en relación al volumen de negocios total en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa”. El **Código Orgánico Administrativo** impone: “**Art. 99.-Requisitos de validez del acto administrativo.** Son requisitos de validez: 1. Competencia 2. Objeto 3. Voluntad 4. Procedimiento 5. Motivación”; “**Art. 103.- Causas de extinción del acto administrativo.** El acto administrativo se extingue por: 1. Razones de legitimidad, cuando se declara su nulidad [...]”; “**Art. 104.- Nulidad.** Es válido el acto administrativo mientras no se declare su nulidad. El acto administrativo puede ser anulado total o parcialmente. La declaración de nulidad puede referirse a uno, varios o a todos los actos administrativos contenidos en un mismo instrumento”; “**Art. 105.- Causales de nulidad del acto administrativo.** Es nulo el acto administrativo que: 1. Sea contrario a la Constitución y a la ley [...] 8. Se origine de modo principal en un acto de simple administración. [...]”; “**Art. 106.- Declaración de nulidad.** Las administraciones públicas anularán de oficio el acto administrativo [...]”; “**Art. 107.- Efectos.** La declaración de nulidad tiene efecto retroactivo a partir de la fecha de expedición del acto declarado nulo, salvo que la nulidad sea declarada con respecto a los vicios subsanables [...] La declaración de nulidad de un acto administrativo afecta exclusivamente al acto viciado, salvo en los casos en que el procedimiento administrativo deba también ser declarado nulo [...] Cuando se trata de la declaración de nulidad del procedimiento administrativo, este debe reponerse al momento exacto donde se produjo el acto administrativo viciado [...]”; “**Art. 145.- Expediente administrativo.** Los documentos de un expediente constarán ordenados cronológicamente en función de su recepción. Todas las hojas del expediente serán numeradas de manera secuencial, manualmente o por medios electrónicos. [...]”; “**DISPOSICIONES TRANSITORIAS SEGUNDA** [...] Las peticiones, los reclamos y los recursos interpuestos hasta antes de la implementación del Código

Orgánico Administrativo, se tramitarán con la norma aplicable al momento de su presentación [...]”. El **Instructivo de Gestión Procesal de la SCPM** refiere: “Art. 3.- **LINEAMIENTOS FORMALES Y FUNDAMENTALES PARA LA GESTION PROCESAL.**- En la gestión procesal se deberá observar lo siguiente: 6. **EXPEDIENTE:** Es el conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedentes y fundamento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla. Los expedientes se formarán mediante la agregación sucesiva y cronológica de documentos, pruebas, autos de sustanciación, notificaciones y demás diligencias ingresados al Sistema Digital. Es la serie de actuaciones administrativas debidamente documentadas que reflejan el procedimiento del que el acto o disposición trae causa; y que, por esa razón constituye la materialización del proceso [...]”.-

NOVENO.- DEL CONTROL DE LEGALIDAD DE LAS ACTUACIONES DEL ÓRGANO DE RESOLUCIÓN.-

Previo a realizar el análisis fáctico jurídico de la pretensión del recurrente, esta Autoridad considera propicio realizar el control de legalidad de las actuaciones de la CRPI respecto de la emisión del acto administrativo de 01 de abril de 2019 a las 09h30, por consiguiente se señala que:

- a) Con fecha 30 de abril de 2019 la CRPI con memorando No. SCPM-CRPI-2019-0191-M remite el escrito de apelación presentado por la señora Lisa María Pullopaxi Paucar, en calidad de Gerente General del operador económico **RECAPT S.A.** en contra de la resolución de 01 de abril de 2019;
- b) Mediante providencias de 09 de mayo de 2019 y 11 de junio de 2019, esta Autoridad dispuso a la CRPI remita el expediente administrativo íntegro signado con el número SCPM-CRPI-019-2015;
- c) Con fecha 12 de junio de 2019 en memorando No. SCPM-CRPI-2019-0223, el doctor Oswaldo Ramón Moncayo, Presidente de la CRPI, manifiesta: “[...] la Comisión de Resolución de Primera Instancia no cuenta con el expediente referido, ya que la Intendencia Nacional Jurídica lo envió al Tribunal Contencioso Administrativo con sede en la ciudad de Guayaquil [...] La Resolución de 01 de abril de 2019 fue emitida en cumplimiento a la Sentencia antes referida y con fundamento en el informe No. SCPM-INICAPMAPR - DNICAPR -009- 2018, de 22 de agosto de 2018, suscrito por el Director Nacional de Investigación y Control de Acuerdos y Prácticas Restrictivas, generándose así un **expedientillo** que sirvió para la adopción de la sanción que ha sido apelada ante la máxima autoridad, el mismo que remito en copias certificadas para su conocimiento y resolución, dentro del recurso de apelación planteado”. (las negrillas no son propias del texto)

Una vez que se han identificado los hechos constantes en el expediente de resolución del cual se desprende el acto administrativo impugnado y amparado en el artículo 227 de la Norma

Constitucional que determina la sujeción de la administración pública a los principios de eficiencia, calidad, eficacia e imparcialidad, en concordancia con lo establecido en los artículos 3, 4, 5, 6 y 19 del Código Orgánico Administrativo (COA), y conforme el derecho a la tutela efectiva, al analizar el acto administrativo impugnado de 01 de abril de 2019 se observa que:

- a) En el encabezado de la resolución de 01 de abril de 2019, la CRPI, indica que se la emite dentro del expediente SCPM-CRPI-2015-019;
- b) En la parte inicial se indica que se dispone agregar al expediente los memorandos Nos. SCPM-INICAPMAPR-DNICAPR-023-2018 de 22 de agosto de 2018, y SCPM-IGT-INICAPMAPR-036-2018 de 26 de septiembre de 2018;
- c) En el considerando TERCERO de los antecedentes, se hacen constar varias piezas procesales como: la denuncia presentada por el operador económico CRONIX CIA. LTDA.; providencia 15 de octubre de 2013 a las 15h00 de la Intendencia de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas; providencia que contiene el auto resolutivo de 20 de noviembre de 2013 a las 13h50, en la cual IIAPMAPR inicia la investigación del expediente No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026; providencia de 21 de noviembre de 2014 a las 11h00; providencia de 20 de diciembre de 2014 a las 14h00; Informe No. SCPM-IIAPMAPR-054-2015 de 09 de abril de 2015; e incluso se citan varias partes de dichos documentos;
- d) En el considerando CUARTO, se hace referencia a las alegaciones de los operadores económicos RECAPT S.A., SOLNET S.A., y de la Dirección General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, y de la misma manera se citan varios párrafos de los escritos presentados por ellos;
- e) En el considerando QUINTO, se hace un listado detallado de las pruebas presentadas por la IIAPMAPR, CRONIX Cia. Ltda., RECAPT S.A., y SOLNET S.A, y se realiza un identificación exacta de las fojas del expediente investigativo en las que se encuentra cada una de dichas pruebas e incluso se citan las partes relevantes de ellas;
- f) En el considerando OCTAVO, se hace un análisis de las “alegaciones formuladas por las partes y la prueba actuada” en el expediente administrativo No. SCPM-IIAPMAPR-026-2013;
- g) En el numeral 8.5 cita la sentencia de 19 de octubre de 2017 emitida por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia dentro del juicio No. 17811-2016-01271;

- h) En el considerando NOVENO, la CRPI llega a una conclusión respecto de la determinación de la infracción y la responsabilidad “[...] con base en el Informe final dentro del expediente Nro. SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026 [...] y en atención a la prueba practicada y evacuada en el presente procedimiento administrativo, [...]”;
- i) En el considerando UNDÉCIMO, la CRPI al realizar análisis de la determinación de la sanción, y para el cálculo de la multa toma en cuenta el Informe No. SCPM-INICAPMAPR-DNICAPR-009-2018 de 22 de agosto de 2018;
- j) En el numeral 1 del considerando DUODÉCIMO, la CRPI resuelve acoger parcialmente en Informe No. SCPM-IIAPMAPR-054-2015 de 09 de abril de 2015.

Sin embargo, al revisar la constancia de estos elementos, con los contenidos en el “expedientillo” remitido por la CRPI, se evidencia que no obran del mismo, siendo imposible para esta Autoridad la verificación del fundamento y base de hechos fácticos sobre los cuales la Comisión construyó su voluntad administrativa, pues ni siquiera constan en el expedientillo los memorandos que dice agregar en la parte inicial de la resolución ni menos aún las pruebas, argumentaciones que dice haber analizado, y de igual manera no se observa que conste el Informe No. SCPM-INICAPMAPR-DNICAPR-009-2018 de 22 de agosto de 2018, sobre el cual basa el cálculo de la nueva multa, ni tampoco el Informe Final SCPM-IIAPMAPR-054-2015 de 09 de abril de 2015 que acoge parcialmente.

Sobre esta constancia, es importante indicar que la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 76, establece el respeto irrestricto al debido proceso, garantías básicas de derecho a la defensa en aplicación y cumplimiento de las normas legales, principio concordante con lo expuesto en el artículo 82 ibídem, que puntualmente refiere a la seguridad jurídica como pilar fundamental de cualquier actuación administrativa; así, el acto administrativo debe cumplir con varios elementos fundamentales para su validez, siendo uno de los principales el de una debida motivación, de lo verificado es claro que la CRPI actuó en base a un expedientillo, el cual evidentemente no contiene los antecedentes procesales y elementos de hecho que sustenten la decisión, incurriendo en violación de la garantía constitucional de motivación conforme el mandato determinado en el artículo 76, numeral 7 literal l), pues, la motivación consiste en la enunciación de las normas o principios jurídicos en los cuales se fundamenta la decisión, los mismos que deben ser coherentes, lógicos, posibles y sobre todo deben estar concatenados con elementos de hecho que sean verificables. La motivación, no solo es un elemento de validez del acto administrativo, sino que por sí misma debe indicar los presupuestos de hecho y las razones jurídicas que han determinado la decisión del órgano en relación con los resultados del procedimiento previo; ahora bien, es menester indicar la estrecha relación entre la existencia de un expediente propiamente dicho y el ejercicio de motivación que realiza la autoridad administrativa, así Guillermo Cabanellas lo define como: “Conjunto de papeles, documentos y otras pruebas o antecedentes, que pertenecen a un asunto o negocio, relacionado con oficinas públicas o privadas.”, este

concepto se desarrolla también en el artículo 145 del COA, que señala que los documentos de un expediente administrativo constarán ordenados cronológicamente en función de su recepción, igual criterio está contenido en el artículo 3 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM, de lo dicho se colige que el expediente se constituye en la verdad procesal sobre la cual la autoridad administrativa realiza su ejercicio de análisis, ponderación y valoración para la formación de su voluntad.

En esta línea de análisis, acorde lo establecido en el literal 1) del numeral 7 del artículo 76 de la norma Constitucional si el acto administrativo se encuentra viciado por falta de motivación es nulo; al respecto, el Código Orgánico Administrativo en el artículo 104, establece: “Nulidad. *Es válido el acto administrativo mientras no se declare su nulidad. El acto administrativo puede ser anulado total o parcialmente. La declaración de nulidad puede referirse a uno, varios o a todos los actos administrativos contenidos en un mismo instrumento*”. (Negrilla y subrayado, fuera del texto original); así, para declarar la nulidad de un acto, es necesario identificar si su contenido trasgrede la norma o si existe un elemento que lo vicie; el doctor José Araujo Juárez, en su obra “Teoría de las nulidades del acto administrativo”, publicada en la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM al citar a Entrena Cuesta, tratando el tema de la nulidad señala: “[...] *Es indudable que cualquier vicio que pueda afectar al acto administrativo resulta, precisamente, de la infracción al ordenamiento jurídico que lo regula. En el ámbito del derecho administrativo, como consecuencia de la aplicación del principio de la seguridad jurídica, [...] si el acto administrativo es nulo, la nulidad absoluta –quod nullum est, nullum effectum producit*” de él no se pueden derivar derechos, ya que no se pueden originar derechos contra la ley [...]”; así también la Corte Constitucional en su sentencia de 2 de marzo de 2016, en el caso No. 0781-13-EP ha señalado: “[...] *cuando se viola un derecho subjetivo o se emite un acto administrativo sin cumplir los requisitos esenciales se está ante un acto ilegal [...]*”; de lo expuesto, es claro que un acto emitido contra norma no surte efecto jurídico, pero para ello, debe existir una declaratoria de nulidad. En este mismo contexto, es necesario observar el artículo 105 del Código Orgánico Administrativo -COA-, que señala taxativamente las causales de nulidad, estableciéndose en la especie que en el presente caso se ha incurrido en lo señalado en los numerales 1 y 8 de la norma aludida, puesto que, resulta atentatorio al debido proceso emitir un acto sin contar con los elementos de la verdad procesal que reposen en un expediente y sobre los cuales se realice el análisis y la motivación tal como lo determina la Constitución, lo que evidentemente deriva en la carencia de motivación del acto administrativo, puesto que, no se observa congruencia entre los elementos fácticos y legales en el análisis, generando inseguridad en el administrado, en la razón de la incertidumbre de cómo, y con qué elementos la administración llegó a la adopción de la decisión, afectando de este modo, la garantía constitucional del derecho a la defensa, y demás garantías establecidas en el artículo 76 numerales 1, 3 y 7 literal 1 y artículo 82 de la Constitución de la República. De esta manera se determina que no existe la debida motivación en el acto administrativo de 01 de abril de 2019 a las 09h30 emitido por la CRPI, ya que no se contó con el expediente de investigación, ni con el expediente de resolución completo,

necesarios para la formación de la voluntad administrativa; esta autoridad, en ejercicio del control de legalidad administrativa se encuentra facultada para declarar la nulidad, conforme lo establecido en el artículo 106 del COA, para el caso en análisis, la inexistencia de elementos para configurar la voluntad, ocasionaron inexactitud al desarrollar la motivación del acto emitido el 01 de abril de 2019, viciándolo y contrariando el marco jurídico vigente; por consiguiente, en aplicación del principio de eficacia administrativa establecido en el artículo 169 de la CRE, la obligación de corregir esta inconsistencia, recae sobre esta autoridad.

Con las normas referidas y los criterios tanto jurisprudenciales, como doctrinarios señalados, a *prima facie* es notorio que el acto administrativo sancionatorio realizado por la CRPI, ha incurrido en las causales de nulidad establecidas en los numerales 1 y 8 del artículo 105 del COA; en este contexto, se observa que, al haber generado el acto administrativo con base en un expedientillo y no en los expedientes íntegros de investigación y resolución signados con los Nos. SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026 y SCPM-CRPI-2015-019, respectivamente, viola la garantía de motivación establecida en la Constitución y la ley.

En cuanto a los efectos de la declaratoria de nulidad, está claro que la disposición del Código Orgánico Administrativo en su artículo 107 produce efectos retroactivos, el tratadista Efraín Pérez, en su obra Derecho Administrativo 2014 señala: “[...] *Por otra parte, en la “desaparición” del acto administrativo los efectos son retroactivos –ex tunc, desde entonces; efectos que se producen en la declaratoria de nulidad del acto.*”; en virtud de lo cual, las actuaciones administrativas se retrotraen al momento anterior al vicio de la nulidad encontrada; que como hemos establecido ut supra es aplicable al acto administrativo impugnado.-

DÉCIMO.- ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO DE LA PRETENSIÓN.-

Sin perjuicio de que en el considerando anterior, esta Autoridad en ejercicio del control de legalidad y tutela efectiva administrativa, ha identificado y determinado vicios de nulidad insubsanables del acto administrativo objeto de la impugnación; en tutela del numeral 23 del artículo 66 de la Constitución de la República, y las facultades constantes en el numeral 2 del artículo 44 de la LORCPM, corresponde conocer y pronunciarse sobre las argumentaciones en las que el recurrente funda su pretensión, así:

- a) **Respecto a que no existe una acción concertada, que no ha impedido, restringido, falseado o distorsionado la competencia y que se ha violado el principio de legalidad (literales a, b y d del considerando quinto de esta resolución)**, en atención a este argumento, el operador económico ha señalado en el líbello de su recurso que, con base en los indicios citados no se puede considerar que existió un acuerdo colusorio o conducta prohibida ya que hay explicaciones lógicas sobre las similitudes en las ofertas de las compañías RECAPT y SOLNET, además ha manifestado que la SCPM al excluir al IESS en el proceso de sanción y ser una actuación en firme, se debe considerar como válidos los documentos que dieron como resultado la adjudicación

del contrato a favor de RECAPT, además que la CRPI violenta el principio de legalidad, en virtud que no se ha comprobado que existían todos los presupuestos fácticos para determinar la conducta prohibida establecida en el numeral 6 del artículo 11 de la LORCPM; sobre este punto resulta importante señalar que, de conformidad con las consideraciones realizadas por los órganos jurisdiccionales en sus sentencias de 19 de mayo de 2017 y 19 de octubre de 2017, al realizar su análisis sobre la legalidad y legitimidad de la investigación y sustanciación dentro del procedimiento administrativo, así como la determinación de la existencia de la infracción y la identificación de los responsables, no fueron objeto de observación alguna, evidenciándose que los juzgadores no cuestionan sobre el cometimiento o no de la conducta anticompetitiva o sus responsables, al contrario, de la lectura de las consideraciones esgrimidas por el Tribunal *A quo* que fueron acogidas por los señores jueces de la Corte Nacional de Justicia, se desprende: “8.4. [...] evidenciándose que la determinación de dicha infracción está motivada en los hechos detectados y trasladados tanto al Informe No. SCPM-IIAPMPAR-054-2015 de 9 de abril de 2015 como en el acto administrativo de sanción contenido en la Resolución de 7 de septiembre de 2015, [...] asunto que ha sido apreciado y justificado por la demandada al realizar el análisis de las ofertas de SOLNET y RECAPT S.A., así como la verificar otras vinculaciones entre ambas competidoras lo cual determinó al menos, una ausencia de transparencia, ya que dos competidoras directas realizaron colaboración conjunta para la presentación de sus ofertas, las cuales además fueron las únicas ofertas calificadas para la subasta inversa electrónica que realizó el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social [...]”; es decir, el procedimiento de investigación y actuaciones que precedieron al acto administrativo de 7 de septiembre de 2015 son legales y legítimos ya que no han sido declarados nulos por ninguna autoridad, lo que claramente demuestra de que no cabe ninguna duda de que existió la práctica anticompetitiva de los operadores económicos SOLNET S.A. y RECAPT S.A., hecho evidente tanto en la vía administrativa como en la vía judicial.

- b) **Sobre la falta de aplicación de la Regla de la Razón de acuerdo a sentencia de la Corte Nacional de Justicia (literal c en el considerando quinto del presente acto administrativo)**, el operador económico argumenta que, al emitir el acto administrativo impugnado se incumplió con la sentencia de la Corte Nacional de Justicia ya que la CRPI fundamentó su decisión en el Informe No. SCPM-IIAPMAPR-054-2015 de fecha 9 de abril de 2015, y que este informe es el mismo sobre el que se basó el acto administrativo declarado nulo por el Tribunal Contencioso Administrativo y que fuera casado por la Corte Nacional de Justicia, en ese sentido plantea que la CRPI obligatoriamente tiene que ceñirse a lo manifestado por el órgano de investigación y que en este caso el informe se encuentra basado en la regla “*per se*”, por lo que, en la resolución de 01 de abril de 2019 se ha incumplido la sentencia de casación pues aún no se realiza el análisis del tema bajo la regla de la razón; al respecto, es necesario señalar que entre otras actuaciones de la administración, el informe final

de investigación constituye un acto de simple administración conducente a un cambio de fase si existiere mérito, insumo técnico que sirve de soporte al órgano de resolución de esta superintendencia, para la formación de la voluntad administrativa, empero de lo manifestado no es un elemento vinculante que necesariamente deba ser acogido por la CRPI para tomar su decisión, tanto más que dentro de las funciones y responsabilidades de los miembros del órgano de resolución de la SCPM están las de analizar y valorar cada uno de los elementos de convicción constantes en el expediente de investigación y además, de considerarlo pertinente acorde lo establecido en el inciso final del artículo 71 del Reglamento para la aplicación de la LORCPM, podrá realizar actuaciones complementarias sobre elementos que, a su juicio, pudiesen ser determinantes para la toma de decisiones. Sin embargo de lo dicho, del análisis del acto administrativo impugnado se observa que el ejercicio de motivación y análisis dispuesto por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en su sentencia de 9 de octubre de 2017, resulta escaso e insuficiente, careciendo, en este punto, de los presupuestos de lógica, razonabilidad y comprensibilidad exigidos por la Corte Constitucional en la motivación de las actuaciones de la potestad estatal.

- c) **Respecto de que la sanción no es proporcional a la supuesta infracción y que en el cálculo de la multa no se tomó en cuenta los límites legales (literales e y f del considerando quinto de la presente resolución)**, el operador económico refiere que no queda claro los fundamentos fácticos y técnicos por los que se considera que la conducta colusoria es muy grave ya que la misma se fundamenta en lo que denomina como la hipótesis menos grave de las previstas en el numeral 6 artículo 11, alega además que no existe evidencia de la razón por la cual la CRPI determina que RECAPT tiene una cuota del 100% en el mercado relevante ya que esto implicaría que RECAPT sería el único operador económico capaz de proveer el servicio en el Ecuador, señala además que para la imposición de la multa la CRPI no contó con el ejercicio fiscal del año anterior al de la imposición de la multa, por lo que no cuenta con los elementos necesarios para determinar los límites legales para ello; al respecto, conforme la sentencia emitida el 19 de octubre de 2017, por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, la cual en su parte resolutive señala “[...] 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”, es necesario revisar y analizar los criterios considerados por la Comisión de Resolución de Primera Instancia para la determinación del importe de la multa al operador económico RECAPT S.A., como son:

- i. Metodología aplicable.- La Comisión de Resolución de Primera Instancia en el acápite “UNDÉCIMO” de la resolución de 01 de abril de 2019, señala “[...] dentro del mercado relevante y en aplicación de la fórmula para la

*determinación de las multas contenida en la Resolución No. 012 de 23 de septiembre de 2016 de la Junta de Regulación, publicada en el Registro Oficial No. 887 de 22 de noviembre de 2016, si bien entró en vigor en forma posterior al cometimiento de la infracción que origina la sanción, brinda la metodología que la sentencia del Tribunal de Casación dispone [...]”; al respecto esta Autoridad considera necesario señalar que, si bien la vigencia de la “Metodología para la determinación del importe de multas por infracciones a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado” contenida en la Resolución No. 012 de 23 de septiembre de 2016, emitida por la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control 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, a la vez que garantiza la efectiva vigencia de los derechos del operador económico RECAPT S.A., en el marco del principio *pro homine* conforme lo previsto en el numeral 5 del artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador. En este sentido, la Corte Constitucional en sentencia No. 14-16-SIN-CC, emitida en el caso No. 0058-09-IN ha señalado:*

“[...] el principio pro homine se perfila como aquel que por excelencia permite la obligatoriedad de elegir la fuente y la norma que suministre la mejor solución para la vigencia de los derechos de las personas [...] lo cual, a su vez, coadyuva con el cumplimiento del principio a la igualdad y no discriminación, siendo este uno de los estándares en que el derecho internacional de los derechos humanos ha hecho hincapié.”

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-DNICAPR-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. considerando para el efecto la afectación que este hubiere generado o al mercado o a la competencia o a los consumidores; no obstante, tanto en el Informe No. SCPM-INICAPMAPR-DNICAPR-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 remitido 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 la Junta de Regulación de la LORCPM para el cálculo de la multa respectiva.

Finalmente, no obra del mencionado expedientillo, elementos que permitan identificar que la Comisión de Resolución de Primera Instancia haya realizado actuaciones complementarias con la finalidad de determinar que la multa impuesta no exceda el 12% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de multa, conforme lo dispuesto en la letra c) del artículo 79 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

d) Sobre que la sentencia de la Corte Nacional de Justicia en ningún momento determina el cometimiento de una infracción por parte de RECAPT(literal g del considerando quinto de la presente resolución), el operador económico establece que lo señalado por la CRPI no solo vulnera la garantía de motivación sino que se evidencia el ánimo de sancionar de la SCPM así no existan los elementos fácticos para hacerlo, ya que la sentencia de la Corte Nacional deja salvo el derecho para sancionar siempre y cuando exista mérito para ello, sin que haya establecido el cometimiento de la infracción por parte de RECAPT S.A.; al respecto, esta Autoridad es enfática en señalar que en ningún momento se puso en duda la existencia de la concertación, inclusive, conforme se indicó anteriormente, los órganos jurisdiccionales al analizar estos puntos no encontraron observación alguna a lo actuado por la administración en la comprobación de la conducta. Sin embargo, cabe indicar que la comisión de la infracción fue suficientemente discutida tanto en la vía administrativa como judicial, en ese sentido, es imperativo hacer referencia al principio de imparcialidad consagrado en el artículo 9 del Código Orgánico de la Función Judicial que establece que los jueces serán imparciales y respetarán la igualdad ante la ley y sus decisiones las tomarán de acuerdo a lo establecido en la Constitución y la ley, así como los elementos probatorios aportados por las partes. De acuerdo a las sentencias tanto del Tribunal como de la Corte Nacional, se extrae que, de hecho, el Tribunal reconoció expresamente en su punto 8.4 el cometimiento de la infracción a la ley conforme lo señalaba la CRPI; y a su vez se consideró por parte de la Corte Nacional, en el numeral QUINTO de la sentencia, exaltando lo siguiente: “[...] En el considerando octavo de la sentencia impugnada, efectivamente se verifica que los jueces distritales consideraron que: “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 los que se van a contratar [...] llega a la conclusión de que entre dichas empresas existió una práctica concertada, al falsear y distorsionar la competencia en la presentación de ofertas y en la etapa de puja del proceso de contratación SIE-IESS-015-2011, llegando a la conclusión de que infringió el numeral 6 del artículo 11 de la LORCPM, evidenciando que la determinación de dicha infracción está motivada en los hechos detectados y trasladados tanto al Informe No. SCPM-IIAPMAPR-054-2015 de 9 de abril de 2015 como en el acto administrativo de sanción contenido en la Resolución de 7 de septiembre de 2015 [...]”; de ello deviene la decisión de la Corte Nacional de Justicia de dejar a salvo el derecho de la SCPM para volver a multar de existir mérito, sin que ello implique la realización de una nueva investigación sobre la conducta, pues, no existe necesidad de volver a indagar respecto de los elementos y las acciones que fueron determinantes para comprobar la comisión de la conducta anticompetitiva, ratificadas en las instancias antes referidas.

- e) **Respecto de que el contrato No. 64000000-1002-C, suscrito por RECAPT y el IESS dentro del proceso de contratación No. SIE-IESS-015-2011 ya fue declarado nulo por causas imputables exclusivamente al IESS (literal h del considerando quinto del presente acto administrativo),** el recurrente indica que la CRPI ordenó como medida correctiva que se oficie a la PGE para que se sirva tramitar la nulidad de pleno derecho para el proceso de contratación No. SIE-IESS-015-2011, sin embargo que la PGE ya inició la acción de nulidad en contra del contrato adjudicado como resultado del proceso de contratación; al respecto, se debe identificar las competencias de cada una de las dependencias administrativas, en ese sentido, el hecho de que la Procuraduría General del Estado en ejercicio de sus competencias haya incoado un juicio de nulidad contractual, no enerva la obligación de la SCPM de poner en conocimiento de los organismos técnicos de control y demás entidades del estado los resultados de sus investigaciones para que actúen en el marco de sus competencias.
- f) **Respecto de que el acto administrativo impugnado no realiza una valoración probatoria y se fundamenta únicamente en prueba ilegal y nula; que el acto administrativo es nulo al originarse de modo principal en un acto de simple administración y que se impidió a RECAPT acceder a todo el expediente (literales i, j y k del considerando quinto de la presente resolución),** el recurrente señala que el acto administrativo impugnado debió analizar que los elementos probatorios cumplan con los requisitos legales para que hagan fe en un proceso administrativo; por lo que, las pruebas aportadas por el denunciante no cumplen con los requisitos legales del Código de Procedimiento Civil; sobre este punto, conforme se ha analizado e indicado en numerales anteriores, las alegaciones sobre legalidad y legitimidad de las actuaciones administrativas fueron debidamente analizadas y revisadas por el Tribunal Contencioso Administrativo quién no evidenció vulneración o vicio alguno de

legalidad o legitimidad, criterio acogido en la sentencia de casación al dejar a salvo el derecho de volver a multar, analizando el tema con la regla de la razón; por otro lado y como se ha señalado en líneas anteriores los informes constituyen un insumo técnico que sirve de soporte al órgano de resolución de esta superintendencia, para la formación de la voluntad administrativa, empero de lo manifestado no es un elemento vinculante que necesariamente deba ser acogido por la CRPI para tomar su decisión, tanto más que dentro de las funciones y responsabilidades de los miembros del órgano de resolución de la SCPM están las de analizar y valorar cada uno de los elementos de convicción constantes en el expediente de investigación. Sin embargo de lo dicho, del análisis del acto administrativo impugnado se observa que el ejercicio de motivación y análisis constante en la resolución no resulta suficiente, careciendo, en este punto, de los presupuestos de lógica, razonabilidad y comprensibilidad exigidos por la Corte Constitucional en la motivación de las actuaciones de la potestad estatal; tanto más que en el considerando noveno de la presente resolución se determinó el vicio de nulidad del acto impugnado al haber sido expedido sin contar con los expedientes de investigación y resolución Nos. SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026 y SCPM-CRPI-2015-019, necesarios para realizar el análisis ordenado por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia.

- g) **Respecto a que existe violación a la garantía de motivación y al derecho a la seguridad jurídica (literales l y m del considerando quinto de la presente resolución)**, el operador económico señala que el acto administrativo impugnado adolece de una adecuada motivación lo que deriva en una afectación a la seguridad jurídica; sobre este punto, esta Autoridad se ha referido en el considerando NOVENO de la presente, evidenciando y determinado el vicio del que adolece la motivación realizada por la CRPI al haber emitido acto administrativo sin contar con los expedientes administrativos Nos. SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026 y SCPM-CRPI-2015-019 que le permitan verificar la verdad procesal sobre la cual funde su voluntad administrativa.-

DÉCIMO PRIMERO.- CONSIDERACIONES ADICIONALES.-

Sobre el análisis de la regla de la razón en cumplimiento de la sentencia de 19 de octubre de 2017, emitida por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia dentro del juicio No. 17811-2016-01271:

Es importante indicar que, conforme lo establecido en los artículos 204 y 213 de la Constitución de la República del Ecuador, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado como un organismo técnico de control, tiene como objetivo la vigilancia, intervención y control de las actividades económicas, con el propósito de que dichas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general; en este sentido, el derecho de competencia es una de las ramas del derecho que posee características sumamente especiales, particulares y técnicas que se desarrollan a través de la

formación de criterios doctrinarios, tanto jurídicos como económicos. Bajo esta línea es necesario que la SCPM como organismo técnico de control de competencia, se pronuncie sobre las consideraciones que pudiesen realizar los órganos jurisdiccionales sobre los asuntos específicos de su competencia, en tal sentido dentro del proceso judicial No. 17811-2016-01271 la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional Justicia, en sentencia de 19 de octubre de 2017, emitió las siguientes consideraciones:

“[...] DUODÉCIMO.- Podría ser que el artículo 11 de la LORCPM contenga infracciones de peligro abstracto, pues contiene una densa cantidad de infracciones en sus complejos veintiún numerales; pero si se analiza bien el numeral 6 del artículo 11 de la LORCPM que aquí nos ocupa, se debe tener muy en cuenta que tal numeral contiene infracciones de peligro concreto, al cual se le debe aplicar por tanto la regla de la razón, y no se tratan de mero peligro abstracto (en cuyo caso sí se podría aplicar la regla per se), y esto porque al referirse a los acuerdos y prácticas restrictivas ahí señalados, claramente tipifica: “cuyo objeto o efecto sea impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia,” por lo que este numeral tiene una tipificación específica que debe ser tenida en cuenta y respetada. Dentro de los elementos objetivos de la tipicidad el núcleo es su elemento central, así nos lo recuerda el maestro Albán Gómez al señalar que éste es “el elemento central de la tipicidad, el que determina y delimita el acto (acción u omisión) ejecutado por la persona. Al ser, pues, una conducta, el núcleo suele fijarse en la ley mediante un verbo... La incorporación a los códigos de nuevos delitos, en el ámbito económico ambiental y otros más, ha vuelto más compleja la determinación precisa del núcleo del delito, pero en todo caso siempre debe constar expresamente señalado.” Ibidem, 138. DÉCIMOTERCERO.- Por lo que, cuando la Superintendencia sanciona a un operador económico por este numeral mencionado, como se ha dado en el presente caso por falsear o distorsionar la competencia, entonces debe aplicar la regla de la razón que exige que se compruebe que los operadores económicos han perjudicado a la competencia o al consumidor o al mercado, en el mercado relevante que la propia Superintendencia haya determinado en cada caso concreto; debiendo además graduarse la sanción en forma proporcional, pues no es lo mismo impedir la competencia, que restringirla, o falsearla o distorsionarla, siendo evidentemente lo primero, lo más grave. Por todo lo anterior, y sin que sea necesario ya más análisis, este Tribunal de Casación [...] 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”

De lo anterior se colige que la Corte Nacional de Justicia exige a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado que, para sancionar el cometimiento de la conducta anticompetitiva analizada y demostrada a plenitud por parte de la autoridad de competencia, se observe lo siguiente:

- a) Que se tenga en cuenta la tipicidad de la conducta;
- b) Que se aplique la “regla de la razón”;
- c) Que se determine si se ha perjudicado a la competencia, al consumidor o al mercado;
y,
- d) Que para la gradación de la multa, se considere si la competencia ha sido restringida, falseada o distorsionada, teniendo en cuenta que lo más grave es restringir, de acuerdo al fallo.

La problemática radica en que el primer y segundo requisito exigido por la Corte Nacional de Justicia podrían contraponerse, toda vez que la regla de la razón es una categoría de derecho procesal que establece los mecanismos y herramientas destinados a la evaluación de las conductas de los operadores económicos en el mercado, que no se encuentra reconocida por la legislación positiva ecuatoriana en materia de competencia y por tanto, no existe una guía de qué es y cómo aplicar la regla de la razón.

Por el contrario y como se observará en acápites posteriores, el estándar para la evaluación de conductas y prácticas comerciales en el mercado expresamente reconocido por la legislación ecuatoriana, en materia de competencia, es la dicotomía objeto-efecto derivado de la tradición jurídica europea.

En tal virtud, es imperioso explicar la naturaleza y alcance de la regla de la razón, en contraste con los estándares reconocidos por la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, y su interfaz, de tal forma que esta autoridad pueda acatar lo dispuesto por la Corte Nacional de Justicia, sin contravenir norma expresa.

Ahora bien, es preciso referir los siguientes puntos:

- a) **La regla de la razón y la regla per se.**- Previo a definir aquello que comprende la aplicación tanto de la regla *per se* cómo la regla de la razón, es menester aclarar que ambos estándares para el análisis de conductas restrictivas a la competencia son originarios del derecho de la competencia estadounidense, en el cual la prohibición de acuerdos y prácticas restrictivas a la competencia se origina principalmente de la prohibición contenida en la sección 1 del *Sherman Act* de 1890, a saber:

“Todo contrato, combinación en forma de fideicomiso o de otro tipo, o conspiración, para restringir el comercio entre los varios Estados, o con naciones extranjeras, es declarado como ilegal.” (énfasis añadido)¹.

A diferencia de la normativa ecuatoriana en materia de competencia, el legislador norteamericano no estableció una guía detallada del tipo de acuerdos y prácticas sancionables e incluso, hasta la fecha, existe debate acerca de las principales

¹ Sherman Act. Section 1. 1890. Traducción libre.

motivaciones que llevaron al legislador norteamericano a prohibir las conductas tipificadas².

La tradición legal norteamericana, particularmente en el ámbito jurisprudencial federal, permitió que el alcance de esta prohibición y las demás normas del derecho de competencia, sean desarrollados a través de los órganos de justicia, principalmente por la Corte Suprema.

Las primeras interpretaciones del Sherman Act, aplicaron esta normativa bajo un standard similar al que hoy llamamos *per se*, que se refiere a una prohibición a la forma de una conducta, que no requiere análisis posterior, dado que en sí misma puede ser definida como ilegal. Por ejemplo, en el caso *Estados Unidos c. Trans-Missouri Freight Association*, se estimó que dicha norma sanciona todo contrato que restrinja la competencia, sin perjuicio de la razonabilidad o efectos de las conductas que el mismo contenga³.

Años más tarde -1911- la Corte Suprema estadounidense apartándose de este criterio concluyó que la única manera de analizar casos “antitrust” o de competencia es a través de la razón⁴. Esta situación, de fallos aparentemente contradictorios, generó incertidumbre durante muchos años en los Estados Unidos⁵.

Finalmente, en el caso *Trentonn-Potteries*, la Corte Suprema se pronunció respecto a esta dicotomía y aclaró que aunque las restricciones a la competencia están generalmente sujetas a la regla de la razón, tipos específicos de restricciones tales como acuerdos para arreglar y mantener los precios se consideran automáticamente irrazonables⁶. Posterior jurisprudencia aclararía que: “[h]ay ciertos acuerdos o prácticas que, debido a su efecto pernicioso en la competencia y la falta de cualquier virtud redimible, se presume de manera concluyente como irrazonables y, por lo tanto, ilegales sin una investigación detallada sobre el daño preciso que han causado o la excusa comercial para su uso”⁷.

En contraposición a la rigidez de la regla *per se*, la “*rule of reason*” o regla de la razón invoca una evaluación “*case by case*” de las mismas, atendiendo a los hechos de cada

² Por ejemplo, ver la discusión en Douglas H. Ginsburg. Bork's "Legislative Intent" and the Courts. *Antitrust Law Journal*, Vol. 79, No. 3. 2014, pp. 941-951.

³ Corte Suprema de Justicia. Caso de los Estados Unidos de América. *U.S. Supreme Court United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n*, 166 U.S. 290. Decisión de 22 de marzo de 1897.

⁴ Corte Suprema de Justicia. Caso de los Estados Unidos de América. Caso *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1. Decisión de 15 de mayo de 1911.

⁵ Hovenkamp, Herbert. *The Rule of Reason*. University of Pennsylvania Law School Legal Scholarship Repository. 2018, p. 86

⁶ Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América. *United States v. Trenton Potteries Co.*, 273 U.S. 392. Decisión de 21 de febrero de 1927.

⁷ Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América. Caso *Northern Pacific R. Co. v. United States*, 356 U.S. 1. Decisión de 10 de marzo de 1958.

caso y un examen de razonabilidad en la actuación de los operadores económicos inmiscuidos en una determinada práctica comercial.

La jurisprudencia estadounidense ha ido reduciendo el alcance de la aplicación de la regla *per se* para el análisis de contratos y acuerdos en los mercados. En este sentido, el caso *Leegin*, merece especial referencia, pues la Corte Suprema dictaminó que la regla *per se* no aplicaría para ningún acuerdo de naturaleza vertical, ni aún cuando impusiere precios mínimos de reventa, derogando la jurisprudencia anterior que condenaba a este tipo de prácticas de forma directa,⁸ de tal forma que en la actualidad dicho estándar únicamente se aplica a los acuerdos o restricciones desnudas (*naked/hardcore*) como la fijación horizontal de precios, la repartición de mercados, restricciones a la producción, entre otros.

- b) **Aplicación de la regla de la razón.-** Al momento de analizar la procedencia de un juicio por parte de la autoridad judicial estadounidense, una primera etapa se enfoca en el estándar de valoración que se utilizará para juzgar a una determinada conducta – regla de la razón o regla *per se*- considerando que la utilización de un método o el otro dependerá de la naturaleza de la conducta que se pretende demostrar, y de la necesidad y razonabilidad de ver más allá de su forma⁹.

Una vez que una conducta es analizada bajo la regla de la razón, su evaluación trasciende la necesidad de demostrar únicamente su existencia, ocupándose un análisis posterior. En este contexto, la carga de la prueba corresponde principalmente al accionante¹⁰, quien debe demostrar *prima facie* que los demandados tienen poder de mercado y han realizado una práctica que pueda restringir la competencia¹¹.

En este punto, el accionante puede demostrar los efectos producidos o la plausibilidad de que estos se produzcan, teniendo en cuenta la naturaleza de la restricción y la estructura del mercado; esto, normalmente, será suficiente para revertir la carga de la prueba¹², lo cual indica que la misma es generalmente alternativa: (1) demostrar actualmente los efectos; o (2) demostrar que la restricción en particular dentro del mercado en específico generará efectos adversos.

⁸ Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007)

⁹ Op. Cit. Hovenkamp, p. 91.

¹⁰ Teniendo en cuenta que se en el sistema estadounidense estos procedimientos se ventilan en sede judicial y no administrativa.

¹¹ Op Cit. Hovenkamp, p. 102 y Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América. Casos *Tops Markets, Inc., Plaintiff-appellant-cross-appellee, v. Quality Markets, Inc.; the Penn Traffic Company; Sunriseproperties, Inc., Defendants-appellees, James v. Paige, Jr., Defendant-appellee-cross-appellant*, 142 F.3d 90. 1998.

¹² Algunos casos del sistema federal de Estados Unidos, demuestran lo manifestado, algunos de los señalados por Hovenkamp p. 102-103.

Demostrado esto, corresponderá a los demandados aportar evidencia suficiente que indique la razonabilidad de la conducta, sobre la base de efectos pro competitivos que la justifiquen¹³; si los demandados logran desvirtuar las aseveraciones del accionante la conducta no podrá ser considerada necesariamente como ilícita¹⁴, caso contrario los cargos imputados por el demandante prevalecerán. A su vez, esta justificación puede desvirtuarse si el accionante demuestra que los efectos pro competitivos alegados por el demandado, podían ser obtenidos por otros medios menos restrictivos a la competencia¹⁵.

En algunos casos, este ejercicio de la regla de la razón, tiende a ser descrito como un ejercicio de ponderación entre los efectos negativos y positivos de una conducta en el mercado; sin embargo, como bien crítica y señala Hovenkamp “[...] parecería que fuera del ámbito del control de concentraciones, ninguna corte si quiera ha intentado ponerle un valor, en dólares de ganancia o pérdida a la economía, a los efectos anticompetitivos de una restricción o sus justificaciones”¹⁶.

Una vez demostrada la conducta, la cantidad de prueba que se necesita para demostrar que la misma es anticompetitiva bajo este esquema dependerá de la naturaleza de la conducta investigada, dado que mientras más improbable sea la alegación realizada por una de las partes, la carga de la prueba será mayor. Así, si se demuestra que las partes tienen suficiente poder de mercado y la existencia de una práctica de naturaleza restrictiva, puede esperarse de forma racional que tenga un efecto restrictivo, revirtiendo la carga de la prueba¹⁷.

Ante esta situación, en la práctica, la regla de la razón no abarca un solo método o estándar probatorio, sino que depende en gran medida de la naturaleza de la conducta investigada y el caso en particular. Incluso, la Corte Suprema estadounidense ha reconocido que no hay una línea clara divisoria entre la regla per se y la regla de la razón, sino una serie de gradaciones que dependen de los hechos del caso concreto¹⁸. Incluso, dentro de la aplicación de regla de la razón, existen distintas categorías, como la que algunos la denominan “regla de la razón truncada” o “*quick-look*”; la Corte Suprema estadounidense, sin embargo, sin haber reconocido o negado la existencia de

¹³ Op. Cit. Hovenkamp, p. 103-104.

¹⁴ Ídem.

¹⁵ Ídem.

¹⁶ *Ibid.*, p. 133 [traducción libre].

¹⁷ *Ibid.*, p. 107

¹⁸ A propósito de esta escala de grises existente entre la aplicación de una u otra regla, en el caso NCAA c. Board of Regents, la Corte Suprema de Estados Unidos aclara que: “[d]e hecho, a menudo no hay una línea brillante que separe la regla per se del análisis de la regla de la razón. La regla per se puede requerir una investigación considerable de las condiciones del mercado antes de que la evidencia justifique una presunción de conducta anticompetitiva [...] Por ejemplo, aunque la Corte ha hablado de una regla “per se” en contra los acuerdos de vinculación, también ha reconocido que la vinculación puede tener justificaciones competitivas que hacen que sea inadecuado condenarla sin un análisis considerable del mercado” [traducción libre].

este tipo de exámenes, si ha dicho que dependiendo de los hechos concretos del caso, se generan presunciones, aún dentro de la regla de la razón¹⁹.

Una buena síntesis de lo manifestado la realizan la Federal Trade Commission y el Department of Justice de los Estados Unidos de América, en su guía sobre cooperación entre competidores, al siguiente tenor:

“El análisis de la regla de la razón se enfoca en el estado de la competencia actual comparado con el escenario de que el acuerdo no existiría. La pregunta central es si es que el acuerdo en cuestión plausiblemente conllevará a que los precios suban o se reduzca la oferta, calidad, servicio o innovación en comparación con lo que sucedería si no existiera el acuerdo [...] Como parte del examen, las agencias analizarán la motivación de los negocio y examinarán si el acuerdo ya existente o si ya ha causado daños a la competencia. En algunos casos, la naturaleza del acuerdo y la ausencia de poder de mercado demuestran la falta de daño a la competencia, en tales casos las agencias no impugnarán los acuerdos. Alternativamente, cuando los efectos anticompetitivos sean obvios de la naturaleza del acuerdo, [...] de no existir beneficios suficientes para compensar el daño, las agencias impugnarán la legalidad de estos acuerdos, sin un análisis detallado del mercado”²⁰.

En definitiva, la regla de la razón comprende una diversa gama de variantes que no suponen una aplicación o procedimiento homogéneo para todos los casos, considerando que aquello necesariamente depende de los hechos específicos, mismos que imponen diferentes cargas probatorias a las partes, teniendo en cuenta que la naturaleza misma de una conducta, aún bajo la regla de la razón, puede ser sancionada sin agotar una análisis exhaustivo de la misma, por ejemplo concluyendo de manera cierta que existió una afectación a la competencia.

¹⁹ En el caso *California Dental Assn. v. FTC*, 526 U.S. 756 de 1999, la Corte Suprema estadounidense dijo: “Como lo demuestran las circunstancias aquí, generalmente no existe una línea categórica entre las restricciones que dan lugar a una inferencia intuitivamente obvia del efecto anticompetitivo y las que requieren un tratamiento más detallado. Lo que se requiere, más bien, es una investigación de cada caso, atendiendo a las circunstancias, detalles y lógica de una restricción. El objetivo es ver si la experiencia del mercado ha sido tan clara, o necesariamente lo será, que a partir de una mirada rápida (o al menos más rápida) se obtenga una conclusión segura sobre la tendencia principal de una restricción, en lugar de una más detallada [...]” [Traducción Libre]. Este criterio ha sido reiterado en otros casos como: *Federal Trade Commission v. Actavis, Inc.*, et al. No. 12-416. 2013.

²⁰ Comisión Federal de Comercio & Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América. *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*. Consultado desde: https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_events/joint-venture-hearings-antitrust-guidelines-collaboration-among-competitors/ftcdojguidelines-2.pdf. [traducción libre].

- c) **Restricciones por objeto y efecto.**- Por su parte, los países europeos establecieron su propio régimen de Derecho de la Competencia, mediante los Tratados de Roma de 1957, que prohibía por primera vez conductas anticompetitivas en este continente. Tal prohibición se mantiene hasta la fecha en el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en los siguientes términos:

“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 a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos 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, 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 económico, 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.”

La disposición antes transcrita comprende tres elementos normativos: (1) prohibición, (2) sanción y (3) excepción a la sanción; el primer elemento distingue entre dos tipos de conductas: aquellas que son prohibidas por su objeto y aquellas que están prohibidas por su efecto.

Las restricciones por objeto se refieren a las formas de coordinación entre operadores económicos que pueden ser catalogadas, por su sola naturaleza, como contrarias al normal desarrollo de la competencia, es decir aquellas que por sí mismas tienen el potencial de restringir la competencia efectiva²¹.

La principal consecuencia de calificar una conducta como anticompetitiva por su objeto es que sus efectos no deben ser demostrados, dado que por su naturaleza misma es lesiva a la competencia; el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha determinado que, en aras de adscribirle un objeto anticompetitivo a una conducta determinada, es suficiente con que la misma tenga el potencial de generar efectos adversos a la competencia²².

Nada obsta sin embargo, para que la misma pueda ser exonerada y aceptada, acorde con lo establecido por la Comisión de la Unión Europea en las Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 101 del Tratado:

“[...] a efectos de la aplicación del apartado 1 del artículo [101], cuando un acuerdo tiene por objeto restringir la competencia, no es necesario demostrar la existencia de cualesquiera efectos reales de restricción de la competencia. En cambio, el apartado 3 del artículo [101] no distingue entre acuerdos que tienen por objeto restringir el juego de la competencia y acuerdos que producen ese efecto. El apartado 3 del artículo [101] se aplica a todos los acuerdos que reúnan las cuatro condiciones en él recogidas²³.”

La calificación de una conducta como restrictiva por su objeto incluye todas aquellas conductas sancionables bajo la regla per se; sin embargo, el desarrollo jurisprudencial europeo ha aceptado que para categorizar una conducta como restrictiva por su objeto, es necesario considerar las particularidades de cada caso.

Como notan Whish y Bailey, tanto la jurisprudencia europea como las decisiones de la Comisión de Unión Europea sugieren que el tipo de conductas analizadas por esta fórmula –objeto- parecería expandirse²⁴; así por ejemplo en el caso *Cartes Bancaires*, si bien el Tribunal de Justicia de la Unión Europea indica que el examen de “objeto” debe extenderse solo de forma limitada, también da una definición amplia del medio de determinación:

²¹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Guía sobre las restricciones de la competencia “por objeto” con el fin de definir qué acuerdos pueden beneficiarse de la Notificación de minimis. Consultado desde: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/de_minimis_notice_annex.pdf

²² Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso C- 8/08 T- Mobile Netherlands [2009] ECR I- 452. Decisión de 4 de junio de 2009.

²³ Comisión de la Unión Europea. Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 101 del TFUE (antiguo apartado 3 del artículo 81 del TCE). 2004.

²⁴ Whish, Richard y David Bailey. *Competition Law*. 9na. ed. Oxford: Oxford University Press, 2019. p. 124.

“Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para apreciar si un acuerdo entre empresas o una decisión de asociación de empresas tiene un grado de nocividad suficiente para ser considerado una restricción de la competencia «por el objeto» en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, debe atenderse al contenido de sus disposiciones, a los objetivos que pretende alcanzar y al contexto económico y jurídico en el que se inscribe. Al apreciar dicho contexto, se debe considerar también la naturaleza de los bienes o de los servicios afectados, así como las condiciones reales del funcionamiento y de la estructura del mercado o mercados pertinentes.”²⁵

En otras palabras, la determinación de una conducta como restrictiva por su objeto debe considerar, entre otros factores, la estructura del mercado y la naturaleza de la conducta; por lo mismo, no es un análisis meramente formal del acuerdo, sino también toma en cuenta otros factores.

Whish y Bailey resumen las distintas conductas entre competidores que, por la experiencia jurisprudencial, pueden ser consideradas como restrictivas por su objeto, en las siguientes: fijación de precios, intercambios de información que reducen la incertidumbre del comportamiento de los competidores, distribución de mercados, limitación de la producción, limitación de ventas, ventas exclusivas colectivas, pagar para demorar la entrada de competidores y manipular índices financieros; cuando las conductas son verticales, estas también podrían ser sancionables por su objeto en los siguientes casos: cuando impongan precios mínimos de reventa, limiten las exportaciones dentro del mercado único, acuerdos de distribución exclusiva que no reúnan ciertas condiciones, y en ciertos casos en los que la conducta vista en contexto pueda demostrar que es lo suficientemente dañina²⁶.

Por otro lado, a diferencia de la presunción de hecho que gira en torno a una conducta que ha sido señalada como anticompetitiva por su objeto, el análisis de los efectos de una conducta no parte de certeza alguna y debe por tanto demostrarse una afectación, real o potencial, apreciable a la competencia, a fin de que la misma pueda ser objeto de sanciones por parte de la autoridad de competencia.

En este sentido, si un acuerdo o conducta no es restrictivo a la competencia por su objeto, la autoridad de competencia debe analizarlo considerando sus efectos, reales o potenciales, en el mercado; al respecto, la Comisión de la Unión Europea aclara que:

²⁵ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso C-67/13 P. Véase también, en ese sentido, el caso C-32/11 Allianz Hungría Biztosító y otros.

²⁶ Op. cit. Whish, Richard y David Bailey, p. 131.

“[e]n el caso de restricciones de la competencia por efecto, no hay presunción de efectos anticompetitivos. Para que un acuerdo sea restrictivo por efecto, debe afectar la competencia real o potencial hasta el punto de que, en el mercado relevante, se puedan esperar efectos negativos sobre los precios, la producción, la innovación o la variedad o calidad de los bienes y servicios con un grado razonable de probabilidad. Tales efectos negativos deben ser apreciables [...] no se aplica cuando los efectos anticompetitivos identificados son insignificantes [...]”²⁷.

De tal forma, cuando una conducta no es considerada como restrictiva por su objeto, se debe estar a sus efectos, mismo que es resumido por la Comisión de la Unión Europea, de la siguiente manera:

“Para analizar los efectos restrictivos de un acuerdo, en principio es preciso definir el mercado de referencia. También debe en principio examinarse y evaluarse, entre otras cosas, la naturaleza de los productos, la posición de mercado de las partes, de los competidores y de los compradores, la existencia de competidores potenciales y el nivel de las barreras a la entrada. Sin embargo, en algunos casos puede que haya que demostrar que hay efectos anticompetitivos directamente, a través del análisis de la conducta de las partes en el mercado”²⁸.

Así, este análisis demuestra la perspectiva económica que la autoridad de competencia europea toma en cuenta para establecer los efectos de una determinada conducta, permitiéndose un símil con la regla de la razón previamente abordada; por ejemplo, en el caso *Technique Minière c. Maschinenbau Ulm*, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea consideró que un contrato de distribución exclusiva debe ser analizado en su contexto económico, tomando en cuenta todos los elementos que lo comprenden, como los productos afectados, la ventajas y desventajas que el mismo ofrece al mercado, entre otros²⁹.

En definitiva, la clasificación de una conducta como restrictiva por su objeto o por su efecto, determina el tipo y la cantidad de prueba necesaria para que la conducta sea considerada como anticompetitiva. Sin embargo, el análisis que se necesita para calificar a una conducta como restrictiva por su objeto, requiere hasta cierto punto hacer un análisis sobre la estructura del mercado; asimismo, los efectos pueden inferirse también de la estructura del mercado y la naturaleza de la restricción. Tanto una como la otra pueden ser exentas si cumplen con determinadas condiciones. De esta forma, la distinción no siempre es tajante, ni clara.

²⁷ Comisión de la Unión Europea. Guía para la aplicación del artículo 81 (3) del Tratado. 2004.

²⁸ Ídem.

²⁹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Caso 56/65 *Technique Minière v. Maschinenbau Ulm*. 1966.

- d) **Restricciones por objeto/efecto y regla per se/regla de la razón.**- Definidos que han sido ambos conceptos, parecería ser que el análisis de conductas a partir de su objeto es perfectamente compatible e intercambiable con el de la regla per se aplicada en el derecho estadounidense. No obstante, como aclaran Whish y Bailey:

“Cuando existe una infracción per se, no está abierta a las partes del acuerdo la posibilidad de argumentar que no restringe la competencia pues pertenece a una categoría de acuerdo que, por ley, se ha determinado como restrictivo de la competencia. Sin embargo, hay una diferencia importante en la legislación de la UE en que, incluso si un acuerdo tiene como objeto la restricción de la competencia, es decir, que infringe el artículo 101 (1) per se, las partes todavía pueden argumentar que el acuerdo cumple los términos del artículo 101, apartado 3. Esta posibilidad no existe en la ley de los EE. UU [...]”³⁰.

Es decir que, si bien *a priori* un acuerdo puede ser baremado como anticompetitivo, únicamente por su sola constitución a la luz de la regla *per se* y la evaluación de restricciones por su objeto, es preciso identificar la gran diferencia entre ambos estándares de valoración misma que estriba en la posibilidad que ofrece el modelo europeo a los presuntos implicados de aportar información y argumentos a la autoridad de competencia, tendientes a desvanecer las preocupaciones generadas en torno a una determinada práctica comercial o sopesar sus beneficios por sobre las desventajas de su aplicación, cuya aceptación permitiría que dicha conducta sobreviva al escrutinio de la autoridad de competencia.

También se ha discutido si, al analizar los efectos del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, debe hacerse un análisis al estilo de la “*rule of reason*” norteamericana. Whish y Bailey, a propósito de esta discusión, indican que las diferencias sustanciales existentes entre la normativa norteamericana y la europea impiden que la terminología de los Estados Unidos se utilice directamente³¹. Siguiendo esta línea, la Comisión de la Unión Europea señala que:

“La estructura del artículo [101] no permite, sin embargo, ir más lejos: en efecto, efectuar más sistemáticamente, en el artículo [101] 1, el análisis de los aspectos pro y anti competitivos de un acuerdo restrictivo, conduciría a vaciar de su sustancia el artículo [101] 3, modificación que sólo una revisión del Tratado podría realizar. Sería bastante paradójico vaciar el artículo [101] 3

³⁰ Op.Cit. Whish, Richard y David Bailey, p. 121.

³¹ Op. cit. Whish y Bailey, p. 142.

de su sustancia siendo así que esta disposición contiene en realidad todos los elementos de una «**norma de razón**»³² (énfasis añadido).

En otras palabras, dicha Comisión reconoce que la normativa europea, con su estructura tripartita, tiene una metodología distinta que la de la regla de la razón de Estados Unidos, misma que tiene su propia técnica para ponderar las posibles justificaciones de una conducta anticompetitiva, sin que aquello suponga que el análisis por objeto y la regla de la razón sean mutuamente excluyentes, dado que ambas admiten una justificación.

- e) **Aplicabilidad de la regla de la razón y la regla per se en la legislación ecuatoriana.**-La dicotomía efecto-objeto europea ha sido reconocida expresamente por la legislación ecuatoriana en materia de competencia, por ejemplo en el artículo 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, que prescribe:

“Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, y en general todos los actos o conductas realizados por dos o más operadores económicos, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general” (las negrillas no corresponden al texto original)

[...]

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

Asimismo, en el artículo 4 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, se establece que:

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

De la misma manera y en concordancia con el artículo 101 (3) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el artículo 12 de la Ley Orgánica de Regulación

³² Comisión de la Unión Europea. Libro blanco sobre la modernización de las normas de aplicación de los artículos 85 y 86 del tratado CE. Para 57.

y Control del Poder de Mercado plantea una exención a las prohibiciones –por objeto o efecto- contempladas en el artículo 11 antes citado, acorde al siguiente detalle:

“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.”

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 o la regla de la razón, hecho 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 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 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 justificarían a una 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.

Abundando más sobre este respecto, el artículo 18 del Código Civil ecuatoriano establece los métodos generales para la interpretación legal, señalado expresamente que: “[c]uando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu”, de lo cual es posible inferir que, en virtud de la claridad que ofrecen las disposiciones tanto de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado como las de su Reglamento, mal haría esta autoridad en reconocer estándares no previstos en desmedro de los que efectivamente se encuentran positivados, e ignorando la tradición jurídica a la que se adscribe el Derecho de Competencia ecuatoriano, es decir la europea.

En conclusión, tal como ha sido concebida la legislación ecuatoriana en materia de competencia, tanto la regla de la razón como la regla *per se* son inaplicables, so pena de contravenir norma expresa; no obstante, tal como se abordará en el acápite siguiente, la sanción de conductas por su objeto no excluye la aplicación de la regla de la razón.

- f) **La regla de la razón no excluye el régimen de la prohibición de conductas por su objeto.**- La regla de la razón, como se explicó, implica un tipo de procedimiento que excluye al análisis *per se*; no obstante, su aplicación no obedece a un procedimiento o resultado uniforme, toda vez que la cantidad y calidad del acervo probatorio necesario para su verificación dependerá de cada caso.

Así por ejemplo, en el caso *California Dental Association c. FTC*, la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito de Estados Unidos reconoció que en aquellos casos donde los efectos anticompetitivos son intuitivamente obvios, no se requiere un análisis exhaustivo³³, y que por tanto la aplicación de una “regla de la razón abreviada” sería suficiente para sancionar una conducta cuyos efectos eran fácilmente apreciables como nocivos para la competencia.

En este sentido, la Corte observó además que no todas las reclamaciones de “*antitrust*” que caen fuera del ámbito estrecho de la ilegalidad *per se* justifican el análisis detallado de la regla de razón prescrito en el caso “*Junta de Comercio de Chicago contra Estados Unidos*”; al respecto, el profesor Cavanagh, a propósito de las denominadas ilegalidades presuntivas que han sido extensamente desarrolladas por la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos, apunta que:

³³ Corte de Apelaciones del Noveno Circuito de los Estados Unidos. Caso *Chicago Board of Trade v. United States*, 246 U.S. 231. 1918.

"[d]e este modo, el Tribunal rechazó cualquier idea de que el análisis de la primera sección [Sherman Act] es dicotómico, es decir, que las restricciones del comercio caen en una de dos categorías: violaciones per se, que se condenan de plano; o violaciones de la Regla de la razón, que se condenan solo después de un análisis detallado de los efectos anticompetitivos y los beneficios procompetitivos. Más bien, sugirió que la conducta se adjudique en una escala móvil y que "la calidad de la prueba requerida debe variar según las circunstancias" ³⁴.

Es decir que, si de los hechos de un caso se desprenden altas probabilidades de que una conducta pueda mirarse como anticompetitiva, la demostración de la forma de la conducta y la estructura del mercado bastará para revertir la carga de la prueba al operador económico imputado, quien deberá demostrar una justificación suficiente y apropiada para desvirtuar las preocupaciones de la autoridad de competencia.

Para ciertos tipos de prácticas el escepticismo es mayor, al punto que algunas cortes y doctrinarios hablan de una categoría nueva de análisis que es la regla de la razón truncada, también conocida como 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 obvios, que no se ocupa un análisis exhaustivo de los mismos y por ende, su notoriedad los torna en sancionables, como efectivamente ocurriría en el caso de colusión entre oferentes dentro de un mismo procedimiento de licitación.

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

Un claro ejemplo de esta interfaz entre la regla de la razón y la sanción de conductas por su objeto, es apreciable en el tratamiento de conductas verticales por parte de ambos regímenes –norteamericano y europeo- como por ejemplo en el caso Leegin, la Corte Suprema de los Estados Unidos dictaminó que ningún acuerdo vertical, aun cuando este se emplee para la fijación de precios, puede ser analizado bajo la regla per se, y debe ser analizada bajo **la regla de la razón**; por su parte, este mismo tipo de conductas, han sido analizadas en el régimen europeo, por su **objeto**.

³⁴ Cavanagh, Edward. Whatever Happened To Quick Look? University of Miami Business Law Review 39. 2017, p. 39.

Al respecto, como notan Whish y Bailey, el análisis de una misma conducta bajo distintos estándares –regla de la razón/objeto- no separó a las dos autoridades de competencia, sino que por el contrario las acercó, puesto que en Europa este tipo de prácticas han sido siempre justificables bajo el régimen exenciones³⁵.

g) Consideraciones para el cumplimiento de la sentencia de 19 de octubre de 2019 emitida por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la CNJ.-

En cumplimiento a lo prescrito en el artículo 314 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP) y tomando en cuenta el análisis doctrinario precedente, se considera que la observancia de la resolución de la Corte Nacional de Justicia, es compatible con un estudio que contemple un análisis caso por caso, un examen de razonabilidad, un diagnóstico de efectos actuales o potenciales; con la contemplación de la estructura del mercado, de la naturaleza de la conducta, del contexto de la misma en general y sus objetivos, en función del análisis que la autoridad de competencia considere pertinente; consideraciones que se encuentran contenidas en los artículos 3, 11, 12 y 79 de la Ley, y 4 de su Reglamento; consideraciones que se encuentran en armonía con el análisis de una conducta por su objeto.

En este sentido, los operadores económicos investigados por conductas sancionables por su objeto, tipificadas en el undécimo artículo de la LORCPM, no serán susceptibles de sanción, siempre que la conducta investigada es debidamente justificada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 12 ibídem. Lo anterior a todas luces ocupa un análisis de razonabilidad de la presunta práctica anticompetitiva por parte de la SCPM.

Por su parte, la demostración de la existencia de un acuerdo o práctica que atente contra la competencia, por parte de este organismo técnico de control en un mercado relevante definido teniendo en cuenta su estructura, las características de las partes involucradas y el tipo de restricción, sería suficiente para que la misma sea sancionable, en concordancia con el tercer artículo de la LORCPM y cuarto de su reglamento; considerando por ejemplo que si los oferentes calificados dentro de una subasta coludieran o coordinaran sus acciones, resultaría intuitivamente obvio que el efecto potencial de aquellas actividades implicarían el impedimento o la restricción o el falseamiento o la distorsión de la competencia, sin que aquello necesariamente ocupe un análisis exhaustivo o un análisis de lo que la doctrina llama “*full blown rule of reason*”, más que el acaecido en perjuicio de la competencia.

En este punto es preciso señalar que al ser la competencia, un bien jurídico tutelado por la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, es en sí misma objeto de protección, y su afectación es sancionable, independientemente del daño que pudiese existir a la eficiencia económica o al bienestar general.

³⁵ Op cit. Whish y Bailey, p. 127-128.

Sin perjuicio del análisis precedente, en la sentencia del 19 de octubre de 2017, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, en su considerando decimotercero considera que: “[...] *la Superintendencia sanciona [...] en el presente caso por falsear o distorsionar la competencia, entonces debe aplicar la regla de la razón que exige que se compruebe que los operadores económicos han perjudicado a la competencia o al consumidor o al mercado, en el mercado relevante que la propia Superintendencia haya determinado en cada caso concreto*”. (El énfasis no pertenece al original); es decir que para dar cumplimiento de la sentencia emitida por la Sala Especializada se requiere analizar las afectaciones sobre al menos uno de estos tres factores: (i) la competencia, (ii) los consumidores, o (iii) el mercado.

Con respecto al punto (i) sobre las afectaciones a la competencia, cabe primeramente destacar que el posible escenario contrario al de una concertación, sería el de un ambiente hipotético de apropiada competencia en un mercado relevante, donde cada oferente propusiera su mejor oferta de manera independiente. Por ende, una presunta concertación entre operadores económicos dentro de un proceso de contratación por ejemplo, en sí misma, evidenciaría la falta y el daño a la competencia por parte de los oferentes dentro del mercado relevante.

Previo a analizar los puntos (ii) y (iii) sobre las afectaciones a los consumidores y al mercado respectivamente, resulta pertinente revisar ciertos conceptos de doctrina económica³⁶:

- **Monopolio:** cuando existe un único productor en el mercado; en esta situación los precios tienden a ser los más altos por el gran poder de mercado que ostenta un monopolio, y donde la diferencia entre el precio y el costo de un producto también tiende a ser el más amplio.
- **Competencia perfecta:** cuando existe un número lo suficientemente grande de productores en el mercado, que hace que cada uno de ellos tenga un disminuido poder de mercado, y donde consecuentemente los precios suelen ser los más bajos y los más cercanos al costo de producción.
- **Excedente del consumidor:** es el exceso que dejan pagar los consumidores cuando encuentran precios más bajos en el mercado. Este excedente alcanza su nivel máximo cuando hay una situación de competencia perfecta, y viceversa, su nivel más bajo en situaciones de monopolio.

³⁶ Tirole, Jean. The Theory of Industrial Organization. 1era. ed. Cambridge: The MIT Press, 1988. pp. 7 – 9, 66 – 69.

- **Excedente del productor:** es la ganancia o utilidad de los productores en el mercado. Su nivel máximo suele ser el más alto en casos de monopolio.
- **Bienestar:** es la suma de los excedentes del consumidor y del productor.

Bajo estos conceptos, la doctrina económica prevé que los niveles más altos de bienestar y por tanto de excedente del consumidor se alcanzan en un ambiente de competencia perfecta, y por el contrario, sus niveles más bajos son registrados en una situación de monopolio; en otras palabras, la pérdida del bienestar es más profunda cuando solo existe un productor en el mercado que maximiza sus ganancias. Por otra parte, el excedente del productor puede alcanzar su mayor nivel, igualmente en los casos de monopolio; no obstante, este se alcanza en perjuicio del excedente del consumidor en particular, y del bienestar general globalmente. Adicional, de forma general, el excedente del productor no será lo suficientemente grande como para que el bienestar general, en situaciones de monopolio, sean iguales o mayores que los de competencia perfecta.

En conclusión, y con base a los criterios expuestos, cabe resaltar que tanto la competencia perfecta como el monopolio son dos casos extremos en el mercado, pero que tienen connotaciones puntuales dentro de la doctrina: entre mayor sea el nivel de competencia en el mercado, mayores serán los niveles de bienestar y de excedente del consumidor que se generen en el mismo.

De esta manera, en relación con el punto (ii), sobre las posibles afectaciones a los consumidores, ante la ausencia de una efectiva competencia, éstos pueden receptor mayores precios de compra, privación de mejores ofertas y por consiguiente, su excedente como consumidores podría resultar afectado. Alineado con la doctrina económica señalada anteriormente, si los operadores económicos oferentes o productores realizasen actos de genuina competencia en el mercado (es decir, si en el mercado se comportasen como operadores independientes, en lugar de operadores aparentemente concertados), la oferta final o sus precios pudiesen ser de menor valor en la práctica. Asimismo, con respecto al punto (iii) sobre las posibles afectaciones al mercado, la misma ausencia real de competencia en un mercado relevante pudiese no solamente causar afectaciones del excedente del consumidor sino también al bienestar general.-

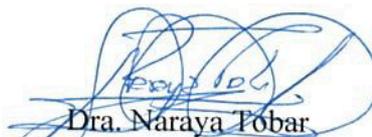
DÉCIMO SEGUNDO.-

Por todo lo expuesto, amparado en las disposiciones establecidas en los artículos 75, 76 y 82 de la Constitución de la República del Ecuador, artículo 44, numeral 2, y el artículo 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta Autoridad. **RESUELVE: 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 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 interpuesto por el operador económico RECAPT S.A. respecto de que se deje sin efecto en acto administrativo contenido en la Resolución de fecha 01 de abril de 2019 emitida 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 del procedimiento administrativo.- **TERCERO.- DISPONER** a la Comisión de Resolución de Primera Instancia (CRPI) en el plazo de noventa (90) días emita la resolución correspondiente en observancia de la sentencia de 19 de octubre de 2017 expedida por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativa de la Corte Nacional de Justicia, para lo cual deberá contar con los expedientes íntegros de investigación y resolución Nos. SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026 y SCPM-CRPI-2015-019, respectivamente, que reposan en la Secretaría General de la SCPM.- **CUARTO.-** Remítase la presente Resolución, a la Intendencia General de Gestión a fin de que por su intermedio se disponga a la Dirección Nacional de Administración de Talento Humano de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, que, en el ámbito de sus competencias inicie el trámite disciplinario de ser pertinente.- **QUINTO.-** Notifíquese a las partes procesales, a la Comisión de Resolución de Primera Instancia, a la Intendencia General de Gestión y a la Intendencia General Técnica. **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.-**



Dr. Danilo Sylva Pazmiño
SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO



Dra. Naraya Tobar
SECRETARIA AD-HOC