



428  
Cuatrocientos veintiocho  
-423-  
Escrito de  
ventilador  
CR

- **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-028-2019
- **Denunciante:** CRONIX S.A.
- **Denunciados:** RECAPT S.A.  
SOLNET S.A.
- **Apelante:** RECAPT S.A.

**SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.-** Quito, DM, 14 de febrero de 2019, a las 17h10.- **VISTOS.-** Doctor Danilo Sylva Pazmiño, en mi calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado, conforme la acción de personal No. SCPM-DNATH-328-2018 de 06 de noviembre de 2018, cuya copia certificada se encuentra agregada al cuaderno procesal, en conocimiento del expediente administrativo No. SCPM-DS-INJ-RA-28-2019; en uso de mis facultades legales, estando el expediente en estado de resolver, señalo:

**PRIMERO.- DOCUMENTOS QUE SE AGREGAN AL EXPEDIENTE.-** a) Agréguese al expediente el Acta de la Audiencia Pública llevada a cabo entre servidores públicos de este organismo técnico de control y los representantes de los operadores económicos CRONIX CIA. LTDA., y RECAPT RECUPERACION DE CAPITAL CONTAC CENTER S.A., el 13 de febrero de 2020, a las 10h30, con sus respectivos anexos constantes en: i) Resolución No. SCPM-DS-2020-07 de 12 de febrero de 2020, suscrita por el señor Superintendente de Control del Poder de Mercado, en la que delegó a la Mgs. Elizabeth Landeta Tobar, en calidad de Intendente Nacional Jurídica, la facultad de presidir la referida audiencia; ii) Documentos de identificación de los comparecientes; iii) Procuración Judicial otorgada por el operador económico Recapt S.A., legalmente representado por la señora Lisa María Pullopaxi Paucar, en calidad de Gerente General, a favor de los abogados Marco Morales Tobar, Marco Antonio Morales Andrade, Pablo Andrés Morales Andrade, Edisson Alejandro Morales Pazmiño y Ana Gabriela Ruiz Soto Disco, otorgada ante la Dra. María Cristina Vallejo R., en calidad de Notaria Trigésima Octava del Cantón Quito; iv) Disco multimedia que contiene el audio y video de la diligencia; b) Agréguese al expediente el escrito suscrito por el señor Aníbal Carrera Arboleda, en calidad de Presidente Ejecutivo del operador CRONIX CIA., LTDA., y anexos, ingresados en la Secretaría General de este organismo técnico de control el 14 febrero de 2020, a las 12h01, signados con el trámite número 157035; dentro del cual el operador económico solicita: **b.1.-** "[...] revisar el expediente de la CRPI en donde consta el expediente de la Indagación Previa por Peculado en el contrato IESS-RECAPT, con 87 cuerpos en físico y digital. [...] 1. [...] disponer que se incorpore al expediente SCPM-IN-RA-028-2019, la copia del audio de la audiencia de 03 de octubre de 2017, que obra en la INJ de la SCPM desde el 25 de octubre de 2019, y que debió ser añadida de oficio al expediente de la CRPI por parte de la INJ; y proceder a la transcripción de audio y texto.- [...] PEDIDO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN [...] solicito: 1. Una copia certificada de grabación en audio y video de la audiencia realizada el 13 de febrero 2020 a las 10h30, con el señor Superintendente de Control del Poder de Mercado, en las instalaciones de la SCPM, en el expediente SCPM-INJ-RA-028-2019.- 2. Copia certificada de la grabación de audio y video de la audiencia realizada el 21 de octubre de 2019 con la CRPI en las instalaciones de la SCPM, en el expediente SCPM-CRPI-2015-019 [...]": i) En atención a la entrega de copia certificada del audio de la audiencia de 21 de octubre de 2019 dentro del expediente No. SCPM-CRPI-2015-019, así como de la revisión del referido expediente, se pone en conocimiento del operador económico que dicho pedido debe realizarse directamente a la Comisión de Resolución de Primera Instancia, por tratarse del órgano



sustanciador del mismo; para lo cual se dispone a la Secretaría Ad-Hoc del presente Recurso de Apelación que proceda con la devolución documental del expediente No. SCPM-CRPI-2015-019; ii) Respecto a la solicitud de agregar el audio de la audiencia de 03 de octubre de 2017 llevada a cabo en la Corte Nacional de Justicia dentro del juicio No. 17811-2016-01271, ésta autoridad ya ha emitido un pronunciamiento fundamentado, para lo cual se solicita al operador económico CRONIX CIA. LTDA., que se remita a las providencias de 07 de febrero de 2020, a las 17h00, y 12 de febrero de 2020, a las 17h00, acápites SEGUNDO y TERCERO, respectivamente; y, iii) Entréguese a costas del peticionario copia certificada de la grabación magnetofónica de la audiencia realizada el 13 de febrero 2020 a las 10h30 dentro de este expediente administrativo, señalándose para el efecto el jueves 20 de febrero de 2020 a partir de las 15h30.

#### **SEGUNDO.- 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.-

#### **TERCERO.- 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.-

#### **CUARTO.- LEGALIDAD DEL RECURSO.-**

El señor Aníbal Carrera, en calidad de Presidente Ejecutivo y Representante Legal del operador económico CRONIX CIA. LTDA., mediante escritos de 31 de octubre de 2019, a las 10h51 y 06 de noviembre de 2019, a las 10h39 ingresado a la Secretaría General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM) con números de trámite ID 148609 y 148940, respectivamente, interpuso Recurso de Apelación en contra de las Resoluciones de 08 de octubre de 2019 a las 16h40 y 21 de octubre de 2019 a las 14h00, emitidas por la Comisión de Resolución de Primera Instancia (CRPI) dentro del expediente administrativo signado con el número SCPM-CRPI-2019-015.

Por otro lado, la señora Lisa María Pullopaxi Paucar, en calidad de Gerente General y Representante Legal del operador económico RECAPT RECUPERACIÓN DE CAPITAL CONTACT CENTER S.A. (RECAPT S.A.), mediante escrito de 11 de noviembre de 2019 a las 15h23, ingresado a la Secretaría General de esta SCPM con número de trámite ID 149380, interpuso Recurso de Apelación en contra de la Resolución de 08 de octubre de 2019 a las 16h40.

La admisión de ambos recursos fue debidamente analizada en la providencia de 18 de diciembre de 2019 a las 17h10, suscrita por esta autoridad, en la cual se verificó que las impugnaciones de los operadores económicos RECAPT S.A. y CRONIX CIA. LTDA., cumplan con los requisitos formales y de fundamentación, como el principio de oportunidad, procedencia del recurso y debida fundamentación; observándose que el recurso cumplía con los mismos, razón por la cual fueron admitidos a trámite.-"

#### **QUINTO.- ACTOS IMPUGNADOS.-**

- a) El acto administrativo impugnado por los operadores económicos RECAPT S.A. y CRONIX CIA. LTDA., es la Resolución 08 de octubre de 2019 a las 16h40, suscrita por Marcelo Vargas Mendoza, José Cartagena Pozo y Jaime Lara Izurieta, Presidente y Comisionados de la Comisión de Resolución



409  
Categoría  
-424-  
coordinación  
ventanas  
e

de Primera Instancia (en adelante CRPI), en la que se resuelve: "[...] **PRIMERO.- DECLARAR:** i. La existencia de la infracción cometida por el operador económico **RECAPT** en el marco de la conducta prevista en el numeral 6 del Artículo 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. ii. Que el operador económico **RECAPT** incurrió en las circunstancias agravantes determinadas en los literales b y c del artículo 81 de la LORCPM. **SEGUNDO.- IMPONER** al operador económico **RECAPT** la multa de DOSCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL TERENTA Y SIETE 37/100 Dólares de los Estados Unidos de América (\$ 277.0037,337 USD), en aplicación del artículo 799 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y la Resolución 12 publicada en el Registro Oficial No. 887 de 22 de noviembre de 2016, mediante la cual se expidió la Metodología para la Determinación del Importe de Multas por Infracción a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. **TERCERO.- ORDENAR** las siguientes medidas correctivas: i. El operador económico **RECAPT S.A.**, a través de tres diarios de alta circulación nacional emitirá la siguiente disculpa pública durante siete (7) días consecutivos en un formato de una plana completa: (...) ii. El operador económico **RECAPT S.A.**, a través de tres canales nacionales de alto rating plasmará en la pantalla comunicado escrito y a su vez hablado, conforme la siguiente disculpa pública durante siete (7) días consecutivos, por veinte (20) segundos, en franja publicitaria de 19h30 a 21h30. **CUARTO.- ORDENAR** las siguientes medidas complementarias: i. Por medio de la Secretaría General de la SCPM, notifíquese y envíese una copia certificada de los expedientes SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026 y SCPM-CRPI-019-2015, a la Fiscalía General del Estado y a la Contraloría General del Estado. ii. Por medio de la Secretaría General de la SCPM, notifíquese y envíese una copia certificada de la presente resolución al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IESS, Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP, Procuraduría General del Estado, Secretaría Anticorrupción de la Presidencia de la República, Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, para que cada institución pública actúe en razón de sus competencias y funciones. Las medidas complementarias dispuestas se fundamentan en los artículos 46 y 72 de la LORCPM y numeral 11 del artículo 3 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM, según las cuales los servidores públicos de la SCPM y en especial la CRPI, están obligados a ejercer sus funciones con dedicación y diligencia y están sujetas a responsabilidad profesional; además, que en el caso que encontraren indicios de responsabilidad penal, notificarán y enviarán una copia del expediente a la Fiscalía General del Estado y a la Contraloría General del Estado, para que se inicien las investigaciones y acciones correspondientes, sin perjuicio de las sanciones administrativas que pueden imponerse en virtud de la Ley. (...)"

- b) Adicionalmente, el operador económico **CRONIX CIA. LTDA** impugnó la Resolución de 21 de octubre de 2019 a las 14h00 suscrita por los señores Marcelo Vargas Mendoza, José Cartagena Pozo y Jaime Lara Izurieta, Presidente y Comisionados de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, en la que se resuelve "(...) **NEGAR** las solicitudes de aclaración, rectificación y subsanación presentadas por el operador económico **CRONIX CIA. LTDA.**, conforme lo dispuesto en la parte motiva (sic) de esta resolución (...)"

#### **SIXTO.- PRETENSIÓN CONCRETA DEL RECURRENTE.-**

- a) El operador económico **RECAPT S.A.** en su escrito de apelación manifiesta: "[...] Por todo lo expuesto, por haberse comprobado que existe una evidente violación de la ley y de los derechos constitucionales por parte de la Resolución de fecha 8 de octubre de 2019, las 16h40 expedida



dentro del Expediente Administrativo No. SCPM-CRPI-2015-019, por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, solicito que se declare la nulidad de la misma y se ordene que se vuelva a dictar una nueva resolución aplicando los considerandos de la sentencia de 19 de octubre de 2017 expedida por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia.; pretensión que la fundamenta en las siguientes argumentaciones:

- i. **Que la CRPI no ha logrado comprobar la conducta del artículo 11 numeral 6 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado:** “[...] No existe una acción concertada [...] En base a la valoración de la prueba que hace la CRPI, no se puede determinar de manera fehaciente la existencia de una conducta prohibida ya que existen explicaciones lógicas por las cuales se dieron estas coincidencias y similitudes [...] No se ha impedido la competencia [...] 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 [...] la compañía CRONIX, [...] fue descalificada del proceso de contratación, por su propia negligencia [...] la conducta de RECAPT durante el proceso de contratación en ningún momento tuvo como objeto el impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia entre los oferentes de la subasta inversa electrónica, ni en ningún momento buscó asegurarse el resultado en beneficio propio o de otro oferente
- ii. **Que la CRPI no ha cumplido con la sentencia de 19 de octubre de 2017 emitida por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia:** “[...] la CRPI no cumplió con la sentencia de la Corte Nacional, en relación a la aplicación de la Regla de la Razón y se ha limitado a aplicar un sistema de análisis híbrido entre la regla per se y la regla de la razón [...] la Superintendencia de Control de (sic) Poder de Mercado, a través de sus organismos debe comprobar de qué manera una supuesta conducta causó un perjuicio al mercado, a los competidores o al consumidor en aplicación irrestricta de la regla de la razón [...] el IESS recibió el servicio definido de los pliegos de contratación por el menor precio de los ofertados dentro del proceso de contratación [...] no existe fundamento técnico o fáctico alguno para concluir que la conducta de RECAPT, durante el proceso de contratación No. SIE-IESS-015-2011, perjudicó del alguna forma al mercado relevante, a los consumidores o a la competencia [...] y que la CRPI no ha valorado la prueba de acuerdo a la sentencia de la Corte Nacional de Justicia obliga al órgano de resolución a comprobar la existencia de un efecto anticompetitivo de conformidad con la regla de la razón: “[...] la CRPI ha realizado valoraciones inmotivadas y sesgadas tendientes a sancionar a RECAPT, [...] ha hecho aseveraciones sin el correspondiente sustento. En el párrafo 232 de la resolución la CRPI manifiesta: En las circunstancias anotadas, para cualquier persona con conocimiento rudimentario en economía, la colusión entre RECPART (sic) y SOLNET es manifiestamente anticompetitiva”.
- iii. **Que la CRPI no ha valorado la prueba de conformidad con los principios de utilidad y pertinencia por cuanto ha valorado elementos en formato de copia simple y compulsas como el Examen Especial a los procesos precontractuales, contractuales y ejecución del contrato para el servicio de Call Center de la Contraloría General del Estado:** “[...] Utilización de copias simples y compulsas [...] Así dentro del acápite 6 la CRPI a (sic) considerado como pruebas que obran del expediente los: “xxii: Anexos en copias simples del Oficio PE 2015-01-26-01” y también se encuentra en copias simples los anexos: “xxv: Anexos al Oficio PE 2015-01-26-0”. [...] También nos encontramos con múltiples compulsas en el expediente (sic) [...] De



410  
Contratados  
- 425 -  
Cachoveira  
Vente  
(C)

esta manera al no haber sido obtenidas dichas copias de la forma determinada se tiene que dicha prueba a (sic) sido actuada ilegalmente y por lo tanto no puede ser utilizada por la CRPI para su valoración [...] Informe de análisis de oferta (Informe Final Único) "La experiencia de ellos radica en haber sido partes de una empresa dedicada a brindar servicios de Contact Center" Dicha afirmación realizada por la Subcomisión de Apoyo, no señala de ninguna manera que SOLNET y RECAPT eran "partners" [...] Aquellos descontextualiza la realidad, pues si bien es cierto que RECAPT y SOLNET resultaron [sic] los únicos que accedieron a la puja, aquello fue por la negligencia de los otros operadores económicos que no cumplieron con los parámetros mínimos [...] Examen Especial a los procesos precontractuales, contractuales y ejecución del contrato para el servicio de Call Center Al respecto de la valoración de esta prueba la CRPI dice: "Mediante esta prueba se observa las coincidencias y similitudes de los documentos de los operadores económicos RECAPT y SOLNET [...]" al analizar un Informe de Contraloría General del Estado, que es un acto de mera administración, que no [...] analizó el tema desde la perspectiva de derecho de competencia, está vulnerando la idoneidad de la prueba [...] No es concebible que en ninguna parte del expediente que pretende sancionar a RECAPT por supuestas similitudes en su oferta con SOLNET, no existan las ofertas en originales o copias certificadas [...] lo que ha hecho la CRPI es trasladar una valoración realizada por la Contraloría General del Estado en un informe de mera administración y aceptarla como prueba conducente para demostrar una práctica restringida [...] Acuso de Recibido de la Oferta de SOLNET y la participación del señor Diego Gaybor [...] Informe de análisis de ofertas. Software Utilizado [...] Informe de Indicios de Responsabilidad Penal [...] Participación de Fernando Colunga en las (sic) en la Empresa [...] La denuncia presentada por la compañía CRONIX en contra de las compañías SOLNET, RECAPT y el IEISS, el denunciante adjunto como prueba, documentos e información en formato digital obtenida, presuntamente, de forma ilegal [...]"

- iv. Que las medidas correctivas ordenadas por la CRPI correspondientes a la publicación de disculpas públicas en tres diarios de alta circulación y tres de televisión vulneran el principio de proporcionalidad y legalidad, así como el derecho a la seguridad jurídica: "[...] es indudablemente necesario que las sanciones correspondientes estén pre determinadas y que además estas no aceptan analogía para hacer extensiva una sanción en contra del afectado por ella. [...] la aplicación de estas medidas haría que la sanción impuesta supere los umbrales legales máximos permitidos [...] el gasto en que incurriría por realizar las publicaciones de las disculpas públicas correspondería al 11.34% de las operaciones económicas de RECAPT en el 2018 [...] Además, en esta resolución, la CRPI ha violentado de manera clara la LORCPM específicamente en el artículo 74, el que señala que para la implementación de una medida correctiva es necesario un informe técnico del órgano de investigación [...] el acto administrativo impugnado [...] en ninguna de sus partes se ha hecho constar cual es el informe técnico del órgano de investigación [...]"
- v. Que la CRPI ha motivado el acto administrativo impugnado con base a la resolución de 01 de abril de 2019 que fue declarada nula mediante resolución de 05 de julio de 2019 emitida por esta Autoridad.
- b) Por otro lado, el operador económico CRONIX CIA. LTDA., en su escrito de apelación y de complementación manifiesta: "[...] Con los elementos de hecho y de derecho expuestos [...] solicito: 1. Incluir expresamente a CRONIX como empresa perjudicada, en cumplimiento de lo ordenado por la sentencia de la Corte Nacional. 2. Recalcular la Multa contra RECAPT, tomando en cuenta los elementos de hecho y de derecho expuestos en esta apelación, respecto del periodo



duración de la infracción colusoria RECAPT-SOLNET y la continuada conducta colusoria de RECAPT hasta el año 2017. De igual forma, se debe considerar que el año del volumen de negocio de la RECAPT deber ser el año 2014 y no el 2018, en cumplimiento de lo ordenado por la sentencia de la Corte Nacional. 3. Imponer sanciones representantes legales y directivos de RECAPT en cumplimiento del inciso tercero del literal c) del Art. 79 de la LORCPM [...]; pretensión que la fundamenta en las siguientes argumentaciones:

- i. Que en la resolución de 08 de octubre de 2019, a las 16h40 emitida por la CRPI se mencionan escritos del operador económico CRONIX CIA. LTDA. en los cuales se presentan elementos de prueba de colusión entre los operadores económicos investigados pero que no han sido tomados en cuenta por el órgano de resolución, incluida la denominada "Prueba concluyente", la cual constaría en el Memorando No. SERCOP-CTIT-2019-0150-M de 03 de abril de 2018 "[...] sobre todo pidiendo que se incluya en la nueva resolución sancionatoria contra RECAPT, la Prueba Concluyente y que se incluya a CRONIX como empresa perjudicada [...] También aportamos pruebas documentales de que RECAPT cometió similares actos colusorios en procesos de contratación pública, en el 2014 y 2017 [...] y que debieron ser tomados en cuenta en la nueva resolución sancionatoria como agravantes de la colusión [...]""[...] los coludidos Ingresaron (sic) las ofertas (convalidaciones) desde la misma IP [...] Precisamente el valor e importancia de la prueba concluyente es que la CRPI puede determinar de manera unívoca (sic) y completa es decir sin lugar a ninguna duda o interpretación, que CRONIX es el operador económico o empresa perjudicada [...]"
- ii. Que CRONIX CIA. LTDA. es la empresa perjudicada, con capacidad legal para demandar daños y perjuicios: "[...] Obviamente la CRPI no va a determinar el monto del perjuicio [...] sino un juez de lo civil quien lo hará como se indica en el art. 71 de la LORCPM. Sin embargo lo único que se pide es que se diga expresamente que CRONIX es la empresa perjudicada (no el monto del perjuicio), porque así lo manda la sentencia de la Corte Nacional
- iii. Que la duración de la conducta no ha sido determinada correctamente: "[...] La CRPI, en la Resolución de 21 de octubre de 2019, en los puntos [24] y [28] se refiere a la fecha de inicio y fin de los actos colusorios, la motivación a la que se refiere esta resolución, OMITE las versiones de los coludidos, RECAPT y SOLNET, en donde confiesan la fecha de inicio del acuerdo anticompetitivo, es decir de los actos colusorios, la misma que al menos empezó desde mediados de junio de 2011 [...]"
- iv. Que la aplicación del volumen de ventas del operador económico RECAPT S.A. del año 2018 para el cálculo de la multa incumple con la sentencia de la Corte Nacional de Justicia y que el monto impuesto como sanción es 8,4 veces menor a la resolución de 07 de septiembre de 2015: "[...] En la Resolución de 07 de septiembre de 2015, la CRPI sancionó a RECAPT y SOLNET con infracción muy grave y las siguientes multas, a operador RECAPT con el 12% de (sic) monto del contrato JESS-RECAPT y a operador SOLNET con el 12% de volumen de negocios del año 2014 [...] En ninguna parte de la sentencia, dice que la SCPM deba considerar un año del volumen total de negocios de operador económico sancionado y sentenciado, distinto al año anterior a la Resolución de 07 de septiembre de 2015, es decir el año 2014 [...] lo único que la CRPI debe hacer en cumplimiento de la sentencia, es aplicar la Regla de la Razón en lugar de la Regla per se. No cambiar el año de Declaración al SRI del 2018 de RECAPT [...] Lo que si debe hacer la CRPI es tomar en cuenta los actos colusorios de RECAPT en el periodo 2014-2017"



411-  
Custodios  
0102  
-426-  
Custodios  
veintiseis  
©

### SÉPTIMO.- ANTECEDENTES JUDICIALES QUE DIERON ORIGEN AL ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO.-

- a) 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 el operador económico 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 [...]".
- b) 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. 17811-20160-01271, 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".-

### OCTAVO.- CONSTANCIA PROCESAL.-

Del expediente administrativo No. SCPM-DS-INJ-RA-028-2019, en el que se sustancia el presente expediente de apelación, consta:

- a) Memorando No. SCPM-CRPI-2019-0360 de 07 de noviembre de 2019 y sus anexos, mediante el cual la Secretaria Ad-hoc de la CRPI, pone en conocimiento de esta autoridad la providencia de 07 de noviembre de 2019 a las 16h30, emitida dentro del expediente No. SCPM-CRPI-019-2015, en que la Comisión dispuso remitir el escrito presentado por el señor Aníbal Carrera Arboleda, en calidad de Presidente Ejecutivo del operador económico **CRONIX CIA. LTDA.**;
- b) Copia certificada del escrito y anexos presentados por el señor Aníbal Carrera Arboleda, en calidad de Presidente Ejecutivo del operador económico **CRONIX CIA. LTDA.**, recibido en la Secretaría General de la SCPM, el 31 de octubre de 2019 a las 10h51, signado con el trámite Nro. 148609, el cual contiene el Recurso de Apelación interpuesto en contra de las resoluciones emitidas por la CRPI, el 08 de octubre de 2019, a las 16h40 y el 21 de octubre de 2019, a las 14h00;
- c) Escrito suscrito por el señor Aníbal Carrera Arboleda, en calidad de Presidente Ejecutivo del operador económico **CRONIX CIA. LTDA.**, con su respectivo anexo, recibido en la Secretaría General de esta SCPM, el 06 de noviembre de 2019, a las 10h39, signado con el trámite Nro. 148940, mediante el cual presenta un complemento al Recurso de Apelación interpuesto;

7



- d) Copia certificada del memorando No. SCPM-2019-083, de 13 de noviembre de 2019, suscrito por el Dr. Danilo Sylva Pazmiño, Superintendente de Control del Poder de Mercado, mediante el cual solicita a la CRPI realizar las gestiones necesarias para la creación del expediente digital correspondiente al Recurso de Apelación así como remitir el expediente físico número SCPM-CRPI-2015-019 debidamente ordenado y foliado para la debida sustanciación;
- e) Memorando No. SCPM-CRPI-2019-0368 de 14 de noviembre de 2019, suscrito por la Secretaria Ad-hoc de la CRPI, mediante el cual pone en conocimiento de esta autoridad la providencia de 14 de noviembre de 2019 a las 09h00 emitida dentro el expediente No. SCPM-CRPI-019-2015, en la que la Comisión de Resolución de Primera Instancia dispuso remitir el escrito presentado por la señora Lisa María Pullopaxi Paucar, en calidad de Gerente Legal y Representante Legal del operador económico RECAPT S.A.
- f) Copia certificada del escrito y anexos presentados por la señora Lisa María Pullopaxi Paucar, en calidad de Gerente Legal y Representante Legal del operador económico RECAPT S.A., recibidos en la Secretaría General de la SCPM, el 11 de noviembre de 2019, a las 15h23, signado con el trámite Nro. 149380, el cual contiene el Recurso de Apelación interpuesto en contra de la Resolución emitida por la CRPI, el 08 de octubre de 2019, a las 16h40;
- g) Copia certificada del memorando No. SCPM-DS-INJ-2019-481 de 21 de noviembre de 2019 suscrito por la Mgs. Elizabeth Landeta Tobar, en calidad de Intendente Nacional Jurídica mediante el cual insiste a la CRPI que remita el expediente No. SCPM-CRPI-2015-019;
- h) Copia certificada del memorando No. SCPM-CRPI-2019-400 de 25 de noviembre de 2019, suscrito por el Mgs. Marcelo Vargas Mendoza, en calidad de Presidente de la CRPI, mediante el cual indica que la Secretaría Ad-Hoc procedió a realizar la devolución del expediente No. SPM-CRPI-2015-019 a la Secretaría General;
- i) Copia certificada del memorando No. SCPM-CRPI-2019-380 de 21 de noviembre de 2019 suscrito por la Secretaria Ad-Hoc de la CRPI, mediante el cual solicita a la Secretaría General que remita el expediente No. SCPM-CRPI-2019-015 al Superintendente de Control del Poder de Mercado;
- j) Copia certificada del Acta de Préstamo documental del expediente SCPM-CRPI-019-2015 de 12 de diciembre de 2019, con sus anexos, suscrito por la abogada María Belén Arévalo Alvear, en calidad de Analista de Patrocinio y Recursos Administrativos y Jenny Camacho, en calidad de Asistente Documental de la Secretaría General;
- k) Providencia de 18 de diciembre de 2019 a las 17h10, suscrita por esta autoridad mediante la cual se admite a trámite el recurso de apelación interpuesto por los operadores económicos CRONIX CIA. LTDA. y RECAPT S.A., y se dispone notificar con el contenido de los recursos a los operadores económicos a fin de que presenten sus alegaciones de forma motivada en el término de tres días contados a partir de la notificación;
- l) Escrito de alegaciones suscrito por el señor Marco Morales Andrade, en calidad de abogado patrocinador del operador económico RECAPT S.A., ingresado en la Secretaría General de esta SCPM el 23 de diciembre de 2019 a las 15h46, signado con el trámite Nro. 152611;



412  
Custodiado  
obce  
-427-  
embajador  
vent. 2020  
C

- m) Memorando No. SCPM-INJ-DNPRA-2020-001 de 02 de enero de 2019 suscrito por la abogada María Belén Arévalo Alvear, en calidad de Secretaria Ad-Hoc dentro del recurso de apelación número SCPM-DS-INJ-RA-028-2019, mediante el cual solicita a la Secretaría General que certifique si la providencia de 18 de diciembre de 2019, a las 17h10 fue debidamente notificada a los correos electrónicos de los operadores económicos CRONIX CIA. LTDA. y SOLNET S.A.;
- n) Memorando No. SCPM-DS-SG-2020-006 de 03 de enero de 2020 suscrito por la abogada Tatiana Dávila, en calidad de Secretaria General, mediante el cual certifica que la notificación de la providencia de 18 de diciembre de 2019, a las 17h10 no pudo ser notificada a los correos electrónicos de los operadores económicos CRONIX CIA. LTDA. y SOLNET S.A.;
- o) Providencia de 07 de enero de 2020, a las 16h40, suscrita por esta autoridad en la cual se dispone que se vuelva a correr traslado con los respectivos Recursos de Apelación a los operadores económicos CRONIX CIA. LTDA. y SOLNET S.A. a fin de que presenten sus alegaciones dentro del término de tres días contados a partir de la respectiva notificación;
- p) Escrito de Alegaciones suscrito por el señor Aníbal Carrera Arboleda, en calidad de Presidente Ejecutivo del operador económico CRONIX CIA. LTDA., ingresado en la Secretaría General de esta SCPM el 10 de enero de 2020, a las 16h00, signado con el trámite Nro. 153924;
- q) Escrito suscrito por el señor Aníbal Carrera Arboleda, en calidad de Presidente Ejecutivo del operador económico Cronix. Cía. Ltda. mediante el cual solicita que se señale día y hora para la celebración de una audiencia pública;
- r) Providencia de 07 de febrero de 2020, a las 17h00, suscrita por esta autoridad en la cual se señala la audiencia pública para el día 13 de febrero de 2020, a las 10h30;
- s) Acta y disco multimedia de la Audiencia Pública llevada a cabo el 13 de febrero de 2020, a las 10h30 entre funcionarios de la SCPM y los recurrentes.

#### NOVENO.- MARCO NORMATIVO APLICABLE.-

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

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: [...] 1) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su



aplicación a los antecedentes de hecho [...]”m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos; “Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”; “Art. 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 [...]”;

**La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado –LORCPM-** manda y prohíbe: **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. 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. 74.- Desarrollo e implementación.-** La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, en el marco de esta Ley, implementará para cada caso las medidas correctivas, previo informe técnico del órgano de investigación, que permitan suspender, corregir, revertir o eliminar las conductas contrarias a la presente Ley. La implementación de medidas correctivas no obstará la aplicación de las sanciones contempladas en esta Ley”; “Art. 75.- Procedimiento.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado notificará al o a los operadores económicos que hubieren incurrido, o pudieren incurrir, en conductas contrarias a la presente Ley, y señalará cuáles son dichas conductas e impondrá las medidas correctivas que juzgue pertinentes. El o los operadores económicos tendrán un término de setenta y dos (72) horas para presentar el descargo del que se creyeren asistidos, o acoger las medidas correctivas. Si el descargo fuere infundado o insuficiente, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado ordenará la aplicación de las medidas correctivas, sin perjuicio de la continuación de los procedimientos que determina la presente Ley”; “Art. 78.- Infracciones.- Las infracciones establecidas en la presente Ley se clasifican en leves, graves y muy graves. [...] 3. Son infracciones muy graves: a. El desarrollo de conductas colusorias tipificadas en el artículo 11 de esta Ley que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones



443  
Contrato  
Tercer  
428  
Contrato  
mancha  
@

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 concurran 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: [...] 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. 30.- Principio de irretroactividad. Los hechos que constituyan infracción administrativa serán sancionados de conformidad con lo previsto en las disposiciones vigentes en el momento de producirse. Las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor”.-

Código Orgánico General de Procesos manda: [...] Art. 99.- Autoridad de cosa juzgada de los autos interlocutorios y de las sentencias. Las sentencias y autos interlocutorios pasarán en autoridad de cosa juzgada en los siguientes casos: 1. Cuando no sean susceptibles de recurso. 2. Si las partes acuerdan darle ese efecto. 3. Si se dejan transcurrir los términos para interponer un recurso sin hacerlo. 4. Cuando los recursos interpuestos han sido desistidos, declarados desiertos, abandonados o resueltos y no existen otros previstos por la ley. Sin embargo, lo resuelto por auto interlocutorio firme que no sea de aquellos que ponen fin al proceso, podrá ser modificado al dictarse sentencia, siempre que no implique retrotraer el proceso: “Art. 101.- Sentencia ejecutoriada. La sentencia ejecutoriada surte efectos irrevocables con respecto a las partes que intervinieron en el proceso o de sus sucesores en el derecho. [...] Para apreciar el alcance de la sentencia, se tendrá en cuenta no solo la parte resolutive, sino también la motivación de la misma”.

#### DÉCIMO.- ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO DE LA PRETENSIÓN.-

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 los recurrentes fundan su pretensión, de la siguiente manera:

##### a) RECURSO DE APELACIÓN DEL OPERADOR ECONÓMICO RECAPT S.A.:

- i. Que la CRPI no ha cumplido con la sentencia de 19 de octubre de 2017 emitida por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia; al no haber valorado la conducta y comprobado la existencia de un efecto anticompetitivo de conformidad con la regla de la razón:

Previo a efectuar un análisis puntualizado sobre las otras alegaciones impugnatorias del recurrente respecto del acto administrativo: Resolución de 08 de octubre de 2019 a las 16h40; resulta pertinente hacer un examen inicial en relación al cumplimiento de la sentencia de 19 de octubre de 2017 de la Corte Nacional de Justicia [en adelante “CNJ”] dentro del Juicio N° 17811-2016-01271, toda vez que sobre ello gira la resolución emitida por la CRPI y el recurso interpuesto que se atiende. Ha de entenderse que durante el presente apartado, así como lo hace el fallo de la CNJ, las referencias doctrinarias y jurisprudenciales extranjeras a las que se hace mención tienen carácter ilustrativo y referencial por fines de motivación, dado el desarrollo que en materia de Derecho de Competencia poseen.

Como preámbulo, ha de tenerse en cuenta que la sentencia de la Corte Nacional de Justicia “[...] acepta los recursos de casación de la Procuraduría General del Estado, y de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, por el caso dos del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos; y el de Capital Contact Center RECAPT S.A. por el caso cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, por errónea interpretación del artículo 11 numeral 6 de



444  
Categorías  
control  
-422-  
avaliación  
centro  
e

la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Y por tanto se casa la sentencia expedida el 19 de mayo del 2017, 10h43, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito [...]” (énfasis fuera de texto). Es decir, los tres recursos interpuestos han sido aceptados. Con esa base, es imprescindible preguntarse sobre qué se ha casado la sentencia; el mismo fallo de la CNJ, en los acápites del tercero al sexto, identifica la pretensión impugnatoria de los recurrentes, siendo el ordinal cuarto aquel en que señala:

“[...] CUARTO.- La Superintendencia argumentó en lo principal en su recurso de casación y en la fundamentación dada en la audiencia de casación, que es evidente que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo estableció que la Superintendencia demostró que la empresa RECAP S.A. incurrió en actos colusorios en contubernio con la empresa SOLNET S.A., pero que sin embargo de ello los jueces distritales declararon la nulidad del acto administrativo, por cuanto a decir del Tribunal la Superintendencia no tenía la facultad legal para observar otros criterios para imponer la multa que los establecidos en el Art. 79 de la LORCPM, dejando en la impunidad la conducta ilegal verificada en el proceso de investigación y sanción sustanciado por la autoridad de competencia, adoptando así una decisión contraria a las consideraciones de la sentencia, incurriendo específicamente en la causal segunda del artículo 268 del COGEP, es decir cuando en la parte dispositiva de la sentencia se adopten decisiones contradictorias o incompatibles, con vulneración además del segundo inciso del artículo 101 del COGEP que determina que para apreciar el alcance de la sentencia se tendrá en cuenta no solo la parte resolutive, sino también la motivación de la misma. Por lo que la Superintendencia solicita que se deje a salvo su derecho para volver a resolver el proceso de sanción por evidenciarse el cometimiento de la conducta restrictiva verificada entre RECAP S.A. y SOLNET determinadas en el artículo 11 numeral 6 de la LORCPM, al falsearse la competencia en el proceso de subasta inversa electrónica No. SIE-IESS -015-2011 para la contratación del 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 [...]” (énfasis no corresponde al original); es decir -conforme se desprende del escrito que fundamenta el recurso de casación- no encontrándose en tela de duda la existencia de la conducta colusoria, solo restaba que la autoridad de control efectúe -en mérito de la regla de la razón- el proceso sancionatorio y defina la sanción a imponerse bajo la conducta efectivamente verificada.

A la conclusión que antecede, se llega del análisis del fallo y la verdad procesal del juicio N° 17811-2016-01271. La SCPM interpuso recurso de casación dado que en la sentencia de 19 de mayo del 2017, 10h43, del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito (TCA): “[...] 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; negándose las demás pretensiones [...]” (negritas me son propias), mientras que durante el fallo determinó que el vicio que ocasionó la nulidad “[...] radica en la determinación de la multa, mas no en el cometimiento de la infracción por parte de la empresa actora RECUPERACIÓN DE CAPITAL CONTACT CENETER RECAP S.A., la cual ha sido evidenciada dentro del presente proceso, el Tribunal verifica que el inicio del procedimiento administrativo por parte de la SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO se encuentra plenamente justificado hasta su conclusión [...]” (negritas adicionadas); es decir, omitió resolver sobre la imposición de la multa conforme la LORCPM y el RLORCPM.



En ese marco, cuando la causal invocada y aceptada es la contenida en el numeral 2 del artículo 268 del COGEP<sup>1</sup>, el Código Orgánico ibídem, en el artículo 273<sup>2</sup>, manda que, casando la sentencia en mérito de los autos, expedirá la resolución que en su lugar corresponda, remplazando los fundamentos jurídicos erróneos por los que estime correctos. Siendo que se casó la sentencia —en el caso del recurso de casación de la SCPM, por no haberse resuelto en cuanto a la determinación e imposición de la multa como consecuencia de la existencia y verificación de la infracción por parte de RECAPT S.A.— la parte resolutive del fallo de la CNJ, refiere —entonces— sobre el mérito de imponer la sanción, más no sobre la comprobación y determinación de la existencia de la conducta colusoria, cuya existencia se encuentra fuera de duda.

En definitiva, aunque se casa la sentencia del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito y deja a salvo el derecho de esta Autoridad para sancionar la conducta determinada, en su texto esclarece “[...] DÉCIMO.- *Es necesario considerar doctrina jurídica que nos indica que: “Otamendi expone que el requisito de afectación del interés económico general nos dice que no hay en esta ley ninguna conducta de por sí ilegal. Cada caso debe ser analizado y en atención a los factores particulares que lo rodeen establecer si la conducta es o no beneficiosa para la comunidad. Hasta puede ocurrir que una conducta sea punible en ciertas condiciones y en otras no” [...]*”; con lo cual, es oportuno efectuar un análisis del concepto de interés económico general en las propias palabras de Jorge Otamendi, que indica:

*“[...] El concepto de interés económico general es el resultado de ambos sistemas, y aunque es amplio y puede dar lugar a interpretaciones diversas, es la llave de entrada o de salida para la aplicación de la ley. Permite que en el campo del mercado competitivo se descarten conductas o se condenen conductas siempre en el marco del proceso competitivo. De allí que determinar qué es “interés económico general” sea esencial. [...] ¿Qué es el interés económico general? A nadie se le escapa que se trata de un concepto amplio que admite muchas interpretaciones. La Exposición de Motivos de la ley 22.262 nos dio una pauta. Decía que: ‘...con la afectación del interés económico general se deja en claro que es el que sufre al trabarse el funcionamiento de un mercado, de suerte que quedan a salvo las conductas que puedan parecer anticompetitivas pero que en verdad resultan beneficiosas para la comunidad’. Lo que nos dijo el legislador es que hay restricciones que son admitidas porque aportan más ventajas al proceso competitivo que el daño que causan. La Exposición de Motivos pudo haber dicho más, aun cuando el texto no fuera vinculante. Pudo haber hablado de restricción apreciable, y no lo hizo. [...] tal interés debe ser entendido como el interés de la comunidad y no el de determinados agentes económicos [...] La interpretación tradicional permite una adecuada aplicación de la ley. Admite las restricciones que aporten al correcto funcionamiento del mercado [...]”<sup>3</sup> [énfasis fuera de texto]*

<sup>1</sup> “Art. 268.- Casos. El recurso de casación procederá en los siguientes casos: [...] 2. Cuando la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles así como, cuando no cumplan el requisito de motivación. [...]”

<sup>2</sup> “Art. 273.- Sentencia. Una vez finalizado el debate, la o el juzgador de casación pronunciará su resolución en los términos previstos en este Código, la que contendrá: [...] 3. Si la casación se fundamenta en los demás causales, el Tribunal de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia casará la sentencia en mérito de los autos y expedirá la resolución que en su lugar corresponda, remplazando los fundamentos jurídicos erróneos por los que estime correctos. [...]”

<sup>3</sup> Otamendi, Jorge. “El interés general y la eficiencia económica en la ley de defensa de la competencia”. La Ley, 7 de diciembre de 1999.



Contrato  
que  
-430-  
cualquier  
sean la  
@

Lo anterior, tiene significancia para el análisis de la conducta que se sancionó por parte de la CRPI, y denota el cumplimiento de la Sentencia de la CNJ, cuando se aprecia del acto administrativo la referencia al perjuicio y la determinación específica de la conducta:

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

[...]

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

[...]

*232. En las circunstancias anotadas, para cualquier persona con conocimiento rudimentario en economía, la colusión entre RECAPT y SOLNET es manifiestamente anticompetitiva. No hay que hacer mayores análisis sobre esto: unas empresas que no tenían experiencia en el mercado afectado, que no gozaban del recurso humano para una correcta ejecución del contrato, que se coludieron para lograr la adjudicación del mismo, de manera ostensible han impedido y falseado la competencia. La impidieron porque: (i) diseñaron un esquema que implicaba, en términos reales, la no concurrencia de competidores en "igualdad" de condiciones; y (ii) idearon un mecanismo para que la entidad contratante no pudiera escoger entre las ofertas más confiables y competitivas, sino entre las dos presentadas por las empresas coludidas. Y la falsearon porque montaron un entramado para darle apariencia de legalidad a algo que estaba altamente manipulado, es decir, mostraron una solvencia empresarial que no tenían con la finalidad de hacerse adjudicar un contrato. En el contexto de la sentencia de la Corte Nacional de Justicia, la mencionada conducta sería considerada como de la más extrema gravedad.*

[...]

*233. En las condiciones mencionadas, la afectación a la competencia es evidente, salta de bulto por la naturaleza de la conducta. Por lo tanto, no hay que hacer un análisis extenso ni profundo para vislumbrar lo anticompetitivo de la conducta, ya que solo bastó con el análisis por objeto y la aplicación de la regla de la razón en su variante quick look [...]"*

Para fundamentar lo anterior, bajo los parámetros de la regla de razonabilidad, con fines de determinar si resulta o no sancionable la conducta, se atiende a sus efectos -como lo establece Otamendi citado por la CNJ- sobre el interés económico general. Su afectación se analiza en dos momentos: a) Cuando sobre la conducta existen justificaciones, llamadas exenciones a la prohibición, en los términos del artículo 12 de la LORCPM, por el cual la conducta debe contribuir a "mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover



el progreso técnico o económico”, bajo condiciones<sup>4</sup>; y, **b)** Cuando de la conducta se desprenda el objeto o el efecto sobre: i) la competencia; o, ii) al consumidor; o, iii) al mercado.

Respecto del primer momento, los operadores económicos que se crean asistidos de la exención, conforme lo determina el artículo 10 del RLORCPM, deben aportar la prueba de que se cumplen las condiciones previstas en el artículo 12 de la Ley, de no existir los elementos probatorios de las condiciones, la conducta está prohibida y debe ser sancionada. Siendo así, de la verdad procesal no se encuentran elementos probatorios que justifiquen la exención, por lo cual, no existiendo ventajas competitivas que la conducta restrictiva ocasione, permanece la afectación al interés económico general conforme caracteriza la colusión en compras públicas. En cuanto al segundo momento, el objeto-efecto de la conducta se ha presentado sobre la competencia, conforme sigue:

En cuanto al objeto, ha de señalarse que el mismo responde a las presunciones normativas propias de lo previsto en el artículo 8 del RLORCPM; esto es, que las prácticas colusorias en procesos de contratación pública, al contener la presunción de que su naturaleza conlleva impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, afectar negativamente a la eficiencia económica y al bienestar general, se da por entendido que comprometen la eficiencia de los mercados públicos; y,

En cuanto al efecto, el falseamiento a la competencia dentro de un proceso de compra pública, no refiriere exclusivamente a la consecuencia de exclusión de los oferentes partícipes, ni a la mera obtención de ventajas para asegurar la adjudicación de uno de los oferentes coludidos, sino a las consecuencias que sobre el mercado relevante de compra pública hayan generado.

Las conductas anticompetitivas en procesos de contratación pública dan por entendido que en su naturaleza comprometen la eficiencia de los mercados públicos [valoración por objeto]; sin embargo, si las asignaciones de los contratos no son hechas en virtud del principio de libre concurrencia, sino de una alteración maliciosa por parte de los oferentes; y, que en consecuencia, la selección –no basada en la idoneidad de la oferta o del agente- es formada por los operadores económicos y no por la Administración -toda vez que no rivalizaron por presentar una postura con condiciones competitivas, siendo razonablemente predecible que existió una adjudicación que irrumpe con la finalidad de la contratación pública, logrando una ineficiente asignación de recursos, basada en la voluntad de los coludidos y no en la objetividad que debe caracterizar a las decisiones de la Administración [valoración por efecto]- se entiende que existe una conducta sancionable.

En la especie, conforme quedó probado en el acto administrativo impugnado, los operadores económicos SOLNET y RECAPT: 1. Mostraron una solvencia e imagen empresarial que no tenían con la finalidad de hacerse adjudicar un contrato: no contaban con experiencia en el mercado relevante y no gozaban del recurso humano para una correcta ejecución del servicio; 2. Diseñaron un esquema de concurrencia de no igualdad de condiciones entre competidores: irrumpiendo los principios y los fines de la contratación pública, falseando el proceso competitivo específico; y, 3. Implementaron un mecanismo de adjudicación direccionado, que atentó contra el correcto funcionamiento del mercado.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> “Art. 12. [...] 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. [...]”

<sup>5</sup> En palabras de Otamendi, “[...] El correcto funcionamiento del mercado ha sido desde siempre identificado con el interés económico general. Si el mercado funciona correctamente, no hay daño para el interés económico general [...]”. Otamendi, Jorge. “El interés general y la eficiencia económica en la ley de defensa de la competencia”. La Ley, 7 de diciembre de 1999.



44  
Considerandos  
diversos  
-431-  
arbitrariedad  
tambien  
P

Lo anterior se entiende, porque la conducta coordinada entre los dos oferentes en el proceso de contratación, en el que simularon competir, cuando en realidad resguardan una voluntad coludida, resultó idónea para impedir y falsear la libre competencia económica y por tanto atentar el interés económico general. Esta conclusión se sustenta, entre otras posibles razones, en que con ese comportamiento los agentes económicos pudieron incrementar la probabilidad de que alguno resulte adjudicatario en el proceso [como en efecto sucedió], lo cual ocurre claramente con un detrimento proporcional de las probabilidades de éxito que tendrían los demás oferentes [aún los potenciales] que no hicieron parte el esquema de colaboración anticompetitivo. Por tanto, los operadores económicos RECAPT y SOLNET han perjudicado al mercado relevante, habiendo impedido y falseado la competencia dentro del proceso de selección.

Sabiendo que para el incremento ilegítimo de la probabilidad de resultar adjudicatarios, los agentes pueden acudir a múltiples estrategias de tipo cooperativo propio de un escenario de franca competencia, basta señalar situaciones en las que, como acredita la CRPI en los apartados "7. DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA" y "12. LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS" del acto administrativo impugnado: a) los agentes en calidad de oferentes se coludieron en la presentación de ofertas y en la etapa de puja dentro del proceso de contratación pública N° SIE-IESS-015-2011; b) La colusión resulta demostrable, cuando para -simular una calidad que no gozaban como agentes calificados- soportan su experiencia, su capacidad y solvencia empresarial bajo documentación coordinada entre ambas que les otorga una ventaja competitiva ilegítima; y, c) Conductas como esta, implican que los agentes que la conforman soportan menos presiones competitivas en comparación con las que se darían en un escenario de verdadera rivalidad, lo cual deriva en un impedimento y falseamiento ilegal a la competencia.

Entiéndase que, la participación en compra pública significa -para fines numéricos- que para aquellos oferentes que han quedado habilitados, habiendo actuado de manera coordinada, tienen mayor probabilidad matemática de resultar elegidos respecto de quienes participaron de forma completamente independiente, e incluso, como incentivo anticompetitivo, existe que la colusión se presente no para la exclusión de otros oferentes, sino que falseando la competencia (eliminando la incertidumbre existente propia entre competidores) se busque no ser el único oferente calificado, para no tener que cumplir con la reducción obligatoria del 5% de la oferta económica respecto del presupuesto referencial, conforme lo manda el artículo 47 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

En conclusión, el esquema de razonabilidad empleado por la CRPI para la determinación del mérito de sanción de la conducta, resulta apto para dar cumplimiento al fallo de la Corte Nacional de Justicia, puesto que -en los considerandos y la motivación de la Resolución de la CRPI- se evidencia que la conducta encontrada entre RECAPT y SOLNET es un claro ejemplo de una producción real de efectos anticompetitivos y de la idoneidad para producirlos, que se derivan de una organización para la presentación de sus propuestas, de manera que resultaron calificadas en función de una ventaja que no tuvieron los actores independientes [sea dentro o fuera del proceso de selección], haciendo que los criterios de evaluación se desplacen hacia aquellos coordinados.

La afectación como peligro concreto, contra el interés económico general, por falseamiento de la competencia, se originó por el direccionamiento de la voluntad administrativa dentro del mercado relevante, irrumpiendo contra el correcto funcionamiento de la contratación pública, toda vez que en este tipo de conductas no puede obtenerse una selección objetiva del contratista que haga la oferta más ventajosa para el Estado, si entre los oferentes no se traba un activo y honesto proceso



competitivo. Para los efectos descritos por el Derecho de Competencia, así como para los fines de la contratación pública, es de rigor que los oferentes posean la calidad que presentan en sus propuestas, mantengan el secreto de las mismas hasta el momento en que se abran, no colaboren entre sí para mecanizar la adjudicación; todo lo cual –conforme ha quedado evidenciado en el acto recurrido- ha sucedido en la conducta de RECAPT y SOLNET, dando lugar a un efectivo impedimento y falseamiento de la competencia en la Subasta Inversa Electrónica del IESS.

Se considera evidente frente al Derecho de Competencia que una práctica en la cual dos competidores, sujetos a un régimen de coordinación, que comparten recursos físicos y técnicos para facilitar su participación en procesos de compra pública, produciendo y presentando de manera mancomunada documentos necesarios para habilitarse en el proceso de selección, coordinando, discutiendo o sugiriendo la forma de presentar factores de selección señalados en los términos de referencia, es una práctica que resulta idónea para impedir la materialización de condiciones de igualdad de oportunidades –como uno de los contenidos esenciales del derecho a la libre competencia económica- en perjuicio de los demás proponentes que formen o hayan podido formar parte de dicho proceso.

Precisadas las prerrogativas constitutivas del derecho *antitrust* y que el comportamiento objeto de análisis tiene efectivamente la idoneidad de falsear la competencia, es del caso reiterar que ese tipo de conductas son especialmente gravosas porque –como lo es en el caso de investigación y sanción- el Estado no obtuvo el “beneficio” normativo de una selección competitiva, o –de haberse tratado de un único oferente en el proceso de selección- de la reducción del 5% del rubro de la oferta respecto del presupuesto referencial, los cuales constituyen los efectos del impedimento y falseamiento, corroborando la existencia de la conducta y el perjuicio al interés económico general. Aclarado lo expuesto hasta este punto, esto es, las condiciones en las que el comportamiento de impedimento y falseamiento de la competencia por presentación de ofertas de manera coordinada resultó restrictivo de la libre competencia económica, esta Autoridad considera oportuno resaltar los impactos a la competencia y en los intereses del Estado que se presentan en el caso de análisis como consecuencia de la conducta concertada entre los operadores económicos RECAPT y SOLNET.

En este sentido, la calificación y habilitación de los dos oferentes coordinados dentro de un proceso de subasta inversa electrónica, en una relación de competencia aparente y simulada, que tuvo por objeto el favorecimiento de manera ilegítima a uno de ellos para la adjudicación, o incluso para una adjudicación por la cual no se deba reducir el 5% de la oferta económica respecto del presupuesto referencial, generó –sin duda- una afectación a la libre competencia económica que se materializa en un detrimento de la eficiencia de asignación de los recursos públicos, pues promovió: (i) la exclusión de agentes independientes –por medio de falseamiento, que oferentes sin las características demandadas por los términos de referencia, aparezcan como idóneos- del proceso competitivo; o, (ii) la exclusión de una oferta mejor [sea dentro del mismo u otro proceso de contratación].

Recordemos que dentro de los procesos de selección, siempre que haya más de dos oferentes, al menos uno de ellos quedará excluido y no tendrá la posibilidad de ser adjudicado así haya resultado habilitado, y los dos restantes deberán someterse al proceso competitivo de puja. Es justamente que, si del resultado de la coordinación para el falseamiento de la competencia dos operadores organizados, simulando ser aptos oferentes, quedan como partícipes, impiden a la vez la competencia porque no existirá proceso competitivo real desde la misma presentación de las



-417-  
Criterios  
de control  
-432-  
evaluación  
también  
↑  
don  
@

ofertas, causándose un perjuicio al modelo de contratación por la creación de una ficción de competencia.

La materialización de los dos efectos derivados del impedimento y falseamiento a la competencia, son: **a)** El efecto explotativo, que puede traducirse en que el Estado ecuatoriano, al no detectar la existencia de la colusión por parte de la entidad contratante, pese a recibir el servicio contratado – aún dentro de los parámetros económicos del proceso de contratación en específico-, realmente no contó con la alternativa de encontrar un oferente realmente apto o una mejor oferta frente a la realidad del oferente indebidamente adjudicado, sea en el escenario de casos de negociación única conforme manda el artículo 47 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, o del lanzamiento de un nuevo proceso de contratación por la declaratoria de desierto, con una afectación sensible a la efectividad de las compras públicas; y, **b)** Un efecto exclusorio, traducido en el impacto negativo derivado de la salida –o impedimento de entrada- de competidores, fruto de la coordinación y falseamiento de la competencia ya mencionados. Bajo las luces de lo anterior, la afectación a la competencia y por ende a los intereses del Estado en los fines de la contratación pública, surge al generarse -producto del falseamiento de la competencia- la exclusión de nuevas posibilidades para la entidad contratante [impedimento a la competencia], que genera una asignación ineficiente de recursos, pese a haber recibido el servicio contratado.

Respecto al cumplimiento de la sentencia de la Corte Nacional de Justicia, en torno a la aplicación de la regla de la razón, y no de una variante de la misma, la Resolución de 08 de octubre de 2019 a las 16h40 emitida por la CRPI, en el apartado "12.2. La normativa ecuatoriana sobre derecho de la competencia. Sus bases europeas y la aplicación al caso particular.", es basta para motivar la aplicación del denominado *quick look*, para cuyo efecto señala:

*"[...] 219. [...] con el objetivo de cumplir la sentencia de la Corte Nacional de Justicia, la CRPI observa que se puede hacer un enlace entre la regla de la razón bajo su variante quick look y el sistema de análisis "objeto-efecto-excepción", pues esto encaja con el principio de primacía de la realidad determinada en la ley. En los dos esquemas se presenta lo siguiente: si la conducta por su naturaleza es manifiestamente anticompetitiva sería sancionable, lo que no obsta que para que el denunciado alegue que su conducta tiene efectos pro competitivos [...]" [énfasis me pertenece]*

Ante lo anterior, si bien la sentencia de la Corte Nacional de Justicia expresa: "[...] DÉCIMOTERCERO.- [...] cuando la Superintendencia sanciona a un operador económico por este numeral mencionado [...] 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 [...]", se debe colegir que esa conceptualización de la regla de la razón frente al ordenamiento jurídico ecuatoriano, ha logrado para este particular caso, que el esquema "objeto-efecto-excepción", tenga como punto de partida investigativo el análisis por objeto, indagando sobre el contenido, la finalidad objetiva y el contexto económico y jurídico en que tuvo lugar la conducta; en definitiva, una indagación sobre su naturaleza. Empero, lo anterior no supone que el análisis por objeto y la regla de la razón sean consideradas como mutuamente excluyentes, o que una valoración en pasos más allá de la valoración presuntiva no sea un análisis de razonabilidad propiamente tal.

Siendo que la sentencia de la Corte Nacional de Justicia, en el apartado duodécimo, respecto del numeral 6 del artículo 11 de la LORCPM, señala: "[...] 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 si 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. [...]"; aterrizando en un análisis de la determinación precisa del núcleo o verbo rector de la infracción; cabe preguntarse si la Comisión de Resolución de Primera Instancia, conforme lo señalado por el recurrente en los párrafos 22 y 66 de su recurso, ha incumplido la sentencia ejecutoriada de la Corte Nacional.

Se principia por indicar que, conforme se desprende de los expedientes administrativos N° SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026 y SCPM-CRPI-2015-019, y que se recoge en la Resolución de 08 de octubre de 2019 a las 16h40 de la CRPI, la subsunción conductual de los operadores económicos RECAPT y SOLNET se ha establecido dentro del numeral 6 del artículo 11 de la LORCPM, bajo los verbos rectores "impedir" y "falsear" la competencia.

Sobre lo anterior, aunque siendo la regla de la razón una perspectiva de análisis conductual desarrollada vía doctrina, y una categoría de derecho procesal por la cual se establecen mecanismos y herramientas para la evaluación de las conductas en las que incurren los operadores económicos en el mercado investigado; esta figura no se encuentra normada dentro de la legislación ecuatoriana, en consecuencia, el análisis investigativo que la Superintendencia efectuó sobre la práctica anticompetitiva del expediente administrativo de marras, tiene que analizarse bajo un estándar de evaluación normativo: esquema "objeto-efecto-excepción".

El estándar de valoración normativo, a los ojos de nuestra legislación, y por principio de especialidad, será a partir de ese esquema; el cual [así como la regla de la razón] no abarca un solo método o estándar probatorio, sino que depende de la naturaleza de la conducta investigada y el caso en particular [primacía de la realidad]; que, conforme ya lo ha desarrollado la entendida Corte Suprema de Justicia Estadounidense<sup>6</sup>, no existiendo una clara línea divisoria entre regla de la razón y regla per se, sino gradaciones que dependen del caso en concreto, puede categorizarse como un pleno estándar de análisis bajo razonabilidad, la denominada "regla de la razón truncada" o "quick-look", que ha sido empleada por el órgano de sanción.

La Suprema Corte de Estados Unidos, respecto a la línea divisoria entre ambas reglas, a partir de lo cual se acepta la gradación del *quick look* como una efectiva regla de la razón, ha señalado que "[...] 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 [...]"; siendo por tanto que, esta regla no excluye de presunciones y exenciones a las que el propio mercado -o en mejores situaciones, por mandato normativo- ha llegado.

<sup>6</sup> En el caso *NCAA v. Board of Regents*, la Corte Suprema de Estados Unidos aclara "[...] (d)e hecho, o 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 [...]" (traducción libre)

<sup>7</sup> Caso *California Dental Assn. v. FTC*, 526 U.S. 756 de 1999. Criterio reiterado en el caso: *Federal Trade Commission v. Actavis, Inc.*, et al. No. 12-416.2013



48  
Categoría  
directo  
-433-  
arabical  
trabaja  
7  
tus  
e

Teniéndose por sentado que la regla de la razón no se encuentra normada dentro de nuestro ordenamiento jurídico, y que siendo una perspectiva de análisis con soporte doctrinal y jurisprudencial extranjero, bien se entenderá que comprende una diversa gama de variantes que no suponen una aplicación o procedimiento homogéneo para todos los casos, siendo acertado indicar que un análisis investigativo ubicado más allá de una presunción, que rinda atención a la valoración de la naturaleza de la conducta [contenido, la finalidad objetiva y el contexto económico y jurídico] es un correcto análisis bajo regla de la razón, cuando la conducta investigada y analizada tiene suficiente soporte en cuanto a que conlleva en sí misma una naturaleza anticompetitiva que poco responderá a las exenciones [contraer un efecto pro competitivo] que la norma prevea. Por lo tanto, para esta autoridad la CRPI ha dado cumplimiento a lo dispuesto por la Corte Nacional de Justicia, conforme se desarrolla a continuación:

A consideración del recurrente, existe incumplimiento a lo mandado por la sentencia de marras, toda vez que "[...] 72. [...] para este caso es necesario aplicar la regla de la razón, no un híbrido distinto, sino la regla de la razón en la que existe el deber de probar la afectación al mercado; y, el acápite Decimotercero es tajante en señalar que se "exige que se compruebe que los operadores económicos han perjudicado a la competencia o al consumidor o al mercado", cuestión que en la resolución de la CRPI al aplicar la regla del quick look se está omitiendo, en flagrante vulneración a lo dispuesto por la Corte Nacional, lo cual evidentemente torna en nulo el acto administrativo ahora impugnado [...]"; y, "[...] 101. [...] la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, a través de sus organismos debe comprobar de qué manera una supuesta conducta causó un perjuicio al mercado, a los competidores o al consumidor en aplicación irrestricta de la regla de la razón [...]".

Sin embargo, el apartado 12 de la Resolución de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, en la calificación jurídica de los hechos, en el párrafo 198, es directo al señalar que la conducta anticompetitiva llevada a cabo por los operadores económicos RECAPT y SOLNET ya ha sido probada dentro del expediente administrativo N° SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026, pues en torno a ello, el fallo de la sentencia de la Corte Nacional de Justicia, en su parte resolutive, dejó a salvo el derecho de la Superintendencia para imponer la multa respectiva analizando su pertinencia conforme la regla de la razón.

Así mismo, el recurrente -en los apartados 4.1.2 y 4.2 de su recurso- ha identificado como falencia de la resolución impugnada, y que configura el presunto incumplimiento al fallo de la Corte Nacional de Justicia, el no haberse impedido la competencia y el no haberse demostrado la existencia de afectación al mercado, lo cual ya ha sido tratado en párrafos anteriores.

Para el recurrente, la exclusión del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social de la investigación del expediente administrativo N° SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026, conforme lo indica en el párrafo 90 de su escrito impugnatorio, hace que la documentación emitida por esa administración como entidad contratante dentro del proceso de contratación No. SIE-IESS-015-2011, sea válida, legal y legítima. Considerando con ello que, la subsunción de la conducta anticompetitiva efectuada por las partes procesales a lo previsto en el numeral 6 del artículo 11 de la LORCPM, no se encuentre justificada, toda vez que la conducta de RECAPT no tiene vínculo con la descalificación de los oferentes participantes en el proceso de subasta inversa electrónica, lo cual es producto de su propia negligencia. Concluyendo, en el párrafo 94 del recurso, que "tampoco se cumple con el segundo elemento previsto en el numeral 6 del artículo 11 de la LORCPM [...] Es decir, la conducta de RECAPT durante el proceso de contratación en ningún momento tuvo como objeto el



*impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia entre los oferentes de la subasta inversa electrónica, ni en ningún momento buscó asegurarse el resultado en beneficio propio o de otro oferente [...]*"

Sin embargo, si bien lo anterior no es objeto de valoración bajo el Derecho de Competencia por resultar inconducente al momento de valoración de la conducta, se ha de decir que, de la verdad procesal de los expedientes administrativos, de la doctrina especializada en Derecho de Competencia, y de lo expuesto a lo largo de este apartado, las consecuencias de la conducta no deben recaer específicamente sobre los otros oferentes partícipes dentro del proceso contractual para ser calificada su ilegalidad y procedencia sancionatoria, sino en la afectación que el proceso frente al esquema competitivo sufre, alterando la naturaleza de la contratación pública, y generando un esquema de adjudicación falseado con efectos de impedimento. En tal virtud, toda vez que el fondo de esta alegación ya se ha tratado, se consideran infundadas e improcedentes las alegaciones del recurrente, teniéndose por efectivamente cumplido el mandato judicial de la sentencia de la Corte Nacional de Justicia.

ii. **Que la CRPI no ha logrado comprobar la conducta del artículo 11 numeral 6 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado:**

Respecto a este punto, es menester enfatizar que la determinación del cometimiento o no de una conducta tipificada en la LORCPM responde a la verdad procesal constante en el expediente administrativo de investigación, siendo los medios aportados durante el transcurso de la investigación y que son reproducidos dentro del respectivo término de prueba, aquellos elementos bajo los cuales se permite corroborar la existencia o no de un comportamiento anticompetitivo.

El operador económico RECAPT S.A., dentro del libelo de su Recurso de Apelación sostiene que la CRPI no ha valorado correctamente las pruebas en la resolución de 08 de octubre de 2019, a las 16h40, pues no se demuestra que los operadores económicos SOLNET S.A. y RECAPT S.A. hayan coordinado sus actuaciones dentro del proceso de contratación pública número SIE-IESS-015-2011. De esa manera, sustenta que las similitudes entre las ofertas elaboradas, su presentación por la misma persona, la traducción similar del Manual de Softwitch y la relación del señor Fernando Colunga con ambas compañías se tratarían de "indicios circunstanciales" que no prueban de manera directa que existió una acción concertada por parte de los referidos operadores económicos.

Sin embargo, la naturaleza de la conducta objeto de sanción [colusión dentro de procesos de contratación pública] tiene particularidades respecto a la forma de determinación de su existencia.

Ante ello, se debe empezar señalando que la teoría económica suele a veces distinguir entre situaciones de colusión explícita y situaciones de colusión tácita. Las primeras implican la existencia concreta de un acuerdo escrito o verbal entre las empresas intervinientes, en tanto que las segundas tienen lugar en situaciones en las cuales el comportamiento colusivo surge como resultado de estrategias que cada entidad adopta independientemente, pero que confluyen en una coordinación que trae aparejada un incremento de posibilidades frente al proceso de adjudicación.

Recordemos que en un caso concreto de colusión tácita la prueba indiciaria es capaz de generar convicción por sí sola si concurren a plenitud los requisitos para su eficacia probatoria. Esta prueba es la más razonable cuando el acto que se quiere demostrar es tan íntimo con estos elementos



indirectos, que la convicción administrativa se forma entre lo que aspira probar y estos medios que tienen verdadera relación de causa-efecto con la investigación.

Dicho ello, ha de señalarse que la colusión puede ser probada mediante cualquier medio de prueba, sea directa e indirecta o circunstancial. La prueba indirecta es aquella con la que se llega a la conclusión del hecho colusivo mediante inferencias. La prueba indirecta coincide así, en términos generales, con nuestra prueba de presunciones o indiciaria. El juez Posner señala que la prueba indirecta "[...] es todo lo demás [aparte de la prueba directa] incluyendo las afirmaciones ambiguas [...]"<sup>8</sup>. Justamente, bajo ciertas circunstancias, una práctica concertada puede ser inferida sólo a partir de evidencia circunstancial, pero lo hará y servirá para ese objeto si la evidencia circunstancial enlaza una serie de hechos de forma tal que, en su conjunto, permitan acreditar lo que se quiere probar, tal como se evidencia dentro del expediente administrativo.

La doctrina nos enseña que para que de los indicios se pueda presumir el nexo causal entre la infracción y sus responsables, es necesario: 1. Que la existencia de la infracción se encuentre comprobada conforme a derecho [ejercicio efectuado bajo el esquema "objeto-efecto-exención"]; 2. Que la presunción se funde en hechos reales y probados y nunca en otras presunciones [ejercicio cumplido en la valoración probatoria y la calificación jurídica de los hechos]; y, 3. Que los indicios que sirvan de premisa a la presunción sean varios, relacionados, unívocos y directos [requisito cumplido en la valoración probatoria y la calificación jurídica de los hechos]. En la especie, todos direccionan en señalar que la conducta colusoria existió a través de su actuación coordinada en el proceso de contratación No. SIE-IESS-015-2011.

Tal como ya se hizo referencia, en los casos en los que se demanda de prueba indirecta, el Juez Posner señaló, en el caso *In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, que la prueba indiciaria en los casos de colusión es de dos tipos: económica y no-económica. La prueba no-económica es aquella que permite inferir que la falta de competencia entre los operadores económicos investigados es consecuencia causal de un acuerdo de no-competir.

Desde el punto procesal de la administración, para que la prueba indiciaria sea válida, debe contar con un factor adicional, que resulta de la contraposición de hipótesis. Si la administración encuentra -en una evaluación comparativa- que la prueba indiciaria es menos consistente con la hipótesis de individualidad, y más consistente con la hipótesis colusoria, debe -contando con la presunción normativa que contiene el numeral 4 del artículo 8 del RLORCPM- optar por la teoría de que no existió independencia competitiva, y en consecuencia que la colusión propiamente como tal tiene sustento. Pero la presunción normativa del objeto de la conducta, no es la base y fundamento que nutre la validez de la prueba indirecta, sino la univocidad y dirección que arrojan esos elementos frente a cualquiera de las dos hipótesis.

La prueba actuada y producida dentro del expediente administrativo N° SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026, y que fue efectivamente valorada dentro del expediente administrativo N° SCPM-CRPI-2015-019, que guía la voluntad administrativa y que generó elementos de convicción sobre el cometimiento de una conducta colusoria en el marco de la contratación pública [numeral 6, artículo 11 LORCPM], es:

<sup>8</sup> *In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, 295 F.3d 651, 662 (7th Cir. 2002) ("[Circumstantial evidence] is everything else including ambiguous statements. These are not to be disregarded because of their ambiguity; most cases are constructed out of a tissue of such statements and other circumstantial evidence, since an outright confession will ordinarily obviate the need for a trial").



- El Informe de análisis de las ofertas de la Subcomisión de Apoyo [informe final único] de 06 de febrero de 2012. Prueba documental con la que se demuestra que los operadores económicos RECAPT y SOLNET, acreditando experiencia en Contact Center, les permitió calificarse y acceder a la puja. [Véase párrafos 97 al 100 de la Resolución]
- Examen Especial a los procesos precontractual, contractual y ejecución del contrato para el servicio de call center con la empresa RECAPT, prueba documental que refleja las coincidencias y similitudes de los operadores económicos RECAPT y SOLNET, por los cuales sin sustento fáctico, respaldan idoneidad para participar en el proceso de selección; y, en contraste con ello, de la visita *in situ* de la Contraloría General del Estado, la idoneidad era irreal. [Véase párrafos 100 al 105 de la Resolución]
- Copias certificada por el IESS, correspondiente al expediente N° 026-2013 con acuso recibo de la Comisión Técnica, dentro del proceso de SIE-IESS-015-2011; por RECAPT y SOLNET; y, copias certificadas de las declaraciones de utilidades de RECAPT. Documentación con la cual se corrobora el lapso de tiempo en el cual se comete la infracción sancionable, y con la cual consta que ambas ofertas técnicas son presentadas por el ciudadano Diego Gaybor Quiroz, trabajador empleado de RECAPT. [Véase párrafos 105 al 112 de la Resolución]
- Resolución Administrativa No. CT-IESS-008-2012 de 23 de febrero de 2012, emitida por el Director General del IESS dentro del proceso SIE-IESS-015-2011. Prueba documental que comprueba la adjudicación del contrato dentro del proceso identificado como mercado relevante de la contratación pública, y establece la duración y ejecución de la conducta. [Véase párrafos 112 a 113 de la Resolución]
- Informe de Análisis de Ofertas Subcomisión de Apoyo, Informe Final Único, oferta técnica (Primera parte). Prueba documental con la cual se confirma que ambos operadores económicos, en coordinación de ofertas, ofrecen el software Dragon Suite. [Véase párrafo 113 de la Resolución]
- Copias certificadas del Informe de Indicios de Responsabilidad Penal DADS y SS-0003-2013, en donde constan los resultados del examen especial practicado a los procesos precontractual, contractual y de ejecución dentro del Proceso de licitación SIE-IESS-015-2011. Prueba con la que se permite inferir que las similitudes y coincidencias documentales entre ambos operadores económicos, se debe a una falta de independencia o coordinación. [Véase párrafos 114 a 116 de la Resolución]
- Informe Pericial de Audio, Video y Afines No. 201-2015. Con el cual se verifica que el señor Fernando Colunga mantenía un vínculo con los dos operadores económicos. [Véase párrafos 116 a 117 de la Resolución]; y,
- Prueba indirecta que viabiliza las presunciones con un nexo causal unívoco frente a los demás elementos probatorios, conforme se desprende de los párrafos 117 al 123 de la Resolución.

Con los elementos probatorios mencionados, tanto como prueba directa e indirecta, en su conjunto, por resultar varios, relacionados, unívocos y directos, permiten acreditar que existió vínculo,



tab.  
Cuatrocientos  
veinte  
-435-  
avaluación  
trámite  
of  
circ  
CR

coordinación, conocimiento y voluntad de lograr una adjudicación dentro del proceso SIE-IESS-015-2011; y logran llevar a la autoridad sancionadora a la convicción que estos respaldan una hipótesis colusiva, y no una hipótesis de individualidad competitiva. En esa medida, recordemos los elementos probados respecto a la conducta de los operadores económicos SOLNET y RECAPT, dentro del expediente: 1. Mostraron una solvencia e imagen empresarial que no tenían con la finalidad de hacerse adjudicar un contrato: no contaban con experiencia en el mercado relevante y no gozaban del recurso humano para una correcta ejecución del servicio; 2. Diseñaron un esquema de concurrencia de no igualdad de condiciones entre competidores: Irrumpiendo los principios y los fines de la contratación pública, falseando el proceso competitivo específico; y, 3. Implementaron un mecanismo de adjudicación direccionado, que atentó contra el correcto funcionamiento del mercado. Es decir, existe evidencia directa y circunstancial que enlaza una serie de hechos que indican la falta de competencia entre los operadores económicos investigados, de forma tal que, en su conjunto, permiten confirmar que las actuaciones dentro del proceso SIE-IESS-015-2011, son consecuencia causal de un acuerdo de no-competir.

De la anterior formulación, se sigue que es posible concluir que un solo factor agregado, en caso de revestir la gravedad y precisión necesarias, puede ser suficiente evidencia para que la autoridad logre convicción. ¿Existe ese factor en el expediente administrativo? sí, y se los ha enlistado en las anteriores líneas: las similitudes entre las ofertas elaboradas, su presentación por la misma persona, la traducción similar del Manual de Softwitch y la relación del señor Fernando Colunga con ambas compañías; respecto de los cuales no existen justificativos y/o explicaciones efectivas que sustenten la hipótesis de licitud o individualidad como exige la doctrina de defensa de la competencia, y que no hacen sino respaldar la convicción sobre la coordinación colusoria para impedir y falsear la competencia, lograda en la búsqueda de adjudicar un contrato dentro de un proceso de compra pública.

En tal virtud, entendida que es la prueba indiciaria como artificial, porque la construye la administración a partir de hechos efectivamente probados [en la especie, las similitudes entre las ofertas elaboradas, su presentación por la misma persona, la traducción similar del Manual de Softwitch y la relación del señor Fernando Colunga con ambas compañías, cuya valoración se efectuó en el apartado séptimo se la resolución de la CRPI de 08 de octubre de 2019 a las 16h40], estos sirven de base y sustento para la investigación, y -proporcionando un grado de certidumbre- logran la comprobación de la existencia de la infracción conforme a derecho [efectuado en el apartado 12 de la Resolución], que -tal como ya se ha explicado- existe con el cumplimiento de los efectos del impedimento y falseamiento analizado en el apartado que antecede.

Frente a lo anterior, se debe recordar que, siendo cada vez más inusual vislumbrar pruebas documentales, pues "[...] lo habitual es que las empresas no hagan explícitos sus acuerdos ni dejen prueba documental alguna, lo que resulta en simples acuerdos verbales en los que por lo general intervienen los rangos más altos de las empresas, de manera que las autoridades solo podrán echar mano de meras pruebas indiciarias, que por sí solas no podrán conducir a una condena contra sus integrantes, sino que requerirán una valoración en conjunto de acuerdo a las reglas de la sana crítica [...]"<sup>9</sup>, todos los medios probatorios que son analizados por parte de las autoridades de competencia, valorados en conjunto, atendiendo los principios que rigen transversalmente a todo tipo de procedimiento; tal como el tratadista Hernando Devis Echandía,

<sup>9</sup> Deisy Galvis-Quintero. "La colusión como una práctica restrictiva de la competencia que afecta gravemente los procesos de selección de contratistas" 132 Universitas, Universidad Javeriana (2016) pag. 172.



sostiene: “[...] generalmente la prueba que se aporta a los procesos es múltiple: a veces los medios son diversos [...] generalmente, hay varias pruebas de una misma clase (varios testimonios o documentos, etc.) Significa este principio que el conjunto probatorio del proceso forma una unidad, y que, como tal, debe ser examinado y apreciado por el juez, para confrontar las diversas pruebas, puntualizar su concordancia o discordancia y concluir sobre el convencimiento que de ellas globalmente se forme [...]”<sup>10</sup>, nos encontramos ante elementos probatorios que respaldan la hipótesis colusiva como verdad procesal, y que han llevado a formar la convicción administrativa del órgano sancionador, en cuanto a determinar la efectiva existencia de una práctica colusoria en los términos del numeral 6 del artículo 11 de la LORCPM, en los verbos rectores impedir y falsear la competencia.

Bajo estos parámetros, de la revisión de la actuación administrativa impugnada, se evidencia que la evaluación realizada por la CRPI no se hizo de manera aislada, y por el contrario, se han considerado varios medios probatorios directos e indirectos, pero unívocos y relacionados, que en conjunto ratifican la existencia de la conducta contenida en el artículo 11 numeral 6 de la LORCPM, por parte de los operadores económicos SOLNET S.A. y RECAPT S.A. dentro del proceso de contratación N° SIE-IESS-015-2011.

Adicionalmente, esta autoridad considera importante enfatizar que el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, en su sentencia de 19 de mayo de 2017 a las 10h43, respecto de la comprobación de la existencia o no de la conducta anticompetitiva por parte del operador económico RECAPT S.A., determinó que “[...] los hechos investigados por la entidad demandada en torno a la presentación de las ofertas efectuadas por SOLNET S.A. y RECAPT S.A., de cuyo análisis in extenso 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 [...] 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 al 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 [...]” concluyendo: “[...] En virtud de que el presente fallo ha detectado que la nulidad radica en la determinación de la multa, más no en el cometimiento de la infracción por parte de la empresa actora **RECUPERACIÓN DE CAPITAL CONTACT CENETER RECAPT S.A.**, [sic] la cual ha sido evidenciada dentro del presente proceso, el Tribunal verifica que el inicio del procedimiento administrativo por parte de la **SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO** se encuentra plenamente justificado hasta su conclusión [...]” [énfasis me corresponde].

Con esa perspectiva, y en concordancia de lo señalado, más adelante la Corte Nacional de Justicia, dentro del Recurso Extraordinario de Casación, que mediante sentencia de 19 de octubre de 2017 acogió el criterio del Tribunal Contencioso Administrativo y no contradujo la legalidad y veracidad del procedimiento administrativo, disponiendo que se deja “[...] a salvo el derecho de la

<sup>10</sup> Hernando Devis Echandía. “Compendio de Derecho Procesal. Pruebas Judiciales” Tomo II: 11ª Edición, Editorial Temis (2012) Bogotá. Pag- 14-15



431  
Contratos  
señalados  
-436-  
cuello  
cuello  
hecho  
y  
se  
C

Superintendencia para imponer la multa respectiva siempre y cuando exista mérito para ello, analizando el tema nuevamente conforme la regla de la razón [...]", apreciando el alcance de las decisiones judiciales de conformidad con el último inciso del artículo 101 del Código Orgánico General de Procesos mediante las cuales las autoridades judiciales han ratificado el cometimiento de la infracción contenida en el artículo 11 numeral 6 de la LORCPM, por parte de los operadores económicos RECAPT S.A. y SOLNET S.A., y, toda vez que no ha existido impugnación por parte del actual recurrente dentro del momento procesal oportuno, ha operado autoridad de cosa juzgada<sup>11</sup> y no se cuestiona la ausencia de transparencia generada en la coordinación de sus actuaciones dentro del proceso de Subasta Inversa Electrónica No. SIE-IESS-015-2011, como una práctica colusoria anticompetitiva por impedimento y falseamiento de la competencia.

**iii. Que la CRPI no ha valorado la prueba de conformidad con los principios de utilidad y pertinencia, por cuanto ha valorado elementos en formato de copia simple y compulsas:**

Sin perjuicio de lo declarado por las autoridades judiciales, respecto de esta argumentación, el operador económico RECAPT S.A. hace referencia expresa a dos pruebas que se encuentran dentro del acápite 6 de la Resolución de 08 de octubre de 2019, a las 16h40, esto es: "[...] xxii. Anexos en copias simples del Oficio PE 2015-01-26-01 presentados por el presidente ejecutivo del operador económico CRONIX, el 2 de febrero de 2015 a las 14h52 [...] xxv. Anexos al oficio PE-2015-03-15-02".

Ahora bien, de la revisión del acto administrativo impugnado, se evidencia que la CRPI de manera expresa señala que los referidos documentos no se encuentran en su formato original o copia certificada, lo que implicaría que no cumplen con los requisitos legales necesarios para ser valorados como prueba, tal como lo manda el artículo 194 del Código Orgánico General de Procesos, que dispone que: "[...] Los documentos públicos o privados se presentarán en originales o en copias. Se considerarán copias las reproducciones del original, debidamente certificadas que se realicen por cualquier sistema". Sin perjuicio de aquello, de la revisión del acto administrativo impugnado, esta autoridad resalta la estructura y contenido de la misma, pues el acápite 6, que trata sobre **"LAS PRUEBAS QUE OBRAN EN EL EXPEDIENTE"**, contiene únicamente un listado de todos los documentos que constan en el expediente administrativo N° SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026 y que constituyen una referencia de constancia procesal. Empero, al proceder con la revisión de la fundamentación realizada por la CRPI, dentro del acápite 7 respecto **"DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA"** se evidencia que la CRPI aclaró que "[...] solamente la prueba pedida, ordenada y practicada conforme a los principios del debido proceso tendrá eficacia probatoria, caso contrario no tendrán valor probatorio alguno. A la vez se observará que la misma conste en originales, fiel copias del original, copias certificadas, o en caso de documentos digitales y otras diligencias, serán incorporados con las formalidades que dicta la ley [...]".

En consecuencia de lo afirmado, únicamente realizó un ejercicio mental con relación a aquellos medios probatorios que cumplen con los principios de pertinencia, utilidad e idoneidad, de los cuales no resalta que se haya mencionado o realizado ningún tipo de análisis directo o indirecto de los documentos constantes en copias simples, y por lo tanto, no existe ningún tipo de variación o influencia de ellos sobre el proceso de valoración de la CRPI y en consecuencia la decisión de fondo no se encuentra viciada.

En cuanto al "Examen Especial a los procesos precontractuales, contractuales y ejecución del contrato para el servicio de Call Center" de la Contraloría General del Estado -CGE-, el recurrente sostiene que al ser una copia compulsada que no cumple que con el artículo 211 del COGEP, que manda: "[...]

<sup>11</sup> Código Orgánico General de Procesos. Art. 99. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015



*Requisitos para que hagan fe las copias y las compulsas. Las compulsas de las copias de una actuación judicial o administrativa y en general toda copia con valor de instrumento público, no harán fe si no han sido ordenadas judicialmente y con citación o notificación en persona o por una boleta a la parte contraria, o sea a aquella contra quien se quiere hacer valer la compulsas. Los poderes no están sujetos a esta disposición [...]*”, esta ha sido actuada de manera ilegal; sin embargo, de la revisión de las actuaciones procesales realizadas por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas [antes Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas], en el transcurso de la investigación del expediente administrativo No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026, se desprende: (i) El referido informe ingresó a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 21 de agosto de 2014, y fue agregado al expediente mediante providencia de 16 de septiembre de 2014 a las 11h30; misma que fue notificada a las partes procesales a fin de que tengan conocimiento del mismo; (ii) A 18 de septiembre de 2014, fecha señalada para que tenga lugar la diligencia de revisión del expediente administrativo por parte del operador económico RECAPT S.A., existe constancia de que el mismo no acudió; y, (iii) Mediante providencia de 27 de enero de 2015, la IAPMAPR, en el literal o) numeral SEGUNDO, incorporó y reprodujo como prueba, el escrito y anexos presentados por la CGE. De lo anterior, se ha de tomar en cuenta que el operador económico no presentó contradicción o alegación de utilidad o pertinencia de la documentación, por lo cual, la defensa presentada por el recurrente se desvirtúa por sí misma.

**iv. Que las medidas correctivas ordenadas por la CRPI correspondientes a la publicación de disculpas públicas en tres diarios de alta circulación y tres de televisión vulneran el principio de proporcionalidad y legalidad, así como el derecho a la seguridad jurídica:**

En atención a este punto, el recurrente manifiesta que el cumplimiento de las medidas correctivas impuestas por el órgano de resolución implica que el operador económico RECAPT S.A. incurra en un gasto de doscientos sesenta y un mil setecientos sesenta y cuatro dólares de los Estados Unidos de América con sesenta y seis centavos [261,764.66 \$ USD], monto que conjuntamente con la sanción económica supera el 12% de su operación económica del año 2018.

Respecto a la referida alegación, se debe indicar que la naturaleza remedial de una medida correctiva no busca poner fin a una infracción, sino que se trata [...] *de un mandato u orden proveniente de una autoridad competente que tiene como propósito corregir, subsanar o enmendar una situación equivocada o errada [...]*<sup>12</sup>. Las medidas correctivas consisten en acciones a ejecutarse por el operador económico sancionado por el cometimiento de una práctica anticompetitiva, que están orientadas a hacer desaparecer los efectos de la conducta ilegal; siendo que, su monto y naturaleza dependen del daño ocasionado, ya sea material o inmaterial, con el fin de satisfacer el sistema competitivo para enmendar de cierto modo los daños que ha causado la falta de cumplimiento de las leyes y normas de conducta sancionadas por la ley de competencia.

De acuerdo con el artículo 73 de la LORCPM, las medidas correctivas tienen por objeto restablecer el proceso competitivo, prevenir, impedir, suspender, corregir o revertir una conducta contraria a la Ley, y evitar la reincidencia. Con ello, la CRPI, en el ordinal TERCERO de la parte resolutive del acto administrativo impugnado, ordenó como medidas correctivas: “[...] *a través de tres diarios de alta circulación nacional emitirá la siguiente disculpa pública durante siete (7) días consecutivos en formato*

<sup>12</sup> Morón Urbina Juan Carlos. “Los actos-medidas (medidas correctivas, provisionales y de seguridad) y la potestad sancionadora de la Administración. Pontificia Universidad Católica de Perú. Revista de Derecho Administrativo Vol.09 Año 2019. Pag. 146.



432  
Cuestionados parte  
432 John  
evaluacion los  
trabajo  
9/1  
sich  
e

de una plana completa [...] a través de tres canales nacionales de alto rating plasmará en la pantalla comunicado escrito y a su vez hablado, conforme la siguiente disculpa pública durante siete (7) días consecutivos, por veinte (29) segundos, en franja publicitaria de 19h30 a 21h30. [...]"

De la revisión de las mismas, encontramos a nivel comparativo, que las dos medidas correctivas tendrían similitud con las medidas de reparación propias del Derecho Penal y de los Derechos Humanos, con las figuras de: a) Disculpas públicas; y, b) Publicación de la sentencia. Respecto de la primera, en la jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>13</sup>, se señala que las disculpas públicas se encuentran comprendidas dentro de las medidas de satisfacción de carácter simbólico<sup>14</sup>. Al momento de aplicarlas, quien haya transgredido el ordenamiento, automáticamente reconoce que ha cometido un error, aceptando de inmediato su responsabilidad. De esa manera, se genera un compromiso con la ciudadanía y además se crea un mensaje de naturaleza educativa a la sociedad en general.<sup>15</sup> En cuanto a la medida de publicación de la sentencia, lo que se busca es la socialización del proceso, la publicación de la verdad procesal y la comprensión por parte de la ciudadanía y autoridades públicas de cómo ciertas acciones constituyen una vulneración normativa.<sup>16</sup>

Así, la autoridad de competencia, siempre y cuando considere oportuno hacerlo, podrá, en su acto decisorio, imponer las medidas que obliguen al operador económico sancionado a adecuar su conducta. Para analizar la naturaleza de las medidas correctivas, la jurisprudencia europea, ha considerado que cuando una decisión "[...] prevé medidas correctivas, la empresa afectada está obligada a aplicarlas – asumiendo todos los costes vinculados a dicha aplicación– so pena de que se le impongan multas coercitivas [...] Es incompatible [...] que la ejecución efectiva del Derecho comunitario dependa o resulte influida por la voluntad o la capacidad de la empresa destinataria de la decisión de soportar tales gastos [...]"<sup>17</sup>. Bajo las consideraciones expuestas, la imposición de medidas correctivas pretende restablecer la legalidad de una determinada conducta anticompetitiva, situación que se encuentra contemplada en el citado artículo 73 de la LORCPM.

Así, respecto a la norma citada, es necesario precisar que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado se encuentra facultada para imponer las medidas correctivas que considere necesarias, sin que aquello se limite a los ejemplos contenidos en el artículo 73 de la LORCPM, pues es claro que no se trata de un listado único y taxativo, ni que la competencia de la Administración se agote en ellas, más por el contrario, permite a la autoridad de competencia realizar un estudio detallado de cada caso y aplicar las medidas pertinentes. Siguiendo la misma línea de pensamiento, el último inciso del artículo 74 de la LORCPM permite que "[I]a implementación de medidas correctivas no obstará la aplicación de las

<sup>13</sup> Por ejemplo: Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N.º 019-15-SIS-CC, caso N.º 0108-11-IS; sentencia N.º 058-16-SIS-CC, caso N.º 0069-11-IS; sentencia N.º 344-16-SEP-CC, caso N.º 1180-10-EP; sentencia N.º 057-17-SEP-CC, caso N.º 1557-12-EP

<sup>14</sup> Ver Corte Constitucional, sentencia N.º 273-15-SEP-CC, caso N.º 0238-11-EP

<sup>15</sup> Ver primera Corte Constitucional, sentencia N.º 146-14-SEP-CC, caso N.º 1773-11-EP

<sup>16</sup> Véase: REPARACIÓN INTEGRAL. Análisis a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador. Secretaría Técnica Jurisdiccional, Corte Constitucional del Ecuador. Quito, Ecuador. 2018. [http://bivice.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblio/texto/2018\\_RI/RI.pdf](http://bivice.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblio/texto/2018_RI/RI.pdf)

<sup>17</sup> Sentencia de la Corte de Primera Instancia. (Grand Chamber) Case T-201/04 "Microsoft V Commission". Sentencia de 17 de septiembre de 2007. Parr. 1256 y 1276. "When the Commission finds in a decision that an undertaking has infringed Article 82 EC, that undertaking is required to take, without delay, all the measures necessary to comply with that provision, even in the absence of specific measures prescribed by the Commission in that decision. Where remedies are provided for in the decision, the undertaking concerned is required to implement them — and to assume all the costs associated with their implementation —, failing which it exposes itself to liability for periodic penalty payments imposed pursuant to Article 16 of Regulation No 17 (see paragraph 1259 below)". (...) It is for the Commission, in its capacity as authority responsible for applying the Community competition rules, to pursue the implementation of infringement decisions in an independent, objective and impartial manner. It would be incompatible with its responsibility in that regard for the effective implementation of Community law to depend on or be influenced by the willingness or the capacity of the addressee of the decision to bear such costs".



sanciones contempladas en esta Ley"; así, la norma diferencia con claridad la naturaleza sancionatoria de la multa, la cual de acuerdo al presente caso representa el 12% del giro del negocio del año 2018 del operador económico RECAPT S.A., y la naturaleza remedial de la imposición de medidas correctivas, por lo que, es erróneo asumir que el costo del cumplimiento dichas medidas deba subsumirse al monto total de la multa.

Así mismo, esta autoridad considera que su implementación debe realizarse en apego de las facultades legales de la Administración Pública, respetando los derechos al debido proceso y a la defensa de los afectados garantizados en el artículo 76 numerales 1), 6), 7) literales a) y l) de la Constitución de la República del Ecuador<sup>18</sup>, pues toda decisión de la Administración debe contener el fundamento legal que justifique la actuación discrecional del órgano de resolución de manera razonada. Bajo estos presupuestos, tomando en cuenta que la imposición de medidas correctivas deben alcanzar un determinado fin, y aterrizando en el caso concreto, es imprescindible citar el artículo 74 de la LORCPM, el cual establece con claridad que: "La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, en el marco de esta Ley, implementará para cada caso las medidas correctivas, previo informe técnico del órgano de investigación, que permitan suspender, corregir, revertir o eliminar las conductas contrarias a la presente Ley. [...]" [subrayado me pertenece]. De la misma manera, el artículo 75 del referido cuerpo normativo determina que previo a la imposición definitiva de medidas correctivas, es imperante que el operador económico afectado por ellas sea notificado, a fin de que presente sus descargos en el término de 72 horas<sup>19</sup>.

Ahora, mediante la Resolución de 08 de octubre de 2019, a las 16h40, la CRPI expresó que: "[...] tiene certeza de que la conducta realizada por RECAPT resulta muy grave a la luz de la libre competencia. La conducta realizada por RECAPT en el marco del numeral 6 del artículo 11 de la LORCPM, por su naturaleza y especificidad, ya concluyó hace varios años, y por lo tanto es necesario que se dicten medidas correctivas que garanticen la no reincidencia [...]"; empero, del análisis del acto administrativo impugnado, así como del expediente administrativo No. SCPM-CRPI-2015-019, no consta que la CRPI haya solicitado a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas la elaboración del respectivo informe técnico, a pesar de la existencia de una norma expresa que obliga a la Administración a proceder de dicha manera. En consecuencia, el operador económico RECAPT S.A. fue privado de su derecho a presentar el descargo correspondiente, siendo el presente recurso de apelación, el único medio para impugnar su validez. Por lo tanto, esta autoridad considera que la falta de cumplimiento del procedimiento para la adopción de medidas correctivas, constituye una violación a los derechos mencionados dentro del presente acápite.

<sup>18</sup> Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial Suplemento 555 de 13 de octubre de 2011. "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 (...) 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. (...) l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados."

<sup>19</sup> Ibid. Art. 75.- Procedimiento.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado notificará al o a los operadores económicos que hubieren incurrido, o pudieren incurrir, en conductas contrarias a la presente Ley, y señalará cuáles son dichas conductas e impondrá las medidas correctivas que juzgue pertinentes. El o los operadores económicos tendrán un término de setenta y dos (72) horas para presentar el descargo del que se creyeren asistidos, o acoger las medidas correctivas. Si el descargo fuere infundado o insuficiente, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado ordenará la aplicación de las medidas correctivas, sin perjuicio de la continuación de los procedimientos que determina la presente Ley.



423  
Cristianita v. d. b.  
Tm  
-433-  
anexo a los hechos  
of  
ca

v. Que la CRPI ha motivado el acto administrativo impugnado con base a la resolución de 01 de abril de 2019 que fue declarada nula mediante resolución de 05 de julio de 2019 emitida por esta Autoridad:

Respecto de este argumento, el operador económico RECAPT S.A. realiza el señalamiento de los párrafos 46, 236, 237, 270, 271, 299 y el acápite 9.12 de la Resolución de 08 de octubre de 2019, a las 16h40, mediante los cuales el órgano de resolución habría utilizado la resolución de 01 de abril de 2019 para motivar su decisión.

De la revisión del texto del acto administrativo, se desprende que si bien existe una referencia al acto en mención, este es aludido como antecedente y elemento de ubicación procesal, pues la CRPI expresamente cita la parte pertinente de la Resolución de 05 de julio de 2019, emitida por esta autoridad mediante la cual se declaró "[...] de oficio la nulidad de la Resolución de 1 de abril de 2019 a las 09h30, suscrita por los miembros de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, cuando sea [sic] evidenciado que la misma posee un vicio insubsanable de motivación al haber sido emitida sin contar con los expedientes íntegros de investigación y sanción No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026 y SCPM-CRPI-2015-019 [...]. Así, es claro que la mención del acto administrativo declarado nulo únicamente cumple con una función histórica y referencial de la Resolución de 08 de octubre de 2019, a las 16h40, sin que efectivamente ésta haya sido utilizada como un fundamento de derecho para la emisión de la decisión de la CRPI; enfatizando que la nulidad del acto fue declarada en razón de no haber contado con los expedientes mencionados; es decir, que las razones de nulidad son distintas a la motivación realizada por el órgano de resolución; en tal sentido, los antecedentes de hecho del presente caso, la normativa aplicable y las fuentes secundarias como son la doctrina y jurisprudencia no varían sustancialmente, siendo improcedente la alegación del recurrente sobre este particular, por no causar perjuicio o vicios que vulneren la legalidad y legitimidad del acto administrativo impugnado.

**b) RECURSO DE APELACIÓN DEL OPERADOR ECONÓMICO CRONIX CIA. LTDA.:**

i. Que en la resolución de 08 de octubre de 2019, a las 16h40 emitida por la CRPI se mencionan escritos del operador económico CRONIX CIA. LTDA. en los cuales se presentan elementos de prueba de colusión entre los operadores económicos investigados pero que no han sido tomados en cuenta por el órgano de resolución, incluida la denominada "Prueba concluyente", la cual constaría en el Memorando No. SERCOP-CTIT-2019-0150-M de 03 de abril de 2018:

Respecto de este punto, es importante tomar en consideración que de conformidad con el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador, la Administración Pública se encuentra vedada de realizar actuaciones que sobrepasan las competencias que han sido concedidas por ley. En este caso, el procedimiento relacionado con la investigación y sanción de prácticas anticompetitivas se encuentra establecido en la LORCPM, el Reglamento para su Aplicación, y el Instructivo de Gestión Procesal Administrativa, los cuales determinan el objeto y tiempo de duración de cada fase, dentro del cual se encuentra la etapa de prueba, la cual tiene una duración de sesenta [60] días término, misma que puede ser prorrogada por treinta [30] días adicionales, de conformidad con el artículo 59 ibídem.

Así, el operador económico CRONIX CIA. LTDA., en el libelo que contiene el recurso de Apelación y su complemento, sostiene que dentro del expediente de sanción número SCPM-CRPI-2015-019, presentó documentación y supuestos "[...] elementos de hecho de la colusión vertical y horizontal IESS-RECAPT-SOLNET [...] También aportamos pruebas documentales de que RECAPT cometió similares actos colusorios en procesos de contratación pública en el 2014 y 2017"; sin embargo, es necesario indicar



que la incorporación de nuevos elementos de fondo, así como prueba que no conste previamente dentro del expediente número SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026 y que a su vez haya sido reproducida por el órgano de investigación en la etapa correspondiente, carece de valor probatorio toda vez que la conducta objeto de la investigación, esto es, la práctica anticompetitiva tipificada en el artículo 11 numeral 6 de la LORCPM, el mercado relevante y los presuntos involucrados ya fueron determinados dentro del momento procesal oportuno; sin perjuicio de las actuaciones complementarias que la CRPI pudo realizar dentro del ámbito de sus competencias.

En este sentido, la Resolución de 08 de octubre de 2019 a las 16h40 emitida por la CRPI, enlistó en el acápite 6, aquellas piezas con carácter de prueba que conforman el expediente administrativo No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026, manifestando con claridad que “[...] *La Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, mediante providencia de 20 de diciembre de 2014, abre el término de prueba por 60 días hasta el 20 de marzo de 2015, ordenado igualmente mediante providencia, de tal manera que la prueba que haya sido agregada fuera de ese término no tendría valor alguno, por lo que en el caso de que la CRPI considere pruebas presentadas fuera del término de prueba se afectarían los derechos y garantías de la parte contraria, vulnerando el debido proceso, el derecho a la seguridad jurídica, confianza legítima, igualdad y de legalidad [...]*”.

Así, la CRPI de manera correcta esclarece cuales son los elementos que legalmente son aptos para ser considerados dentro del análisis realizado y que fueron puestos en conocimiento de las partes dentro del momento procesal oportuno a fin de proveer certeza respecto de los hechos investigados; por lo que, la inclusión y calificación por parte de la CRPI de la información ingresada por el operador económico Cronix Cia. Ltda., habría ocasionado la vulneración de los derechos al debido proceso, la defensa y a la seguridad jurídica contenidos en los artículos 76 y 82 de la CRE, de las partes procesales.

Por otro lado, el recurrente alega que la CRPI debía haber tomado en consideración la denominada “*prueba concluyente*” entregada por el operador económico Cronix Cia. Ltda. por primera vez el 26 de agosto de 2018; en este sentido, la CRPI ha enfatizado que la fase de prueba tuvo una duración desde el “*20 de diciembre de 2014, hasta el 20 de marzo de 2015*”, lo que implica que dicho documento no consta en el expediente administrativo N° SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026, tal como lo ha confirmado la CRPI al indicar que: “[...] *de la revisión de las piezas procesales la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder del Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas mediante providencia de 20 de diciembre de 2014 abre el término de prueba por 60 días, de tal manera que la prueba que haya sido agregada por las partes fuera de este término no tendría valor alguno, por cuanto en el caso de que la CRPI considere pruebas presentadas fuera del término de prueba, afectaría los derechos y garantías de la parte contraria, vulnerando el debido proceso, el derecho a la seguridad jurídica, igualdad y legitimidad [...]* el propio operador económico menciona en reiteradas ocasiones que él mismo fue quien incorporó el documento al expediente en agosto de 2018 [...]”.

El tratadista Agustín Gordillo, respecto de la incorporación de medios probatorios sostiene: “[...] *Si la administración ha abierto formalmente a prueba el expediente, le corresponderá determinar el tiempo en que debe efectuarse su proposición [...]* la producción material de la prueba debe siempre realizarse con control del interesado, tanto si se trata de su propia prueba como si se trata de la prueba producida por la administración o por terceros. A tal efecto el funcionario interviniente deberá efectuar las pertinentes citaciones con indicación de la prueba de que se trata [...]”<sup>20</sup>.

<sup>20</sup> Gordillo Agustín. “*Tratado de Derecho Administrativo y obras Selectas*” Tomo 4. 11va Edición. Buenos Aires (2016). Pag. 361 y 366. Web: <https://www.gordillo.com/tomo4.php>



-424-  
Retrocedidos  
vuelto y  
-439-  
cuatros años  
trámite y  
nuevo

Al respecto, la CRPI esclarece en el acto administrativo impugnado, que:

"[126] La CRPI para valorar como prueba el memorando inmediatamente expuesto ha considerado lo siguiente:

[...]

iii. Según se observa, dicho documento es de 03 de abril de 2018, fecha posterior al fenecimiento del término de prueba.

iv. De la revisión del expediente, en la etapa de prueba no consta el ingreso de un documento igual o similar con la mencionada información.

v. De la revisión de las providencias expedidas entre el 20 de diciembre de 2014 y el 20 de marzo de 2015, no consta que se agregue como prueba un documento igual o similar con la mencionada información.

[...]

[135] Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, conforme el artículo 3 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM, en concordancia con el numeral 4 del artículo 76 de la Constitución de la República establece, que **solamente la prueba pedida, ordenada y practicada conforme a los principios del debido proceso tendrá eficacia probatoria de los hechos materia de la investigación y para la resolución de la CRPI; caso contrario, no tendrán valor probatorio alguno.**

[136] Ahora bien, estas actuaciones las realiza el órgano de investigación y sustanciación, e incorporará las pruebas de las partes dentro del término de prueba establecido en el artículo 59 de la LORCPM, que será de sesenta [60] días prorrogables por hasta un término de treinta [30] días adicionales, a criterio de la autoridad.

[137] Que, de la revisión de las piezas procesales la Intendencia de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas mediante providencia de 20 de diciembre de 2014 abre el término de prueba por 60 días, de tal manera que la prueba que haya sido agregada por las partes fuera de ese término no tendría valor alguno, por cuanto en el caso de que la CRPI considere pruebas presentadas fuera del término de prueba, afectaría los derechos y garantías de la parte contraria, vulnerando el debido proceso y el derecho a la seguridad jurídica, igualdad y de legitimidad.

[138] Es así que, de la revisión del expediente no consta que dicho documento se encuentre dentro del tiempo de etapa de prueba, mas aún cuando el propio operador económico menciona en reiteradas ocasiones que él mismo fue quien incorporó el documento al expediente en agosto de 2018 (años después de concluir la etapa procesal para adjuntar prueba al expediente).

[...]

[140] Los alegatos sirven a las partes para contradecir las pruebas que se presenten en su contra. En el caso de la supuesta "prueba concluyente", al no encontrarse dentro de la etapa



*probatoria, le fue imposible a las otras partes pronunciarse y, por lo tanto contradecir dicho documento.*

*[141] Por las consideraciones expuestas, respetando los derechos y garantías al debido proceso y el derecho a la seguridad jurídica, igualdad y de legitimidad de las partes, le es imposible a la CRPI pronunciarse sobre la llamada "prueba concluyente", en vista de que el documento no consta incorporado al proceso dentro de la etapa de prueba. [...]" [negrillas fuera de texto]*

Bajo estas consideraciones, dentro el análisis del caso concreto, no se evidencia que se haya incorporado la denominada -por el operador económico- "prueba concluyente" dentro del término probatorio concedido por el órgano de investigación, mucho menos que exista un calificativo formal de la misma, por lo que no siendo posible valorarla, so pena de incurrir en violación a derechos procesales de las partes involucradas, es enfática esta autoridad en señalar que el ordenamiento jurídico ecuatoriano es directo y entendible en cuanto a la naturaleza de los procedimientos administrativos y las figuras procesales, debiéndose respetar los principios de los mismos, así como los derechos de las partes involucradas durante su sustanciación y resolución; en consecuencia, tomando como determinante que las autoridades judiciales ya han ratificado la existencia de la infracción del artículo 11 numeral 6 de la LORCPM por parte los operadores económicos RECAPT S.A. y SOLNET S.A.; hecho que no se cuestiona en la Resolución de 08 de octubre de 2019, a las 16h40 emitida por la CRPI, y que esta autoridad ratifica dentro del presente recurso de apelación, no tiene asidero la alegación propuesta por el recurrente.

**ii. Que CRONIX CIA. LTDA. es la empresa perjudicada, con capacidad legal para demandar daños y perjuicios:**

Dentro del libelo que contiene el Recurso de Apelación del operador económico CRONIX CIA. LTDA., éste sostiene que la CRPI no debía calcular el monto del perjuicio producto de la conducta colusoria, sino "*[...] Incluir expresamente a CRONIX como empresa perjudicada, en cumplimiento de lo ordenado de la Sentencia de la Corte Nacional [...]*"; al respecto, cabe puntualizar al recurrente que, el apartado "*12.4 De la competencia de la CRPI para calificar como perjudicados a los operadores económicos individualmente considerados*" de la Resolución de 08 de octubre de 2019 a las 16h40 emitida por la CRPI, es suficientemente clara y razonable en cuanto a la valoración que hace respecto a la calificación de operadores económicos individualmente considerados como perjudicados por una conducta anticompetitiva; de manera que, acogiendo el análisis y fundamentación ahí recogidos, instando al recurrente a que advierta sobre los mandatos y prohibiciones que en cuanto a las facultades y competencias de las entidades públicas, propios de la norma constitucional contenida en el artículo 226, que establece: "*Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.*", se considera improcedente la alegación planteada.

Sin embargo de lo anterior, es necesario enfatizar que el operador económico pretende que el órgano resolutor de esta Superintendencia afirme una pretensión de naturaleza privada, lo cual se contrapone a la protección del interés general que caracteriza al Derecho de Competencia y que se encuentra contenido en el artículo 1 de la LORCPM que determina que su objeto consiste en buscar: "*la eficiencia de los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible*"; y que se complementa con el desarrollo doctrinario que confirma: "*[...] En atención a los objetivos que desarrollan, a su fundamento,*



por ser normas de intervención del Estado en la economía y, esencialmente, por proteger el interés general que recae sobre el adecuado funcionamiento del mercado, se considera que las normas de libre competencia son disposiciones de orden e interés público [...]”<sup>21</sup>. Por lo anterior, esta autoridad considera pertinente enfatizar que la SCPM es un organismo técnico de control en sede administrativa, con atribuciones contempladas en el artículo 38 de la LORCPM; y desarrolladas en el Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la SCPM<sup>22</sup>; en este sentido, de la revisión de este último, se desprende expresamente que la CRPI dentro de sus atribuciones y responsabilidades le compete “[...] b) determinar e imponer las sanciones de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado; [...] c) Ordena las medidas correctivas [...]; Ordenar [...] las medidas adicionales en caso de incumplimiento de las medidas correctivas impuestas previamente mediante resolución [...]”, entre otras; siendo por tanto que la CRPI no tiene competencia para calificar como afectados directos a operadores económicos individuales, pues de esa manera se incurriría en una arbitrariedad; sin perjuicio de, con lo señalado, con base en el artículo 71 de la LORCPM<sup>23</sup>, por el cual se faculta a los operadores económicos que se consideren perjudicados, a activar la vía judicial para solicitar a la autoridad competente atienda las pretensiones correspondientes de resarcimiento de daños y perjuicios; pues: “[...] en efecto, mientras las autoridades administrativas son competentes para determinar las consecuencias y sanciones de esta naturaleza [órdenes y multas], actuando fundamentalmente en protección del interés general y del orden público económico; los órganos judiciales son los encargados de definir los efectos privados de la infracción, en particular, son competentes para declarar la nulidad del acuerdo y la responsabilidad civil del infractor, con el consiguiente deber indemnizatorio a su cargo, actuando en ambos supuestos de cara a la protección del particular lesionado [...]”<sup>24</sup>.

Por todo lo expuesto, y ratificándose en que de la revisión del acto administrativo objeto de impugnación, se desprende que la CRPI, correctamente ha hecho alusión al principio de legalidad que obliga a la Administración Pública a actuar únicamente dentro de su ámbito de competencias, al sostener que “[...] todos los organismos del Estado se rigen por los mencionados principios, mediante los cuales se delimita claramente su campo de actuación. Esto quiere decir que todas las entidades deben cumplir sus funciones, respetando el sistema jurídico vigente y en el marco de las competencias que le fueron atribuidas [...]”; afirmando que la SCPM “[...] no está facultada para establecer si un competidor en particular es afectado. Esto implicaría probar el perjuicio, asunto que no le corresponde a la entidad de competencia, sino a los jueces tal y como ya se advirtió [...]”; concluyendo que en el presente caso, le corresponde al interesado “[...] iniciar las acciones judiciales pertinentes, indicando el hecho, probando el perjuicio o daño y el nexo causal [...]”, se reitera que la solicitud del operador económico CRONIX CIA. LTDA., es improcedente, por cuanto pretende que la autoridad administrativa incurra en actuaciones que superan su esfera de competencias, desnaturalizando la esencia pública del Derecho de Competencia; lo cual no priva del derecho de acción privado que le permite al recurrente activar la instancia judicial, tal como lo establece el artículo 71 de la LORCPM.

<sup>21</sup> Ortiz Baquero Ingrid. “La aplicación privada del Derecho Antitrust y la indemnización de daños derivados de ilícitos contra la libre competencia”. Revista E Mercatoria. Volumen 7 Número 1 (2008) pag. 4

<sup>22</sup> El Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la SCPM vigente a la fecha de emisión de la Resolución de 08 de octubre de 2019, a las 16h40 se encuentra contenido en la Resolución No. SCPM-DS-22-2018 de 30 de agosto de 2018, publicada en el Registro Oficial Edición Especial No. 856 de 17 de octubre de 2018.

<sup>23</sup> Art. 71.- Responsabilidad civil.- Las personas naturales o jurídicas que hubieren sufrido perjuicio por la comisión de actos o conductas prohibidas por esta Ley, podrán ejercer la acción de resarcimiento de daños y perjuicios conforme las normas del derecho común. La acción de indemnización de daños y perjuicios será tramitada en vía verbal sumaria, ante el juez de lo civil y de conformidad con las reglas generales y prescribirá en cinco años contados desde la ejecutoria de la resolución que impuso la respectiva sanción.

<sup>24</sup> Ortiz Baquero Ingrid. “La aplicación privada del Derecho Antitrust y la indemnización de daños derivados de ilícitos contra la libre competencia”. Revista E Mercatoria. Volumen 7 Número 1 (2008) pag. 6



iii. Que la duración de la conducta no ha sido determinada correctamente:

Para realizar un examen adecuado referente a este punto, es preciso revisar el concepto que en torno a ello contiene la LORCPM. Partiendo por la definición de mercado relevante, contenida en el artículo 5 que señala: “[...] *Mercado relevante.- A efecto de aplicar esta Ley la Superintendencia de Control del Poder de Mercado determinará para cada caso el mercado relevante. Para ello, considerará, al menos, el mercado del producto o servicio, el mercado geográfico y las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado. El mercado del producto o servicio comprende, al menos, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; los costos de la sustitución; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución.*”; y, sobre los criterios de determinación para las imposiciones de las multas señaladas en el artículo 79 de la LORCPM, que en el artículo 80 de la norma ibídem, se manda: “[...] *Criterios para la determinación del importe de las sanciones.- El importe de las sanciones se fijará atendiendo, entre otros, a los siguientes criterios: [...] d. La duración de la infracción [...]*”. Por otro lado, la resolución No. 11 de 18 de noviembre de 2016, emitida por la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en la que se expiden los métodos de determinación de los mercados relevantes, expone: “[...] *producto o servicio, se debe considerar, además de la sustitución de la demanda y de la oferta, otros aspectos como la temporalidad y la estacionalidad bajo los cuales funciona el mercado. El marco temporal es el momento del tiempo en el cual se produce el intercambio productivo y comercial del producto o servicio materia de análisis, y en el que resulta probable que las operadores económicos ejerzan su poder de mercado. El marco estacional se refiere al período del tiempo en el cual se observa un comportamiento cíclico y predecible de la oferta, la demanda y/o la dinámica competitiva dentro de mercado de producto o servicio, y el cual puede ser necesario estudiar particular y diferenciadamente [...]*” [énfasis me pertenece]. Por su parte, la Resolución 12 emitida por la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, que codifica “La Metodología para la Determinación del Importe de Multas por infracciones a la Ley Orgánica De Regulación y Control del Poder de Mercado” impone en el artículo 9 que: “*El importe base de la sanción, determinado en el artículo 7, aumentará en función del tiempo que duró la infracción*”.

Por su parte, la temporalidad de la infracción señalada en el acto impugnado, es a partir del 23 de enero de 2012 hasta el 23 de febrero de 2012, iniciando con la presentación de ofertas por los operadores económicos RECAPT S.A. y SOLNET S.A., para concluir con la resolución de adjudicación; consideraciones realizadas por la CRPI, señalando como punto de partida la materialización de la conducta anticompetitiva, hasta la finalización de la práctica colusoria, elemento utilizado únicamente para el cálculo de la multa, en cumplimiento de lo dispuesto por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional, mediante sentencia de 19 de octubre de 2017; pues, como ya ha quedado de manifiesto, en el presente caso no se encuentra como punto controvertido el cometimiento de la infracción, sus responsables o siquiera el mercado relevante sobre el cual se calcula la sanción pecuniaria.

De la resolución impugnada se establece con claridad que la misma ha sido definida por la CRPI, contando con elementos suficientes que permiten el cálculo de la sanción y que se encuentran detallados en el acápite “13.3.1.4 Duración de la Infracción”. El cuestionamiento principal del operador económico CRONIX CIA. LTDA., consiste en que se habría obviado declaraciones de varias personas, que según el apelante han confesado que empezaron a coludir con anterioridad al período señalado por parte de la



141  
Contrato mult  
y ser  
-441-  
cuchucos  
wacambu  
7  
ano  
@

CRPI; empero de que estas declaraciones constan en el proceso de investigación, hay que entender que la investigación tendrá como punto de partida el mercado relevante, hecho que por no haber sido controvertido, ha adquirido firmeza para los fines investigativos y sancionatorios, habiéndose delimitado de la siguiente forma: "[...] producto o servicio de atención telefónica denominado "Sistema Integral para la Gestión, Agendamiento e Interrelación en la Atención de Salud Mejoramiento de los servicios que brinda el IESS a sus usuarios", con las condiciones técnicas especificadas en los pliegos respectivos al proceso de subasta inversa electrónica No. SIE-IESS-015-2011, de 16 de septiembre de 2011".

Con la determinación del mercado relevante, este servirá de parámetro para el cumplimiento de la sentencia expedida por la Corte Nacional de Justicia en octubre de 2017, materialización evidenciada desde la presentación de las ofertas y finalizada a la adjudicación con la cual se concreta la práctica anticompetitiva, el tiempo posterior a ello constituye el disfrute del resultado de la conducta anticompetitiva. Es imprescindible partir del análisis de los medios probatorios, teniendo muy claro que la práctica restrictiva tiene como objeto o efecto impedir y falsear la competencia, asegurando un resultado que pueda decrecer el normal desenvolvimiento de la cadena productiva y conseguir beneficios a los coludidos, por lo que los elementos que se recaben en la investigación serán aquellos que sean valorados por el órgano resolutor, con el elemento "sine qua non", deben ser pertinentes y directamente relacionados con el punto controvertido, en concordancia con lo señalado en el artículo 195 del Código Orgánico Administrativo, que dice: "[...] Cargas probatorias. La prueba se referirá a los hechos controvertidos [...]". En el presente caso el punto a resolverse es la aplicación de la multa determinando si existe mérito en base a la regla de la razón; por tanto, es claro para esta autoridad que: i. El mercado relevante, y su temporalidad, ha adquirido firmeza. ii. La determinación de la temporalidad dentro del mercado relevante, para el cálculo de la multa, no ha sido tema de controversia en cada una de las incidencias que ha afrontado el expediente administrativo. iii. La materialización de la conducta, se cristaliza en la presentación de las ofertas, cuyo contubernio concluye con la resolución de adjudicación. En mérito de lo analizado, queda desvirtuada la argumentación del apelante respecto del yerro en la demarcación de temporalidad de la infracción.

**iv. Que la aplicación del volumen de ventas del operador económico RECAPT S.A. del año 2018 para el cálculo de la multa incumple con la sentencia de la Corte Nacional de Justicia y que el monto impuesto como sanción es 8,4 veces menor a la resolución de 07 de septiembre de 2015:**

Respecto a este argumento, esta autoridad ha sido clara al señalar la disposición textual de la Corte Nacional de Justicia que mediante sentencia de 19 de octubre de 2017 decidió dejar: "[...] 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". En cumplimiento a lo dispuesto por el máximo organismo judicial de control de legalidad, lo que correspondía -en la especie- a la SCPM, era analizar si el proceso instruido por esta entidad y sus resultados prestaban mérito para la imposición de una multa a RECAPT, con base a la Regla de la Razón, pues -conforme la lectura de la decisión emitida por los juzgadores- tanto en la instancia única, como en la del recurso extraordinario de casación, no está en duda el cometimiento de la infracción y sus responsables. Ahora bien, como en efecto ha sucedido, la Corte Nacional ha limitado su actuar al control de legalidad que le faculta la ley, la aplicación de la sanción y los parámetros que se utilicen para el efecto, son de exclusiva responsabilidad de la SCPM como ente ejecutor de la LORCPM. En este sentido, la Corte Nacional no impuso los parámetros que debía seguir la SCPM, por cuanto existe norma expresa que establece los lineamientos correspondientes para la realización del cálculo de la multa; tomándose en cuenta lo dispuesto en el literal c) del artículo 79 de la LORCPM que manda: "[...] 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 [...]" [el subrayado me pertenece]. De la revisión del acto administrativo de 08 de octubre de 2019, a las 16h40, se desprende que la CRPI al valorar las piezas procesales constantes en el expediente, en concordancia con lo ratificado por las autoridades jurisdiccionales, concluyó que los operadores económicos SOLNET S.A. y RECAPT S.A. incurrieron en la práctica anticompetitiva contenida en el numeral 6 del artículo 11 de la LORCPM dentro del proceso de contratación pública número SIE-IFSS-015-2011 y la calificaron como muy grave toda vez que se demostró que los operadores económicos infractores: "[...] coludieron para lograr la adjudicación del mismo de manera ostensible han impedido y falseado la competencia [...]". En relación a los antecedentes mencionados, le correspondía al órgano resolutor realizar el cálculo de la multa de conformidad con el artículo 79 de la LORCPM, el cual determina expresamente que el ejercicio fiscal al año anterior al de la imposición de la multa es el correspondiente para realizar el respectivo cálculo; por lo que, tomando en cuenta que las resoluciones de 07 de septiembre de 2015 y 01 de abril de 2019 fueron declaradas nulas, éstas han dejado de existir jurídicamente, y considerando que la Resolución fue emitida por la CRPI el 08 de octubre de 2019, atendiendo al tenor literal del artículo ibidem, el ejercicio fiscal aplicable para el cálculo de la multa corresponde indudablemente al año 2018. En este sentido, de los argumentos interpuestos por el operador económico CRONIX CIA. LTDA., resalta que el recurrente pretende que se realice un ejercicio de interpretación de la norma, labor que de conformidad con el artículo 3 del Código Civil, le compete a la Asamblea Nacional<sup>25</sup>.*

Una interpretación extensiva atenta contra la seguridad jurídica señalada el artículo 82 de Constitución de la República, que prevé: "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*". Por su parte, la Corte Constitucional ha señalado: "[...] *El concepto de la seguridad jurídica alude al conjunto de condiciones necesarias para anticipar las consecuencias jurídicas de la conducta personal y de la de terceros; que propuesto como principio constitucional, significa que el orden jurídico proscriba cualquier práctica en el ejercicio del poder que conduzca a la incertidumbre, es decir, a la imposibilidad de anticipar o predecir las consecuencias jurídicas de la conducta; que no se trata de una regla susceptible de invocarse para valorar los actos de poder creadores de normas particulares, si son el resultado de facultades regladas [...]*"<sup>26</sup> Por tanto, la interpretación y aplicación fuera del tenor literal de la norma le está vedada a esta entidad, por lo que con fundamento al principio constitucional de seguridad jurídica, que radica en la certeza del proceder de la administración, en base a normas claras, previamente establecidas y vigentes, la CRPI estaba llamada a cumplir estrictamente los parámetros del artículo 79 de la LORCPM como efectivamente se ha hecho.

Ahora bien, respecto del valor resultante del cálculo de la multa, el operador económico CRONIX CIA. LTDA., sostiene que el monto no es proporcional de conformidad con resoluciones emitidas anteriormente; para lo cual se enfatiza, que tanto la resolución de 07 de septiembre de 2015 como la de 01 de abril de 2019, han sido declaradas nulas por la respectiva autoridad competente. Adicionalmente, se debe considerar que para el cálculo de la multa, la CRPI, realizó un ejercicio dual al aplicar: "[...] *la metodología vigente para la época de la infracción y la metodología actual (Resolución No. 12 publicada en el registro oficial No. 887 de 22 de noviembre de 2016), expedida por la Junta de Regulación y Control del Poder de Mercado, con el objetivo de determinar cuál resultado es más favorable para el*

<sup>25</sup> Codificación Código Civil, Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005, Ecuador, Artículo 3.

<sup>26</sup> Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, Quito, 11 de julio del 2002, Gaceta Judicial 11.



442  
Contestación  
- 442 -  
autocancelación  
4  
del

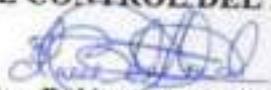
*infractor [...]*"; resultando aplicable la metodología vigente a la fecha, esto es la contenida en la Resolución 12, por el monto de doscientos setenta y siete mil treinta y siete dólares de los Estados Unidos de América con treinta y siete centavos [\$ 277, 037. 37 USD], valor que debe ser tomado en consideración con el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador que garantiza: "[...] En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aún cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora". En consecuencia, la pretensión de "[...] Recalcular la Multa contra RECAPT, tomando en cuenta los elementos de hecho y de derecho expuestos en esta apelación, respecto del periodo de la duración de la infracción colusoria RECAPT-SOLNET y la continuada conducta colusoria de RECAPT hasta el año 2017. De igual forma, se debe considerar que el año del volumen de negocio de RECAPT debe ser el año 2014 y no el año 2018, en cumplimiento de lo ordenado por la sentencia de la Corte Nacional [...]", lo cual conlleva una alternación al monto económico sancionatorio, es impertinente por cuanto dichos argumentos exceden el objeto de investigación y sanción llevados a cabo en los expedientes administrativos número SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026 y SCPM-CRPI-2015-019.

**DÉCIMO PRIMERO.- CONSIDERACIONES ADICIONALES.-** En atención al escrito "Oficio N° PE-2020-02-06-01" suscrito por el abogado Aníbal Carrera Arboleda, Presidente Ejecutivo del operador económico CRONIX CIA. LTDA., ingresado a Secretaría General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado, a 06 de febrero de 2020 a las 14h35, con número de trámite ID 156276, por el cual -presuntamente- se transcribe el contenido del Informe Técnico Pericial de Audio Video y Afines No. DCP22000058, que obraría dentro del expediente fiscal N° 170101818022804, particular sobre el cual, por la naturaleza del procedimiento investigativo de Fiscalía, se dispone a la Intendencia Nacional Jurídica elabore un informe, concediendo el término de quince (15) días para el efecto.

**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.- NEGAR** el Recurso de Apelación presentado por el operador económico CRONIX CIA. LTDA., mediante escritos de 31 de octubre de 2019, a las 10h51 y 06 de noviembre de 2019, a las 10h39 ingresado a la Secretaría General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado [SCPM] con números de trámite ID 148609 y 148940, respectivamente. **SEGUNDO.- ACEPTAR PARCIALMENTE** el Recurso de Apelación presentado por el operador económico RECAPT S.A., mediante escrito de 11 de noviembre de 2019 a las 15h23, con número de trámite ID 149380 y dejar sin efecto las medidas correctivas contenidas en el considerando TERCERO de la parte decisoria de la Resolución de 08 de octubre de 2019, a las 16h40 emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, por observarse el incumplimiento del procedimiento para la adopción de medidas correctivas, mandado en los artículos 74 y 75 de la LORCPM.- **TERCERO.-** Notifíquese a las partes procesales y a la Comisión de Resolución de Primera Instancia.- **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.-**

7 11

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

  
Abg. Belén Arévalo Alvear  
**SECRETARIA AD-HOC**



no  
particular  
-516-  
quien  
decide  
@

- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Control del Poder de Mercado.
- **Órgano de Sustanciación:** Comisión de Resolución de Primera Instancia.
- **Expediente Comisión:** SCPM-CRPI-2015-019
- **Expediente Apelación:** SCPM-DS-INJ-RA-028-2019
- **Denunciante:** CRONIX Cia. Ltda.
- **Denunciados:** RECAPT S.A.  
SOLNET S.A.
- **Apelante:** RECAPT S.A.  
CRONIX CIA LTDA

**SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.-** Quito, DM, 27 de febrero de 2020, a las 17h10.- **VISTOS.-** Doctor Danilo Sylva Pazmiño, en mi calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado, conforme con la acción de personal No. SCPM-INAF-DNATH-328-2018 de 06 de noviembre de 2018, cuya copia certificada se encuentra agregada al expediente, en conocimiento del expediente administrativo signado con el No. SCPM-DS-INJ-RA-028-2019; en uso de mis facultades legales, dispongo: **PRIMERO.- a)** Agréguese al expediente el memorando No. SCPM-DS-INJ-DNPRA-2020-024 de 18 de febrero de 2020 suscrito por la abogada María Belén Arévalo, en calidad de Secretaria de Sustanciación Ad-Hoc dentro del Recurso de Apelación No. SCPM-DS-INJ-RA-028-2019, mediante el cual solicita a la abogada Tatiana Dávila, en calidad de Secretaria General de SCPM, que "[...] a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por el señor Superintendente [...] solicito se proceda con la designación de la funcionaria encargada del archivo que va a receptor el expediente número SCPM-CRPI-2015-019 [...]".- **SEGUNDO.-** Agréguese al expediente la copia certificada del acta de préstamo documental del expediente No. SCPM-CRPI-2015-19, en la que consta que el 18 de febrero de 2020 se procedió a la devolución del referido expediente a la señorita Jenny Camacho, funcionaria de la Secretaría General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado.- **TERCERO.- a)** Agréguese al expediente el escrito suscrito por el señor Aníbal Carrera Arboleda, Presidente Ejecutivo del operador económico Cronix Cia., ingresado en la Secretaría General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 20 de febrero de 2020, a las 11h00, signado con el número de trámite 157526, de conformidad con la razón de 26 de febrero de 2020 suscrita por la abogada Tatiana Dávila en calidad de Secretaria General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado; **b)** En atención al escrito que se agrega, por el cual el operador económico Cronix Cia., Ltda., solicita, al amparo de lo previsto en el artículo 133 del Código Orgánico Administrativo - COA-, se aclare, rectifique y subsane la Resolución emitida el 14 de febrero de 2020 a las 17h10; me permito realizar las siguientes consideraciones: i. El artículo 133 del COA, prevé: "Los órganos administrativos no pueden variar las decisiones adoptadas en un acto administrativo después de expedido pero si aclarar algún concepto dudoso u oscuro y rectificar o subsanar los errores de copia, de referencia, de cálculos numéricos y, en general, los puramente materiales o de hecho que aparezcan de manifiesto en el acto administrativo [...]"; es decir que la norma citada determina la naturaleza jurídica de cada una de las figuras previstas, así como la diferencia entre ellas; ii. En este contexto, la aclaración procede frente a puntos resueltos por la Autoridad cuyos conceptos generen duda o presenten oscuridad, debiendo precisarse la interpretación que corresponde otorgarles,



permitiéndole a la administración esclarecer el acto cuando de acuerdo a su criterio existe motivo de duda sobre su decisión; por su parte, la rectificación o subsanación procede cuando dentro del acto administrativo existen errores evidenciables sobre cuestiones materiales que deben remediarse. En ambos casos, resultan improcedentes los requerimientos de que a través de las figuras de aclaración y/o rectificación se pretenda alterar o modificar el fondo de la voluntad administrativa, es decir que se excluye del alcance de dichas figuras el análisis de juicios valorativos, la modificación del sentido y contenido del acto administrativo, o de cualquier elemento que suponga una valoración del sentido jurídico de una norma específica, que por su indudable contenido valorativo, va más allá de una mera rectificación e incide en aspectos puntuales del acto originario, al aplicar un criterio complementario, que no tiene cobertura normativa en el procedimiento de corrección de errores establecido en el artículo 133 del COA; iii. Del análisis de las pretensiones realizadas por el operador económico a través de la aclaración, rectificación y subsanación, se observa que el objeto es la modificación del fondo de la decisión administrativa pretendiendo que se realice un nuevo ejercicio de valoración de la sentencia de 19 de octubre de 2017 emitida por la Corte Nacional de Justicia dentro del juicio No. 17811-2016-01271, así como el audio de la audiencia de 03 de octubre de 2017, la denominada "prueba concluyente", y la duración de la conducta anticompetitiva, cuestión que –tal como se ha explicado– se encuentra prohibida por el artículo 133 del COA y que además han sido atendidos de manera motivada en el acto administrativo contenido en la Resolución de 14 de febrero de 2020 a las 17h10. En consecuencia, se niega por improcedente el pedido de aclaración, rectificación y subsanación; c) Sin perjuicio de lo mencionado, respecto de la solicitud del recurrente de imponer sanciones a los representantes legales y directivos del operador económico RECAPT RECUPERACIÓN DE CAPITAL CONTACT CENTER S.A., es preciso enfatizar que si bien el artículo 79 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado permite a la SCPM "[...] imponer una multa de hasta 500 Remuneraciones Básicas Unificadas a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión, según el grado de intervención o participación de dichos representantes o directivos en la determinación o ejecución de la práctica o conducta infractora [...]", las personas naturales involucradas deben ser vinculadas al procedimiento administrativo en el momento procesal oportuno, a fin de que a partir de la respectiva notificación, puedan ejercer su derecho a la defensa de manera plena. Sin embargo, de las piezas procesales constantes en el expediente de investigación y sanción, se evidencia que la investigación y sanción se realizó en contra de la persona jurídica y no de sus representantes, quienes de manera individual no forman parte de los expedientes administrativos No. SCPM-IJAPMAPR-EXP-2013-026 y No. SCPM-CRPI-2015-019. Asimismo, es preciso indicar que el acto administrativo de 08 de octubre de 2019, a las 16h40, que fue objeto de impugnación, responde al cumplimiento de este organismo técnico de control de la sentencia de la Corte Nacional de Justicia, mediante sentencia de 19 de octubre de 2017, de la que no se desprende que el Tribunal haya dispuesto que se sancione a los representantes de los operadores económicos involucrados, por lo que la solicitud del operador económico CRONIX CIA. LTDA., carece de fundamento y resulta improcedente.- **CUARTO.-** a) Agréguese al expediente el escrito suscrito por el señor Aníbal Carrera Arbolada, Presidente Ejecutivo del operador económico CRONIX CIA. LTDA., ingresado en la Secretaría General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 20 de febrero de 2020, a las 11h01, signado con el número de trámite 157528; b) En atención al escrito que se agrega, concédase copias certificadas en formato físico y digital del expediente administrativo No.



500  
Quinto  
517  
Quinto  
decisión

SCPM-DS-INJ-RA-028-2019, así como tres copias certificadas de la Resolución de 14 de febrero de 2020, a las 17h00 a costas del peticionario, para el efecto, el peticionario debe proveer tres medios magnéticos –DVD- para realizar la reproducción de lo solicitado, una vez efectuado lo cual, deberá acercarse a las instalaciones de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado, ubicadas en la Avenida Shyris N44-93 y Río Coca, Edificio Ocaña a partir del viernes 06 de marzo de 2020, portando sus documentos habilitantes en original y copia.- **QUINTO.-** a) Agréguese al expediente el escrito suscrito por Marco Morales Andrade, abogado patrocinador del operador económico RECAPT RECUPERACIÓN DE CAPITAL CONTAC CENTER S.A., ingresado en la Secretaría General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 20 de febrero de 2020, a las 15h51, signado con el número de trámite 157605; b) En atención al escrito agregado: i. Respecto de la solicitud de “[...] subsane la resolución notificada y se señale la fecha correcta [...]”; de la revisión de la Resolución de 14 de febrero, emitida dentro del presente expediente administrativo, se desprende que se ha señalado como año de emisión el 2019, cuando lo correcto es el 14 de febrero de 2020, a las 17h10. En tal virtud, al amparo de lo establecido en el artículo 133 del COA, por constituir un error meramente material, téngase por subsanada la fecha de la resolución; ii. Respecto de la solicitud de calcular la multa del operador económico RECAPT RECUPERACIÓN DE CAPITAL CONTAC CENTER S.A., de conformidad con la información contable del año 2019 y no 2018, es menester recalcar que mediante la Resolución de 14 de febrero de 2020, a las 17h10, esta autoridad no ha realizado un nuevo cálculo de la multa que fue inicialmente impuesta por parte de la Comisión de Resolución de Primera Instancia dentro del expediente administrativo No. SCPM-CRPI-2015-019, y por el contrario, mediante Resolución de 08 de octubre de 2019, a las 16h40, esta autoridad aceptó parcialmente el Recurso de Apelación planteado por el operador económico RECAPT RECUPERACIÓN DE CAPITAL CONTAC CENTER S.A., únicamente respecto de la invalidación de la imposición de medidas correctivas y no del monto de la sanción pecuniaria, el cual ha sido ratificada por esta autoridad; por lo tanto se niega este pedido por improcedente.- **SIXTO.-** a) Agréguese al expediente el escrito suscrito por el señor Aníbal Carrera Arboleda, Presidente Ejecutivo del operador económico CRONIX CIA. LTDA., ingresado en la Secretaría General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 21 de febrero de 2020, a las 15h15, signado con el número de trámite 157683; b) En atención al escrito que se agrega, tómese en cuenta lo manifestado por el operador económico, para lo cual se fija como nueva fecha de entrega de la grabación magnetofónica de la audiencia realizada el 13 de febrero 2020 a las 10h30, para el día viernes 06 de marzo de 2020 a partir de las 10h30.- **SÉPTIMO.-** Siga actuando en calidad de secretaria Ad-hoc, la abogada María Belén Arévalo.- **CÚMPLASE y NOTIFÍQUESE.-**

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

  
**Abg. María Belén Arévalo**  
**SECRETARIA AD-HOC**