

Órgano de Resolución:	Superintendencia de Control del Poder de Mercado.
Órgano de origen:	INICAPMAPR
Expediente de origen:	SCPM-IGT-INICAPMAPR-013-2020
Expediente Apelación:	SCPM-DS-INJ-RA-001-2021
Denunciante/Apelante	CRONIX CIA. LTDA.
Denunciados:	RECAPT RECUPERACIÓN DE CAPITAL CONTAC CENTER S.A. INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- Quito, DM, 18 de marzo de 2021, a las 17h05.- **VISTOS.-** Doctor Danilo Sylva Pazmiño, en mi calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado, conforme la acción de personal No. SCPM-INAF-DNATH-328-2018 de 06 de noviembre de 2018, cuya copia certificada consta en el expediente; en conocimiento del Recurso de Apelación interpuesto por el operador económico CRONIX CIA. LTDA., en contra de la Resolución de 04 de diciembre de 2020 de las 17h10, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas [INICAPMAPR], dentro del expediente administrativo No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-013-2020; en uso de mis facultades legales, dispongo:

PRIMERO.- COMPETENCIA.-

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

SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL.-

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

TERCERO.- LEGALIDAD DEL RECURSO.-

Los señores Segundo Aníbal Carrera Arboleda y Fabián Teodoro Pozo Neira, en calidad de Presidente Ejecutivo y abogado patrocinador del operador económico CRONIX CIA. LTDA., respectivamente, mediante escrito ingresado en la ventanilla virtual de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado [en adelante SCPM], con número de trámite 181373, interpusieron Recurso de Apelación en contra de la Resolución de 04 de diciembre de 2020 de las 17h10 emitida por la economista María Alejandra Egüez, en calidad de Intendente Nacional de Investigación Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas dentro del expediente administrativo signado con el número SCPM-IGT-INICAPMAPR-013-2020.-

La admisión a trámite del referido Recurso de Apelación fue debidamente analizada en esta instancia mediante providencia de 19 de enero de 2021 de las 09h00, en la que se verificó

que la impugnación cumpla los requisitos formales, como son el principio de oportunidad, procedencia del recurso y debida fundamentación; observándose que el recurso cumplía con los mismos.-

CUARTO.- ACTO IMPUGNADO.-

El acto administrativo impugnado por el operador económico CRONIX S.A., es la Resolución de 04 de diciembre de 2020 de las 17h10 emitida por Intendencia Nacional de Investigación Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas dentro del expediente administrativo N° SCPM-IGT-INICAPMAPR-013-2020, en la que se resolvió:

*“[...] **DÉCIMA TERCERA.- RESOLUCIÓN:** Dado el momento procesal, los hechos e información constante en el expediente administrativo, concatenando los elementos facticos contrarrestados por los denunciados en referencia a lo presentado por el denunciante, esta autoridad administrativa al amparo de lo establecido en el artículo 57 de la LORCPM, en concordancia con el artículo 63 del RALORCPM y el artículo 8 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM, **RESUELVE:***

***PRIMERO:** De conformidad con el artículo 63 del RALORCPM, y del análisis pormenorizado realizado a los hechos y conducta denunciada, se desprende que no existe mérito para la prosecución para la prosecución [sic] de la investigación, en virtud de la falta de requisitos para la configuración de la conducta contenida en el artículo 11 numeral 21 de la LORCPM.*

***SEGUNDO: ARCHIVAR** el expediente signado con el número SCPM-IGT-INICAMPA-R-013-2020 toda vez que, se ha agotado el trámite correspondiente establecido dentro de la normativa legal, sin que se hayan encontrado elementos que ameriten la prosecución de la investigación sobre la posible infracción del numeral 21 del artículo 11 de la LORCPM. Por cuanto ha quedado demostrado que, en el caso en cuestión, el INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL (IESS) no es un operador económico de conformidad con los artículo 2 y 11 de la LORCPM, incumpliendo el primer requisito para la configuración de la conducta denunciada, resultando, por lo tanto, improcedente el análisis de un presunto acuerdo colusorio, que amerite la investigación de la autoridad de competencia [...]”*

QUINTO.- PRETENSIÓN CONCRETA DEL RECURRENTE.-

El operador económico CRONIX CIA. LTDA., en su escrito de apelación realiza la siguiente petición:

*“[...] a) Dejar sin efecto la resolución de archivo dictada por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas de fecha 04 de diciembre de 2020.
b) Disponer se investiguen los hechos denunciados [...]”*

Pretensiones fundamentadas en los siguientes puntos básicos:

1. Que, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social [en adelante IESS] sí es un operador económico de conformidad con el artículo 2 de la LORCPM.
2. Que, mediante el erróneo análisis de la INICAPMAPR, se estaría derogando el numeral 21 del artículo 11 de la LORCPM.
3. Que, la INICAPMAPR debía aperturar la fase de investigación ya que el IESS no presentó las correspondientes explicaciones.

SEXTO.- CONSTANCIA PROCESAL.-

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

a) Dentro del expediente administrativo No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-013-2020, se resaltan las siguientes actuaciones administrativas:

- i. Escrito de 25 de septiembre de 2020, mediante el cual el señor Aníbal Carrera Arboleda, en calidad de Presidente Ejecutivo del operador económico CRONIX CIA. LTDA S.A., interpone ante la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas una denuncia en contra del operador económico RECUPERACIÓN DE CAPITAL CONTAC CENTER S.A. (en adelante RECAPT) y el IESS por el presunto cometimiento de la conducta tipificada en el artículo 11 numeral 21 de la LORCPM;
- ii. Providencia de 12 de octubre de 2020 de las 14h00, mediante la cual la INICAPMAPR dispuso al operador económico CRONIX CIA. LTDA., que en el término de tres días aclare y complete la denuncia;
- iii. Escrito de 15 de octubre de 2020 mediante el cual el señor Fabián Pozo Neira, en calidad de abogado patrocinador del operador económico CRONIX CIA. LTDA., da cumplimiento a lo dispuesto en providencia supra;
- iv. Providencia de 20 de octubre de 2020 de las 16h55, mediante la cual la INICAPMAPR avoca conocimiento del expediente administrativo No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-013-2020 y dispone correr traslado con el contenido de la denuncia al operador económico RECAPT y el IESS a fin de que en el término de quince días presenten las respectivas explicaciones;
- v. Escrito de 13 de noviembre de 2020, mediante el cual los señores Lisa María Pullopaxi Paucar y Marco Morales Andrade, en calidad de Gerente General y abogado patrocinador del operador económico RECAPT presentaron las explicaciones a la denuncia en su contra;



- vi. Resolución de 04 de diciembre de 2020 de las 17h10, mediante la cual la economista María Alejandra Egüez, en calidad de Intendente Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas dispuso el archivo del expediente administrativo No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-013-2020;
- vii. Recurso de Apelación de 07 de enero de 2021, interpuesto por el operador económico CRONIX CIA. LTDA., en contra de la Resolución de 04 de diciembre de 2020 de las 17h10;
- viii. Providencia de 08 de enero de 2021 de las 12h00, mediante la cual la INICAPMAPR dispone elevar el Recurso de Apelación presentado por el operador económico CRONIX CIA. LTDA., al Superintendente de Control del Poder de Mercado.

b) Dentro del expediente administrativo No. SCPM-DS-INJ-RA-011-2020, en el que se sustancia el recurso de apelación, consta:

- i. Memorando SCPM-INICAPMAPR-DNICAPMAPR-2021-008 de 12 de enero de 2021, suscrito por el abogado Juan Fernando Narváez en calidad de Secretario de Sustanciación de la INICAPMAPR, y anexos mediante el cual pone en conocimiento de esta autoridad la providencia de 08 de enero de 2021 de las 12h00, emitida dentro del expediente administrativo No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-013-2020, en el que la INICAPMAPR dispuso remitir el escrito que contiene el recurso de apelación presentado por el operador económico CRONIX CIA. LTDA.;
- ii. Recurso de Apelación interpuesto por el operador económico CRONIX CIA. LTDA., de 07 de enero de 2021 en contra de la Resolución de 04 de diciembre de 2020 de las 17h10 y signado con el número de trámite ID 181373;
- iii. Providencia de 19 de enero de 2021 de las 09h00, mediante la cual se admite a trámite el Recurso de Apelación interpuesto por el operador económico CRONIX CIA. LTDA., y en donde se dispone correr traslado con el escrito que contiene la impugnación al IESE y al operador económico RECAPT para que en el término de tres (3) días presenten sus respectivas alegaciones;
- iv. Escrito ingresado el 22 de enero de 2021 a las 12h22, signado con el número de trámite ID 182613 mediante el cual el IESE presenta sus respectivas alegaciones;
- v. Escrito ingresado el 22 de enero de 2021 a las 17h43, ingresado con el número de trámite ID 182664 mediante el cual el operador económico RECAPT presenta sus respectivas alegaciones;
- vi. Providencia de 27 de enero de 2021 de las 09h00, mediante la cual se convocó a las partes procesales a una audiencia pública a fin de que presenten sus argumentos;
- vii. Registro magnético que contiene la audiencia pública de 01 de febrero de 2021 llevada a cabo entre los representantes de los operadores económicos RECAPT y CRONIX CIA. LTDA., el IESE, y los funcionarios de la SCPM;

SÉPTIMO.- MARCO NORMATIVO APLICABLE.-

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

La **Constitución de la República del Ecuador –CRE-** reconoce los siguientes derechos y garantías: “[...] **Art. 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. [...] **3.** [...] Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento. [...] **7.** El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: [...] l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho [...], m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos; **“Art. 82.-** El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”; **“Art. 173.-** Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial”; **“Art. 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: **“Art. 1.- Objeto.-** El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible.”; **“Art. 2.- Ámbito.-** Están sometidos a las disposiciones de la presente Ley todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que las agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional. Las conductas o actuaciones en que incurriere un operador económico serán imputables a él y al operador que lo controla, cuando el comportamiento del primero ha sido determinado por el segundo. La presente ley incluye la regulación de las distorsiones de mercado originadas en restricciones geográficas y logísticas, así como también aquellas que resultan de las asimetrías productivas entre los operadores económicos.”; **“Art. 3.- Primacía de la realidad.-** Para la aplicación de esta Ley la autoridad administrativa determinará la naturaleza de las conductas



investigadas, atendiendo a su realidad y efecto económico. La forma de los actos jurídicos utilizados por los operadores económicos no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos. La costumbre o la costumbre mercantil no podrán ser invocadas o aplicadas para exonerar o eximir las conductas contrarias a esta Ley o la responsabilidad del operador económico.”; “**Art. 11.-** Acuerdos y prácticas prohibidas.- Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, y en general todos los actos o conductas realizados por dos o más operadores económicos, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general. En particular, las siguientes conductas, constituyen acuerdos y prácticas prohibidas: [...] 21. Los acuerdos entre proveedores y compradores, al margen de lo que establece la ley, que se puedan dar en las compras públicas que direccionen y concentren la contratación con el afán de favorecer injustificadamente a uno o varios operadores económicos. Son nulos de pleno derecho los acuerdos, prácticas, decisiones y recomendaciones que, estando prohibidos en virtud de lo dispuesto en este artículo, no estén amparados por las exenciones previstas en la presente Ley.”; “**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 [...]”;

OCTAVO.- ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO DE LA PRETENSIÓN.-

En tutela del numeral 23 del artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador, y las facultades constantes en el numeral 2 del artículo 44 de la LORCPM, corresponde a la máxima autoridad conocer y pronunciarse sobre las argumentaciones en las que el recurrente funda su pretensión impugnatoria, conforme sigue:

1.- Que, que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social [en adelante IESS] sí es un operador económico de conformidad con el artículo 2 de la LORCPM.

El operador económico CRONIX CIA. LTDA., sostiene en el libelo del Recurso de Apelación que:

“[...] Puede verse claramente que la conceptualización de “operador económico” hecha por el legislador ecuatoriano (refiriéndose al artículo 2 de la LORCPM) incluye a las personas jurídicas de derecho público, independientemente de si tiene o no finalidad de lucro. No existe distinción alguna en la ley que permita afirmar que las empresas públicas tienen un régimen jurídico de competencia distinto a las privadas, o que las instituciones públicas no son empresa tengan un régimen jurídico de competencia distinto que las empresas públicas.



Con esto dicho, entonces no cabe considerar que el IESS no es un “operador económico” por no tener finalidad de lucro o por regirse por el principio de solidaridad (recordemos que toda actividad económica en el Ecuador se rige por dicho principio, según el art. 66 numeral 26 de la Constitución)

Lo importante para el presente caso es determinar si el IESS al momento de llevar adelante una licitación, subasta, u otro tipo de procedimiento de contratación pública, realiza o no una “actividad económica” y si esta es distinta del ejercicio de sus potestades administrativas ordinarias, para efectos de la ley de competencia.

[...] No puede perderse de vista que cuando el IESS convoca a un concurso o subasta inversa, lo hace con miras a suscribir un contrato, contrato que deberá adjudicar a la oferta más conveniente o competitiva, conforme la ley de la materia. Esto es indudablemente una actividad económica, un contrato administrativo, en la que el IESS como contratante demanda ciertos bienes o servicios, recibiendo ofertas de proveedores que aspiran satisfacer tal demanda.

[...] Queda evidenciado entonces que la relación de provisión de bienes o prestación de servicios que un particular u oferente realiza hacia una entidad contratante, implica una actividad de carácter económico instrumentada mediante un contrato administrativo.

Esta actividad económica es distinta del ejercicio de las potestades administrativa que, dentro de sus competencias, puede realizar la entidad. Así el IESS realiza una actividad económica sujeta a la LORCPM cuando contrata servicios o bienes, o cuando interviene como inversionista en la bolsa de valores, pero no hace actividad económica sujeta a la LORCPM cuando cumple con prestar los servicios de salud o jubilación (mientras esto no se halle en régimen de competencia).

Por lo dicho, si el IESS es una entidad de derecho público sin fines de lucro, está sujeta a la LORCPM en virtud del art. 2, que no ha sido aplicado debidamente. Asimismo, el IESS en cuanto realiza contratos administrativos, realiza actividades económicas sobre las que está sujeto a la LORCPM.”

De estos argumentos se destacan a ser analizados los siguientes elementos:

a) El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en el presente caso, cumple con todos los elementos configurativos contenidos en el artículo 2 de la LORCPM, para ser considerado como un “operador económico”.-

Conforme lo indica la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas: “La LORCPM prescribe que serán sujetos de control por parte de la SCPM, únicamente los operadores económicos, siempre y cuando,

cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 2 de la norma ibídem, [...]”, en este sentido corresponde el análisis de los elementos constitutivos establecidos en la norma para determinar la competencia, ámbito, y calidad de los sujetos; así:

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

De la revisión de la norma citada, para el caso en concreto, se observa claramente que para ser considerado operador económico debe cumplir los siguientes requisitos o presupuestos:

1. Ser persona natural o jurídica,
2. Pública o privada,
3. Nacional o extranjera
4. Con o sin fines de lucro, y
5. Qué actual o potencialmente realice actividades económicas.

En este sentido, no es objeto de controversia que el IESS es una persona jurídica, de derecho público, nacional, sin fines de lucro; lo que resta es la verificación del quinto elemento; así es preciso referirse a la naturaleza jurídica del IESS, para proceder con el análisis de los elementos de configuración de un operador económico y verificar si el ente cumple con todos ellos; el artículo 16 de la Ley de Seguridad Social señala expresamente:

“Art. 16.- NATURALEZA JURÍDICA.- El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) es una entidad pública descentralizada, creada por la Constitución Política de la República, dotada de autonomía normativa, técnica, administrativa, financiera y presupuestaria, con personería jurídica y patrimonio propio, que tiene por objeto indelegable la prestación del Seguro General Obligatorio en todo el territorio nacional.

El IESS no podrá ejercer otras atribuciones ni desempeñar otras actividades que las consignadas en la Constitución Política de la República y en esta ley [...]”.

Este y otros mandatos legales, en torno al objeto, misión, funciones y atribuciones del IESS han sido analizados y considerados por la INICAPMPAR, considerando además, referentes doctrinarios y jurisprudenciales extranjeros. Sobre este ejercicio de motivación y fundamentación, el apelante considera que no habría sido el adecuado señalando que dichas definiciones y pronunciamientos no se adecuan a la realidad normativa ecuatoriana; sin embargo, de la revisión del acto administrativo recurrido, esta autoridad observa que la INICAPMAPR, para cubrir el análisis de los elementos conductuales para la determinación de su configuración lo hace en dos momentos: **a)** aplicación normativa directa: el inciso primero del artículo 11 de la

LORCPM manda para la configuración de toda conducta colusoria, entre otros, la existencia de un concurso de voluntades entre dos o más operadores económicos; en concordancia con ello, por ser norma de remisión, analizando el artículo 2 de la LORCPM, que contiene las características que debe cumplir un agente para ser considerado como operador económico, esto es, ser: “[...] *personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas [...]*”; y, **b)** motivación de aplicación normativa: para la comprensión del alcance del artículo 2 de la LORCPM, respecto de “actividades económicas” acude a la fuente del derecho doctrina para remarcar que –respecto de ese concepto e institución- el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ya se ha pronunciado, sosteniendo que es el intercambio de bienes y servicios en el mercado, y que la actividad sea llevada a cabo por un ente privado.

Por lo anterior, esta autoridad considera adecuado el ejercicio de motivación del acto administrativo realizado por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, al referir otras fuentes del derecho distintas a la Ley, más aun cuando resalta como fin el soportar la aplicación de esta última dentro de un contexto ya desarrollado por el Derecho de Competencia en general, que responde a la necesidad de atender instituciones jurídicas de derecho público, con base en el derecho comparado¹ como metodología jurídica para la introducción de nuevas soluciones jurídicas a problemas comunes o la interpretación de preceptos oscuros; lo cual no interviene en el ámbito sustantivo de la decisión de la administración.

Considerando también que, la propia Corte Nacional de Justicia ha reconocido la necesidad de acudir a métodos comparativos:

“(...) comparar permitiría acceder a la «sabiduría empírica acumulada»; es decir, que a través del derecho comparado se puede llegar a establecer cuanto ha evolucionado un derecho respecto de otro, y analizar las soluciones concretas respecto de cada situación normada (...)” [Énfasis propio]²

Por otro lado respecto de que, la actividad del IESS en la convocatoria a un proceso de contratación pública tiene como resultado la emisión de un contrato administrativo, que –desde la naturaleza contractual- constituye una actividad económica; es necesario referir que, conforme se indicó, por la naturaleza jurídica otorgada al IESS en el artículo 16 de la Ley de Seguridad Social, con relación al artículo 2 de la LORCPM, dicha entidad cumple con los siguientes requisitos: **1)** persona jurídica, **2)** pública, **3)** nacional, **4)** sin fin de lucro. Empero, tal como se

¹ “[...] El derecho comparado es un tipo de análisis jurídico [...] Es un método multifuncional que tiene cabida en diversas ramas del saber [...] En principio, más allá del mero ejercicio intelectual, la cuestión de la finalidad de esta disciplina ha recibido diversas respuestas y entre otras las siguientes: obtener la aproximación de los ordenamientos jurídicos, ilustrar la solución de controversias rellenando lagunas que en otras áreas geográficas ya habían sido colmadas, contrastar las diversas soluciones para concluir que la comparación es imposible por cuanto las diferencias culturales impiden un análisis riguroso y serio [...]”. Susana de la Sierra Morón, Revista de administración pública, ISSN 0034-7639, Nº 201, 2016, págs. 71 (véase en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5776475>)

² Carlos Ramírez Romero, Instituciones jurídicas en perspectiva comparada, Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Quito, 2017, p.15

ha situado, la controversia del Recurso de Apelación versa respecto al quinto elemento, esto es “actividad económica”. El análisis y desarrollo de esta argumentación, se realiza en dos momentos.

En primer lugar, como punto introductorio de los problemas jurídicos a resolver, tal como lo ha manifestado la Resolución de 04 de diciembre de 2020 de las 17h10 emitida por la INICAPMAPR, el IESS “[...] *tiene como misión el proteger a la población urbana y rural, con relación de dependencia laboral o sin ella, contra las contingencias de enfermedad, maternidad, riesgos del trabajo, discapacidad, cesantía, seguro de desempleo, invalidez, vejez u muerte [...]*”, siendo el principio de solidaridad el eje transversal para la ejecución de sus actividades.

Lo manifestado se explica en el sentido de que el IESS, mediante el sistema de seguridad social es el encargado de garantizar el pleno ejercicio de los derechos de los ciudadanos que acceden a servicios de naturaleza pública que por mandato constitucional deben ser resguardados por el Estado (punto a tratarse de manera específica en el apartado que continúa). Bajo este contexto, si bien la Administración Pública, por medio de sus instituciones, es la obligada a garantizar el pleno ejercicio de los derechos constitucionales de todas las personas, en la mayoría de ocasiones requiere de la asistencia de terceros privados que posean los medios suficientes para garantizar una adecuada prestación material de servicios. Así, es preciso señalar que los Estados no se limitan a “[...] *realizar actividades públicas administrativas, sino que también invadió en su momento este otro tipo de tareas, algunas de las cuales no han sido nuevamente privatizadas o, a la inversa, han sido reestatizadas [...]* toda la actividad del Estado, por definición, tendrá un fin público [...]”³

En virtud de ello, se puede concluir que el Estado tiene la obligación constitucional de garantizar el goce y ejercicio de los derechos de los ciudadanos, buscando en todo momento, satisfacer necesidades comunes. Ahora bien, los representantes del IESS, en su escrito de alegaciones presentado el 22 de enero de 2021, afirman que de acuerdo a la normativa que les rige, siendo esta la Constitución de la República del Ecuador y la Ley de Seguridad Social se puede considerar al sistema de seguridad social como:

“[...] un sistema que se nutre de la conjunción y aporte de cada uno de sus integrantes, los cuales se rigen, entre otros, por los principios constitucionales de igualdad, suficiencia, integración, solidaridad y subsidiaridad; entendiéndose:

Solidaridad: a) En su parte intergeneracional: a través de la cual, con el aporte tanto de los afiliados activos como con la contribución obligatoria del Estado, contribuyen al financiamiento y al sostenimiento de las prestaciones de las personas jubiladas; y, b) en su acepción económica; es decir con los aportes de los afiliados, empleadores y Estado, según su capacidad de aporte (económica), ayudan a cubrir las prestaciones de

³ Gordillo, Agustín. “Clasificación de los Entes Públicos” Web: https://www.gordillo.com/pdf_tomo1/capituloXIV.pdf



otros afiliados, que por su nivel de ingresos, no alcanzan el monto real de las mismas, para de esta manera garantizar la estabilidad del sistema.

Subsidiaridad: Acorde a lo dispuesto por los artículos 32, 34, 261 y 368 de la Constitución de la República, así como por varias disposiciones de ciertos instrumentos internacionales, [...], el Estado es el encargado de normar, regular y controlar las actividades relacionadas con la seguridad social, debiendo garantizar el ejercicio pleno de dicho derecho, así como el adoptar las medidas económicas y técnicas que permitan su acceso al mayor número de ciudadanos sin distinción alguna, [...]"

*Es decir, por la naturaleza propia de las Instituciones que conforman la Seguridad Social, entre ellas el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, por mandato constitucional y legal es una institución pública, cuyo objeto principal gira en torno a garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos constitucionales a la seguridad social y salud de sus afiliados, beneficiarios y jubilados, por lo tanto, **su estructura y constitución orgánica y financiera es de carácter prestacional y no de generador de operaciones económicas o de mercado** [...]"*

En contraste, el operador económico RECAPT S.A., en su escrito de alegaciones también afirmó que el IESS “[...] actuó en base a sus potestades públicas y para el cumplimiento de su deber público [...]”. Bajo esta lógica, si el deber del IESS es garantizar el ejercicio de los derechos protegidos constitucionalmente, parte de esa obligación corresponde a proveer los medios necesarios de acceso a los servicios que debe prestar. Bajo esa lógica, a fin de lograr una correcta prestación, la institución se ve en la necesidad de realizar procesos de contratación pública, siendo la Ley Orgánica de Servicio de Contratación Pública la norma que los regula.

En un segundo momento, para el desarrollo de este argumento, se plantean como problemas jurídicos a resolver: **a)** la naturaleza jurídica del contrato administrativo; y, **b)** ¿La administración pública al suscribir un contrato administrativo se encuentra realizando actividades económicas?

La legalidad, principio general del derecho público, conforme lo establecido en el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador, refiere a que toda persona o entidad que actúen en virtud de una potestad pública podrán ejercer única y exclusivamente las competencias y facultades que les correspondan según la Constitución u otras leyes.

Concordante con este principio, el Código Orgánico Administrativo (COA) en su artículo 89 enlista los posibles actos que pueden emitir las administraciones públicas en ejercicio de sus funciones. Estos son: i) actos administrativos, ii) actos de simple administración, iii) contrato administrativo, iv) hechos administrativos; y, v) actos normativos de carácter administrativos. En razón de que el apelante cuestiona la naturaleza del contrato administrativo, en el cuál una de las partes fue el IESS, conviene realizar varias precisiones.

En particular, el contrato administrativo ha sido definido por el artículo 125 del Código Orgánico Administrativo, conforme versa a continuación: “*Es el acuerdo de voluntades productor de efectos jurídicos, entre dos o más sujetos de derecho, de los cuales uno ejerce una función administrativa.*” Del concepto referido, es destacable el supuesto de que una de las partes de este contrato, necesariamente debe ejercer una función administrativa.

El contrato administrativo ha sido denominado doctrinariamente como “*acto convencional de la administración*”, que son acuerdos o contratos en los cuáles actúa la misma administración pública. El tratadista y actual juez de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, Patricio Secaira Durango plantea el siguiente ejemplo:

*“[...] cuando dos o más órganos públicos suscriben un contrato, en el cual uno de los entes se compromete a ejecutar la construcción de una carretera y el otro a efectuar el pago del valor de la obra; allí podemos denotar que la voluntad pública es una sola: la satisfacción de una necesidad colectiva [...]”*⁴

El autor concluye que en estos casos se evidencia que pese a la denominación en el acuerdo o contrato, no confluyen dos voluntades distintas. En realidad es un acto unilateral de la administración a través del cual “*[...] se estipulan obligaciones públicas, para satisfacer una necesidad pública [...]*”⁵. La finalidad social es la característica distintiva más importante de los contratos administrativos, sin embargo no es la única. Mientras en los contratos de derecho privado rige el principio de autonomía de la voluntad de las partes, esto no sucede en los contratos administrativos, pues en este prima el interés público.

Aunando a lo anterior, en los contratos administrativos no existe la confluencia libre de la voluntad de las partes, pues la administración pública está revestida de potestades exorbitantes. Esto implica la existencia de “*[...] cierto grado de adhesión o subordinación del interesado a la voluntad pública [...]*”⁶. Por lo anterior, al no existir concurrencia libre de voluntades, el acuerdo administrativo no se ajusta al primer requisito para la configuración de una conducta colusoria, pues no confluye la libre voluntad de dos operadores económicos.

Ahora, respecto a si la administración por la suscripción de un contrato administrativo se encuentra realizando actividades económicas, ha de estarse a lo tratado en el apartado que antecede, respeto de lo cual se ha determinado el concepto de «actividades económicas» contenido en el artículo 2 de la LORCPM. Se pone de énfasis en que, por fines de motivación de aplicación normativa, la INICAPMAPR recurrió a la jurisprudencia de la comunidad europea. El TJUE ya ha desarrollado la consideración del concepto referido, a través de las siguientes características: i) la oferta de bienes y servicios en el mercado, ii) la actividad pueda desarrollarse por un privado con el objetivo de obtener ganancias.⁷ De las consideraciones del TJUE resalta la oferta de bienes y servicios con fines de lucro.

La Constitución de la República del Ecuador (CRE) establece que el sector público, entre otros, se compone por “*[...] organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado [...]*”.⁸ Como se desprende del texto transcrito, existen entidades gubernamentales creadas ya sea para la prestación de servicios o para el desarrollo de actividades económicas.

⁴ Patricio Secaira Durango. *Curso breve de derecho administrativo*, Editorial Universitaria, Quito, 2004, p. 172-173

⁵ *Ibíd*, p. 173

⁶ *Ibíd*, p.177

⁷ Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE), *Firma Ambulaz Glockner vs Landkreis Sudwestpfalz*. Case-475/99, parf. 19; *Commission vs Italy*. Case35/96, parf. 36 and *FENIN vs Commission*. Case C-205/03, parf. 25.

⁸ Asamblea Constituyente del Ecuador. Constitución de la República del Ecuador. Art. 225, num. 3.

Así también, la norma o decreto que disponga la creación de un nuevo ente público establece la naturaleza de las actividades que realizará y su objetivo, sea este social o económico. Por ejemplo, existen entidades públicas que desarrollan actividades económicas, como las denominadas empresas públicas que prestan servicios públicos a cambio de un pago. Con independencia de cómo se ejecute ese pago, sea de manera directa entre la entidad y el consumidor o usuario, o a través de contribuciones fiscales, lo destacable de estos intercambios de servicios es que son onerosos.

Una situación opuesta ocurre cuando las entidades u organismos estatales ejercen sus potestades establecidas en la Constitución y la ley. En estos casos, la entidad pública no realiza una actividad económica, sino que se limita a ejercer sus potestades administrativas. Estas potestades son justamente para cumplir con el fin público para el que fue creada cada entidad pública. Esta consideración se extiende, incluso cuando se trate de compras públicas, siempre que su objeto esté relacionado con satisfacer las necesidades institucionales para la continuidad de las actividades que le han sido asignadas.

Resulta evidente que la contratación de los servicios de call center por parte del IESS se enmarca dentro de las prerrogativas públicas de garantizar el aseguramiento de los afiliados, principalmente en el acceso a atención médica. El IESS requirió los servicios auxiliares y a través del procedimiento de Subasta Inversa Electrónica previstos en la LOSNCP, suscribió un contrato de índole administrativa con un particular. Para los fines pertinentes, lo destacable de este contrato es la ausencia de un beneficio económico para las arcas del IESS, pues estos beneficios se trasladan a los afiliados, como usuarios finales del servicio de seguridad social. En consecuencia, la satisfacción de estas necesidades institucionales coadyuva al mejoramiento del sistema de seguridad social pública y por ende al bienestar general de la comunidad.

Cabe señalar que según lo previsto en el artículo 69 del Reglamento de la LOSNCP, la suscripción del contrato es un requisito de formalidad dentro de algunos procedimientos del Sistema Nacional de Contratación Pública. Este requisito es de carácter obligatorio para las entidades del sector público, pues establece las obligaciones para el cumplimiento de lo requerido en los pliegos o bases de cada proceso de contratación pública. Por lo tanto, el contrato se suscribe por mandato de ley y no por mera voluntad de las partes.

En definitiva, la alegación del apelante carece de sustento jurídico, pues, en el caso concreto, cuando el IESS suscribe un contrato administrativo, lo hace con miras a la provisión de bienes y/o servicios, necesarios para el cumplimiento de las funciones propias. En consecuencia, es impreciso sostener que cuando el IESS suscribe un contrato administrativo está emprendiendo una actividad económica, más aún si se considera que el beneficiario final de la ejecución del contrato no es el mismo IESS, sino la población en general.

Asimismo, respecto de si la suscripción de un contrato administrativo es una actividad económica distinta del ejercicio de las potestades administrativas del IESS; es de destacarse que las actuaciones de las administraciones públicas se determinan a través de la competencia legal, que es “[...] la medida en la que la Constitución y la ley habilitan a un órgano para obrar y cumplir sus fines [...]”.⁹ La CRE, en su artículo 370 introduce al IESS como una entidad autónoma “[...]”

⁹ Asamblea Nacional del Ecuador. Código Orgánico Administrativo. Art. 65

responsable de la prestación de las contingencias del seguro universal obligatorio a sus afiliados [...]”. De lo expuesto, el IESS garantiza la prestación de servicios públicos, como el seguro universal obligatorio a sus afiliados.

El “Seguro Universal Obligatorio” comprende la cobertura de salud a los afiliados, en casos de enfermedad, maternidad, riesgos del trabajo, vejez, entre otras contingencias¹⁰. La Ley Orgánica de Seguridad Social, en su artículo 18 establece que el IESS “*[...] podrá contratar con empresas públicas, mixtas o privadas, la prestación de los servicios auxiliares [...]”*. Lo antedicho evidencia que, en ocasiones, el Estado, por sí mismo no posee la capacidad para proveer todos los servicios públicos que se ha reservado mediante mandato constitucional. Es así, que surge la necesidad de acudir a proveedores de suministros y servicios, ya sean particulares o de otras entidades para dar cobertura a los servicios que le corresponden en razón de sus actividades¹¹.

Como parte de la accesibilidad a la cobertura de salud, el agendamiento de citas médicas para los afiliados a través del servicio de call center es otro servicio otorgado por el IESS. Para la prestación de este servicio auxiliar, el IESS podrá contratar con empresas sujetándose a las normas y procedimientos previstos en la normativa aplicable. La CRE en su artículo 226 establece que quienes actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán únicamente las competencias y facultades previstas en la Constitución y la ley. De lo antedicho se desprende que el IESS como organismo creado por ley para la prestación de servicios públicos, está obligado a observar los principios y normas de los procedimientos de contratación pública, de conformidad con lo previsto en el numeral quinto del artículo 1 de la LOSNCP.

Conforme se desprende de las Resoluciones IESS-DG-2014-0026-R y STC-IESS-024-2014, el IESS actuó en apego a las disposiciones constitucionales y legales que le corresponden. Sus decisiones se fundaron en la CRE, que en su artículo 288 establece los principios a observarse en las compras públicas; el artículo 370 de la norma *ibídem*, que en su parte pertinente establece que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social es una “*[...] entidad autónoma regulada por la ley, será responsable de la prestación de las contingencias del seguro universal obligatorio a sus afiliados [...]”*.

Además, observó lo previsto en la Ley de Seguridad Social, que en su artículo 16 establece que al IESS le corresponde la prestación del Seguro General Obligatorio, y que en su artículo 32 *ibídem*, determina las atribuciones y deberes que le corresponden al Director General del IESS, entre las cuales está: “*[...] f) Autorizar los actos, contratos, transferencias de dominio, y toda operación económica y financiera del Instituto sometida a su aprobación, hasta la cuantía que fijarán las disposiciones generales del Presupuesto del IESS [...]”*.

Conforme la normativa citada, *a priori* se evidencia que el IESS actuó amparado de las prerrogativas legales que le corresponden. En las dos Resoluciones referidas se identifica que el IESS desarrollo el procedimiento previsto a partir del artículo 47 de la LOSNCP.¹² Es así, que en

¹⁰ Asamblea Constituyente del Ecuador. Constitución de la República del Ecuador. Art. 369

¹¹ Op. Cit. Patricio Secaira Durango. *Curso breve de derecho administrativo*, p. 174

¹² Por su parte, el Reglamento de Aplicación de la LOSNCP en su artículo 48 dispone que una vez finalizadas las etapas de puja o negociación, la máxima autoridad de la entidad contratante podrá adjudicar o declarar desierto el procedimiento.

el caso del proceso signado con el número SIE-IESS-004-2014, el Director General del IESS resolvió lo siguiente:

*“ARTÍCULO 2.- DECLARAR desierto el proceso de Subasta Inversa Electrónica signado con el código No. SIE-IESS-004-2014 para la contratación del **“SERVICIO DE AGENDAMIENTO DE CITAS MÉDICAS Y LA PROMOCIÓN, ATENCIÓN Y DIFUSIÓN DE LAS PRESTACIONES Y SERVICIOS QUE BRINDA EL IESS A SUS ASEGURADOS –SACMED”**, en el marco de lo dispuesto en el artículo 33 literal c) de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, a fin de precautar los intereses del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IESS y sus afiliados beneficiarios del servicio de agendamiento de citas médicas, que debe responder a los principios de trato justo, igualdad, calidad, oportunidad, concurrencia y transparencia determinados en el artículo 4 de la norma *Ibídem.*”*

Por otro lado, en el proceso No. SIE-IESS-005-2014, además de la normativa referida, el IESS consideró la Resolución Administrativa No. C.D. 458 de 13 de septiembre de 2013, a través de la cual el Consejo Directivo del IESS, resolvió: “*Art. 1.- El Director General del IESS tendrá autorización para realizar los actos, contratos, transferencias de dominio y toda operación económica y financiera [...]*”. En este proceso, el IESS resolvió lo siguiente:

*“Art.1.- Adjudicar el proceso de Subasta Inversa Electrónica No. SIE-IESS-005-2014, que tiene por objeto, la contratación del **“SERVICIO DE AGENDAMIENTO DE CITAS MÉDICAS Y LA PROMOCIÓN, ATENCIÓN Y DIFUSIÓN DE LAS PRESTACIONES Y SERVICIOS QUE BRINDA EL IESS A SUS ASEGURADOS -SACMED”** a la compañía RECAPT RECUPERACIÓN DE CAPITAL CONTAC CENTER S.A., por el valor de DIEZ Y SIETE MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y DOS MIL SETECIENTOS CINCUENTA CON 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD\$ 17’972.750) más IVA, con un plazo de ejecución de setecientos treinta (730) días contados a partir del día siguiente [sic] del cumplirse [sic] la condiciones que el área requirente considere necesarias para la prestación del servicio, esto es luego de 30 días calendario calculados desde la fecha de suscripción del contrato. Cuya forma de pago se realizará en pagos mensuales por el servicio efectivamente prestado recibido a entera satisfacción del IESS”.*

De acuerdo al contenido de las Resoluciones IESS-DG-2014-0026-R y STC-IESS-024-2014, es evidente que sus disposiciones son una declaración unilateral de la voluntad del IESS y en ejercicio de sus potestades públicas relacionadas con la prestación del Seguro Universal Obligatorio. Tanto la resolución de declaratoria de desierto, como la de adjudicación producen efectos jurídicos por su cumplimiento, reuniendo los requisitos propios del acto administrativo, conforme lo previsto en el artículo 89 del COA.

El operador económico CRONIX CIA. LTDA. -respecto de la fundamentación de este argumento- incurre en un yerro de derecho, al establecer que el IESS realiza actividades económicas como inversiones en bolsa de valores o la adquisición de bienes o servicios, cuando –por el contrario- por mandato legal estas actividades son desarrolladas por una persona jurídica completamente distinta al IESS, al corresponderle de forma exclusiva al Banco Ecuatoriano de Seguridad Social (BIESS), existiendo confusión respecto de las actividades que realiza el BIESS

con las atribuciones del IESS, siendo un argumento que inobserva el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

En conclusión, la alegación del apelante “[...] Esta actividad económica es distinta del ejercicio de las potestades administrativas que, dentro de sus competencias, pueda realizar la entidad [...]”, referente a que el IESS realiza actuaciones fuera de sus potestades legales, y por tal motivo se puede calificar de actividad económica, carece de asidero jurídico.

Finalmente, el operador económico CRONIX CIA. LTDA., argumenta que la normativa ecuatoriana ha reconocido expresamente que las instituciones del sector público pueden ser catalogadas como un operador económico, sin embargo, la norma no puede tener como efecto la tergiversación de la naturaleza jurídica del ente que es denunciado. Así, se puede decir que

“[...] en la medida en que un organismo público ejerce una actividad económica que puede disociarse del ejercicio de sus prerrogativas de poder público, dicho organismo, por lo que respecta a esa actividad, actúa como una empresa, mientras que si dicha actividad económica es indisociable del ejercicio de sus prerrogativas de poder público, todas las actividades ejercidas por dicho organismo se considerarán actividades vinculadas al ejercicio de esas prerrogativas [...]”¹³

En virtud de lo manifestado, en el presente caso, de la revisión del objeto contractual de los procesos de contratación pública signados con los números SIE-IESS-004-2014 y SIE-IESS-005-2014, se evidencia que los mismos tienen relación directa con la prestación de servicios vinculados con la naturaleza misma de la seguridad social. Así lo ha afirmado correctamente el órgano de investigación, pues si bien podrían existir casos en los que un determinado ente público pueda ejecutar actividades netamente económicas, en el caso de estudio, los procesos señalados se encuentran intrínsecamente relacionados con la misión legal del IESS, y por lo tanto no se cumple con el último requisito del artículo 2 de la LORCPM, ocasionando que el organismo, en este caso, no sea considerado como un operador económico.

2.- Que, mediante el erróneo análisis de la INICAPMAPR, se estaría derogando en numeral 21 del artículo 11 de la LORCPM.

Por otro lado, el operador económico CRONIX CIA. LTDA., argumenta que mediante el análisis de la INICAPMAPR, se estaría derogando en numeral 21 del artículo 11 de la LORCPM que tipifica la siguiente conducta:

“[...] 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

¹³ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de 12 de julio de 2012. Compass-Datenbank GmbH VS Republic Österreich. Caso C-138/11. Párrafo 38.

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.

[...]

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

El recurrente sostiene que al negar que el IESS pueda ser catalogado como un operador económico, la INICAPMAPR estaría incurriendo en un error de interpretación, ocasionando que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado no pueda analizar ningún proceso de contratación pública limitando de esta manera, su capacidad de luchar contra la corrupción.

Respecto de este punto, es preciso señalar que la LORCPM tipifica las conductas que son contrarias a la libre competencia, estableciendo un catálogo de infracciones que en caso de ser comprobadas, devienen en sanciones de distinta índole para todos aquellos que hayan tomado parte en ellas. Aterrizando específicamente en aquellas prácticas contenidas en el artículo 11 de la ley ibídem, es preciso señalar que requieren de manera preliminar la participación de mínimo dos sujetos que sean considerados operadores económicos de acuerdo al artículo 2 de la LORCPM, el cual ya ha sido analizado en la presente Resolución. Ahora bien, en el caso de estudio, el operador económico CRONIX CIA. LTDA., ha denunciado el presunto cometimiento de la conducta definida en el numeral 21 del artículo 11 de la LORCPM, la cual señala de manera concreta la colusión vertical en procesos de compras públicas, señalando como presuntos responsables al IESS y al operador económico RECAPT. De la naturaleza de la conducta señalada –inminentemente- va a existir la participación de entes de naturaleza pública, sin embargo, el análisis de la norma no puede limitarse a una lectura superficial y general, pues de la misma forma aclara que es necesario ceñirse a los límites de la ley. En el presente caso, los cuerpos legales que determinan los principios, naturaleza jurídica, obligaciones e instituciones del IESS son la Constitución de la República del Ecuador y la Ley de Seguridad Social, respecto de las cuales se desprende que en este caso en particular, no existe la ejecución de una actividad económica dentro de los procesos de Subasta Inversa Electrónica denunciados por el recurrente, sino el cumplimiento de sus prerrogativas legales que se encuentran estrictamente ligadas con la garantía de protección de los derechos de todas las personas que acceden al sistema de seguridad social, buscando de esta manera, velar por el bienestar común e interés general de la sociedad.

Por otro lado, se recuerda al operador económico CRONIX CIA. LTDA., que el artículo 1 de la LORCPM señala que su objeto corresponde a:

“[...] evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos

colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible”.

De la lectura de la norma, es preciso enfatizar que si bien existen ciertas conductas que pueden derivar en otro tipo de responsabilidad distinta a la administrativa, como puede ser la penal, la investigación y de ser el caso la respectiva sanción no se la realiza a partir de un análisis generalizado, sino por el contrario, uno individual. Ahora bien, se ha reconocido ampliamente que existen casos de colusión en los que:

“[...] Los participantes de los cárteles suelen estar bien organizados, tienen muchos recursos y tienden a actuar en secreto. Ningún país es inmune a estas prácticas ilegales. A veces, parte del incremento de los costos los usan las compañías participantes para pagar a funcionarios públicos corruptos [...]”¹⁴

Sin embargo, cabe recalcar que este organismo técnico de control tiene como base de su actuación el Derecho de Competencia por lo que en caso de que existan indicios que recaigan en el ámbito de materias de otra naturaleza, los organismos competentes serán los encargados de realizar las diligencias que consideren pertinentes a fin de aterrizar en la verdad de los hechos que se discuten, de conformidad con el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador que manda:

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

Por último, de la revisión de las piezas procesales constantes en el expediente administrativo No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-013-2020, se evidencia que la Contraloría General del Estado ya tiene conocimiento de los hechos, toda vez que mediante Oficio No. EMS-1206-DNP 2020 de 19 de noviembre de 2020 suscrito por la abogada Lorena Figueroa Costa, en calidad de Directora Nacional de Patrocinio de la Contraloría General del Estado, ingresado en la Secretaría General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 25 de noviembre de 2020 a las 10h50 y signado con el número de trámite ID 177739, se informa a la INICAPMAPR que *“[...] no se puede otorgar la copia certificada del informe con Indicios de Responsabilidad Penal No. DADSySS-0003-2013, en virtud de que constituye documentación de carácter reservada y confidencial [...]”*. En tal sentido, a pesar de que este organismo técnico

¹⁴ OCDE. “Combatiendo la Colusión en los Procesos de Contratación Pública en Colombia-Informe del Secretariado sobre el Marco Jurídico y la Prácticas de Contratación Pública en Colombia” (2014). Pag. 10.

de control no ha podido tener acceso al referido expediente por la existencia de reserva legal, se puede inferir que ya existen otros procedimientos legales relacionados con los procesos de contratación pública denunciados.

3.- Que, la INICAPMAPR debía aperturar la fase de investigación ya que el IESS no presentó las correspondientes explicaciones.

Respecto de este punto, mediante el cual el operador económico CRONIX CIA. LTDA., sostiene que el órgano de investigación debía proceder con la siguiente etapa procesal toda vez que no se contó con la presentación del escrito de explicaciones del IESS, señalando que ha sido una práctica institucional actuar de tal manera, cabe mencionar en primer lugar que el artículo 57 de la LORCPM manifiesta que:

“Art. 57.- Archivo de la denuncia.- Si el órgano de sustanciación considera satisfactorias las explicaciones del denunciado, o si concluida la investigación no existiere mérito para la prosecución de la instrucción del procedimiento, mediante resolución motivada ordenará el archivo de la denuncia”

De la lectura de la norma, se desprenden dos escenarios que permiten que los órganos de investigación procedan con el archivo de una respectiva denuncia sin que sea imperante la conjugación de ambos, pues es posible que las explicaciones del sujeto pasivo sean satisfactorias, o que no exista mérito para proceder con la apertura de la fase de investigación. En tal sentido, es razonable señalar que todo procedimiento administrativo tiene como punto de partida la presunción de inocencia de los presuntos involucrados, y tomando en cuenta que el IESS no se considera, dentro del presente caso, como un operador económico, se concluye que no se configura el elemento preliminar de la conducta denunciada contenida en el artículo 11 de la LORCPM, esto es que existan dos o más operadores económicos. Bajo esta consideración, se establece que sin perjuicio de que el IESS no haya presentado las respectivas explicaciones, la INICAPMAPR procedió con el análisis que correspondía en la fase procesal que se encontraba discurriendo, concluyendo de modo acertado que no existe mérito para la apertura de la fase de investigación.

NOVENO.- RESOLUCIÓN.-

Por las consideraciones expuestas, amparado en las disposiciones establecidas en los artículos 75, 76 y 82 de la Constitución de la República del Ecuador, artículo 44, numeral 2, y el artículo 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta Autoridad, **RESUELVE: NEGAR** el Recurso de Apelación presentado por el operador económico CRONIX CIA. LTDA., de 07 de enero de 2021, ingresado en la Secretaría General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado con número de trámite ID 181373 en contra de la Resolución de 04 de diciembre de 2020 de las 17h10 emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas dentro del expediente administrativo signado con el número SCPM-IGT-INICAPMAPR-013-2020.

DÉCIMO.- NOTIFICACIONES.-

De conformidad con el segundo inciso del artículo 164 del Código Orgánico Administrativo en concordancia con el artículo 66 del Código Orgánico General de Procesos, y con la Disposición General Segunda de la Resolución N° SCPM-DS-2020-026 de 03 de julio de 2020, que determina: *“Para notificaciones se priorizará el uso de los correos electrónicos señalados por los operadores económicos. Los órganos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, instarán a los operadores económicos y a los ciudadanos en general a señalar correos electrónicos para notificaciones”*; además que, esta autoridad mediante Resolución No. SCPM-DS-2020-13 de 13 de marzo de 2020 ha resuelto: *“(...) Adoptar y autorizar la implementación del teletrabajo emergente en la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (...)”*; y, en razón que el peligro de contagio de COVID 19 es latente, con el objeto de evitar riesgos en la salud de las personas que intervienen en la tramitación de este expediente administrativo, notifíquese con la presente providencia: **a)** Al operador económico CRONIX CIA. LTDA., en los correos electrónicos: fpozo@gottifredipozo.com; fgottifredi@gottifredipozo.com; mmunoz@gottifredipozo.com y acarrera@cronix.com.ec; **b)** Al operador económico RECAPT RECUPERACION DE CAPITAL CONTAC CENTER S.A. en los correos electrónicos: notificaciones@morales.ec y mmorales@morales.ec; **c)** Al INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL en los correos electrónicos: daniel.ruiz@iess.gob.ec; patrocinio@iess.gob.ec y jose.boada@iess.gob.ec; **d)** A la PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO en el correo electrónico lgranado@pge.gob.ec; **e)** A la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas.

DÉCIMO PRIMERO.- Continúe actuando en calidad de Secretaria de Sustanciación en el presente expediente, la abogada María Belén Arévalo Alvear.- **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.-**

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

Abg. Belén Arévalo Alvear
SECRETARIA AD-HOC