Superintendencia
de Control del
Poder de Mercado

INTENDENCIA NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE ABUSO DEL PODER DE MERCADO, ACUERDOS Y PRÁCTICAS RESTRICTIVAS

Expediente No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-013-2020

PROVIDENCIA

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- INTENDENCIA NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE ABUSO DEL PODER DE MERCADO, ACUERDOS Y PRÁCTICAS RESTRICTIVAS.- Quito D.M., 04 de diciembre de 2020 a las 17h10. **VISTOS.-** En mi calidad de Intendente Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, de conformidad con la acción de personal No. SCPM-INAF-DNATH-0170-2019-A que rige desde el 20 de mayo de 2019, en conocimiento del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICAPMAPR-013-2020, y en uso de mis facultades legales y administrativas, emito las siguientes **ORDENES PROCESALES:**

PRIMERA.- Agréguese al expediente y téngase en cuenta el anexo CD, signado con número de trámite ID 178831 , en el cual consta los documentos firmados electrónicamente, y que en el momento procesal oportuno fueron agregados al expediente administrativo, dando cumplimiento a lo dispuesto en la disposición segunda, de la resolución No. SCPM-DS-2020-27, de 13 de julio de 2020.

SEGUNDO.- COMPETENCIA: De conformidad con lo establecido en el artículo 213 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con lo ordenado en el artículo 53 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), lo dispuesto en los artículos 54 y 57 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (RLORCPM); y, artículo 8 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, así como el artículo 10, numeral 1.2.2.3 del Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (Resolución No. SCPM-DS-2019-62), se declara la competencia de esta autoridad para dictar la presente Resolución.

TERCERA.- VALIDEZ PROCESAL: Revisado que ha sido el expediente no se encuentran vicios de procedimiento que puedan generar nulidad procesal en esta fase administrativa, por lo que esta autoridad declara su validez procesal.

CUARTA.- IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES PROCESALES[1]

4.1. CRONIX CIA. LTDA (DENUNCIANTE)

El operador económico Cronix Cia. Ltda., en calidad de denunciante es una compañía ecuatoriana de responsabilidad limitada, registrada con RUC 1791410866001, cuya actividad económica principal

[1] La estructura de la presente resolución observa en lo aplicable el contenido establecido en el artículo 62 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, sin embargo, la denominación de los títulos o su orden ha sido modificado a fin de facilitar su lectura y presentar un marco lógico al lector, situación que no afecta en lo referente al contenido.

registrada dentro de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros es: "*La prestación de servicios empresariales, por vía telefónica, por medios telemáticos, por aplicación de tecnología digital o por cualquier otro medio electrónico, para la promoción, difusión y venta de todo tipo de productos o servicios a usuarios finales, empresas públicas o privadas, nacionales o extranjeras.....p) Prestación de servicios de salud y atención médica en general, a través de planes de cualquier naturaleza, la gestión, administración, construcción de centros hospitalarios y centros geriátricos integrales*", y en el Servicio de Rentas Internas su actividad económica registrada es: "*Actividades de centros que atienden a llamadas de clientes utilizando operadores humanos, sistemas de distribución automática de llamadas, sistemas informatizados de telefonía, sistemas interactivos de respuesta de voz o métodos similares para recibir pedidos*", domiciliada en la ciudad de Quito, en la Av. 10 de agosto N34 – 601 y Juan Pablo Sanz, cuarto piso, representada legalmente por Yaici Ivone Narváez Troncoso y Segundo Aníbal Carrera Arboleda.

4.2. RECAPT RECUPERACIÓN DE CAPITAL CONTAC CENTER S.A. (DENUNCIADO)

El operador económico Recapt Recuperación de Capital Contact Center S.A. (En adelante RECAPT S.A.), es una compañía ecuatoriana anónima, registrada con RUC No. 1791967437001, cuya actividad económica principal registrada en la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros es: "*Prestar toda clase de servicios de cobranza prejudicial y judicial, servicios de telemercadeo, verificaciones personales y comerciales, verificaciones domiciliarias y de trabajo. A más de las actividades propias de su objeto social, la cia podrá realizar actividades inherentes y relacionadas con la impresión de documentos, servicios postales, cartas, paquetería, servicios de atención al público en correos, otros servicios postales, servicios de imprenta, servicios relacionados con la imprenta a comisión y por contrato*", mientras que, en el Servicio de Rentas Internas registra como actividad económica: *"actividades de call center"*; domiciliada en la ciudad de Quito, en la Av. 10 de agosto N34 – 601 y Juan Pablo Sanz, representada legalmente por Lisa María Pullopaxi Paucar.

4.3. INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL – IESS (DENUNCIADO)

El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (en adelante IESS), representado legalmente por el Mgs. Carlos Luis Tamayo Delgado, en calidad de Director General del IESS, cuya matriz se encuentra ubicada en la Av. 10 de agosto y Bogotá, de la ciudad de Quito. Con número de RUC 1760004650001, y se encuentra como tipo de contribuyente "*organismos y entidades públicas creadas por la Constitución o la ley*".

QUINTO.- FUNDAMENTOS DE HECHO Y ACTUACIONES PROCESALES

5.1. Mediante denuncia y anexos, suscritos conjuntamente por Aníbal Carrera y el Abg. Fabián Pozo Neira, el operador económico Cronix Cia. Ltda., ingresados el 25 de septiembre de 2020 a las 11h40 y signados con el número de trámite ID 171565, presentó una denuncia en contra de RECAPT S.A., y el IESS, por presuntamente haber incurrido en la conducta tipificada en el artículo 11 numeral 21 de la LORCPM, la misma que incluyó la petición de la implementación de medidas correctivas y una subsecuente sanción a los presuntos infractores.

5.2. Mediante providencia de 12 de octubre de 2020 a las 14h00, esta autoridad dentro del término establecido en el artículo 55 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado,

procedió a calificar la denuncia del operador económico CRONIX CIA. LTDA., y al verificar que la misma no cumplía con los requisitos del artículo en referencia, concedió al denunciante el término de tres (3) días, a fin de que aclare y complete su denuncia.

5.3. Mediante escrito ingresado por CRONIX CIA. LTDA., el 15 de octubre de 2020 a las 09h55 y signado con el número de trámite ID 173531, el denunciante procedió aclarar y completar su denuncia, conforme los requerimientos efectuados por esta autoridad en providencia de 12 de octubre de 2020 a las 14h00.

5.4. Con providencia de 20 de octubre de 2020 a las 16H55, la INICAPMAPR, avocó conocimiento del expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-013-2020, y dispuso correr traslado a RECAPT S.A. y al IESS, así como también a la Procuraduría General del Estado, dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 6 de la Ley de la Procuraduría General del Estado, a fin de que en el término de quince (15) días, procedan a remitir sus explicaciones a la denuncia ingresada por el operador económico CRONIX CIA. LTDA.

Adicionalmente, esta autoridad requirió información a la Contraloría General del Estado, Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y a la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, a fin de atender el pedido de actuaciones previas requeridas por el denunciante en el líbelo de su denuncia.

5.5. En providencia de 06 de noviembre de 2020 a las 09h15 la INICAPMAPR, procedió a solicitar por segunda ocasión a la Contraloría General del Estado información concerniente a los informes de responsabilidad penal No. DADSySS-0003-2013; DADSySS-0008-2013; y, DADSySS0002-2016; así como del expediente del examen especial No. DADSySS-0036-2017. Así como agregar las actas entrega, del anexo de la denuncia presentada por CRONIX al operador RECAPT e IESS, y finalmente conceder la prórroga solicitada por el IESS para que se presente la información requerida por CRONIX como actuaciones previas.

Los denunciados, acudieron a retirar el anexo de la denuncia presentado por CRONIX el 28 de octubre de 2020, conforme las actas referidas *ut supra*, y a partir de dicha fecha inició el cómputo de los quince (15) días, para la presentación de las explicaciones de la denuncia ingresada, una vez que, los mismos tuvieron acceso a todos los documentos para ejercer su derecho a la defensa.

5.6. Por medio de providencia de 13 de noviembre de 2020 a las 14h15 la autoridad, dispuso agregar al expediente el memorando No. SCPM-DS.SG-2020-468 y anexo de 05 de noviembre de 2020, suscrito por la Secretaria General de la SCPM, e informó a las partes procesales su derecho de acceder a las copias certificadas de la parte reservada del expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026; así como requerir nuevamente a la Contraloría General del Estado remita la información referente los informes de responsabilidad penal No. DADSySS-0003-2013; DADSySS-0008-2013; y, DADSySS0002-2016; así como del expediente del examen especial No. DADSySS-0036-2017.

5.7. A través de providencia de 24 de noviembre de 2020 a las 08h35, la Intendente dispuso, agregar las explicaciones presentadas por RECAPT, requerir a la Procuraduría General del Estado

remita la copia certificada la acción de personal del Dr. Marco Antonio Proaño Durán, y solicitar a la Secretaría General, certifique si el IESS, remitió sus explicaciones en el término establecido en el artículo 55 de la LORCPM.

5.8. Mediante la providencia de 01 de diciembre de 2020 a las 16h30, la INICAPMAPR dispuso lo siguiente: i) agregar el escrito y anexos, firmados electrónicamente por el Abogado José Boada Suraty y el Abogado Daniel Ruiz Sandoval, en representación del Procurador General del IESS; ii) incorporar al expediente el escrito y anexos, suscritos por la Directora Nacional de Patrocinio de la Contraloría General del Estado, y en razón de la imposibilidad de acceder a los anexos remitidos por el IESS, solicitó se remita nuevamente la información detallada en el ordinal Octavo, numeral 8.2 de la providencia de 20 de octubre de 2020 a las 16H55; y, iii); se agregue el memorando No. SCPM-DS-SG-2020-520 de 26 de noviembre de 2020, suscrito por la Secretaria General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

5.9. Mediante la providencia de 03 de diciembre de 2020 a las 13h30, la INICAPMAPR dispuso agregar el escrito y anexos, firmados electrónicamente por el Abogado José Boada Suraty, en representación del Procurador General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IESS, mediante el cual se dio por cumplido lo dispuesto por esta autoridad en el ordinal primero de la providencia de 01 de diciembre de 2020 a las 16h30.

SEXTA.- BASE NORMATIVA QUE AMPARA LA RESOLUCIÓN: Con base en la descripción de los hechos contenidos en el presente procedimiento es pertinente enunciar las normas constitucionales y legales que guardan relación con lo descrito, es así que:

6.1. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR:

6.1.1. *"Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. 2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada. [...]. 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: [...] 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 (...)".*

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

6.1.4. *"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."

6.2.- LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO (LORCPM):

6.2.1. *"**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 [...]".*

6.2.2. *"**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".*

6.2.3. *"**Art. 53.- Inicio.-** El procedimiento se iniciará de oficio, a solicitud de otro órgano de la Administración Pública, por denuncia formulada por el agraviado, o por cualquier persona natural o jurídica, pública o privada que demuestre un interés legítimo (...)".*

6.2.4. *"**Art. 56.- Inicio de investigación.-** Vencido el término señalado en el artículo anterior, el órgano de sustanciación deberá pronunciarse sobre el inicio de la investigación en el término de diez días. Si estimare que existen presunciones de la existencia de alguna de las infracciones previstas en esta ley, mediante resolución motivada ordenará el inicio de la investigación, señalando el plazo de duración de la misma, plazo que podrá ser ampliado si fuere necesario.*

El procedimiento de investigación se regirá por las disposiciones constantes en la sección primera del presente capítulo.

El proceso previo a la investigación, así como la fase investigativa serán de carácter reservado, excepto para las partes directamente involucradas.

Cuando la investigación se refiera a entidades del Sistema Financiero Nacional, obligatoriamente deberá contarse con la Superintendencia de Bancos y la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, en sus ámbitos".

6.2.5. *"**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".*

6.3. REGLAMENTO PARA LA APLICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO:

6.3.1. *"Art. 1.- **Objeto.**- El presente reglamento tiene por objeto establecer las disposiciones reglamentarias necesarias para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, que en lo sucesivo se denominará la Ley."*

6.3.2. *"Art. 54.- **Inicio del procedimiento.**- Conforme a lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley, el procedimiento se iniciará de oficio, a solicitud de otro órgano de la Administración Pública, o por denuncia".*

6.3.3. *"Art. 57.- **Inicio del procedimiento por denuncia.**- La denuncia podrá ser formulada por el agraviado, o por cualquier persona natural o jurídica, pública o privada que demuestre un interés legítimo".*

6.3.4. *"Art. 63.- **Resolución de archivo de la denuncia.**- Cuando, de los hechos investigados, no existiere mérito para la prosecución de la instrucción del procedimiento, o las explicaciones presentadas por los denunciados sean satisfactorias, el órgano de investigación, mediante resolución motivada que será notificada al o los denunciantes, ordenará el archivo de la denuncia".*

6.4.- INSTRUCTIVO DE GESTIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA DE LA SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO (Resolución SCPM-DS-12-2017, reformado mediante Resolución SCPM-DS-2020-20, de 04 de mayo de 2020)

6.4.1. *"Art. 1.- **ÁMBITO DE APLICACIÓN.**- El presente Instructivo rige para la gestión procesal en los procedimientos administrativos sancionadores, estudios de mercado en materia de competencia, informes especiales; y, de control de concentraciones, que realiza la Superintendencia de Control del Poder de Mercado en el ámbito de sus atribuciones".*

6.4.2. *"Art. 8.- **PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR INICIADO POR DENUNCIA.**- La denuncia será ingresada en la Secretaría General o ante su delegado en la Intendencia Regional, quién mediante el Sistema de Gestión Procesal de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, remitirá a la Intendencia General Técnica para que esta a su vez, direccione al órgano de investigación competente a fin de que en el término de diez (10) días abra un expediente, avoque conocimiento y califique la denuncia. Realizada la calificación pueden presentarse los siguientes casos: a) Si la denuncia cumple con los requisitos previstos en el artículo 54 de la Ley, el órgano de investigación competente procederá a correr traslado al presunto o presuntos responsables con la denuncia para que en el término de quince (15) días contados a partir de la notificación, presenten las explicaciones que consideren necesarias, las mismas que serán ingresadas en la Secretaría General o ante su delegado en la Intendencia Regional, quien remitirá a la Intendencia respectiva. Fenecido el término para la presentación de explicaciones, el órgano de investigación competente, en el término de diez (10) días, procederá a pronunciarse mediante resolución motivada respecto del inicio del procedimiento de investigación o del archivo de la denuncia. b) Si la denuncia no cumple con los requisitos del artículo 54 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, el órgano de investigación competente notificará al denunciante para que en el término de tres (3) días la aclare o complete, si no lo hiciere en dicho término, el órgano de investigación respectivo ordenará el archivo de la denuncia sin más trámite y*

se la tendrá por desistida. En caso de ser aclarada o completada el órgano de investigación competente continuará el procedimiento establecido en la letra anterior. (...)".

SÉPTIMA: DE LA DENUNCIA PRESENTADA POR CRONIX CIA. LTDA.

7.1. De la denuncia ingresada por Cronix Cia. Ltda

a) De las conductas denunciadas

Cronix Cia. Ltda., alega la presunta existencia de un acuerdo colusorio entre el operador económico RECAPT S.A., y, el IESS, enmarcando dicha conducta a lo prohibido en el artículo 11 numeral 21 de la LORCPM, por las siguientes circunstancias:

> *"(...) Evidentemente, las conductas de RECAPT y los funcionarios del IESS son un acuerdo entre un proveedor (RECAPT) y compradores (IESS / Directivos del IESS) que i) no constituyen acuerdos previstos en la Legislación de Contratación Pública, ii) direccionaron el resultado del proceso para favorecer a RECAPT, como lo determinó la Contraloría, iii) por medio de la inclusión de requisitos que carecen de explicación técnica, iv) dirigidos específicamente para excluir a CRONIX y así garantizar que RECAPT sea contratado como proveedor único".*[2]

Estas imputaciones el denunciante, las efectúa fundando sus argumentos, en que el presunto acuerdo colusorio se habría afectado a dos procesos de contratación SIE-IESS-004-2014 (declarado desierto), y SIE-IESS-005-2014 (adjudicado a Recapt S.A.):

> *"Es así que a mediados de 2014 se convocó a un nuevo procedimiento con código SIE-IESS-004-2014, del cual participaron con posibilidades reales únicamente CRONIX -en consorcio con Inmoeuropa, como Consorcio InnovaSaludy RECAPT básicamente, y dos oferentes más.*
>
> *Sin embargo, este procedimiento fue misteriosamente declarado desierto, curiosamente, porque RECAPT debía ser descalificada por no cumplir con el patrimonio mínimo requerido.*
>
> *(...) Inmediatamente se realizó una segunda convocatoria o "reactivación del proceso", ahora bajo código SIE-IESS-005-2014 y luego de que RECAPT habría incrementado su patrimonio a 1'134.326,53 por medio de un aumento de "aportes de socios para futura capitalización" con una declaración sustitutiva de impuesto a la renta de 2013 presentada en fecha 10 de junio de 2014".*[3]

Respecto del segundo proceso (SIE-IESS-005-2014), el denunciante no habría podido participar en virtud de que: "*En este nuevo proceso, SIE-IESS-005-2014, se incluyó una ligera pero determinante modificación respecto del proceso SIE-IESS-004-2014 declarado desierto: un requerimiento de que el sitio de respaldo o contingencia esté ubicado a más de un kilómetro de distancia del sitio principal desde el que se prestaría el servicio".*[4]

[2] Escrito de denuncia de Cronix Cia. Ltda, número de trámite ID 171565, página 31.
[3] Ibídem, páginas 6, 7.
[4] Ibídem, página 7.

Según el denunciante, por la introducción de este requisito el operador RECAPT S.A. habría sido calificado como único proveedor, y por tanto paso a una negociación directa con el IESS, resultando adjudicado del proceso de contratación SIE-IESS-005-2014.

Así pues, el denunciante continúa sus alegaciones manifestando que:

> *"Esta planificación o direccionamiento se fraguó con varios meses antelación, tan es así que en un video de 04 de abril de 2014[1](1 mes antes de lanzarse el proceso de contratación), Fernando Colunga, propietario último de RECAPT y Director Adjunto de la misma (también propietario final y director de CANT TECNOLOGÍA Y TELSERC3), notificaba ya a sus empleados que se harían cargo de este contrato y anunciaba que pasarían a formar parte del IESS, así como que él personalmente pasaría probablemente a ser asesor de esta institución.*
>
> *(...) Es así que por medio de estas prácticas ilícitas, RECAPT fue adjudicada el Contrato Nro. IESS-PG-2014-0018-C finalmente en fecha 24 de julio de 2014 por un valor de $17'972.750,00. El Contrato lo suscriben el Econ. José Martinez Dobronsky, Director General del IESS y el Sr. Edison Simbaña Andrade, Representante legal de RECAPT.*
>
> *Como se refirió arriba, las irregularidades aquí referidas fueron determinadas ya en el Examen Especial "a la ejecución y pagos del contrato 64000000-1002-c denominado "sistema integrado para la gestión, agendamiento e interrelación en la atención de salud y mejoramiento de los servicios que brinda el IESS a sus usuarios", y a los convenios suscritos entre el IESS con la empresa RECAPT por los servicios prestados por el gerenciamiento de CONTACT CENTER para las unidades médicas del IESS", en el PERIODO DESDE : 2012/09/01 HASTA : 2015/04/09".*[5]

Ahora bien, el denunciante respecto de las personas intervinientes y responsables de los procesos de contratación (desierto y adjudicado), presentó el sigue cuadro[6]:

CIUDADANO	*PROCESOS*	
	SIE-IESS-004-2014	*SIE-IESS-005-2014*
Olga Susana Núñez Sánchez	*Directora del Seguro de Salud Individual y Familiar (e). Miembro de Comisión Técnica de calificación como titular del área requirente.*	*Directora del Seguro de Salud Individual y Familiar (E). Miembro de Comisión Técnica de calificación como titular del área requiriente.*
Fernando Rosero	*Asesor del Director General. Miembro de la Comisión Técnica como profesional designado por la máxima autoridad, preside la comisión.*	*Asesor del Director General. Miembro de la Comisión Técnica como profesional designado por la máxima autoridad, preside la comisión.*
Fernando Raúl Hidalgo Narváez	*Director Nacional de Tecnología de la Información*	*Director Nacional de Tecnología de la Información*

[5] Ibídem, páginas 10, 14.
[6] Ibídem, página 17.

CIUDADANO	*PROCESOS*	
	SIE-IESS-004-2014	*SIE-IESS-005-2014*
Christian Rubén Molina Caza	*Servidor de la Dirección Nacional de Tecnología de la Información.* *Miembro de la Comisión Técnica de Calificación como profesional afín al objeto de contratación.*	*Servidor de la Dirección Nacional de Tecnología de la Información.* *Miembro de la Comisión Técnica de Calificación como profesional afín al objeto de contratación.*
Roberto Tapia Manisilla	*No participa*	*Secretario de la Comisión Técnica*
Viviana Patricia Martínez Herrera	*Secretaria Técnica de Contratación (E)* *Secretaria de la Comisión Técnica de Calificación*	*Secretaria Técnica de Contratación (E)*
Roberto Guevara Llanos	*Subdirector General*	*Subdirector General*
José Antonio Martínez Dobronsky	*Director General*	*Director General*

Resulta entonces evidente que:

i. los miembros de la Comisión y el Director General conocieron la ubicación de los sitios de contingencia de los oferentes CRONIX y RECAPT que participaron del procedimiento SIE-IESS-004-2014, pues abrieron y calificaron las ofertas, y,

ii. tras declararlo desierto, convocaron nuevamente a un proceso casi idéntico SIE-IESS-005-2014 incluyendo un requisito sin sustento técnico dirigido a descalificar a CRONIX".[7]

Consecuentemente, en el líbelo de la denuncia se afirma que: *"Las prácticas anticompetitivas descritas permitieron que RECAPT capte para sí los servicios de Call Center del IESS por los 24 meses que preveía el contrato, pero además, en lugar de convocarse a concursos a su vencimiento, se extendió artificialmente dicha prestación hasta enero de 2017 mediante varios mecanismos que no podían realizarse sin cooperación o conocimiento de las autoridades del IESS".*[8]

El denunciante afirma que estas presuntas prácticas anticompetitivas, se efectuaron a través de contratos complementarios, modificatorios y convenios de pago, y por ende RECAPT S.A. continuó prestando el servicio hasta enero de 2017, sin una nueva convocatoria a concurso público.

Consecuentemente el denunciante alega lo siguiente: *"Ahora bien, la colusión tiene sus raíces en vinculaciones muy anteriores, que demuestran la relación de los Personeros de RECAPT con los máximos directivos del IESS, mismos que se remontan al año 2010 e incluyen la revisión previa de pliegos y documentos e incluso un cuadro de "reparto de comisiones"*[9].

[7] Ibídem, páginas 17, 18.
[8] Ibídem, página 18.
[9] Ibídem, página 27.

Con los antecedentes planteados, el denunciante concluye que la conducta denunciada es la enmarcada en el artículo 11 numeral 21 de la LORCPM por cuanto:

> *"Evidentemente, las conductas de RECAPT y los funcionarios del IESS son un acuerdo entre un proveedor (RECAPT) y compradores (IESS / Directivos del IESS) que i) no constituyen acuerdos previstos en la Legislación de Contratación Pública, ii) direccionaron el resultado del proceso para favorecer a RECAPT, como lo determinó la Contraloría, iii) por medio de la inclusión de requisitos que carecen de explicación técnica, iv) dirigidos específicamente para excluir a CRONIX y así garantizar que RECAPT sea contratado como proveedor único".*[10]

b) De la participación de los denunciados en los hechos infractores.

En el líbelo de la denuncia, Cronix Cia. Ltda., expresa textualmente que:

> *"RECAPT participa de la conducta denunciada en calidad de AUTOR.*
>
> ***El IESS también tiene la calidad de AUTOR, en su calidad de entidad contratante**, que responde por las acciones de sus Directivos y Personal, particularmente, de los señores miembros del Consejo Directivo del IESS durante los meses de abril a agosto del año 2014, los miembros de la Comisión de Calificación y miembros de la Subcomisión de Apoyo designadas en los procesos de contratación pública con Códigos: SIE-IESS-004-2014 y SIE-IESS-005-2014".*[11] (énfasis fuera de texto).

Por tanto, con todos los argumentos planteados el denunciante concluye que:

> *"De esta manera, se ha conjugado el tipo sancionador previsto en el art 11 numeral 21 de la LORCPM, pues:*
> *1. Se han producido acuerdos con participación de oferentes y entidad requirente,*
> *2. Estos acuerdos se han producido dentro de procedimientos de contratación pública,*
> *3. Direccionando injustificadamente los requisitos de los pliegos y términos de referencia para asegurar un resultado favorable a un determinado operador económico"*[12].

c) De la duración aproximada de las conductas denunciadas

El denunciante afirma que las conductas denunciadas ocurrieron entre abril 2014 a diciembre 2017. Señalando que la conducta anticompetitiva no se encuentra prescrita, dado que su realización es continúa hasta el año 2017.

d) De las características de los bienes o servicios objeto de la denuncia

[10] Ibídem, página 31.
[11] Ibídem, página 33.
[12] Ibídem, página 34.

CRONIX CIA LTDA., afirma que el bien afectado es el "*agendamiento de citas médicas y la promoción, atención y difusión de las prestaciones y servicios que brinda el IESS a sus asegurados*", entre 2014 a 2017.

7.5. De la aclaración y completación a la denuncia

a) Aclaración y/o completación respecto de la conducta establecida en el numeral 21 del artículo 11 de la LORCPM literal c), y de la relación de los involucrados con la conducta denunciada literal d) del artículo 54 de la LORCPM.

En lo que atañe al literal d) del artículo 54 de la LORCPM, respecto de la relación de los involucrados con la conducta denunciada, esta autoridad solicitó mediante providencia de 12 de octubre de 2020 a las 14h00, al denunciante que, se sirva aclarar este punto por cuanto: *"En el escrito de la denuncia, se agregan los cuadros 2 y 3 que indican que los operadores económicos RECAPT RECUPERACIÓN DE CAPITAL CONTAC CENTER S.A., CANT TECNOLOGÍA S.A., y, TELSERC 3 DEL ECUADOR CIA. LTDA. Habrían tenido una relación directa en el presunto cometimiento de las infracciones denunciada, mediante la presentación en los mismos procesos de contratación pública, subiendo en ocasiones sus ofertas desde la misma dirección IP. (...). Respecto a estos tres operadores económicos, el denunciante deberá aclarar a esta autoridad el contexto por el cual se relaciona a los tres operadores económicos en un acuerdo vertical".*

Sobre estas dos peticiones de aclaración y/o completación el operador económico CRONIX CIA. LTDA., tuvo a bien manifestar en su escrito que: "*Aclaro que la inclusión del numeral V sección 3 de la denuncia de dos cuadros en los que habría existido falseamiento de la competencia se ha hecho de modo referencial conforme se indica en el mismo texto de la denuncia unos párrafos más adelante, pues los hechos relativos a los procedimientos referidos en ellos han sido ya denunciados y están siendo conocidos dentro del expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-010-2020".*[13]

b) Respecto del literal f) del artículo 54 de la LORCPM: Las características de los bienes o servicios sujeto de la conducta denunciada, así como de los bienes o servicios afectados.

Esta autoridad por considerar que, el servicio sobre el que versaba la denuncia "AGENDAMIENTO DE CITAS MÉDICAS Y LA PROMOCIÓN, ATENCIÓN Y DIFUSIÓN DE LAS PRESTACIONES Y SERVICIOS QUE BRINDA EL IESS A SUS ASEGURADOS", entre el año 2014 al 2017, no contenía en la denuncia una explicación clara y concisa sobre las características de este servicio y los bienes relacionados, solicito que sea aclarado o completado por el denunciante.

El operador económico CRONIX CIA. LTDA., en el escrito que se agrega tiene a bien aclarar este punto conforme sigue: *"Hemos indicado que el servicio objeto de la denuncia es el de "AGENDAMIENTO DE CITAS MÉDICAS Y LA PROMOCIÓN, ATENCIÓN Y DIFUSIÓN DE LAS PRESTACIONES Y SERVICIOS QUE BRINDA EL IESS A SUS ASEGURADOS" entre el año 2014 y el año 2017, por ser este el objeto del contrato y de los procedimientos de contratación pública en los que habría operado la conducta ilícita. Este servicio es contratado por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, IESS, para "centro de llamadas o de contacto" (contact center)*

[13] Escrito de aclaración y completación a la denuncia de Cronix Cia. Ltda., número de trámite ID 173531, página 1.

para que los usuarios del IESS, sus afiliados, puedan obtener citas (turnos) para atención del servicio de salud. Además, el servicio licitado incluye la difusión y promoción de estos servicios por medio de este mismo centro hacia los afiliados del IESS"[14].

c) Respecto de las actuaciones previas solicitadas por el denunciante, de conformidad con el artículo 55 de la LORCPM, que faculta a esta autoridad a evaluar la oportunidad de las actuaciones procesales solicitadas, en atención al momento procesal en el que se encuentra el expediente se requirió al denunciante, que señale la pertinencia de los requerimientos:

- De la obtención de copias certificadas del informe con indicios de responsabilidad penal No. DADSySS-003-2013, y No. DADSySS-008-2013, emitidos por la Contraloría General del Estado.

  El operador aclaró la relevancia de estos informes con indicios de responsabilidad penal, por cuanto abordan los procesos precontractuales y contractuales de los procedimientos de contratación pública objeto de la denuncia.

- Respecto de oficiar al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), para la obtención de copias certificadas, de un informe que detalle cargos y listado de comisiones técnicas en las que han formado parte entre octubre 2011 hasta la actualidad de siguientes personas: (i) Christian Rubén Molina Caza; (ii) José Antonio Martínez Dobronsky; (iii) Francisco Raúl Hidalgo Narváez; (iv) Olga Susana Núñez Sánchez; (v) María Sol Larrea Sánchez y (vi) Fernando Rosero.

  En atención a esta petición de aclaración requerida por esta autoridad, el denunciante tuvo a bien manifestar que: *"Hemos solicitado se realicen algunas diligencias previas, en particular, algunos requerimientos de información a realizarse al IESS, tendientes a determinar la participación de los funcionarios que estuvieron involucrados en los procesos objeto de denuncia, tanto a nivel de miembros de la Comisión encarga de calificar las ofertas como la conformación del Consejo Directivo del IESS al tiempo de su realización (...) Estos requerimientos permitirán a la Intendencia a corroborar el rol específico que tuvo cada funcionario en el direccionamiento del proceso a favor de RECAPT, sin perjuicio de que constan también en los informes de contraloría"*[15].

- En cuanto a la petición de copias certificadas de los procesos SIE-IESS-004-2014 y SIE-IESS-005-2014, al Servicio Nacional de Contratación Pública.

  En referencia a esta solicitud, el operador económico ha manifestado que: *"Es indispensable que esta documentación sea incorporada al expediente en originales o copias certificadas, tanto la que se debe requerir al SERCOP que remita copias de los documentos y certifique el número de archivos y total de páginas por cada archivo subidos por el IESS a dicho portal"*[16].

[14] Ibídem, página 2.
[15] Ibídem, páginas 8 y 9.
[16] Ibídem, páginas 9 y 10.

- Finalmente sobre la obtención de copias certificadas del expediente del examen especial que dio como resultado el informe DADSySS-036-2015, en el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2015.

  En este punto CRONIX CIA. LTDA., aclara que: *"Respecto de este proceso DADSySS-0036-2017, se debe pedir la totalidad del expediente que solo puede ser obtenido por pedido de la autoridad competente".*[17]

OCTAVA: DE LAS EXPLICACIONES DE LOS DENUNCIADOS

8.1. Del operador económico RECAPT RECUPERACIÓN DE CAPITAL CONTACT CENTER S.A.

El operador económico denunciado alega en lo principal, la falta de interés legítimo por parte del denunciante, prescripción de las facultades investigativas de las SCPM y la inexistencia de una conducta anticompetitiva enmarcada en el artículo 11 numeral 21 de la LORCPM, conforme las siguientes partes pertinentes de sus alegatos:

1. **Proceso de contratación pública SIE-IESS-004-2014**

"CRONIX en su denuncia de manera osada intenta hacer creer que actuaciones administrativas de parte de una entidad pública pueden ser pruebas de un supuesto acto colusorio vertical.

(...) Al respecto hay que señalar que en un proceso de contratación pública nada puede ser "misterioso"; pues existen procedimientos establecidos en la LOSNCP y en su reglamento que las entidades y sus personeros deben cumplir"[18].

(...) E*n definitiva, el acto administrativo de declaratoria de procedimiento desierto, al no haber sido impugnado y al no haber sido declarado nulo es un Acto Administrativo válido, legítimo y ejecutoriado"*[19].

2. **Proceso de contratación pública SIE-IESS-005-2014**

"El denunciante ha señalado también que la supuesta acción colusoria se habría dado dentro del proceso de contratación pública SIE-IESS-005-2014.

A dicho proceso se presentaron dos oferentes RECAPT S.A. y la compañía Representaciones SERVIPORTEX DEL ECUADOR. Es decir, CRONIX ni siquiera participó; no presentó ninguna oferta en el proceso.

(...) Tanto el acta de calificación de ofertas como la adjudicación del contrato constituyen actos administrativos, que en su momento pudieron haber sido impugnados por los interesados y

[17] Ibídem, página 6.
[18] Explicaciones presentadas por Recapt Recuperación de Capital Contact Center S.A., pág. 4.
[19] Ibídem, pág. 5.

legitimados para ello. Puesto que esto no sucedió dichos actos se entienden legítimos, válidos y ejecutoriados"[20].

3. Acuerdo anticompetitivo vertical

En lo que concierne a la presunta configuración de la conducta, el denunciado manifiesta:

"En el caso de existir un acuerdo colusorio vertical entre el IESS y RECAPT, aquello constituiría un delito en contra de la Administración Pública, cuestión que recordamos ya fue denunciado ante la Fiscalía General del Estado y en dicha investigación Fiscalía y la Función Judicial determinaron que no existió delito, lo cual nos permite observar que la denuncia realizada por CRONIX no tiene ningún fundamento fáctico real"[21].

4. Inexistencia de daño en el Proceso SIE-IESS-004-2014

"Para que exista una práctica prohibida como la denunciada, se debe cumplir con al menos dos requisitos: En primer lugar, que el efecto u objeto sea impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia. En segundo lugar que el acuerdo entre proveedores y compradores sea al margen de lo que establece la ley en materia de compras públicas.

En cuanto al primer requerimiento mal se podría interpretar que existió práctica alguna, (...) pues el proceso fue declarado desierto y por lo mismo, no se perjudicó a la competencia pues no existió alguna.

Por otro lado, respecto del segundo requisito, el IESS actuó conforme lo permite la LOSNCP para declarar el procedimiento desierto, emitiendo un acto administrativo; el mismo que no fue impugnado en el momento oportuno por lo que dicha actuación se entiende a la luz del derecho como legítima".[22]

5. Inexistencia de daño en el Proceso SIE-IESS-005-2014 al denunciante (falta de interés legítimo)

"El hecho de que, posibles proveedores no cumplan con los requerimientos, pliegos y TDR's solo hace notar que RECAPT era la empresa más preparada y con la infraestructura tecnológica necesaria para cumplir con los requerimientos técnicos solicitados por el IESS"[23].

En primer término, CRONIX no es afectado dentro del proceso de contratación pública en razón de que este ni siquiera participó, es decir ni siquiera fue competidor dentro del proceso; y, tampoco observamos que tenga un interés legítimo"[24].

6. Prescripción de la actuación de la SCPM

[20] Ibídem, pág. 5.
[21] Ibídem, pág. 9.
[22] Ibídem, pág. 9.
[23] Ibídem, pág 10.
[24] Ibídem, pág 11.

"En el caso concreto, los procesos denunciados iniciaron y terminaron en el año 2014. Es así que de hecho dentro del proceso SIE-IESS-005-2014 en el que RECAPT resultó adjudicada el 4 de julio de 2014. Por lo que a la fecha de la denuncia los supuestos actos prohibidos estarían prescritos. Es más, la SCPM y sus órganos no podrán revisar actuaciones más antiguas del 25 de septiembre de 2016, por lo cual, cualquier hecho que tenga relación a actuaciones existentes previas a septiembre de 2016 simplemente no pueden ser revisadas por el órgano de control al haber perdido la competencia en razón de tiempo y no existir ningún motivo que haya suspendido ese plazo de prescripción"[25].

7. **Evidente abuso de derecho por parte de CRONIX**

"En el presente caso resulta evidente que CRONIX de forma permanente y reiterada a utilizado a la SCPM como órgano receptor de denuncias infundadas, algunas de ellas que ya han sido declaradas como tales por esta intendencia y por ello han sido archivadas.

Esta no es más que otra más de las denuncias infundadas y que debería hacer que el operador económico CRONIX y su representante legal sea llamado la atención y se le señale de su obligación de actuar conforme al marco jurídico ecuatoriano, absteniéndose de utilizar su derecho de petición de manera abusiva"[26].

8.2. Del INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL (IESS)

Mediante providencia de 24 de noviembre de 2020 a las 08h35 en su ordinal cuarto, esta autoridad solicitó a la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, certifique si el IESS, presentó un escrito de explicaciones a la denuncia del operador económico CRONIX CIA. LTDA.

A través del memorando No. SCPM-DS-SG-2020-520 de 26 de noviembre de 2020, suscrito por la Abg. Tatiana Dávila, Secretaria General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, y signado con el número de trámite ID 178061 certifico que:

> *"(...), existen 2 escritos ingresados por el SIGDO, mismos que tratan de la denuncia remitida por el operador económico CRONIX CIA. LTDA, signados con el ID 177677 ingresados el 24 de noviembre de 2020 y el escrito signado con ID 175465 ingresado el 05 de noviembre del 2020".*

De la certificación remitida por la Secretaria General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, cabe aclarar el contenido de los escritos ingresados por el IESS.

1. Escrito de 05 de noviembre de 2020 a las 10h33, signado con el número de trámite ID 175465. El escrito en referencia consta de una (1) foja, y en el cual el IESS solicita en primer instante una prórroga para la entrega de información requerida por esta autoridad en el ordinal octavo de la providencia de 20 de octubre de 2020 a las 16h55, y finalmente fija lugares idóneos para notificaciones.

[25] Ibídem. Pág 11.
[26] Ibídem. Pág 12.

2. Escrito y anexos de 24 de noviembre de 2020 a las 16h52, signado con el número de trámite ID 177677. El escrito referido consta en dos (2) fojas, y cuyo contenido y anexos tienen relación con la petición de información efectuada en el ordinal octavo de la providencia de 20 de octubre de 2020 a las 16h55.

Del detalle pormenorizado efectuado anteriormente se determina que, el IESS si bien ha ingresado dos escritos que guardan estrecha relación con el presente expediente investigativo y por ende con la denuncia presentada por el operador económico CRONIX CIA LTDA., por el contrario, ninguno de ellos guardan en su contenido las explicaciones a dicha denuncia.

Por tanto una vez que, se ha contado con la certificación de Secretaría General y de la revisión integral al expediente de investigación, se verifica que, el IESS tenía hasta el 20 de noviembre de 2020[27] para presentar explicaciones a la denuncia de CRONIX CIA. LTDA., actuación procesal que no la realizó en el término dispuesto en el artículo 55 de la LORCPM.

Respecto a este punto, el tratadista Hernando Devis Echendía señala que: *"la relación jurídico-procesal exige a las partes o sujetos determinados actos que deben tener cumplimiento en el desarrollo del proceso, y cuya insatisfacción trae consecuencias más o menos graves, como la pérdida de una oportunidad procesal o de un derecho procesal"*[28], por tanto, el IESS perdió su oportunidad procesal de presentar sus explicaciones a la denuncia de CRONIX CIA. LTDA., y por ende ejercer su derecho a la defensa en la presente fase procesal.

NOVENA: DE LA VALORACIÓN DE LAS EXPLICACIONES

9.1. De la valoración de las explicaciones presentadas por RECAPT

De la revisión de las explicaciones presentadas por el operador económico RECAPT S.A., ante la denuncia planteada por CRONIX CIA. LTDA., se encuentran cinco puntos específicos:

a. **Configuración de un acuerdo colusorio**
b. **Inexistencia de daño al proceso SIE-IESS-004-2014**
c. **Inexistencia de daño al proceso SIE-IESS-005-2014**

Respecto de los tres primeros puntos de las explicaciones presentadas por el denunciado, las mismas al versar sobre la configuración en sí misma de la presunta existencia de una conducta anticompetitiva, serán valoradas en el siguiente acápite de la presente resolución.

d. **Prescripción de la actuación de la SCPM**

Respecto de lo manifestado por el operador económico, esta autoridad tiene a bien manifestar que, el artículo 70 de la LORCPM manda:

> *"Art. 70.- Prescripción de las facultades administrativas y de las sanciones.- La facultad de iniciar el proceso administrativo de oficio o a petición de parte al que se refiere esta Ley, prescribe en el plazo de cuatro años, computados desde el día en que se hubiere tenido*

[27] Término que, empezó a recurrir desde el 28 de octubre de 2020, fecha en la cual el IESS pudo tener acceso al anexo contenido en la denuncia presentada por CRONIX, conforme acta entrega constante en el expediente.
[28] Hernando Devis Echendía. *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil.* (Bogotá: Temis S.A., 2005), p. 6.

conocimiento de la infracción o, en el caso de infracciones continuadas, desde el que día en que hayan cesado.

(...) La prescripción se interrumpe por cualquier acto de la Administración con conocimiento formal del interesado tendiente al cumplimiento de la Ley y por los actos realizados por los interesados con el objeto de asegurar, cumplir o ejecutar las resoluciones correspondientes".

Del análisis del texto legal se desprende que, la prescripción para el inicio de la investigación en dos momentos: **a)** desde el día que, hubiere tenido conocimiento de la infracción; y, **b)** en caso de infracciones continuadas desde el día que hayan cesado.

En el caso concreto, el operador RECAPT S.A. alega que, la facultad de investigación de la SCPM a través de sus organismos investigativos se encontraría prescrita toda vez que, las presuntas infracciones denunciadas versan sobre dos procesos de contratación pública del año 2014 (SIE-IESS-004-2018 y SIE-IESS-005-2018), es decir, aproximadamente hace 6 años y por ello, esta autoridad habría perdido la competencia en razón de tiempo.

Por tanto, esta autoridad tiene a bien manifestar que, en estricto apego a lo estipulado en el artículo 70 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, ha tomado conocimiento de las presuntas infracciones anticompetitivas, desarrolladas dentro de los procesos SIE-IESS-004-2018 y SIE-IESS-005-2018, por medio de la denuncia presentada por CRONIX, el 25 de septiembre de 2020 a las 11h40, y signados con el número de trámite ID 171565.

Es decir, no cabe alegar la existencia de prescripción dentro del presente expediente investigativo, toda vez que, recién desde el 25 de septiembre de 2020, esta autoridad ha tomado conocimiento de las presuntas prácticas anticompetitivas dentro de los procesos de contratación anteriormente referidos.

Por tanto, recién desde el 25 de septiembre de 2020 se podría empezar a computar los cuatro años para que, proceda la prescripción de las facultades investigativas de esta autoridad toda vez que, desde la fecha en mención la INICAPMAPR ha tenido conocimiento formal de las presuntas infracciones.

e. Abuso de derecho por CRONIX

Sobre esta consideración la misma será atendida exclusivamente en la parte resolutiva de la presente resolución.

9.2. Explicaciones presentadas por el IESS

Una vez que, de la revisión del expediente investigativo así como de la certificación emitida por Secretaría General no existen explicaciones presentadas por el IESS, y por tanto, no procede la valoración que deba efectuar esta autoridad.

DÉCIMA: DE LA VALORACIÓN DE LA CONDUCTA

a) Contexto del mercado analizado

Previo a efectuar un análisis de conductas anticompetitivas, es necesario definir el mercado en el que estas conductas se circunscribirían. La definición del mercado incluye la descripción del mercado de producto o servicio, del mercado geográfico, y del mercado temporal. Sin embargo, dada la fase procesal en la que se encuentra la presente causa, el análisis se circunscribirá a la revisión de las actuaciones de los operadores económicos denunciados dentro de los procesos de contratación pública No. SIE-IESS-004-2014 y SIE-IESS-005-2014 mencionados en la denuncia, a fin de contextualizar su comportamiento y entender su desarrollo. De manera general, el objeto de ambos procesos versa sobre la contratación del servicio de telefonía fija con planes especiales a entidades del sector público (según el código CPC), siendo el objeto del contrato "*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*".

Considerando la información que reposa en el SOCE y los anexos de la denuncia a través de número de trámite ID 171565, esta Autoridad observa que, de los dos (2) procesos de contratación pública señalados en la denuncia, uno (1) proceso de contratación pública ha sido declarado desierto[29]. El tipo de procedimiento de contratación pública es Subasta Inversa Electrónica. Las principales características de los 2 procesos analizados en la presente resolución, se resumen en la Tabla 1. Como se puede observar en el proceso SIE-IESS-005-2014 se alcanzó un 8% de ahorro en el monto adjudicado a RECAPT S.A el 04 de julio de 2014.

Del análisis del proceso SIE-IESS-004-2014[30] se pudo observar que para la definición del presupuesto referencial fue establecida con base en un estudio de mercado en el que se invitó a 20 empresas dentro del territorio ecuatoriano relacionadas a los servicios de SACMED[31], de las cuales solamente 16 estuvieron interesadas. Con esa información se utilizó información de 6 oferentes que enviaron su propuesta técnica y económica de todos los servicios requeridos para el cálculo del presupuesto referencial. Cabe mencionar que la misma metodología sustenta el presupuesto referencial del proceso SIE-IESS-005-2014[32].

Tabla 1. Procesos de contratación pública analizados

CÓDIGO PROCESO	CPC NIVEL 5	DESCRIPCIÓN CPC NIVEL 5	CPC NIVEL 9	DESCRIPCIÓN CPC NIVEL 9	PRESUPUESTO REFERENCIAL (USD)	MONTO ADJUDICADO (USD)
SIE-IESS-004-2014	84122	SERVICIOS DE TELEFONÍA FIJA	841220014	SERVICIO DE PROVISIÓN DE LLAMADAS MEDIANTE SOFTWARE ESPECIALIZADO Y	19.430.431	0

[29] El proceso SIE-IESS-004-2014 fue declarado desierto debido a que el plazo para la presentación de ofertas establecido en el cronograma fue demasiado corto.
[30] Servicio Nacional de Contratación Pública. https://bit.ly/3q7aezW.
[31] De acuerdo al Glosario de Términos del Pliego del proceso SIE-IESS-004-2014, SACMED hace referencia al sistema de telecomunicaciones para gestionar contactos de voz y datos basados en tecnología, metodologías de trabajo y procesos determinados y adecuados, para atender las necesidades de los usuarios externos de la institución y permitir su viabilidad.
[32] Servicio Nacional de Contratación Pública. https://bit.ly/3o2TY1a.

CÓDIGO PROCESO	CPC NIVEL 5	DESCRIPCIÓN CPC NIVEL 5	CPC NIVEL 9	DESCRIPCIÓN CPC NIVEL 9	PRESUPUESTO REFERENCIAL (USD)	MONTO ADJUDICADO (USD)
		CON PLANES ESPECIALES		APLICACIONES DE LA BASE DE DATOS UNIDAS A LAS REDES DE TELECOMUNICACIONES		
SIE-IESS-005-2014	84122	SERVICIOS DE TELEFONÍA FIJA CON PLANES ESPECIALES	841220014	SERVICIO DE PROVISION DE LLAMADAS MEDIANTE SOFTWARE ESPECIALIZADO Y APLICACIONES DE LA BASE DE DATOS UNIDAS A LAS REDES DE TELECOMUNICACIONES	19.430.431	17.972.750

Fuente: SOCE – SERCOP
Elaboración: DNICAPR

La Tabla 2 a continuación presenta el número de proveedores que fueron convocados, que ofertaron, que realizaron la convalidación de errores, y que pasaron a la etapa de puja o negociación. Como se puede observar, los proveedores interesados pasaron de ser 4 en el proceso SIE-IESS-004-2014, que fue declarado desierto, a ser 3 proveedores en el proceso SIE-IESS-005-2014. Sin embargo, solamente realizaron la convalidación de errores 2 de ellos. Y finalmente, solamente 1 de ellos fue habilitado para la etapa de puja o negociación.

Tabla 2. Número de proveedores de acuerdo a la etapa precontractual de los procesos analizados

NÚMERO DE PROVEEDORES		
ETAPA	CÓDIGO	
	SIE-IESS-004-2014	SIE-IESS-005-2014
CONVOCATORIA	200	299
OFERTA	4	3
CONVALIDACIÓN	0	2
PUJA O NEGOCIACIÓN	NO APLICA	1

Fuente: SOCE – SERCOP
Elaboración: DNICAPR

En la Tabla 3, se detallan las razones sociales de los proveedores interesados en participar en los procesos analizados en el presente informe. Como se puede observar, en la etapa de oferta se presentaron 6 proveedores independientemente de los procesos que se analicen. Sin embargo, los 3 operadores económicos que participaron en el proceso que fue declarado desierto no volvieron a presentar su oferta en el proceso SIE-IESS-005-2014 que fue reaperturado, y existe un nuevo proveedor participante que es TARGETGROUP ABIATAR S.A. El único operador económico que reitera su participación en los dos procesos, es RECAPT S.A. Como se puede observar en ninguno de los 2 procesos de contratación pública denunciado, ha participado el operador económico CRONIX CIA. LTDA. "directamente", dado que en el proceso SIE-IESS-004-2014 el propio denunciante señala

que participó en consorcio con INMOEUROPA, a través del consorcio denominado INNOVA SALUD[33].

Tabla 3. Tipo de participación de proveedores en la etapa de oferta de los procesos analizados

PROVEEDORES EN ETAPA DE OFERTA	CÓDIGO	
	SIE-IESS-004-2014	SIE-IESS-005-2014
RECAPT-REPRESENTACIÓN DE CAPITAL CONTACT CENTER	PARTICIPANTE	PARTICIPANTE
CONSORCIO INNOVA SALUD	PARTICIPANTE	NO PARTICIPANTE
TELENEWS	PARTICIPANTE	NO PARTICIPANTE
CONSORCIO SIGLO MULTICOBRO	PARTICIPANTE	NO PARTICIPANTE
REPRESENTACIONES SERVIPORTEX DEL ECUADOR CIA. LTDA.	NO PARTICIPANTE	PARTICIPANTE
TARGETGROUP ABIATAR S.A.	NO PARTICIPANTE	PARTICIPANTE

Fuente: SOCE – SERCOP
Elaboración: DNICAPR

Por su parte, en la etapa de convalidación de errores TARGETGROUP ABIATAR S.A. no presenta su oferta convalidada.

Tabla 4. Tipo de participación de proveedores en la etapa de convalidación de errores de los procesos analizados

PROVEEDORES EN ETAPA DE CONVALIDACIÓN	CÓDIGO	
	SIE-IESS-004-2014	SIE-IESS-005-2014
RECAPT-REPRESENTACIÓN DE CAPITAL CONTACT CENTER	NO APLICA	PARTICIPANTE
CONSORCIO INNOVA SALUD	NO APLICA	NO PARTICIPANTE
TELENEWS	NO APLICA	NO PARTICIPANTE
CONSORCIO SIGLO MULTICOBRO	NO APLICA	NO PARTICIPANTE
REPRESENTACIONES SERVIPORTEX DEL ECUADOR CIA. LTDA.	NO APLICA	PARTICIPANTE
TARGETGROUP ABIATAR S.A.	NO APLICA	NO PARTICIPANTE

Fuente: SOCE – SERCOP
Elaboración: DNICAPR

Finalmente, en la etapa de puja o negociación solamente cumple con todos los parámetros y requisitos establecidos en los pliegos el operador RECAPT S.A.

Tabla 5. Tipo de participación de proveedores en la etapa de puja o negociación de los procesos analizados

[33] Según el denunciante, la no participación del operador económico CRONIX CIA. LTDA en el proceso SIE-IESS-004-2014 respondería a la inclusión por parte del IESS de un requerimiento en el que el sitio de respaldo o contingencia esté ubicado a más de un kilómetro de distancia del sitio principal desde el que se prestaría el servicio.

PROVEEDORES EN ETAPA DE PUJA O NEGOCIACIÓN	CÓDIGO	
	SIE-IESS-004-2014	SIE-IESS-005-2014
RECAPT-REPRESENTACIÓN DE CAPITAL CONTACT CENTER	NO APLICA	ADJUDICADO
CONSORCIO INNOVA SALUD	NO APLICA	NO PARTICIPANTE
TELENEWS	NO APLICA	NO PARTICIPANTE
CONSORCIO SIGLO MULTICOBRO	NO APLICA	NO PARTICIPANTE
REPRESENTACIONES SERVIPORTEX DEL ECUADOR CIA. LTDA.	NO APLICA	NO PARTICIPANTE
TARGETGROUP ABIATAR S.A.	NO APLICA	NO PARTICIPANTE

Fuente: SOCE – SERCOP
Elaboración: DNICAPR

De la información proveniente del SERCOP, se obtiene que los procesos SIE-IESS-004-2014 y SIE-IESS-005-2014, abrieron la convocatoria para operadores económicos a nivel nacional. Sin embargo, pese a las invitaciones realizadas, solamente se contó con las ofertas de 6 operadores económicos en total. Y, terminaron generando presión competitiva 3 de ellos en el proceso SIE-IESS-005-2014.

Por lo tanto, de forma general se esboza que el mercado materia de análisis en el que se circunscribirían las conductas a las que hace referencia la denuncia, estaría delimitado a la adquisición de los productos identificados a través de su código CPC 841220014 bajo la descripción "SERVICIO DE PROVISIÓN DE LLAMADAS MEDIANTE SOFTWARE ESPECIALIZADO Y APLICACIONES DE LA BASE DE DATOS UNIDAS A LAS REDES DE TELECOMUNICACIONES", que comprende a los procesos de contratación pública llevados a cabo por el IESS: (1) SIE-IESS-004-2014, y (2) SIE-IESS-005-2014, durante el periodo comprendido entre 16 de mayo de 2014 hasta el 04 de julio de 2014.

Es pertinente señalar que de conformidad con el artículo 38 de la LORCPM, artículo 56 del RALORCPM; artículo 8 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM; y, el artículo 10, numeral 1.2.2.3 del Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (Resolución No. SCPM-DS-2019-62), la facultad de esta Intendencia se circunscribe a la identificación de indicios sobre la presunta configuración de las conductas prescritas en el artículo 11 de la LORCPM, no siendo competente para pronunciarse sobre la legalidad o inobservancia de las formalidades de los procedimientos de contratación pública analizados.

b) De las conductas denunciadas

El operador económico CRONIX CIA. LTDA., en su escrito de denuncia señaló:

> *"Evidentemente, las conductas de RECAPT y los funcionarios del IESS son un acuerdo entre un proveedor (RECAPT) y compradores (IESS / Directivos del IESS) que i) no constituyen acuerdos previstos en la Legislación de Contratación Pública, ii) direccionaron el resultado*

del proceso para favorecer a RECAPT, como lo determinó la Contraloría, iii) por medio de la inclusión de requisitos que carecen de explicación técnica, iv) dirigidos específicamente para excluir a CRONIX y así garantizar que RECAPT sea contratado como proveedor único"[34].

"De esta manera, se ha conjugado el tipo sancionador previsto en el art 11 numeral 21 de la LORCPM, pues:

1. Se han producido acuerdos con participación de oferentes y entidad requirente,

2. Estos acuerdos se han producido dentro de procedimientos de contratación pública,

3. Direccionando injustificadamente los requisitos de los pliegos y términos de referencia para asegurar un resultado favorable a un determinado operador económico".[35]

En materia de prácticas restrictivas, dentro del derecho de competencia se encuentran prohibidas las denominadas conductas colusorias (cualquier tipo de pacto contrario a la libre competencia), las mismas que comprenden, con carácter general, los acuerdos, las prácticas concertadas entre empresas y las decisiones adoptadas por las asociaciones de empresas, con la existencia de dos o más voluntades que tengan por objeto o produzcan el efecto de impedir, restringir, distorsionar o falsear la competencia.

Para ello, es indispensable establecer la definición otorgada por la doctrina al acuerdo colusorio, entendido el mismo de la siguiente manera:

> *"Las actuaciones más perjudiciales para la libre competencia son aquellas conductas o prácticas mediantes las cuales varias empresas se ponen de acuerdo o actúan coordinadamente para no competir o para restringir en algún modo la competencia entre ellas. A este conjunto de conductas se las conoce como <colusorias>"*[36].

De lo anteriormente indicado, la prohibición de las conductas colusorias en nuestra legislación se encuentra tipificada en el artículo 11 de la LORCPM, en los siguientes términos:

> ***"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. [...]"* (Negrilla fuera del texto).

De la redacción del artículo precedente se establece que existen tres (3) requisitos *sine qua non*, para la configuración de un acuerdo colusorio y que por tanto amerita su análisis, estos son: (i) concurso de voluntades entre dos o más operadores económicos, conforme los parámetros señalados en el artículo 2 de la LORCPM; (ii) el acuerdo tenga como objeto o efecto, real o potencial, que la competencia se vea impedida, restringida o falseada, o afecte a otros bienes jurídicos protegidos por la LORCPM; y, (iii) que la eventual restricción a la competencia haya o pueda producir efectos en el mercado nacional[37],

---

[34] Op. Cit. *Escrito de denuncia de Cronix Cia. Ltda.*, página 31.

[35] Ibídem, página 34.

[36] Juan Signes, Isabel Fernández y Mónica Fuentes. *Derecho de la Competencia.* (Madrid: Arazandi S.A., 2013), p. 105, 106.

[37] Ibídem, 105, 106. Cfr. Jones Alison y Sufrin Brenda. *EU Competition Law.* (Oxford: Oxford University Press, 2014), 124 - 126.

por lo que la inexistencia de uno de los elementos, deviene en que no se configure una conducta anticompetitiva a la luz del artículo 11 de la LORCPM.

En dicho sentido, previo al análisis de las supuestas conductas prohibitivas, corresponde a esta Autoridad, examinar la naturaleza jurídica de los presuntos responsables y el alcance de las normas de competencia.

(i) De la determinación de un operador económico

El artículo 2 establece el ámbito de aplicación de la LORCPM, que en su parte pertinente prescribe:

> *"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 (...)".* (Énfasis añadido).

La LORCPM prescribe que serán sujetos de control por parte de la SCPM, únicamente los operadores económicos, siempre y cuando, cumplan los requisitos establecidos en el artículo 2 de la norma *ibídem*, dado que uno de los sujetos denunciados es el IESS, es necesario analizar si esta persona jurídica de derecho público, en el caso en cuestión, actúa o no en calidad de operador económico.

En aplicación del mandato constitucional establecido en el artículo 76 numeral 7, literal l) de la Constitución de la República del Ecuador, todas las resoluciones judiciales y administrativas deberán ser motivadas, como elemento de control y de racionalidad de la administración.[38] Considerando la falta de desarrollo jurisprudencial en el ordenamiento jurídico ecuatoriano en materia de derecho de competencia, y con el fin de motivar de forma correcta la presente resolución, se tomará como referencia doctrina y jurisprudencia internacional[39] para explicar el concepto de "operador económico" establecido en el artículo 2 de la LORCPM.

De forma particular, se recurrirá al derecho de la competencia de la Unión Europea, al presentar un tratamiento análogo a los "Acuerdos y Prácticas Restrictivas", en razón del artículo 11 de la LORCPM

[38] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 2453-16-EP/19, Juez Ponente Agustín Grijalva Jiménez, 02 de octubre de 2019. Véase también: Corte Constitucional, sentencia N.0 004-16- SEP-CC, dictada dentro del caso No. 1469-12-EP.

[39] Para el tratadista español Francisco Velasco, la comparación horizontal de sistemas jurídicos, es un medio idóneo y necesario para explicar ciertas instituciones jurídicas propias, al respecto señala: *"(...) la comparación jurídica sirve para explicar y entender el Derecho propio (...) Aunque las teorías jurídicas nacen para explicar una concreta realidad positiva (normativa y jurisprudencial), en el proceso de comparación esas teorías se emancipan de su sustrato positivo original. Su cualidad racional, capaz de generar conformidad y aceptación, favorece esa emancipación (...)".* Francisco Velasco Caballero. "Metodología comparativa para el Derecho administrativo". *Revista española de Derecho Administrativo.* Núm. 200, 2019. El recurrir al derecho comparado, resulta necesario a fin de entender la naturaleza jurídica y evolución de una institución jurídica, más aún si el régimen de competencia ecuatoriano ha adoptado instituciones jurídicas propias del derecho de la competencia de la Unión Europea. En lo que concierne a la validez del derecho comparado como mecanismo de motivación, véase la sentencia del Tribunal Constitucional Español, Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre de 2012. Recurso de inconstitucionalidad 6864-2005, BOE 286.

que establece una clasificación de conductas de "objeto" y "efecto" *similis* al sistema jurídico antes mencionado. [40]

La Unión Europea señala que se estará frente a un operador económico[41,42] cuando se cumplan los siguientes presupuestos: (i) cualquier entidad que ejerza una actividad económica[43] con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación y, por otro lado, que, (ii) la actividad *in quaestio* sea llevada a cabo de forma autónoma.[44]

De manera que, corresponde realizar la siguiente pregunta: **¿El IESS actuó en virtud de sus potestades administrativas o en su defecto, como consecuencia del ejercicio de una actividad económica?**

Tal y como reposa en el contenido de la denuncia, así como de los "indicios probatorios" aportados por el denunciante, el IESS en primer momento habría declarado como desierto el proceso SIE-IESS-004-2014 y en segunda instancia adjudicó el proceso SIE-IESS-005-2014 al operador económico RECAPT S.A., mismos cuya finalidad era obtener un sistema para el agendamiento de citas, y la difusión de prestaciones y servicios del IESS.

De la narrativa de los hechos, se desprende que ambos procesos tienen en común que, son efectuados bajo una subasta inversa electrónica, proceso amparado bajo la normativa de contratación pública ecuatoriana, por ello es necesario determinar si efectivamente ambos procesos de contratación pública se efectuaron bajo las prerrogativas legales del IESS y en concordancia con la normativa legal.

Para empezar el artículo 370 de la Constitución de la República del Ecuador manda: "***Art. 370.-*** *El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, entidad autónoma regulada por la ley, será responsable de la prestación de las contingencias del seguro universal obligatorio a sus afiliados*". De la normativa en referencia se desprende que, el IESS debe prestar a sus afiliados todas las contingencias necesarias para que, accedan de manera efectiva al seguro universal obligatorio, entre ellos la facilidad de tener un call center que, ayude al agendamiento de citas médicas (servicio anclado al seguro universal), así como al conocimiento de los demás servicios prestados por el IESS.

Lo referido con anterioridad guarda estrecha relación con el artículo 17 de la Ley de Seguridad Social, que establece: *"Art. 17.- MISION FUNDAMENTAL.- El IESS tiene la misión de proteger a la población urbana y rural, con relación de dependencia laboral o sin ella, contra las contingencias de*

---

[40] La LORCPM tiene un gran influjo del derecho de la competencia de la Unión Europea, muestra de ello es el artículo 11 en el cual se establece que los acuerdos restrictivos de la competencia serán analizados bajo una clasificación de objeto y efecto, siendo esta clasificación una institución jurídica propia del Derecho de la Competencia de la Unión Europea.

[41] Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 23 de abril de 1993. C-41/90. Asunto Klaus Hofner y Fritz Elser c. Macroton GmbH, parf. 21.

[42] Para efectos del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) la definición de empresa o *undertaking*, es aplicable tanto para el artículo 101 como al artículo 102, por tal motivo, es admisible citar casos de abuso de posición dominante donde se establece con claridad este concepto. Véase: Whish Richard & Bailey David. *Competition Law.* (Oxford: Oxford University Press, 2018), 83.

[43] Para una definición y características de actividad económica, véase: Okeoghene Odudu. *The Boundaries of EC Competition Law: The Scope of Article 81.* (Oxford: Oxford University Press, 2006), 45 – 47. A saber: La noción de empresa o *undertaking* ha ido delimitándose, es decir, tiene un concepto autónomo en el derecho de la competencia de la UE.

[44] Luis Ortiz Blanco, et al., *Manual de Derecho de la Competencia.* (Madrid: Tecnos, 2008), 64 - 70.

enfermedad, maternidad, riesgos del trabajo, discapacidad, cesantía, invalidez, vejez y muerte, en los términos que consagra esta Ley".

Ahora bien, una vez entendido el alcance y objetivos del IESS, cabe interpretar si efectivamente ambos procesos de contratación pública han sido efectuados bajo sus prerrogativas legales o con la finalidad de ejercer una actividad económica, para ello resulta indispensable hacer referencia al artículo 27 literal h) de la Ley de Seguridad Social, manda:

> *"Art. 27.- ATRIBUCIONES.- El Consejo Directivo tendrá a su cargo: (...) h. La reglamentación de los procesos de adquisición, conservación y enajenación de los bienes raíces y demás activos del IESS, con sujeción a los principios de la contratación pública, y la decisión de constituir encargos fiduciarios o fideicomisos para administrar o gestionar la titularidad de sus bienes patrimoniales".*

De forma concordante el artículo 32 literal f) de la Ley de Seguridad Social, establece como facultades del Director General del IESS, la siguiente:

> *"Art. 32.- ATRIBUCIONES Y DEBERES.- El Director General es funcionario de libre nombramiento, designado por el Consejo Directivo para un período de cuatro (4) años, y podrá ser reelegido por una sola vez, con los siguientes deberes y atribuciones:*
>
> *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 (...)".*

Considerando los artículos en referencia, el IESS se encuentra facultado a efectuar los procesos de contratación pública para la adquisición de bienes y/o servicios, siempre y cuando se respete la normativa de contratación pública, que para el caso en específico, sería el artículo 47 de la Ley Orgánica de Contratación Pública.[45]

Por tanto, respecto del proceso SIE-IESS-004-2014, cuyo objeto contractual fue: *"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"*, fue declarado desierto mediante resolución No. IESS-DG-2014-0026-R, de 06 de junio de 2014 suscrita por el Econ. José Antonio Martínez Dobronsky, Director General del IESS, y que en su artículo 2 resolvió:

> *"**DECLARAR** desierto el proceso de Subasta Inversa Electrónica signado con el código No. SIE-IESS-004-2014 para la contratación del "CONTRATACIÓN DEL SERVICIO DE*

[45] Ley Orgánica de Contratación Pública. Registro Oficial No. 395 de 04 de agosto de 2008. *"Art. 47.- Subasta Inversa.- Para la adquisición de bienes y servicios normalizados que no consten en el catálogo electrónico, las Entidades Contratantes deberán realizar subastas inversas en las cuales los proveedores de bienes y servicios equivalentes, pujan hacia la baja el precio ofertado, en acto público o por medios electrónicos a través del Portal de COMPRASPUBLICAS. Los resultados de los procesos de adjudicación por subasta inversa serán publicados en el Portal COMPRASPUBLICAS para que se realicen las auditorías correspondientes. De existir una sola oferta técnica calificada o si luego de ésta un solo proveedor habilitado presenta su oferta económica inicial en el portal, no se realizará la puja y en su lugar se efectuará la sesión única de negociación entre la entidad contratante y el oferente. El único objetivo de la sesión será mejorar la oferta económica. Si después de la sesión de negociación se obtiene una oferta definitiva favorable a los intereses nacionales o institucionales, la entidad procederá a contratar con el único oferente".*

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 precautelar los interés 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, igual, calidad, oportunidad, concurrencia y transparencia determinados en el artículo 4 de la norma Ibidem".[46]

Es decir, la declaratoria de desierto se sustentó en la normativa vigente a la fecha por considerar que, existían inconvenientes para los intereses nacionales o institucionales, es decir, actuando bajo prerrogativas legales.

Adicional dicho acto administrativo, se presume legítimo mientras no se declare lo contrario, es decir, sea declarado nulo conforme lo establecido en los artículos 104, 105 y 106 del Código Orgánico Administrativo, mediante la potestad de revisión de la administración o a través de la vía judicial se declare su vulneración al ordenamiento jurídico que, conforme los documentos que constan en el expediente, no se ha acreditado tal situación jurídica.

El segundo proceso de contratación No. SIE-IESS-005-2014, cuyo objeto contractual fue: "*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*", y que nació producto del artículo 3 de la resolución IESS-DG-2014-0026-R, de 06 de junio de 2014, emitida dentro del proceso de contratación No. SIE-IESS-004-2014, se encuentra que participaron dos oferentes RECAPT S.A., y, REPRESENTACIONES SERVIPORTEX DEL ECUADOR CIA. LTDA., de lo que, se desprende que el denunciante en ningún momento participó de este proceso de manera individual o mediante la conformación de un consorcio.

Cabe señalar que el proceso de contratación No. SIE-IESS-005-2014, el Director General del IESS, emitió la Resolución No. STC-IESS- 016-2014 de 10 de junio de 2014, mediante la cual aprobó los pliegos del proceso de subasta inversa, amparado en los artículos 16, 17, 26, 27 y 32 literales a) y f) de la Ley de Seguridad Social y el artículo 47 de la LOSCNP y otras normas conexas. De igual forma, el Director General del IESS, emitió la Resolución No. STC-IESS- 024-2014 de 4 de julio de 2014, amparado en los artículos 16, 30 y 32 literales a) y f) de la Ley de Seguridad Social y el artículo 47 de la LOSCNP, resolvió la adjudicación del proceso a favor del operador económico RECAPT S.A., por lo que dichas actuaciones se presume que estuvieron amparadas en la normativa que regía al IESS a la época del proceso de contratación.

Este proceso fue adjudicado a RECAPT S.A., en razón de la evaluación efectuada por el IESS de cumplir con todos los requisitos establecidos en los pliegos conforme el acta de calificación de ofertas, y subsecuentemente llegando a suscribir el contrato entre las partes interesadas.[47]

[46] Véase en: SOCE, https://bit.ly/37lztWB.
[47] Véase en: SOCE, https://bit.ly/3lsVFTI.

De lo referido se desprende que, el IESS en ambos casos tanto para adjudicar y declarar desierto cada uno de los procesos denunciados actuó bajo sus prerrogativas legales, amparado tanto en la normativa de seguridad social como en la de contratación pública, es decir, efectuando sus actuaciones al amparo de sus potestades administrativas.

Considerando lo antes expuesto, para el tratadista Enrique Linda Paniagua[48], señala que la potestad administrativa: *"(...) no es resultado de una relación jurídica, si no que se genera directamente en el ordenamiento; no recae sobre un objeto específico y determinado, sino que tiene un carácter genérico; no se concreta en una pretensión, sino que supone la abstracta posibilidad de producir efectos jurídicos"*. Las potestades de la administración pública, se consideran poderes de este previamente establecidos por la Ley, en el estricto cumplimiento del principio de legalidad. Para ejercer las facultades de la administración pública tiene que ser únicamente con motivo de la persecución del interés público, y no se admite la persecución del interés propio o privativo de la administración pública.

En ese sentido, constituye un axioma en derecho que toda Administración debe ajustarse en el ejercicio de sus competencias (principio de legalidad) [49], no solo a la normativa de la que emanan, sino al resto del ordenamiento jurídico, incluyendo como se ha señalado, a la normativa de competencia.

La administración pública posee inherentemente una potestad[50] que es un poder de actuación habilitado y ejercitado conforme las normas jurídicas para ejercitar competencias y facultades que se le han confiado.

De la revisión de los procesos de contratación pública, se colige que el IESS actuó al amparo de sus prerrogativas, discutir lo contrario no le concierne por competencia a ésta Intendencia [51], de manera que, la potestad de llevar a cabo estos procesos de contratación para obtener los servicios de call center para brindar los servicios del IESS a sus afiliados, y así cumplir con su misión fundamental, le corresponde enteramente a la administración pública, es decir al IESS como tal, y no podría entenderse como el ejercicio de una actividad económica puesto que, no persigue fines lucrativos, conforme se analizará en párrafos subsecuentes.

De lo referido con anterioridad, corresponde plantear la siguiente pregunta: **¿Se puede considerar al IESS como un operador económico conforme los requisitos del artículo 2 de la LORCPM?**

Para iniciar solventando este problema jurídico, es necesario comenzar el análisis desde la configuración legal del IESS, y los principios que lo rigen en la perspectiva de la Constitución de la República del Ecuador y posteriormente en la Ley de Seguridad Social.

---

[48] Enrique Linda Paniagua, *Fundamentos de Derecho Administrativo. Del derecho del poder al derecho de los ciudadanos*, 4ta, ed. (Madrid: COLEX Editorial, 2012), 272.

[49] Para Zavala Egas, en su obra *Derecho Administrativo Tomo I,* debe tomarse al principio de legalidad en el sentido estricto, es decir, solo mediante la Constitución y la Ley se puede otorgar potestades administrativas.

[50] Fernando Garrido Falla. *Tratado de Derecho Administrativo.* (Madrid: Tecnos, 1989).

[51] El artículo 38 de la LORCPM confiere a la Superintendencia de Regulación y Control de Poder de Mercado, a través de sus órganos, una serie de atribuciones *–numerus clausus-* que no contemplan el determinar la legalidad o no, de un procedimiento de contratación pública o el establecer que un organismo o entidad estatal ha excedido sus facultades legales.

Por tanto la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 34 manda que:

> *"El derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas, y será deber y responsabilidad primordial del Estado.* ***La seguridad social se regirá por los principios de solidaridad****, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiaridad, suficiencia, transparencia y participación, para la atención de las necesidades individuales y colectivas" (énfasis añadido),* concordantemente el artículo 370 manda que: *"El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, entidad autónoma regulada por la ley, será responsable de la prestación de las contingencias del seguro universal obligatorio a sus afiliados".*

El mandato constitucional, nos remite a la Ley de Seguridad Social a fin de, determinar con mayor claridad la configuración del IESS, por tanto en su artículo 1, la ley en referencia establece:

> *"El Seguro General Obligatorio forma parte del sistema nacional de seguridad social y, como tal, su organización y funcionamiento se fundamentan en los* ***principios de solidaridad****, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiariedad y suficiencia.*
>
> *Para efectos de la aplicación de esta Ley:*
>
> ***Solidaridad*** *es la ayuda entre todas las personas aseguradas, sin distinción de nacionalidad, etnia, lugar de residencia, edad, sexo, estado de salud, educación, ocupación o ingresos, con el fin de financiar conjuntamente las prestaciones básicas del Seguro General Obligatorio" (énfasis añadido).*

En concordancia el artículo 16 del mismo cuerpo legal, señala que:

> *"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".*

Por lo que 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 y muerte, en los términos que establezca la Ley de Seguridad Social.

Lo relevante de la normativa en referencia radica en que, el IESS rige sus actuaciones por el principio de solidaridad, y para ello es pertinente remitirse a que se entiende por el mismo. El tratadista Carlos Alberto Atala, define a la solidaridad como sigue:

> *"La solidaridad es unánimemente aceptada como 'un principio básico' y 'fundante' de la seguridad social y puede entenderse en dos sentidos: una solidaridad general en virtud de la cual todos los miembros de la sociedad prestan su colaboración al bien común aportando todos los medios necesarios para el suministro de las prestaciones a quienes las necesitan y con independencia del interés particular en la obtención del beneficio y una solidaridad entre*

generaciones, según la cual cada generación debe proveer a la tutela de las generaciones pasivas".[52]

Por tanto se infiere que, el principio de solidaridad funda su alcance en su modo de financiamiento y su interés social, desde dos puntos, una solidaridad general en la cual los miembros de la sociedad prestan su colaboración a quienes necesitan, y otro, a través del cual las nuevas generaciones coadyuvan a las generaciones pasivas, es decir, definición coincidente con el modo de financiación del IESS, establecido en el artículo 4 de la Ley de Seguridad Social.

La seguridad social, se la ejerce a través del seguro social que es "*un sistema de protección contra las contingencias que da cobertura a la población que mantiene una relación laboral, y se encuentra financiada por los aportes de trabajadores, empleadores y Estado. Es un mecanismo por el cual se ejecuta la seguridad social".*[53]

De todo lo referido con anterioridad, se desprende en general que, la seguridad social no persigue fines lucrativos sino meramente fines sociales en favor de sus afiliados, con los recursos aportados por parte de los mismos, para solventar aquellas vicisitudes imprevistas que puedan afectar a sus afiliados.

Ahora bien aterrizando en el derecho de competencia hay que determinar si efectivamente el IESS, cumple con los requisitos establecidos en el artículo 2 de la LORCPM, es decir, si efectivamente realiza actividades económicas.

Respecto del concepto de actividad económica, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha definido sus rasgos característicos, siendo estos, los siguientes:

i. La oferta de bienes y servicios en el mercado[54] y,
ii. que dicha actividad puede ser llevada a cabo en principio, por una empresa privada con el objetivo de obtener ganancias[55]; entendiéndose inclusive que si la empresa privada ha incurrido en perdidas, resulta irrelevante para la configuración de la actividad económica.[56]

En principio, siguiendo los parámetros del caso *Poucet*[57], caso paradigmático relacionado con la seguridad social en Francia, se ha establecido que:

> "*Los regímenes de Seguridad Social concebidos de esta manera se basan en un sistema de afiliación obligatoria, que resulta indispensable tanto para la aplicación del principio de solidaridad como para el equilibrio financiero de tales regímenes (...) Ahora bien, las Entidades Gestoras del seguro de enfermedad y los organismos que participan en la gestión del* ***servicio público de Seguridad Social*** *desempeñan una función de carácter exclusivamente*

[52] Atala Carlos Alberto. *Derecho de la Seguridad Social*, segunda edición. (Buenos Aires: Editorial Astrea, 2002), pág. 58.
[53] Marco Proaño Maya. *Seguridad Social y Sociedad democrática.* (Quito: Editora Americana, 2014), páginas 85 y 86.
[54] 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 y *FENIN vs Commission.* Case C-205/03, parf. 25.
[55] STJUE, *Albany International BV vs Stichting Bedfrijfspensionenfonds Textielindustrie.* Case-67/96, parf. 311; *Pavlov vs Stichting Bedfrijfspensionenfonds Medische Specialisten.* Case C-180-184/98, parf. 201.
[56] Cfr. Jones Alison y Sufrin Brenda. *EU Competition Law.* 127 - 133.
[57] STJUE, Casos Acumulados C-159/91 y C-190/61. *Asunto Poucet v. Assurance Generales de France*, de 17 de febrero de 1993, parf. 13.

social. En efecto, ***tal actividad se basa en el principio de solidaridad nacional y carece de toda finalidad lucrativa****".* (Negrilla me corresponde)

En suma de lo referido anteriormente en el caso *Cisal*, el TJUE sobre el principio de solidaridad de los seguros sociales, estableció que:

> *"En conclusión, participando de este modo en la gestión de una de las ramas tradicionales de la* ***seguridad social****, en este caso el seguro de accidentes laborales y enfermedades profesionales, el INAIL* ***cumple una función de carácter exclusivamente social****. De ello se desprende que su actividad no es una actividad económica en el sentido del Derecho de la competencia y que, por consiguiente, dicha entidad no constituye una empresa a efectos de los artículos 85 y 86 del Tratado".*[58] (Negrilla me corresponde)

De manera concluyente la jurisprudencia de la Unión Europea en el caso *AOK Bundesverband*, ha expresado de manera manifiesta en su sentencia:

> *"En el ámbito de la seguridad social, el Tribunal de Justicia ha considerado que determinadas entidades gestoras del seguro obligatorio de enfermedad y de vejez persiguen un objetivo exclusivamente social y no ejercen una actividad económica.*
>
> *(...) Debe destacarse que, al igual que las entidades de que se trataba en el asunto en el que recayó la sentencia Poucet y Pistre, antes citada, las cajas del seguro obligatorio de enfermedad alemán colaboran en la gestión del sistema de seguridad social. A este respecto, desempeñan una función de carácter exclusivamente social, basada en el principio de solidaridad y ajena a todo fin lucrativo"*[59].

Por lo tanto, la jurisprudencia internacional ha sido clara en señalar que los organismos que participan en la gestión del servicio público de seguridad social, desempeñan una función de carácter exclusivamente social que se basa en el principio de solidaridad nacional y que carece de toda finalidad lucrativa, deduciéndose que dicha actividad no es una actividad económica.

El TJUE ha resuelto varios casos en los que los organismos públicos son demandados en calidad de operador económico, las actividades que se vinculan al ejercicio de prerrogativas de poder público no tienen carácter económico, que justifique la aplicación de las normas de competencia.[60] En ese sentido, el TJUE en la sentencia *SAT Fluggesellschaft*[61], consideró que:

> *"(...) tomadas en su conjunto, las actividades de Eurocontrol, por su naturaleza, por su objeto y por las normas a las que están sujetas, se vinculan al ejercicio de prerrogativas, relativas al control y a la policía del espacio aéreo,* ***que son prerrogativas típicas del poder público y que***

---

[58] STJUE, *Cisal di Battistello Venanzio & C. Sas vs Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL)*, 22 de enero de 2002, C-218/00, párr. 45.
[59] STJUE, *AOK Bundesverband y otros*, C-264/01, C-306/01, C-354/01 y C-355/01, Rec. p. I-2493, 16 de marzo de 2004, párr. 47 y 51.
[60] STJUE, Comisión/Alemania, 107/84, Rec. p. 2655, 11 de julio de 1985, apartados 14 y 15; STJUE, *SAT Fluggesellschaft mbH v Eurocontrol*, C-364/92, 19 enero de 1994, parágrafos 18, 19, 27- 30.
[61] Id.

> ***no revisten carácter económico.*** *En consecuencia, el Tribunal de Justicia declaró que los artículos 86 y 90 del Tratado (actualmente artículos 82 CE y 86 CE)* ***deben interpretarse en el sentido de que una organización internacional como Eurocontrol no constituye una empresa a efectos de dichos artículos (...)***". (Negrilla me corresponde)

La Unión Europea ha tratado de equilibrar la necesidad de proteger la competencia contra la necesidad de respetar los poderes de la administración pública de los Estados Miembros, en el sentido de no aplicar las reglas de competencia cuando devienen de prerrogativas de los poderes soberanos de los Estados[62].

En consecuencia, el IESS al ser una institución encargada por mandato constitucional de la seguridad social en el Ecuador, según la normativa de seguridad social ecuatoriana, y considerando de forma referencial la jurisprudencia y doctrina citada *ut supra*, desempeña una función de carácter social, lo que impide que sea considerada como un operador económico al ejercer sus atribuciones conferidas en la ley, incluyendo sus actuaciones en los procesos de contratación pública, con el propósito de cumplir un beneficio o interés público.

Siendo lo anterior un razonamiento común y reiterativo de los tribunales europeos, pareciera ser que el ejercicio de un organismo público en razón de su potestad administrativa no constituye una actividad económica[63], toda vez que no es de su naturaleza (a diferencia de las Empresas Públicas) la oferta de bienes y servicios en el mercado, ni persigue el fin de generar ganancias.

Por lo tanto, para la configuración de un acuerdo o práctica restrictiva, en primer lugar deben existir dos o más operadores económicos conforme los parámetros señalados en el artículo 2 de la LORCPM, por lo que, la inexistencia o no confluencia de uno de los requisitos, convierte en inviable la configuración de un acuerdo colusorio, que devenga en el análisis del derecho de competencia, y por lo tanto la intervención de la SCPM.

Conforme lo antes expuesto, en aplicación a lo establecido en el artículo 2 y primer inciso del artículo 11 de la LORCPM, respecto a la calificación de operador económico, en el caso que nos ocupa, no puede existir un acuerdo restrictivo entre los denunciados, puesto que el IESS, en primera instancia ha declarado desierto y adjudicado el proceso de contratación ejerciendo sus potestades administrativas, y en segundo momento todas sus actuaciones son fundadas bajo el principio de solidaridad, es decir, no persiguiendo fines lucrativos, en tal virtud, no actúa como un operador económico, impidiendo que se configure la conducta anticompetitiva sancionada por la LORCPM.

---

[62] Op. Cit. Luis Ortiz Blanco, et al., *Manual de Derecho de la Competencia.* 64 - 70.

[63] Patricia Triunfo y otros. *Economía para no economistas.* Departamento de Sociología, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de la República. 2004, pág. 155. "*El Estado, a su vez, compra al sector privado los bienes y servicios que necesita para el desarrollo de sus actividades. Estos bienes pueden ser consumidos por el Estado constituyendo sus gastos corrientes o pueden ser dedicados a la realización de la inversión pública, constituyendo sus gastos de inversión*". Para este caso específico, el IESS contrató el servicio de call center para a su vez ofrecerlo a sus afiliados, por tanto el solo adquirir bienes o servicios no convierte al mismo en un operador económico, por cuanto no genera ganancias ni actúa en el mercado con la sola contratación de un servicio, más aún si se considera el ejercicio de sus atribuciones otorgadas por mandato constitucional y legal. El solo adquirir bienes y/o servicios no otorgaría la calidad de operador económico, dado que un planteamiento contrario, conllevaría a que los consumidores sean catalogados como operadores económicos.

Por estas consideraciones la denuncia planteada sobre la presunta existencia de un acuerdo colusorio de tipo vertical entre el IESS y RECAPT, carece de asidero jurídico, toda vez que uno de los denunciados no es sujeto de control del derecho de competencia, al no cumplir con los requisitos estipulados en el artículo 2 de la LORCPM.

Una vez que, no se ha cumplido con el primer requisito establecido en el artículo 11 de la LORCPM, esto es la existencia de **dos o más operadores económicos**, no es pertinente por tanto efectuar un análisis respecto de los dos requisitos subsecuentes, siendo por tanto improcedente llevar a cabo un análisis de los hechos de la denuncia presentada, y que se enmarcan en un acuerdo colusorio de tipo vertical (artículo 11 numeral 21 de la LORCPM).

El análisis realizado por la INICAPMAPR enmarcado en la aplicación del derecho de competencia, no impide que las partes procesales puedan plantear tanto en la vía administrativa como judicial, las acciones de índole administrativo, civil, o penal que consideren pertinentes, respecto de las actuaciones realizadas dentro de los procesos de contratación No. SIE-IESS-014-2011 y SIE-IESS-015-2011, y las responsabilidades que puedan llegar a determinarse de conformidad con el artículo 233 de la Constitución de la República.

DÉCIMA PRIMERA: CONSIDERACIONES DE LOS "INDICIOS PROBATORIOS" APORTADOS POR EL DENUNCIANTE, ASÍ COMO ACTUACIONES PREVIAS

Los "indicios probatorios" aportados por el denunciante, así como la solicitud de actuaciones previas, conforme se desprende de la denuncia, buscaban corroborar la existencia de un acuerdo colusorio infractor del derecho de la competencia, sin embargo, en razón de la etapa procesal en la que se encuentra el presente expediente de investigación, únicamente se señalaran las consideraciones en estricta observancia de las competencias de la SCPM.

1. **Indicios probatorios presentados por el denunciante**

a) **Indicio probatorio 1: Copia certificada del informe de Examen Especial de Contraloría DADSySS-0036-2017, correspondiente al proceso de contratación SIE-IESS-004-2014 (dado de baja) y proceso de contratación SIE-IESS-005-2014.**

Si bien este indicio probatorio guarda relación con los procesos denunciados, serviría para intentar acreditar una presunta concordancia de voluntades, pero no se puede analizar este segundo requisito si antes no se ha cumplido el primero (existencia de dos operadores económicos), por lo que, esta autoridad señala que en el caso en cuestión, el IESS no es operador económico, y no resulta procedente el continuar con el análisis de la existencia o no de concertación de voluntades, así como el objeto o efecto de la conducta, segundo y tercer requisito del artículo 11 de la LORCPM.

b) **Indicio probatorio 2: Informes de examen especial de la Contraloría General del Estado:**

- DADSySS-0008-2013 Informe General: primer examen especial al proceso precontractual, contractual y ejecución, periodo 2011/08/01 a 2012/08/31 (5 meses de ejecución del contrato), que consta en el expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026

- DADySS-0003-2013 Informe con indicios de responsabilidad penal que se derivó del primer examen especial, que consta en el expediente SCPM-IIAPMAPR-2013-026.

Los indicios probatorios aportados por el denunciante son referentes a los indicios de responsabilidad penal hallados dentro de los procesos de contratación No. SIE-IESS-014-2011 y SIE-IESS-015-2011, ambos que no guardan relación en absoluto con los procesos objeto de análisis de la denuncia presentada.

- DADSySS-0002-2016 Informe general a la ejecución, pago y liquidación del contrato IESS-RECAPT, periodo 2012/09/01 a 2015/04/09. Es decir, 19 meses de ejecución del contrato ilícitamente obtenidos (lo que concuerda con el video de fecha 04 de julio de 2014)

El indicio probatorio aportado por el denunciante, no guarda relación alguna a los procesos de contratación denunciados sino a hechos anteriores a los mismos, sin acreditar en absoluto los hechos denunciados.

c) **Indicio probatorio 3: Copia certificada del Memorando No. IESS-DG-2014-0844-M de 05 de junio de 2014 con asunto "Reapertura proceso contratación "*SERVICIO AGENDAMIENTO CITAS MÉDICAS Y PROMOCION, ATENCIÓN Y DIFUSIÓN DE PRESTACIONES Y SERVICIOS QUE BRINDA IESS A SUS ASEGURADOS A SACMED*".**

d) **Indicio probatorio 4: Documentos correspondientes al procedimiento de contratación con número SIE-IESS-004-2014, obtenido de la web de consulta del Servicio Nacional de Contratación Pública, SERCOP.**

e) **Indicio probatorio 5: Documentos correspondientes al procedimiento de contratación con número SIE-IESS-005-2014, obtenido de la web de consulta del Servicio Nacional de Contratación Pública, SERCOP.**

Estos tres indicios probatorios adjuntados por el denunciante si bien tienen estrecha relación con los procesos denunciados, como se analizó anteriormente los mismos fueron efectuados por el IESS, bajo las prerrogativas legales que el mismo ostenta, haciendo uso de su potestad administrativa, misma que no se configura bajo ningún concepto como actividad económica.

El párrafo que antecede guarda estrecha relación con todo el análisis efectuado por esta autoridad en párrafos precedentes, respecto de la calidad del IESS, es decir, que en el caso en cuestión no es considerado un operador económico susceptible de control por parte de esta autoridad, en suma no reviste de relevancia el análisis de estos indicios toda vez que, tienden a acreditar una concertación de voluntades, pero dicha concertación no puede ser analizada si en primer momento uno de los intervinientes de la misma no es operador económico.

f) **Indicio probatorio 6: Video de 04 de abril de 2014, grabado en medio magnético.**

g) **Indicio probatorio 7: Peritaje y trascripción realizada sobre el video de 04 de abril de 2014.**

Ambos indicios probatorios presentados, se encuentran orientados a demostrar una presunta concordancia de voluntades entre los denunciados, pero como se analizó en líneas precedentes es irrelevante el analizar la existencia de dicha concordancia, cuando al menos uno de los involucrados no puede ser considerado como operador económico.

h) Indicio probatorio 8: Copias certificadas del expediente SCPM-CRPI-2015-019, donde constan también los elementos documentales referidos en la denuncia.

Respecto de este indicio, cabe aclarar al operador económico este indicio probatorio se relaciona con el proceso SIE-IESS-015-2011, más no con los procesos de contratación materia de la presente denuncia, debiendo considerarse la argumentación contenida en el ordinal noveno de la presente resolución.

2. De las actuaciones previas y copias certificadas

a) De la petición de copias certificadas de los informes de responsabilidad penal No. DADSySS-0003-2013; No. DADSySS-0008-2013; No. DADSySS-0036-2015, a la Contraloría General del Estado.

La información requerida por el denunciante, fue atendida por la Contraloría General del Estado, mediante escrito de 25 de noviembre de 2020 a las 10h59 y signado con número de trámite ID 177739.

La Contraloría General del Estado, remitió copias certificadas de los informes No. DADSySS-0008-2013; DADSySS-0002-2016; y, DADSySS-0036-2017. Así como negó la entrega de copias del informe de responsabilidad penal No. DADSySS-0003-2013.

Respecto del informe No. DADSySS-0008-2013, el mismo versa sobre el proceso SIE-IESS-014-2011, mismo que, no tiene relación con los hechos denunciados y sujetos de este expediente.

El informe No. DADSySS-0002-2016, así mismo no reviste de relevancia para los hechos denunciados al ser referente a otros procesos de contratación materia de análisis.

El informe DADSySS-0036-2017, si bien la CGE analiza los procesos denunciados por haber encontrado ciertas irregularidades en el procedimiento de contratación pública, toda vez que, como se analizó en líneas precedentes el IESS (denunciado en calidad de "autor"), no es un operador económico conforme lo establecido en el artículo 2 de la LORCPM, por lo que es jurídicamente improcedente el pronunciarse sobre el fondo.

b) Respecto de los requerimiento de información al IESS.

La información requerida por el denunciante, fue remitida por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), mediante escrito de 24 de noviembre de 2020 a las 16h52, y signado con el número de trámite ID 177677, y completado los anexos mediante el escrito de 02 de diciembre de 2020 y signado con el número de trámite ID 178505.

Todos estos documentos que versan sobre la fase precontractual, contractual, contratos complementarios, convenios de pagos de los procesos de contratación SIE-IESS-004-2014 y SIE-

IESS-005-2014, así como cargos ejercidos por diversos funcionarios del IESS miembros de las comisiones técnicas.

Cabe señalar que respecto a los pedidos de información formulados al IESS en razón de las actuaciones previas, tendientes a acreditar una concertación de voluntades entre los denunciados, segundo requisito del artículo 11 de la LORCPM, para establecer una presunta conducta anticompetitiva, no procede su análisis, en tanto que uno de los denunciados no es un operador económico.

Cabe destacar nuevamente, que al ser los pedidos de información, formulados por el denunciante, tan amplios, que las entidades estatales presentan dificultades para remitir la información solicitada en el tiempo otorgado, esta situación es señalada por el Subdirector Nacional de Compras Públicas del IESS, a través del Memorando Nro. IESS-SDNCP-2020-3774-M de 20 de noviembre de 2020, en el cual se menciona lo siguiente:

> *"Al respecto del literal 3, en el cual solicitó el listado de las comisiones técnicas de calificación en las que han formado parte, varias personas en el periodo de octubre de 2011 a la actualidad, me permito señalar que debido al gran volumen de información que se debe revisar se remitirá el correspondiente alcance de información en cuanto se recopile lo solicitado".*

Aclarando que la situación mencionada por el IESS, no tiene incidencia jurídica en el análisis contenido en el ordinal noveno de la presente resolución.

c) Copias certificadas del expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026.

Copias que fueron atendidas por la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, mediante memorando No. SCPM-DS-SG-2020-468, de 05 de noviembre de 2020 y que constan del expediente en el trámite ID 175904.

Cabe aclarar que este proceso investigativo versó sobre el proceso de contratación SIE-IESS-015-2011, donde se determinaron prácticas anticompetitivas establecidas en el artículo 11 numerales 6 y 21.

A pesar de sonar repetitivo, el expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-026 así como el expediente SCPM-CRPI-2015-019, versaron sobre conductas anticompetitivas dentro del proceso SIE-IESS-015-2011, no sobre los procesos denunciados actualmente.

DÉCIMA SEGUNDA: DE LAS PRETENSIONES

1. CRONIX CIA. LTDA.

a) Sobre la apertura de una investigación por la presunta existencia de conductas establecidas en el artículo 11 numeral 21 de la LORCPM, por parte de RECAPT e IESS, y subsecuente sanción e imposición de medidas correctivas

Respecto de las pretensiones del denunciante por las presuntas conductas anticompetitivas, dentro de los procesos SIE-IESS-004-2014 y SIE-IESS-005-2014 esta autoridad ha evidenciado que, la no concurrencia de un requisito establecido dentro de los artículos 2 y 11 de la LORCPM, esto es, la

existencia de dos operadores económicos, no resulta jurídicamente viable la configuración de una práctica anticompetitiva, puesto que, uno de los involucrados no es sujeto de control por parte de la autoridad de competencia. Este punto será atendido en la parte resolutiva.

b) Sobre disponer al IESS y a la Procuraduría General del Estado, se demande la nulidad del contrato objeto de la denuncia y subsecuente acción de repetición contra los funcionarios involucrados.

Respecto de esta pretensión, esta autoridad aclara al operador económico que, el artículo 38 de la LORCPM, estipula las atribuciones de la SCPM, y en ninguno de los 31 numerales contenidos en dicho artículo se establece como atribución de esta autoridad, el disponer a dos organismos de la administración pública el declarar nulo un contrato y menos aún solicitar la repetición en contra de los funcionarios intervinientes, siendo jurídicamente improcedente el pedido al inobservar el ordenamiento jurídico vigente.

2. RECAPT RECUPERACIÓN DE CAPITAL CONTAC CENTER S.A.

a) Sobre el archivo de la denuncia

Sobre la petición de archivo pretendida por el denunciado, esta autoridad, atenderá el mismo en la parte resolutiva.

b) Sobre la existencia de abuso de derecho por parte del denunciante

Esta autoridad tiene a bien indicar que, no es la autoridad competente para establecer que, el operador económico ha realizado un abuso del derecho conforme el artículo 335 numeral 9 del Código Orgánico de la función judicial, por exceder sus atribuciones legales establecidas en el artículo 38 de la LORCPM.

DÉCIMA TERCERA.- RESOLUCIÓN: Dado el momento procesal, los hechos e información constante en el expediente administrativo, concatenando los elementos fácticos 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 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-INICAPMAPR-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 artículos 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.

TERCERO: Notifíquese a los operadores económicos involucrados con el contenido de la presente resolución, en las siguientes direcciones electrónicas:

1. CRONIX CIA. LTDA: fpozo@gottifredipozo.com.
2. RECAPT RECUPERACIÓN DE CAPITAL CONTAC CENTER S.A: notificaciones@morales.ec.
3. INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL (IESS): daniel.ruiz@iess.gob.ec; patrocinio@iess.gob.ec; jose.boada@iess.gob.ec.
4. PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO: lgranado@pge.gob.ec.

CUARTO: Notifíquese a la Intendencia General Técnica, con el contenido de la presente resolución, adjuntando a la misma la siguiente documentación:

1. Denuncia y sus anexos, así como el escrito de aclaración y completación a la misma, presentada por CRONIX CIA. LTDA.
2. Escrito y anexo de explicaciones presentado por RECAPT RECUPERACIÓN DE CAPITAL CONTAC CENTER S.A.
3. Escrito y anexos presentados por la Contraloría General del Estado.
4. Escrito y anexos, presentados por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, y obrantes del proceso en el trámite ID 178505.

A fin de que, en el marco de sus atribuciones y competencias legales, analice la pertinencia de la remisión de dicha documentación a la Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia para la generación de un informe de opinión que será puesto en conocimiento del IESS, para la futura realización de procesos de contratación pública relativos a subasta inversa electrónica, de conformidad con el artículo 38 numerales 9, 13 y 26 de la LORCPM.

QUINTO: Se deja a salvo el derecho del operador económico CRONIX CIA. LTDA., a presentar denuncias dentro de este organismo de control, siempre que las mismas cumplan con los requisitos legales establecidos dentro de la LORCPM, y sus demás cuerpos normativos.

SEXTO: Continúe actuando el Abg. Juan Fernando Narváez, en calidad de Secretario de Sustanciación, dentro del presente expediente de investigación. **CÚMPLASE y NOTIFÍQUESE.-**

Econ. María Alejandra Egüez Vásquez
INTENDENTE NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE ABUSO DEL PODER DE MERCADO, ACUERDOS Y PRÁCTICAS RESTRICTIVAS.