

- **Órgano de Resolución:** SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.
- **Órgano de origen:** INICAPMAPR
- **Expediente de origen:** SCPM-IGT-INICAPMAPR-010-2020
- **Expediente Apelación:** SCPM-DS-INJ-RA-006-2021
- **Denunciante/Apelante:** CRONIX CÍA. LTDA.
- **Denunciados:** RECAPT RECUPERACIÓN DE CAPITAL CONTAC CENTER S.A.
CANT TECNOLOGÍA S.A.
TELSERC 3 DEL ECUADOR CIA. LTDA.

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- Quito, DM, 28 de mayo de 2021, a las 08h45- **VISTOS.-** Doctor Danilo Sylva Pazmiño, en mi calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado, conforme la acción de personal No. SCPM-INAF-DNATH-328-2018 de 06 de noviembre de 2018, cuya copia certificada consta en el expediente; en conocimiento del Recurso de Apelación interpuesto por el abogado Segundo Aníbal Carrera Arboleda, representante legal del operador económico CRONIX CIA. LTDA., en contra de la Resolución de 21 de enero de 2021 de las 17h10, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, dentro del Expediente Administrativo No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-010-2020; en uso de mis facultades legales, dispongo:

PRIMERO.- VALIDEZ PROCESAL.-

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

SEGUNDO.- LEGALIDAD DEL RECURSO.-

El señor Segundo Aníbal Carrera Arboleda, representante legal del operador económico CRONIX CIA. LTDA., mediante escrito ingresado en la ventanilla virtual de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado [en adelante SCPM], el 24 de febrero de 2021, a las 10h52, con número de trámite ID. 186182, presenta recurso de apelación, en contra de la Resolución de 21 de enero de 2021 de las 17h10, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas [INICAPMAPR], dentro del Expediente Administrativo No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-010-2020.

Mediante providencia de 05 de marzo de 2021, a las 11h45, una vez que fue debidamente verificado que la impugnación cumplió con los requisitos formales y sustanciales establecidos en el artículo 52 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM, como son el principio de oportunidad, procedencia del recurso y debida fundamentación, se dispuso la admisión a trámite del recurso de apelación.-

TERCERO.- ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO.-

El acto administrativo impugnado es la Resolución de 21 de enero de 2021 de las 17h10, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos

y Prácticas Restrictivas, dentro del Expediente Administrativo No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-010-2020, en la que se resolvió:

“DÉCIMO CUARTA: RESOLUCIÓN.- [...] **CUARTO:** De conformidad con el artículo 57 de la LORCPM, resuelve ARCHIVAR el expediente signado con el No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-010-2020, debido a que esta Autoridad no ha identificado méritos para la prosecución de la investigación por infracciones a los numerales 1 y 6 del artículo 11 de la LORCPM. [...]”.-

CUARTO.- PRETENSIÓN CONCRETA DEL RECURRENTE.-

El operador económico CRONIX CIA. LTDA., en su escrito de apelación, pretende:

- “[...] a) Dejar sin efecto la resolución de archivo dictada por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas de fecha 21 de enero de 2021 notificada el 26 de enero de 2021.
b) Disponer se investiguen los hechos denunciados y, de ser necesario, a otros involucrados. [...]”

Pretensión por medio de la cual – dejando sin efecto el acto administrativo- se busca continuar con el procedimiento administrativo de investigación conforme el artículo 56 de la LORCPM; reclamación que, en contraste al libelo del recurso, se enmarca en la presunta existencia de indicios que podrían determinar la existencia de acuerdos colusorios.

En la forma de exposición del recurso de apelación que se atiende, el recurrente fundamenta en dos momentos los vicios del acto administrativo apelado: **a)** excusa de la autoridad que emite el acto administrativo; y, **b)** elementos indiciarios que darían lugar a la continuación del procedimiento de investigación. Los cuales se plantean como sigue:

a) Excusa de la autoridad que emite el acto administrativo.

“[...] 4.1.1. La Intendenta a cargo del caso debió excusarse por haber ya manifestado previamente su criterio.

[...] Resulta claro que la Intendenta ya analizó el caso en un primer momento y expresó que a su criterio no existían indicios para abrir una investigación, por lo que al ser revertida tal decisión por el señor Superintendente debía designarse un Intendente suplente o subrogante a fin de que analice el caso, pues lo contrario afecta al derecho constitucional a un juez imparcial, esto no porque se dude de la independencia de la señora Intendente, sino porque es razonable que al haber ya expresado previamente su criterio, lo mantenga en un nuevo análisis. Por lo expuesto, en el presente caso se han inaplicado los arts. 22 del COGEP y 572 del COIP, en concordancia con la Disposición General Primera de la LORCPM. [...]”

b) Elementos indiciarios que darían lugar a la continuación del procedimiento de investigación.

“[...] 4.1.3. (Sic) La INICAPMAPR reconoce que hubo participación desde una misma dirección I.P. entre dos empresas que no deberían haber mantenido contacto entre sí durante un procedimiento en el que competían [...]”

CRONIX ha hecho énfasis en la existencia de pruebas indiciarias -las más idóneas para la prueba de hechos ocultos como un posible acuerdo o práctica concertada entre competidores- que son, en esencia:

- 1. La coincidencia en direcciones I.P. entre oferentes que han declarado ser independientes.*
- 2. La coincidencia en direcciones domiciliarias o premisas físicas entre oferentes que han declarado ser independientes [...]*

La Resolución objeto de esta apelación no niega que exista tal coincidencia en direcciones I.P., sin embargo, realiza una interpretación técnica no fundamentada [...]

La afirmación relativa al reciclaje de direcciones I.P. es parcial y poco exacta. Es cierto que algunos proveedores de internet podrían reciclar direcciones I.P., sin embargo, la probabilidad de que coincidan con 3 oferentes -que deberían ser independientes-, que se dediquen a lo mismo, y en un mismo procedimiento de contratación pública, es ínfinitesimal. Asimismo, como bien indica la propia Intendencia, debería indagarse sobre las I.P. privadas y direcciones MAC de los dispositivos, lo que lleva a la conclusión de que es necesario proseguir con la investigación, no archivarla.

Sin embargo la Intendencia considera que esto no es un indicio suficiente, pues no comprueba por sí misma la existencia del aseguramiento del resultado del procedimiento, lo cual no es posible determinar en dicha etapa procesal, pues no se conoce cuál es el alcance de la colusión, no se conoce si la misma alcanzó la etapa de presentación de ofertas para la elaboración del presupuesto [...]

4.1.4. La Resolución fundamenta la decisión de archivo en la ausencia de vinculación por gestión y vinculación societaria al momento de la licitación, a pesar de que reconoce la existencia de vinculaciones posteriores [...]

La Resolución apelada resuelve el archivo de nuestra denuncia principalmente por considerar que no existió vinculación societaria o directiva al momento de los procedimientos de contratación pública objeto de denuncia.

Para ello se basa en el art. 32 y 43 del Libro II, Tomo X de la Resolución 385 norma de la Junta de Política Monetaria y Financiera para concluir que debe exigirse que “la concurrencia de los cargos directivos sea actual o durante el último año”, interpretación errada que crea un espacio enorme para la impunidad. La INICAPMAPR considera que esta resolución sería aplicable en tal virtud del art. 7 del Reglamento de Aplicación de la LORCPM [...]

4.1.5. No existe “ahorro” para el Estado, pues este debe analizarse respecto de los precios que se hubieren dado en un entorno de real competencia, no respecto de las ofertas presentadas por los mismos denunciados [...]

Otro punto sumamente discutible de la Resolución apelada es que se afirma que existiría un ahorro para el Estado en los procedimientos adjudicados al denunciado RECAPT, por encontrarse por debajo del presupuesto referencial de la entidad.

Sin embargo, no es correcto comparar el precio de la adjudicación versus el presupuesto referencial, sino que debe establecerse el precio competitivo que se habría alcanzado en

ausencia de colusión (salvo que se incurra en el error de considerar los contratos como mercado relevante, como anteriormente solía hacerse), más aún, si por la misma resolución nos enteramos que, en al menos uno de procedimientos, los presupuestos referenciales habrían sido elaborados considerando las propuestas de un operador que también subió su oferta técnica desde la misma dirección I.P. que RECAPT [...]

4.1.6. Respetto de la participación de Multicobro S.A.

La INICAPMAPR llama la atención a CRONIX por no haber denunciado a MULTICOBRO S.A. a pesar de haber participado con la misma dirección I.P. que RECAPT y CANT TECNOLOGÍA en el procedimiento SIE-MT-2014-027, al respecto, es necesario aclarar que el hecho de que CRONIX no se haya percatado de tal similitud o incluso haya errado en su denuncia al respecto no es razón para que se deje de investigar, es más, la SCPM debería hacerlo [...]

4.1.8. OMISION (sic) EN LA RESOLUCION (sic) DE MARRAS: NO SE ANALIZA LOS FORMULARIOS DONDE SE DECLARA LA INDEPENDENCIA DE LA OFERTA

[...] A este indicio se suma que en los Formularios de todas las Subastas Inversas denunciadas por el SERCOP ante la SCPM consta una declaración de que la oferta es independiente y sin conexión con otros oferentes y que los declarantes son conscientes de que su incumplimiento infringiría la LORCPM, justamente, respecto de la conducta que hemos denunciado [...]"

Con esa fundamentación, el apelante ha enmarcado los elementos en los cuales recaería el yerro del acto administrativo y –en consecuencia- del archivo de la denuncia por parte de la intendencia de investigación, mismos que –a su entender- sostienen la existencia de mérito para la prosecución del procedimiento administrativo previsto en el artículo 56 de la LORCPM, en contra de los denunciados.

QUINTO.- CONSTANCIA PROCESAL.-

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

a) Expediente administrativo No. SCPM-IGT-INICPD-010-2020:

1. Denuncia y anexos presentados por el operador económico CRONIX CIA. LTDA., el 23 de julio de 2020 a las 15h32, con número de trámite ID. 165338, en contra de los operadores económicos: **a)** RECAPT RECUPERACION DE CAPITAL CONTAC CENTER S.A.; **b)** CANT TECNOLOGÍA S.A.; y, **c)** TELSERC 3 DEL ECUADOR CIA. LTDA.; por presuntos Acuerdos Restrictivos de la Competencia en procedimientos de Contratación Pública, tipificados en el artículo 11, numerales 1, 6 y 21 de la LORCPM;
2. Providencia de 05 de agosto de 2020 a las 16h00, mediante la cual, se dispone al operador económico CRONIX CIA. LTDA., completar la denuncia presentada;
3. Escrito de 08 de agosto de 2020 presentado por el operador económico CRONIX CIA. LTDA., con número de trámite ID. 166621, en el cual se presenta la complementación a la denuncia;

4. Mediante providencia de 27 de agosto de 2020, a las 08h45, la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas –INICAPMAPR- procedió a calificar la denuncia y su complementación, disponiendo se corra traslado a los denunciados para que en el término de quince (15) días presenten sus explicaciones;
5. Providencia de 12 de agosto de 2020 a las 16h15, mediante la cual, entre otras disposiciones, la INICAPMAPR, dispone la suspensión del proceso de investigación, a partir del 13 de agosto de 2020, misma que es levantada mediante providencia de 27 de agosto de 2020 a las 08h45;
6. Escrito de 18 de septiembre de 2020, a las 17h35 y 18h24 con número de trámite ID. 170792 y 170795, mediante los cuales el operador económico RECAPT RECUPERACION DE CAPITAL CONTAC CENTER S.A., por intermedio de su representante legal, contesta la denuncia presentada y de manera principal alega: i. No se ha demostrado el acto colusorio; ii. Falsedad de las vinculaciones alegadas; iii. Imposibilidad de acuerdos colusorios en contratación pública; iv. Prescripción de las conductas.
7. Oficio No. SERCOP-SDG-2020-0798-OF ingresado en la Secretaria General de la SCPM el 24 de septiembre de 2020 con número de trámite ID 1715502, con el cual se indica que se remite la información requerida por la Intendencia, ajunta además copia del Oficio No. SERCOP-SDG-2018-126-OF de 06 de febrero de 2018, en el cual se nota la identificación de presuntas irregularidades y vinculaciones entre los hoy denunciados;
8. Escrito presentado el 28 de septiembre de 2020 a las 15h47, con número de trámite ID. 171796, por el operador económico CANT TECNOLOGIA S.A., por intermedio de su representante legal, contestando la denuncia presentada en su contra, señalando de manera principal: i. Prescripción de las facultades administrativas de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado; ii. Equívoca exposición de hechos denunciados del procedimiento de contratación pública número SIE-MT-2014-027;
9. Escrito presentado el 30 de septiembre de 2020 a las 12h57, con número de trámite ID. 171954, por el operador económico TELSERC 3 DEL ECUADOR CIA LTDA., por intermedio de su representante legal, contestando la denuncia presentada en su contra, señalando de manera principal: i. Error en la forma de notificación; ii. No se conoce con exactitud cuál es la conducta que se acusa; iii. La imposibilidad material de actos de colusión en contratación pública;
10. Resolución de 15 de octubre de 2020, de las 17h15, mediante la cual la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, resuelve el archivo de la denuncia.
11. Oficio No. SERCOP-SDG-2020-1066-OF de 24 de noviembre de 2021, ingresado en la Secretaria General de la SCPM en la misma fecha, a las 17h30 con número de trámite ID 177686, cuyo asunto marca, *“alcance al Oficio Nro. SERCOP-SDG-2020-0798-OF - expediente administrativo No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-010-2020 - Pedido Cronix”*, en el que se señala: *“[...] la Coordinación Técnica de Innovación Tecnológica mediante Memorando Nro. SERCOP-CTIT-2020-1237-M de 19 de noviembre de 2020 manifestó:*

“[...] para la atención de este requerimiento se logró acotar el pedido a los procedimientos que ahí constan y que se refieren en los filtros aplicados, esto permitió obtener de la base de datos los registros que se adjunta en un archivo en formato hoja electrónica con tres pestañas CTIT-DGSI-JCPA-2020-112.xls en el que se incluye la siguiente información:

Participación conjuntamente en el registro de la oferta

Participación conjuntamente en el registro de la puja

Participaciones entre ofertantes y pujas.

Cabe mencionar para la consulta se consideró el siguiente filtro:

Procesos de contratación: SIE-EMAPAGEP-12-2016, SIE-MT-2014-027, SIE-BANEC-008-2017 y SIE-CFNGYE-014-2014.

Fecha de consulta: 2020-11-18 22:00:00”

Se remite adjunto archivo denominado CTIT-DGSI-JCPA-2020-112.xls [...]”

12. Providencia de 01 de diciembre de 2020, a las 13h00, mediante la cual la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, agrega el Oficio No. SERCOP-SDG-2020-1066-OF de 24 de noviembre de 2021 y señala: *“[...] En virtud de la providencia 12 de noviembre de 2020, a las 08h30, mediante la cual el Doctor Danilo Sylva Pazmiño en calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado, avocó conocimiento del Recurso de Apelación, por lo que dicho recurso se encuentra pendiente de resolución, manteniéndose el archivo del presente expediente [...]”;*
13. Oficio No. SERCOP-SDG-2020-0631-OF de 01 de diciembre de 2021, ingresado en la Secretaria General de la SCPM en la misma fecha, a las 17h30 con número de trámite ID 177686, cuyo asunto rotula, *“Atención oficio No. PE-2020-10-22-01 Respuesta ciudadano CRONIX documento No. SERCOP-DGDA-2020-11653-EXT”*, en el que se señala: *“[...] este servicio remitió la información requerida por la Superintendencia de Control de Poder de Mercado en cumplimiento del Convenio Interinstitucional y en alcance a respuesta de oficio No. SCPM-INICAPMAPR-DNICAPR-2020-095 de 27 de agosto de 2020, para el análisis correspondiente en el marco de sus competencias [...]”;*
14. Notificación de la resolución emitida por el Superintendente de Control del Poder de Mercado, dentro del Expediente No. SCPM-DS-INJ-RA-012-2020, en la cual como máxima autoridad se dispuso: *“[...] **ACEPTAR** el Recurso de Apelación presentado por el operador económico CRONIX CIA. LTDA, mediante escrito de 30 de octubre de 2020, a las 15h19, con número de trámite ID. 175204; en consecuencia, por estimar que existen elementos que -dentro de la verdad procesal del expediente administrativo número SCPM-IGT-INICAPMAPR-0010-2020, frente a la naturaleza grave de las conductas colusorias en general- no han sido analizados y/o profundizados por el órgano investigativo, se revierte la decisión de archivo contenida en la Resolución de 15 de octubre de 2020 de las 17h15, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, dentro del Expediente Administrativo de marras, disponiendo a dicho órgano investigativo que mediante resolución motivada, profundizando en el análisis y valoración de los elementos de coincidencia, se pronuncie sobre el mérito para la prosecución de la instrucción del procedimiento y el inicio de la investigación en los términos señalados en el artículo 56 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, contado a partir de la notificación de la presente resolución [...]”;*

15. Resolución de 21 de enero de 2021, a las 17h10, mediante la cual la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, resuelve el archivo de la denuncia;
16. Escrito presentado el 29 de enero de 2021 a las 15h05, con número de trámite ID. 183357, por el operador económico CRONIX CIA LTDA., por intermedio de su representante legal, en el cual realiza pedidos de aclaración, rectificación y subsanación de la Resolución de 21 de enero de 2021;
17. Providencia de 03 de febrero de 2021, a las 16h25, mediante la cual la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, atiende el escrito presentado por el operador económico CRONIX ;

b) Expediente Administrativo No. SCPM-DS-INJ-RA-006-2021:

1. Providencia de 05 de marzo de 2021, de las 11h45, mediante la cual se agrega al expediente el memorando SCPM-INICAPMAPR-DNICAPMAPR-2021-023 de 26 de febrero de 2021, firmado electrónicamente por el abogado Jonathan Camilo Sánchez Maila, en calidad de Secretario de Sustanciación de la INICAPMAPR, y anexos; mediante el cual puso en conocimiento de esta autoridad la providencia de 25 de febrero de 2021 de las 16h40, emitida dentro del Expediente Administrativo No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-010-2020, por la economista María Alejandra Egüez en calidad de Intendente Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas. Además de ello se admite a trámite el recurso de apelación interpuesto por el operador económico CRONIX y se dispone correr traslado con el mismo a los denunciados a fin de que en el término de tres (3) días argumenten en derecho;
2. Escrito suscrito electrónicamente por el abogado Ramiro Olivo, en calidad de patrocinador del operador económico CANT TECNOLOGÍA S.A., ingresado en la ventanilla de la Secretaria General de la SCPM, el 10 de marzo de 2021 a las 14h33 con el número de trámite Id. 187728, mediante el cual el denunciando contesta el recurso de apelación que le fue corrido traslado y de manera central argumenta: **i.** La prescripción de las facultades administrativas de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado; **ii.** Confusa argumentación del recurso de apelación; y, **iii.** Acuerdos colusorios imposibles en el procedimiento de subasta inversa electrónica SIE-MT-2014-027;
3. Escrito suscrito por el abogado Marco Morales Andrade, defensor técnico de la señora Lisa María Pullopaxi Paucar en calidad de Gerente General y Representante Legal del operador económico Recuperación de Capital Contact Center RECAPT S.A., ingresado en la ventanilla de la Secretaria General de la SCPM, el 10 de marzo de 2021 a las 15h06 con el número de trámite Id. 187740, con el cual contesta el recurso de apelación que le fuera corrido traslado, bajo el siguiente análisis: **i.** Demostración de mala fe del apelante, al manifestar que la titular del órgano de investigación debió excusarse; **ii.** La INICAPMAPR ha descartado como indicio suficiente la utilización de una sola IP; **iii.** La aplicación acertada de la normativa análoga de la normativa de la Junta de la Política Monetaria y Financiera; **iv.** Imposibilidad de acuerdos colusorios en contratación pública;
4. Escrito suscrito electrónicamente por el señor Diego Patricio Gaybor Quiroz, en calidad de Gerente General y representante legal del operador económico TELSERC 3 DEL ECUADOR CIA LTDA., y su abogado Andrés Moreta, ingresado en la ventanilla de la Secretaria General de la SCPM, el 10 de marzo de 2021 a las 17h19 con el número de

- trámite ID 187782, con el cual contesta el recurso de apelación notificado, señalando: **i.** Existencia de argumentos en los cuales el Superintendente ya se pronunció; **ii.** Equivocada afirmación del apelante, respecto de la excusa que plantea, debió haber sido efectuada por la Intendente de Investigación; y, **iii.** El órgano de investigación resolvió de manera correcta el archivo;
5. Escrito y anexos, presentados por el señor Aníbal Carrera Arboleda, en calidad de Presidente Ejecutivo y representante legal del operador económico CRONIX CIA. LTDA, ingresados en la ventanilla de la Secretaria General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el 22 de marzo de 2021 a las 09h03 con el número de trámite Id. 188761, en el cual el recurrente manifiesta: “[...] Para complementar la documentación referida en nuestro Recurso de Apelación [...] procedemos a realizar la entrega de lo siguiente: [...] 1. Expediente del proceso SIE-BANEC-008-2017 [...] 2. Expediente del Acto administrativo No. 1432-AA-FA [...] 3. [...] proceso SIE-MT-2012-027 [...] con estos nuevos elementos descritos, los cuales deben ser agravantes para sancionar [...]”; por lo que, mediante providencia de 23 de marzo de 2021, de las 14h20, se agrega al expediente el documento y se señala: “[...] esta autoridad revisará únicamente la constancia procesal del expediente de investigación y la información aportada con el recurso de apelación conforme corresponda a la naturaleza del recurso de apelación [...]”;
6. Razón de 01 de abril de 2021, sentada por la doctora Naraya Tobar, en calidad de Secretaria de Sustanciación dentro del presente expediente administrativo, de la cual se desprende que se llevó a cabo, por medio telemático, la audiencia señalada mediante providencia de 25 de marzo de 2021, de las 11h45, con la comparecencia de los operadores económicos CRONIX, RECAP, CANT TECNOLOGÍA y TERSERC 3, así como con presencia del abogado Patricio Galarraga Torres en calidad de delegado del Superintendente de Control del Poder de Mercado, en tal sentido se agregó al expediente el disco magnético que contiene el audio y video de dicha diligencia, y las credenciales que acreditan la representación.

SEXTO.- MARCO NORMATIVO APLICABLE.-

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

La **Constitución de la República del Ecuador** –CRE- reconoce los siguientes derechos y garantías: “[...] **Art. 75.-** Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”; **“Art. 76.-** En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: **1.** Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. [...] **3.** [...] Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento. [...] **6.** La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza. **7.** El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: [...] **l)** Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho [...]” **m)** Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.”; **“Art. 82.-** El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y

aplicadas por las autoridades competentes.”; “Art. 173.- Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial”; “Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley [...]”;

La **Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado –LORCPM-** manda: “**Art. 1.- Objeto.-** El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible.”; “**Art. 3.- Primacía de la realidad.-** Para la aplicación de esta Ley la autoridad administrativa determinará la naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a su realidad y efecto económico. La forma de los actos jurídicos utilizados por los operadores económicos no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos. La costumbre o la costumbre mercantil no podrán ser invocadas o aplicadas para exonerar o eximir las conductas contrarias a esta Ley o la responsabilidad del operador económico”; “**Art. 11.- Acuerdos y prácticas prohibidas.-** Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, y en general todos los actos o conductas realizados por dos o más operadores económicos, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general. En particular, las siguientes conductas constituyen acuerdos y prácticas prohibidas: 1. Fijar de manera concertada o manipular precios, tasas de interés, tarifas, descuentos, u otras condiciones comerciales o de transacción, o intercambiar información con el mismo objeto o efecto. [...] 6. Los actos u omisiones, acuerdos o prácticas concertadas y en general todas las conductas de proveedores u oferentes, cualquiera sea la forma que adopten, cuyo objeto o efecto sea impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, ya sea en la presentación de ofertas y posturas o buscando asegurar el resultado en beneficio propio o de otro proveedor u oferente, en una licitación, concursos, remates, ventas al martillo, subastas públicas u otros establecidos en las normas que regulen la contratación pública, o en procesos de contratación privados abiertos al público [...]”; “**Art. 55.- Calificación de la denuncia.-** Una vez recibida la denuncia, el órgano de sustanciación verificará que la misma reúna los requisitos establecidos en el artículo anterior. Si la denuncia no cumpliera los requisitos de ley, se otorgará al denunciante el término de tres días para que la aclare o complete. Si no lo hiciera dentro del término señalado, sin más trámite se ordenará su archivo. Si la denuncia cumple los requisitos establecidos en el artículo anterior, o si es aclarada o completada por el denunciante, en el término de tres días (3 días) el órgano de sustanciación correrá traslado al presunto o presuntos responsables con la denuncia para que presenten explicaciones en el término de quince (15) días. [...]”; “**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, [...]”; “**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”; “Art. 67.- Recurso de Apelación o Jerárquico.- Los actos administrativos emitidos en virtud de la aplicación de esta Ley podrán ser elevados al Superintendente de Control de Poder de Mercado mediante recurso de apelación, que se presentará ante éste. También serán susceptibles de recurso de apelación actos administrativos en los que se niegue el recurso ordinario y horizontal de reposición [...]”.

La **Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública** dispone: “**Art. 1.- Objeto y ámbito.-** Esta Ley establece el Sistema Nacional de Contratación Pública y determina los principios y normas para regular los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, [...]”; “**Art. 23.- Estudios.-** Antes de iniciar un procedimiento precontractual, de acuerdo a la naturaleza de la contratación, la entidad deberá contar con los estudios y diseños completos, definitivos y actualizados, planos y cálculos, especificaciones técnicas, debidamente aprobados por las instancias correspondientes, vinculados al Plan Anual de Contratación de la entidad [...]”; “**Art. 30.- Vigencia de la oferta.-** Las ofertas se entenderán vigentes durante el tiempo que para el efecto prevean los Pliegos precontractuales. De no preverse el plazo de vigencia se entenderá que la oferta está vigente hasta la fecha de celebración del contrato, pudiendo prorrogarse el plazo previsto por disposición de la Entidad Contratante”; “**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 COMPRAS PÚBLICAS. Los resultados de los procesos de adjudicación por subasta inversa serán publicados en el Portal COMPRAS PÚBLICAS 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 [...]”.

El **Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública**, determina: “**Art. 13.- Información relevante.-** Para efectos de publicidad de los procedimientos de contratación en el Portal www.compraspublicas.gov.ec se entenderá como información relevante la siguiente: 1. Convocatoria; 2. Pliegos; 3. Proveedores invitados; 4. Preguntas y respuestas de los procedimientos de contratación; 5. Ofertas presentadas por los oferentes, con excepción de la información calificada como confidencial por la entidad contratante conforme a los pliegos; 6. Resolución de adjudicación; 7. Contrato suscrito, con excepción de la información calificada como confidencial por la entidad contratante conforme a los pliegos; 8. Contratos complementarios, de haberse suscrito; 9. Órdenes de cambio, de haberse emitido; 10. Cronograma de ejecución de actividades contractuales; 11. Cronograma de pagos; y, 12. Actas de entrega recepción, o actos administrativos relacionados con la terminación del contrato. 12-A.- En general, cualquier otro documento de las fases preparatoria, pre contractual, contractual, de ejecución o de evaluación que defina el SERCOP mediante resolución para la publicidad del ciclo transaccional de la contratación pública”; “**Art. 20.- Pliegos.-** La entidad contratante elaborará los pliegos para cada contratación, para lo cual deberá observar los modelos elaborados por el SERCOP que sean aplicables. Los Pliegos serán aprobados por la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado. Los Pliegos establecerán las condiciones que permitan alcanzar la combinación más ventajosa entre todos los beneficios de la obra a ejecutar, el bien por adquirir o el servicio por contratar y todos sus costos asociados, presentes y futuros. En la determinación de las condiciones de los Pliegos, la Entidad contratante deberá propender a la eficacia, eficiencia, calidad de la

obra, bienes y servicios que se pretende contratar y ahorro en sus contrataciones. Los Pliegos no podrán afectar el trato igualitario que las entidades deben dar a todos los oferentes ni establecer diferencias arbitrarias entre éstos, ni exigir especificaciones, condicionamientos o requerimientos técnicos que no pueda cumplir la industria nacional, salvo justificación funcional”; “**Art. 44.- Procedencia.-** La subasta inversa electrónica se realizará cuando las entidades contratantes requieran adquirir bienes y servicios normalizados cuya cuantía supere el monto equivalente al 0,0000002 del Presupuesto Inicial del Estado, que no se puedan contratar a través del procedimiento de Compras por Catálogo Electrónico, y en la que los proveedores de dichos bienes y servicios, pujan hacia la baja el precio ofertado por medios electrónicos a través del Portal www.compraspublicas.gov.ec. [...]”; “**Art. 45.- Calificación de participantes y oferta económica inicial.** La calificación técnica de las ofertas presentadas será realizada por: 1. La máxima autoridad o su delegado en el caso de subastas inversas cuyo presupuesto referencial exceda el monto previsto en el primer inciso del artículo 44 de este reglamento general y sea de hasta el monto que resulte de multiplicar el coeficiente 0.000002 por el Presupuesto Inicial del Estado, o, 2. Por una Comisión Técnica integrada de conformidad con lo previsto en el Art. 18 de este reglamento general. En el día y hora señalados para el efecto, la máxima autoridad o su delegado, o la Comisión Técnica, según corresponda, procederán a calificar las ofertas técnicas de los participantes que hubieren cumplido las condiciones definidas en los pliegos; de todo lo cual se dejará constancia en un acta. En el caso de que la calificación haya sido realizada por la Comisión Técnica, esta será puesta en conocimiento de la máxima autoridad o su delegado, para su resolución. Si la calificación ha sido realizada por la máxima autoridad o su delegado, o en el caso de que la calificación realizada por la Comisión Técnica haya sido aceptada por la máxima autoridad o su delegado, esta dispondrá que los oferentes calificados presenten sus ofertas económicas iniciales a través del portal www.compraspublicas.gov.ec, las mismas que deberán ser menores al presupuesto referencial. La notificación a los proveedores calificados para la presentación de las ofertas económicas iniciales se la realizará a través del portal www.compraspublicas.gov.ec, sin que se dé a conocer el nombre ni el número de oferentes calificados ni el monto de la oferta económica inicial. Las ofertas económicas iniciales presentadas a través del portal www.compraspublicas.gov.ec, obligan al oferente a cumplir las condiciones técnicas y económicas ofertadas en el caso de resultar adjudicado, aun cuando no participe en el acto de la puja. [...] Quienes intervengan en el proceso de calificación guardarán absoluta confidencialidad y asumirán las responsabilidades que se generen en el caso de que violaren dicho principio”.

SÉPTIMO.- CONSIDERACIONES PREVIAS:

7.1 DEL PROCEDIMIENTO EN LA SCPM:

De conformidad con el artículo 53 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante “LORCPM”), los procedimientos administrativos dentro de la SCPM, pueden iniciar **a)** de oficio; **b)** a solicitud de otro órgano de la Administración Pública; o, **c)** por denuncia formulada por el agraviado, o por cualquier persona natural o jurídica, pública o privada que demuestre un interés legítimo.

Cuando el expediente administrativo inicia por denuncia, conforme lo mandado en los artículos 55, 56 y 57 de la LORCPM:

“[...] Art. 55.- [...] Si la denuncia cumple los requisitos [...] el órgano de sustanciación correrá traslado al presunto o presuntos responsables con la denuncia para que presenten explicaciones en el término de quince (15) días. [...]

*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. [...]*

*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 [...]*”

7.2 DE LAS CONDUCTAS DENUNCIADAS:

En materia de prácticas restrictivas de la 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 que tengan por objeto o produzcan el efecto de impedir, restringir, distorsionar o falsear la competencia.

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. [...]**”* (énfasis fuera del texto)

a) La conducta

Colusión:

El Diccionario de Ciencias Jurídicas de Cabanellas¹ define a la Colusión como un “*Convenio, contrato, inteligencia entre dos o más personas, hecha en forma fraudulenta y secreta, con objeto de engañar o perjudicar a un tercero. Todo acto o contrato hecho por colusión es nulo.*”

En este sentido, Ricardo Alonso Soto, catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid, señala en su publicación “Acuerdos, Decisiones y otras Conductas Explícitas”²:

¹ Guillermo Cabanellas de Torres. Diccionario de Ciencias Jurídicas (Legal Science Dictionary). Editorial Heliasta. ISBN: 978-950-885-087-4

² Extraído desde http://espacioinvestiga.org/wp-content/uploads/2015/09/DE001-04_Acuerdos_decisiones_otras_conductas_explicitas-Alonso.pdf

“Las conductas colusorias comprenden, con carácter general, los acuerdos o las prácticas concertadas entre empresas y las decisiones adoptadas por las asociaciones de empresas que tengan por objeto o produzcan el efecto de impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado.”

Los Acuerdos y las Prácticas Concertadas:

La norma prohíbe la concertación entre empresarios para restringir la competencia, quedando, en principio, al margen de la prohibición las conductas unilaterales, las cuales, sin embargo, si generan efectos anticompetitivos, podrán ser encuadradas en alguno de los otros tipos o modalidades de conductas prohibidas.

i. Concepto de acuerdo:

En el diccionario de Cabanellas (ibídem), se brindan varias definiciones de “acuerdo”, resaltando la siguiente: *“acuerdo es el concierto de dos voluntades o inteligencia de personas que llevan a un mismo fin.”*

Los acuerdos son pactos en virtud de los cuales dos o más operadores económicos se comprometen a un objetivo que restringe la competencia o, aún sin perseguir este efecto, producen una efectiva restricción de la competencia en el mercado. Habrá acuerdo siempre que exista intercambio de voluntades entre varias personas que puedan ser consideradas operadores económicos independientes, sea cual sea la forma jurídica que revista o a través de la cual se manifieste (sin importar la manera en que se haya manifestado esa intención, es decir, sea oral o por algún instrumento escrito).

La noción de acuerdo abarca, por tanto, desde los contratos y otras formas de concertación hasta los pactos de caballeros (*gentlemen's agreements*) que no llevan aparejada una obligatoriedad en sentido jurídico. El supuesto de infracción no exige que el acuerdo sea oponible jurídicamente a las contrapartes; es decir, se exige, como requisito necesario, una pluralidad de voluntades independientes o autónomas.

ii. Concepto de Prácticas Concertadas

La práctica concertada es una forma de coordinación entre empresas que, sin haber llegado a concluir o finiquitar un acuerdo propiamente dicho, establece una cooperación práctica entre las

empresas, atentando a la libre competencia³. Se trata, en definitiva, de una forma de entente⁴ que puede corresponder a los acuerdos tácitos entre empresas.

Exige siempre la concurrencia de un elemento colusorio (toma de contacto directa o indirecta) para probar su existencia, pues las mismas exigen cierto grado de comunicación (v.g., intercambio de información) y coordinación entre las empresas que tienen la intención de ajustar sus estrategias y comportamientos recíprocamente con el fin de lograr un fin que resulta ser anticompetitivo, sin que se trate propiamente de un acuerdo entre empresas.

b) La colusión en compras públicas:

La colusión en compras públicas, para José Antonio Gaspar y Fernando Araya Jasma radica en el hecho de que, “[...] *participantes reales o potenciales en uno o más procesos licitatorios alcanzan acuerdos con el propósito de eliminar o restringir la competencia que se esperaba tuviera lugar en dichos Procesos [...]*”.⁵

En un sentido general, existen dos tipos de colusión: la primera es la colusión vertical; y, la segunda es la horizontal.

El caso que compete, la colusión horizontal, se refiere a la concertación anticompetitiva entre competidores de un mercado relevante. En procesos de compras públicas es una práctica de la cual se presume que tiene por objeto impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, que afecta negativamente a la eficiencia económica y al bienestar general, conforme lo establece el antes mencionado artículo 8 del Reglamento para la Aplicación de la LORCPM.

Los lineamientos para Combatir la Colusión entre Oferentes en Licitaciones Públicas de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)⁶ señalan que la “*manipulación de licitaciones (o la colusión entre oferentes en licitaciones) se presenta cuando las compañías, que se esperaría que compitieran entre sí, conspiran secretamente para aumentar los precios o reducir la calidad de los bienes o servicios que ofrecen a los compradores que buscan adquirir bienes o servicios por medio de un proceso de licitación*”.

El Centro de Investigaciones de la Corrupción de Budapest (*Corruption Research Center Budapest*), en su *Caja de Herramientas para la Detección de Licitación Colusiva en Compras*

³ En esta línea de pensamiento, el Tribunal de Justicia en el caso *Imperial Chemical Industries Ltd. vs. Comisión* (1974) ha definido a las prácticas concertadas como: “[...] *una forma de coordinación entre competidores que, sin haber alcanzado el estado de un acuerdo propiamente dicho, sustituye a sabiendas los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas*”. [Traducción libre del siguiente texto: “*Article 85 draws a distinction between the concept of ‘concerted practices’ and that of ‘agreements between undertakings’ or of ‘decisions by associations of undertakings’; the object is to bring within the prohibition of that article a form of coordination between undertakings which, without having reached the stage where an agreement properly so-called has been concluded, knowingly substitutes practical cooperation between them for the risks of competition*” (Sentencia del 14 de julio de 1974, en el Caso 48/69)]

⁴ Es la denominación genérica utilizada para aludir a las actuaciones privadas restrictivas de la libre competencia y, como tales, prohibidas por el derecho regulador de la competencia.

⁵ Revista chilena de derecho Privado. Derecho Corporativo y de Libre Competencia. Nº 18, pp. 223-241 [julio 2012].

⁶ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. *Lineamientos para Combatir la Colusión entre Oferentes en Licitaciones Públicas*. Febrero de 2009.

*Públicas*⁷, señala que los comportamientos colusorios en procesos de contratación pública se pueden clasificar a través de tres criterios: las modalidades o técnicas de manipulación de licitaciones; formas de compartir las ganancias obtenidas de la colusión; y, la estructura de mercado resultante de dicha colusión. (Tóth, Bence et al.)

En cuanto a las técnicas de manipulación de licitaciones, *Toth et al.*, indica que existen principalmente tres grupos que engloban al universo de posibles estrategias: **a)** supresión de ofertas; **b)** participación o licitación no competitiva⁸; y, **c)** licitación conjunta/en consorcio⁹. En concordancia con ello, la OCDE señala cuatro modalidades comunes de manipulación de licitaciones, las cuales se pueden clasificar bajo las categorías señaladas por *Toth et al.*: Ofertas de resguardo (de cobertura), supresión de ofertas, rotación de ofertas y asignación de mercados. Dicha organización, respecto de la forma conductual denunciada y especificada en el recurso de apelación, explica:

Las ofertas de resguardo, “(también llamadas complementarias, de cortesía o simbólicas) son la manera más frecuente de implementar esquemas de manipulación de licitaciones. Las ofertas de resguardo se presentan cuando personas o empresas acuerdan presentar ofertas que contemplan por lo menos un elemento de entre los siguientes: (1) un competidor acepta presentar una oferta más alta que la del ganador designado; (2) un competidor presenta una oferta que se sabe demasiado alta para ser aceptada; o (3) un competidor presenta una oferta que contiene términos especiales que se sabe son inaceptables para el comprador. La presentación de ofertas de resguardo está diseñada para aparentar una competencia genuina.”

OCTAVO.- ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO DE LA APELACIÓN.-

De la revisión del escrito que contiene el recurso de apelación, como se señaló, el recurrente fundamenta su impugnación en dos formas: **a)** respecto a la excusa de la autoridad que emite el acto administrativo; y, **b)** respecto a elementos indiciarios que darían lugar a la continuación del procedimiento de investigación, que son: Identidad de direcciones IP: identidad de premisas físicas; vinculación de gestión y societaria; inexistencia de ahorro competitivo; participación del operador económico Multicobro S.A.; y, violación de pliegos respecto a los formularios de independencia de la oferta.

Previo al análisis de los fundamentos impugnatorios, esta autoridad considera oportuno hacer mención al antecedente procesal existente dentro del Expediente Administrativo No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-010-2020, para el cual, mediante Resolución de 07 de enero de 2021 de las 13h30, emitida dentro del Expediente Administrativo No. SCPM-DS-INJ-RA-012-2020, este órgano resolvió:

“[...] PRIMERO.- ACEPTAR el Recurso de Apelación presentado por el operador económico CRONIX CIA. LTDA, mediante escrito de 30 de octubre de 2020, a las 15h19,

⁷ cfr. Bence Tóth, Mihály Fazekas, Ágnes Czibik, István János Tóth. Toolkit for detecting collusive bidding in public procurement, With Examples from Hungary. Working Paper series: CRC-WP/2014:02. Version 2.0. April 2015, Budapest, Hungary. Extraído desde http://mihalyfazekas.eu/wp-content/uploads/2015/08/Toth-et-al_CRCB_WP_v2_150413.pdf.

⁸ La licitación no competitiva consiste en que las partes falsean la competencia o “fingen” competir. En este tipo de comportamiento, los oferentes remiten ofertas que contienen errores o en condiciones que la entidad contratante difícilmente aceptaría.

⁹ Nótese que si bien el artículo 27 de la LOSNCP permite a los oferentes participar en consorcio en procesos de contratación pública, dicha figura no podrá ser usada para infringir la LORCPM.

con número de trámite ID. 175204; en consecuencia, por estimar que existen elementos que -dentro de la verdad procesal del expediente administrativo número SCPM-IGT-INICAPMAPR-0010-2020, frente a la naturaleza grave de las conductas colusorias en general- no han sido analizados y/o profundizados por el órgano investigativo, se revierte la decisión de archivo contenida en la Resolución de 15 de octubre de 2020 de las 17h15, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, dentro del Expediente Administrativo de marras, disponiendo a dicho órgano investigativo que mediante resolución motivada, profundizando en el análisis y valoración de los elementos de coincidencia, se pronuncie sobre el mérito para la prosecución de la instrucción del procedimiento y el inicio de la investigación en los términos señalados en el artículo 56 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, contado a partir de la notificación de la presente resolución [...]" (subrayado fuera de texto)

La motivación que dio lugar a la aceptación del recurso tuvo como base la existencia de elementos de coincidencia entre los operadores económicos partícipes de los procesos de subasta inversa electrónica denunciados, frente a los cuales, bajo el espectro de la verdad procesal del expediente, supuso ausencia de análisis y valoración por parte de la INICAPMAPR, necesario para la evaluación del mérito de prosecución investigativa, y en consecuencia para la motivación del acto administrativo de 15 de octubre de 2020 a las 17h15.

De tal manera, la resolución emitida por esta autoridad dentro del expediente administrativo No. SCPM-DS-INJ-RA-012-2020, en la exposición de motivos facticos procesales, señaló:

“[...] 8.3.- Falta de valoración de la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, respecto a la compartición de premisas físicas y el uso de las mismas IP, conforme lo ha reconocido la INICAPMAPR:

[...]

Observándose que de la investigación y análisis realizado por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, se ha evidenciado el uso de las mismas direcciones IP, por parte de las denunciadas en la participación de los procesos de contratación pública, y la compartición de domicilios comerciales conforme las bases de datos públicas; sin embargo, de la revisión de las explicaciones de la denuncia ni de la contestación al recurso de apelación se observa que los denunciados hayan justificado de manera suficiente o satisfactoria a la administración, la compartición de domicilios comerciales y la coincidencia de las direcciones IP dentro de los procedimientos de contratación pública; así mismo no se observa que dentro de la resolución emitida por la Intendencia se haya analizado y desvanecido la presunción de que dichas coincidencia y comparticiones, no sean indicios de una presunta conducta anticompetitiva.

[...]

Por lo tanto, esta autoridad encuentra oportuno y necesario que se haya efectuado una investigación más profunda sobre esos dos elementos indirectos, toda vez que pueden traducirse en indicios que rompieron con la incertidumbre propia entre competidores,

haciendo que la incertidumbre sobre la existencia de la conducta no se vea realmente mermada y por tanto cubierto el objeto de aplicación de la LORCPM.

[...]

De lo citado, se observa que el órgano investigativo ha motivado de manera correcta, la ausencia de presunciones conductuales que permitan, bajo el espectro de análisis de las conductas colusorias, continuar con la investigación; sin embargo, respecto de la coincidencia de domicilios comerciales y direcciones IP, esta autoridad considera que son presunciones que no han sido desvanecidas ni justificadas. Si los elementos de coincidencia sobre la posible “conexión” entre presuntos infractores –a grado doctrinal- se constituyen como elementos de presunción para la continuación investigativa (se puntualiza que no se califican como elementos de presunción conductual), estos deben ser tratados por la autoridad a fin de que –al tratarse de una conducta colusoria, de la que se presume su efecto anticompetitivo- convenzan a la autoridad de la inexistencia de una actuación consciente y conjunta destinada a limitar la competencia. [...]”

En suma, la motivación de reversión de la decisión de archivo del órgano investigativo, tuvo como base la ausencia de un tratamiento vasto respecto de los indicios de identidad de direcciones IP y compartición de domicilios comerciales, que haya permitido discernir si el supuesto de existencia conductual era razonablemente mayor al de inexistencia, o lo que es lo mismo, que la inferencia de colusión es razonable frente a la inferencia alternativa de una acción independiente.

Por tanto, como parámetro de valoración exigido a la INICAPMAPR en la Resolución de 07 de enero de 2021 de las 13h30, respecto de esos dos elementos indiciarios, se marcó:

“[...] Comprobación probatoria de los elementos de la conducta:

Recordemos que en un caso concreto la prueba indiciaria es capaz de generar convicción por sí sola si concurren a plenitud los requisitos para su eficacia probatoria, pero siempre se acompañará con los demás medios probatorios. Esta prueba es la más razonable cuando el acto que se quiere demostrar es tan íntimo con estos elementos indirectos, que la convicción administrativa se forma entre lo que aspira probar y estos medios que tienen verdadera relación de causa-efecto con la investigación.

[...]

En la especie, haciendo una comparativa de los elementos de la denuncia, de la información constante en el expediente administrativo y la fundamentación del acto administrativo de archivo, existen dos elementos indirectos que podrían recaer en prueba indiciaria, los cuales si bien por sí solos no constituyen un elemento de fuerza para direccionar en señalar que existió una conducta colusoria a través de una actuación conjunta en los procesos de contratación pública, tampoco le permiten con certeza desacreditar que no sean formas – en conjunto con otras- que permitieron o facilitaron una conducta por sí misma.

[...]

En la especie, el órgano de investigación no ha desvirtuado completamente que la existencia de esos dos elementos no se ubiquen en una prueba indiciaria suficiente para proceder con la investigación a etapa formal (no se está tratando de la sanción de la

conducta) porque con aquellos elementos no existiría una inferencia de colusión razonable frente a la inferencia alternativa de una acción independiente. Se recuerda que el estándar de la prueba se traduce en la necesidad de contar con indicios (varios) que, considerados en su totalidad tiendan a excluir la posibilidad de actuación independiente; razón por la cual se encuentra justificado el paso de etapa procesal [...]"

Consecuentemente, la INICAPMAPR dentro del Expediente Administrativo No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-010-2020, estaba llamada a efectuar un análisis que –de la verdad procesal- le permita direccionar su decisión, sea porque de los elementos con los que contaba, se hallaron presunciones de la existencia de la infracción denunciada, o no existía mérito para la prosecución de la instrucción del procedimiento.

Habiéndose demarcado el ámbito procesal que antecedió al acto administrativo que hoy se analiza, se atienden los fundamentos de la impugnación, conforme sigue:

8.1.- EXCUSA DE LA AUTORIDAD QUE EMITE EL ACTO ADMINISTRATIVO:

Conforme se desprende del apartado 4.1.1 del recurso de apelación, respecto de la figura de excusa, el impugnante plantea que bajo el principio de supletoriedad (especial, previsto en la Disposición General Primera de la LORCPM) los Códigos Orgánicos (Administrativo, General de Procesos e Integral Penal) al mantener la misma jerarquía normativa, facultan a la administración a acudir entre uno u otro en aquello que no esté normado en la norma especial de la materia.

La interpretación del principio de supletoriedad, conforme señala la doctrina, refiere a los problemas que se pueden suscitar como consecuencia de la aplicación de cuerpos normativos y la existencia de lagunas¹⁰; empero, toda vez que la Disposición General Primera de la LORCPM no refiere a estas últimas, no es necesario pronunciarse al respecto. Ahora bien, en relación de la aplicación de cuerpos normativos, si se atiende al concepto de supletoriedad, en términos de su función, correspondería determinar a partir de la norma reguladora del ámbito material en el que se va a aplicar el Derecho supletorio, cual es la forma de aplicación normativa; es decir, la finalidad de la regla de supletoriedad queda circunscrita a colmar aquellos silencios no queridos por el legislador dentro de un cuerpo normativo, pero previsto en otro. De lo anterior a entenderse que, la aplicación de supletoriedad no es infinito, sino que responde a la aplicación de un cuerpo normativo u otro, y a las razones para ello.

La norma reguladora del ámbito material que nos compete, LORCPM, tiene orden de Derecho Administrativo, por lo que, por especialidad ha de tomarse como primer orden supletorio, aquella que más se acerque a esa rama; lo cual no refiere a una exclusión de otros cuerpos normativos, sino únicamente al primer orden de supletoriedad, del cual, si en el cuerpo normativo más próximo por especialidad no se encuentra norma que prevea aquello que se está supliendo, se acudirá al segundo orden, es decir a aquel cuerpo que norme la figura no prevista en la LORCPM.

En consecuencia, por especialidad en la materia, la aplicación de la supletoriedad aterriza –en primer término- en el Código Orgánico Administrativo [COA], el cual, ha normado en el artículo 86 las causales de excusa y recusación, entre las cuales, no se encuentran aquellas que refiere el apelante; siendo jurídicamente improcedente acudir a otro cuerpo normativo que no responde al

¹⁰ Recordemos que esta interpretación requiere de una matización. Las cuestiones que suscita la supletoriedad son muy diversas, aunque las más importantes están articuladas alrededor de la existencia de lagunas del Derecho, y la situación de anomia, es decir, de falta de regulación en una materia.

primer orden (especialidad) de supletoriedad, cuando –por razones ajenas a la especialidad- la supletoriedad ha sido cubierta con el primer orden de aplicación, es decir, la necesidad supletoria se cubre cuando el primer cuerpo normativo (COA) prevé la figura objeto de aplicación supletoria (excusa y recusación), no siendo necesario acudir a otros cuerpos que también la norman (COGEP y COIP).

Aun con lo anterior, ha de ponerse de énfasis que, conforme la orden procesal contenida en la Resolución de 07 de enero de 2021 de las 17h10, esta autoridad dispuso a la Intendente Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas: “[...] que mediante resolución motivada, profundizando en el análisis y valoración de los elementos de coincidencia, se pronuncie sobre el mérito para la prosecución de la instrucción del procedimiento y el inicio de la investigación en los términos señalados en el artículo 56 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, contado a partir de la notificación de la presente resolución [...]” (el resaltado no corresponde al texto original), por lo que, de las causas de excusa previstas en referido artículo 86 del COA, la economista María Alejandra Egúez al no encontrarse incurso en ninguna, y al no existir motivo legal para la procedencia de la excusa por parte de la Intendente Nacional, toda vez que ha actuado conforme lo dispuesto, esta autoridad considera innecesario arribar a una exposición más profunda de hechos, ante la inexistencia de impedimento legal para que la misma autoridad investigativa analice a profundidad los elementos de coincidencia hallados y emita su decisión conforme lo ordenado.

8.2.- SUFICIENCIA DE INDICIOS. ELEMENTOS INDICIARIOS QUE DARÍAN LUGAR A LA CONTINUACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN:

Del recurso de apelación interpuesto, respecto de la argumentación de la existencia de elementos indiciarios con los cuales la INICAPMAPR se habría encontrado en la obligación de continuar con el procedimiento investigativo, el recurrente los ha clasificado en cinco numerales¹¹, como sigue: **a.** Identidad de direcciones IP y compartición de premisas físicas (4.1.3); **b.** Vinculaciones de gestión y societaria (4.1.4); **c.** Inexistencia de ahorro competitivo (4.1.5); **d.** Participación del operador económico Multicobro S.A. (4.1.6); y, **e.** Violación de pliegos contractuales respecto a los formularios de independencia de la oferta (4.1.8). Señalando que, respecto de ellos, existirían indicios suficientes para continuar con el procedimiento de investigación.

Conforme lo señalado a lo largo del apartado 4.1 del recurso de apelación, la INICAPMAPR habría excedido en el estándar de prueba exigido al denunciante, lo que conllevaría que la decisión de archivo por ausencia de elementos que otorguen mérito para la consecución investigativa se encuentre viciada.

Al respecto, compete –previo a analizar puntualmente los argumentos en los que aterriza esa conclusión- pronunciarse sobre el ámbito general de lo señalado, conforme sigue:

Respecto a la prueba en materia infraccional, la LORCPM establece el modelo de la sana crítica y otorga la carga probatoria a la administración, con lo cual se concede al órgano administrativo competente libertad reglada en la apreciación de la prueba. Empero, conforme el artículo 56 -en el momento procedimental al que refiere- se manda y establece como grado de convicción que debe alcanzar a la hora de dar por acreditada la proposición fáctica planteada en la denuncia y las explicaciones -para fines del inicio de la investigación- “existir presunciones de la existencia de alguna de las infracciones previstas” en la LORCPM.

¹¹ Para fines de entendimiento y contextualización, se hace notar que, en el texto del recurso de apelación la secuencia no se cumple, encontrándose ausentes los numerales 4.1.2 y 4.1.7.

Por lo anterior, se entiende, entonces, que el órgano de investigación y control en el momento procedimental del artículo 56 de la LORCPM, busca distinguir entre el grado de certeza alcanzable respecto a un hecho en específico (presunción de existencia de la conducta denunciada), del conjunto de elementos (indicios y hechos) arrojados de la denuncia, las explicaciones y las actuaciones previas¹².

En ese orden de ideas, el razonamiento probatorio demandado a la Intendencia de investigación y control –cuando no se trata de hechos notorios o prueba directa- es de carácter inductivo y probabilístico, tendiente a evaluar las relaciones de corroboración o confirmación que es posible establecer entre los elementos de juicio que aportan los indicios y hechos disponibles (verdad procesal), a fin de otorgar un mayor o menor grado de corroboración a la determinación de esa existencia de presunción conductual. Esto aún más, teniendo en consideración que en los expedientes iniciados por denuncia el órgano de investigación parte de los elementos aportados por el denunciante, pues el procedimiento previsto en la ley, no permite que la administración realice la recolección de elementos que se lleva a cabo en las investigaciones iniciadas de oficio o a solicitud de otro órgano de la administración, en la Investigación Preliminar.

Es en virtud de lo ya señalado, que el estándar probatorio exigido en el momento procedimental del artículo 56 de la LORCPM, se circunscribe a poder determinar si existe o no una presunción conductual, es decir, qué nivel de certeza tiene el órgano investigativo para dar por acreditada la existencia de una presunción conductual anticompetitiva.

En consecuencia, sabiéndose que el estándar de prueba corresponde a un instrumento procesal que permite al órgano competente conocer el nivel de certeza exigido para que los presupuestos fácticos que han sido invocados puedan ser, en el marco del procedimiento administrativo, considerados una verdad relativa¹³ que arroja como conclusión la existencia de una “presunción conductual”, se tiene que, no existiendo esa presunción, no resulta oportuno ordenar el inicio de la investigación.

De lo dicho, toda vez que el apelante señala que el estándar de prueba exigido por parte del órgano de investigación y control, en el expediente administrativo, ha sido el de prueba plena, y no el de prueba indiciaria, a esta autoridad le compete pronunciarse sobre los elementos indiciarios señalados. Para el efecto, resulta necesario puntualizar:

- De la verdad procesal del Expediente Administrativo No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-010-2020, los hechos denunciados y su análisis se circunscriben a los procesos de contratación con los códigos SIE-MT-2014-027 y SIE-BANEC-008-2017, aclaración que se efectúa a fin de

¹² LORCPM: “Art. 55. [...] Presentada la denuncia y con anterioridad a la resolución de inicio del procedimiento, el órgano de sustanciación podrá realizar actuaciones previas con el fin de reunir información o identificar indicios razonables de la existencia de infracciones a esta Ley.”

¹³ Al respecto, téngase en cuenta que, cuando se habla de verdad absoluta o relativa, se busca distinguir entre el grado de certeza alcanzable respecto a un hecho en específico, pues como bien se puede intuir, pretender conocer con plena certeza si un hecho o conjunto de hechos es de determinada forma, implica necesariamente disponer de una enorme cantidad de información. De esta manera, habrá que entender que la verdad absoluta corresponde a aquella que es total y completamente acorde con la realidad. La verdad relativa, por el contrario, se tiende a plantear en términos probabilísticos que implican situar una proposición fáctica en un punto entre falsedad hasta certeza absoluta, en el cual la verdad relativa se encontraría en un punto intermedio, que si bien puede no otorgar plena certeza, se pueda considerar suficientemente fiable.

ceñir en qué mercado relevante preliminarmente definido se analizarán los indicios que el recurrente expone.

- La orden procesal marcada y el parámetro de valoración exigido con la Resolución de 07 de enero de 2021 de las 13h30, dispuso a la INICAPMAPR el análisis de los dos elementos indirectos: “[...] *la compartición de domicilios comerciales y la coincidencia de las direcciones IP dentro de los procedimientos de contratación pública [...]*” (conforme ha sido expuesto en el apartado SÉPTIMO de esta resolución), por lo que sobre esos elementos de coincidencia se requería una valoración para fines de continuar con el proceso investigativo por la existencia de presunción conductual o el archivo de la denuncia por ausencia de mérito.
- Del recurso de apelación (numeral 4.1), los indicios señalados por el recurrente, por los cuales fundamenta la existencia de yerro para la orden de archivo por ausencia de mérito, deben ser clasificados en dos grupos:
 - i. **Aquellos ordenados y sujetos a revisión para la INICAPMAPR:**
 - a. Identidad de direcciones IP y compartición de premisas físicas (4.1.3);
 - ii. **Aquellos que el impugnante adiciona como sustento de la suficiencia de indicios:**
 - b. Vinculaciones de gestión y societaria (4.1.4);
 - c. Inexistencia de ahorro competitivo (4.1.5);
 - d. Participación del operador económico Multicobro S.A. (4.1.6); y,
 - e. Violación de pliegos contractuales respecto a los formularios de independencia de la oferta (4.1.8).

Con esas tres puntualizaciones, esta autoridad abordará los fundamentos de apelación planteados sobre los puntos de coincidencia que mediante Resolución de 07 de enero de 2021 de las 17h10 emitida dentro del Expediente Administrativo No. SCPM-DS-INJ-RA-012-2020, se dispuso a la INICAPMAPR¹⁴; en un primer momento, desde el contexto procesal del cual se pueda apreciar y valorar las fundamentaciones del recurrente; y, en un segundo momento, desde el análisis de los elementos conductuales, con referencia a la estructura del análisis indiciario (comprendido para el estándar probatorio exigible a la fase del procedimiento), conforme sigue:

a. IDENTIDAD DE DIRECCIONES IP Y COMPARTICIÓN DE PREMISAS FÍSICAS:

De la revisión de la denuncia, respecto de la forma conductual se señaló:

“[...] RECAPT, CANT TECNOLOGÍA y TELSERC3 acostumbran presentarse a los mismos procesos de contratación pública, subiendo en ocasiones sus ofertas desde la misma dirección IP (tal como ocurrió en el caso ya sancionado por la SCPM).

Pero además, suelen presentarse a la etapa de ofertas técnicas, sin que luego presenten ofertas económicas o mejoren las mismas en la etapa de puja.

Este tipo de comportamiento cumple con las características de lo que se denominan en doctrina como "ofertas de cobertura" o "cover bids", que no son otra cosa sino posturas

¹⁴ “[...] que mediante resolución motivada, profundizando en el análisis y valoración de los elementos de coincidencia, se pronuncie sobre el mérito para la prosecución de la instrucción del procedimiento y el inicio de la investigación en los términos señalados en el artículo 56 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, contado a partir de la notificación de la presente resolución [...]” (subrayado fuera de texto)

irreales, no tendientes a introducir presión competitiva ni a lograr ganar la puja u obtener el contrato, sino a dar una apariencia de competencia (falseamiento) a un proceso en el que previamente ha existido un acuerdo sobre quien debería ser el ganador, o que persiguen el objetivo de evitar que el procedimiento sea declarado desierto por no cumplir el número mínimo de oferentes establecido en la ley de la materia.

De la información provista por el SERCOP, se puede identificar al menos los siguientes procedimientos en los que habría operado este mecanismo para asegurar el resultado del procedimiento a favor de RECAPT, causando un EFECTO anticompetitivo:

1. Caso 1. Procedimiento SIE-MT-2014-027.

En el procedimiento SIE-MT-2014-027, las empresas RECAPT y CANT TECNOLOGÍA presentaron su oferta técnica desde la dirección IP: 200.24.212.8.

En la etapa de puja, CANT TECNOLOGÍA no presentó posturas.

RECAPT fue adjudicada con este contrato.

Dado que se calificaron solamente 3 compañías, en caso de que CANT TECNOLOGÍA no se hubiese presentado con su postura de cobertura, el procedimiento habría tenido que ser declarado desierto por mandato legal. Es decir, la postura de CANT TECNOLOGÍA viabilizó el proceso permitiendo que RECAPT se haga con la adjudicación del mismo.

2. Caso 2. Procedimiento SIE-BANEC-008-2017

En el procedimiento SIE-BANEC-008-2017, las empresas RECAPT y TELSERC 3 presentaron su oferta técnica desde la dirección IP: 200.124.231.254

Participó también la empresa GESTIONA GTX S.A., sin embargo tanto GESTIONA GTX como TELSERC 3 fueron descalificadas.

RECAPT fue adjudicada con este contrato como PROVEEDOR ÚNICO, por el valor del 100% del presupuesto referencial (\$ 228,287.01), sin ahorro para la entidad contratante. Además, luego se suscribió un contrato complementario por \$17313,29.

Dado que se presentaron únicamente 3 compañías, en caso de que TELSERC 3 no se hubiese presentado con su postura de cobertura, el procedimiento habría tenido que ser declarado desierto por mandato legal.

Es decir, la postura de TELSERC 3 viabilizó el proceso permitiendo que RECAPT se haga con la adjudicación del mismo

[...]

Las empresas referidas en esta denuncia, comparten o han compartido además locales y direcciones conforme han registrado en el RUC en el Servicio de Rentas Internas [...]" (subrayado fuera de texto)

Siendo esos los presupuestos de la denuncia, esta autoridad rescata como puntos de análisis conductual:

- Que, los operadores económicos denunciados mantienen un acuerdo colusorio por falseamiento de la competencia dentro de procesos de contratación pública (Art. 11, numeral 6 LORCPM);
- Que, los elementos indiciarios para la determinación de la presunción conductual recaen en: la identidad de direcciones IP en la participación en los procesos de Subastas Inversa Electrónica; y, la compartición de locales y direcciones conforme Registro Único de Contribuyentes;
- Que, su comportamiento se ajustaría a las denominadas "ofertas de cobertura" o "cover bids", con determinación previa del operador que busca la adjudicación, o persiguiendo evitar la declaratoria de desierto del proceso.
 - Dentro del proceso SIE-MT-2014-027: Recapt y Cant Tecnología presentaron su oferta técnica desde la dirección IP: 200.24.212.8. La ausencia de postulación u oferta de Cant Tecnología hubiese causado su declaratoria de desierto. La participación viabilizó la adjudicación a Recapt.
 - Dentro del proceso SIE-BANEC-008-2017: Recapt y Telserc presentaron su oferta técnica desde la dirección IP: 200.124.231.254. La ausencia de postulación u oferta de Telserc hubiese causado su declaratoria de desierto. La participación viabilizó la adjudicación a Recapt, como proveedor único, sin ahorro para la entidad contratante.

Al respecto, la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, en Resolución de 21 de enero de 2021 de las 17h10 emitida dentro del Expediente Administrativo No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-010-2020, analizó:

"[...] el hecho de que CANT TECNOLOGÍA no se presentara a la etapa de puja es indiferente para el desarrollo del procedimiento de SIE. Es necesario precisar que conforme los artículos 47 de la LOSNCP y 48 del RLOSNCP, solo cabe la declaratoria de desierto por parte de la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, cuando la fase de puja o de negociación única haya concluido, sin resultados favorables para la entidad contratante. Sobre la base de la normativa expuesta, resulta imprecisa la aseveración del denunciante, respecto a que la ausencia de un participante devendría en la declaratoria de desierto del proceso [...]"

Respecto al argumento de la declaratoria de desierto del proceso, esta Autoridad reitera que los artículos 47 y 48 del RLOSNCP facultan de manera expresa, para que la entidad contratante proceda a realizar una negociación única, en aquellos casos en que exista una sola oferta técnica calificada [...]"

Por lo expuesto, esta Autoridad considera que las deficiencias en la presentación de ofertas por parte de los proveedores, que indudablemente conllevó a su descalificación dentro de los procesos de contratación pública, no constituirían una causal directa para que el contrato le haya sido adjudicado a RECAPT [...]"

ii. Para que el esquema anticompetitivo sea exitoso, todos los operadores económicos deben estar de acuerdo en el mecanismo de falseamiento de la competencia, es decir, que todos

los oferentes deben acordar quien deberá ser el adjudicado y su rol en el esquema, dado que si otros operadores participan y presentan sus ofertas a la baja, el oferente con el menor precio será el adjudicado [...]

iv. Si analizamos las condiciones del esquema anticompetitivo planteado, se observa que la mayoría de oferentes no estarían alineados con el esquema, y la entidad contratante será la encargada de calificar a cada uno de los operadores, por lo que existen varios factores que impiden asegurar que la adjudicación del proceso SIE-MT-2014-027 habría sido el resultado de un acuerdo colusorio [...]

Finalmente, un esquema de Bid Rigging (manipulación de ofertas) dentro del cual se encuentran las cover bids (posturas encubiertas), tiene como esencia el eliminar una competencia verdadera entre los oferentes, puesto que en lugar de competir por presentar la oferta más baja, las partes acuerdan cual será el oferente que deberá presentar la oferta más baja para ser adjudicado, y los futuros mecanismos de compensación entre ellos. Considerando la estructura del procedimiento de SIE examinado, al analizar las condiciones para la configuración de una conducta de Bid Rigging, la participación de otros oferentes desvirtúa la posibilidad de “asegurarse la adjudicación de los contratos”, al no explicar cómo las otras partes fueron descalificadas o presentaron una oferta económica más alta para favorecer a RECAPT.

[...] el indicio de vinculación por dirección IP, no es suficiente ni razonable para la apertura de una investigación en contra de los denunciados [...]

Para llegar a determinar que este indicio es suficiente para motivar el inicio de una investigación, deberían al menos existir más elementos que puedan coadyuvar a inferir una conducta colusoria de tipo horizontal entre los investigados [...]”(Énfasis agregado)

De lo anterior se logra evidenciar que la Intendencia de Investigación y Control cubre con el análisis de los presupuestos conductuales dentro de la hipótesis colusiva, encontrando –dentro de esta- que no existiría mérito que le permita a la administración, dentro de la verdad procesal del expediente administrativo- considerar que existe una presunción conductual anticompetitiva en los términos del artículo 11 numeral 6 de la LORCPM, presunción que el artículo 56 demanda para dar paso al procedimiento investigativo. Sobre esto nos referiremos a detalle en el apartado que sigue.

Aun cuando esta autoridad considera motivada la razón de archivo, toda vez que la INICAPMAPR -en cuanto a los dos elementos de coincidencia originarios del expediente administrativo No. SCPM-DS-INJ-RA-012-2020- ha profundizado en el análisis de los indicios de que se ha tratado, habiendo desestructurado la hipótesis de colusión plasmada por el denunciante y aquella que se deriva de la constancia documental de cada proceso de SIE, no encontrando el elemento de voluntades concertadas, considera oportuno -bajo la argumentación expuesta en el recurso de apelación, por la cual se considera errada la motivación del órgano investigativo- señalar:

b. ANÁLISIS DE ELEMENTOS CONDUCTUALES

Respecto de elementos sujetos a valoración y profundización por parte de la INICAPMAPR ajustados a los procesos de contratación objeto de investigación en el mercado relevante preliminarmente determinado, se desprende:

Proceso No. SIE-MT-2014-027:

- Conforme se desprende del “Acta de Calificación de Ofertas” de 04 de junio de 2013, al proceso de subasta inversa electrónica se habrían presentado siete oferentes (clasificados de la A a la G¹⁵). Las ofertas de A, B y E cumplirían con las especificaciones técnicas solicitadas (Recapt Recuperación de Capital Contac Center S.A., Multicobro S.A., y Cronix Cía. Ltda.¹⁶ los calificados para continuar con el proceso de contratación).
- Los elementos de coincidencia presentados entre los operadores económicos RECAPT y CANT TECNOLOGÍA constituirían: **a)** Identidad de Dirección IP en la presentación de ofertas técnicas: 200.24.212.8; y, **b)** Compartición de premisas físicas: Pichincha / Quito / Rumipamba / Av 10 De Agosto N34-601 y Juan Pablo Sanz; Guayas / Guayaquil / Tarqui / Av. Rodríguez Chávez González S/N Y Manzana 27; y, Guayas / Guayaquil / Tarqui / Rodrigo Chávez González S/N Y Calle D.
- Del “CONTRATO DE SERVICIOS DE CALL CENTER 1800-TURISMO-1800-887476” de 25 de junio de 2014, se encuentra: a) Presupuesto referencial: USD. 58.503,07; b) Precio: USD. 34.750 sin IVA. Encontrándose que, respecto del presupuesto referencial, el porcentaje de ahorro con la adjudicación del contrato corresponde al 41%.

Proceso No. SIE-BANEC-008-2017:

- Conforme se desprende del “Acta de Calificación de Ofertas” de 13 de abril de 2016, al proceso de subasta inversa electrónica se habrían presentado tres oferentes.
- De las ofertas: La oferta del operador económico TELSERC 3 DEL ECUADOR CÍA. LTDA., fue descalificada al no haber justificado documentadamente la experiencia mínima requerida en los pliegos del proceso. En cuanto a las de los oferentes RECAPT RECUPERACIÓN DE CAPITAL CONTAC CENTER S.A., y GESTIÓN EXTERNA GESTIONA GTX S.A., por contener errores convalidables, se remitieron para dicho efecto; sin embargo, la oferta del último operador económico no cumplió con la convalidación de los certificados de experiencia específica, descalificándose del proceso. Por tratarse del único oferente dentro el proceso, la oferta del operador económico RECAPT RECUPERACIÓN DE CAPITAL CONTAC CENTER S.A., pasó a negociación conforme los términos del artículo 47 del Reglamento General de la LOSNCP.
- Producto de existir una sola oferta calificada, en la sesión de negociación, con el objeto de mejorar la oferta económica, que –conforme el numeral 4 del artículo 47 del RLOSNC¹⁷- el oferente presentó una reducción del 5.2% respecto de su oferta inicial.

¹⁵ Referencia: SIE-MT-2014-027-A, SIE-MT-2014-027-B, etc.

¹⁶ Véase:

<https://www.compraspublicas.gob.ec/ProcesoContratacion/compras/PC/ResumenCalificacionesSubasta.cpe?id=vPPGoOdOIHHVHsI5iE1K1OZA-RJ1kPKDonxuBz8J0Go>

¹⁷ “Art. 47.- Casos de negociación única.- No se realizará la puja, y en su lugar se realizará una única sesión de negociación, entre la entidad contratante y el oferente, en los siguientes casos:

1.- Si existe una sola oferta técnica calificada.

2.- Si, luego de la calificación técnica un solo proveedor habilitado presenta la oferta económica inicial en el portal www.compraspublicas.gov.ec.

[...] El objeto de la negociación será mejorar la oferta económica del único oferente calificado.

- Los elementos de coincidencia presentados entre los operadores económicos RECAPT RECUPERACIÓN DE CAPITAL CONTAC CENTER S.A. y TELSERC 3 DEL ECUADOR CÍA. LTDA., constituirían: **a)** Identidad de Dirección IP en la presentación de ofertas técnicas: 200.124.231.254; y, **b)** Compartición de premisas físicas: Guayas / Guayaquil / Tarqui / Av. Rodrigo Chávez González S/N y Manzana 27; y, Guayas / Guayaquil / Tarqui / Rodrigo Chávez González S/N y Calle D.

En referencia a lo anterior, esta autoridad considera que los elementos de coincidencia (direcciones IP y premisas físicas) no se constituyen en conducentes para que la autoridad determine a partir de ellos la existencia de una presunción conductual. Sabiendo que un acuerdo colusorio demanda la existencia de pluri-voluntades que, en concierto, buscan (sea por objeto o por efecto) impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afectar negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general, el mérito para considerar que existe una presunción de su cometimiento demanda la multiplicidad y univocidad plausible de indicios que soporten la hipótesis de colusión. Considerando que, la dirección IP y las premisas físicas por sí mismas no se constituyen en múltiples, pues reflejarían –prima facie y en genérico- únicamente que los denunciados comparten una ubicación geográfica, esto no irrumpiría por sí mismo a la incertidumbre competitiva entre competidores, pues no demuestra un concierto de voluntades en el estricto y único contexto de los dos procesos de contratación pública N° SIE-MT-2014-027 y SIE-BANEC-008-2017, conforme la realidad evidenciable dentro del desarrollo de los mismos.

Para ahondar en lo anterior, toda vez que el fundamento de apelación radica en que el estándar probatorio para el paso de etapa procesal corresponde al de prueba indiciaria, compete analizar si los elementos aquí tratados se configuran en indicios que permitan presumir la existencia de una conducta anticompetitiva.

Partiendo de que el estándar probatorio exigido para la continuación del proceso investigativo en la etapa del artículo 56 de la LORCPM, es el tendiente a determinar si existen presunciones sobre prácticas anticompetitivas, se permite recordar que para la determinación de una presunción conductual debe constatarse que los elementos con los que se cuentan, tienen un peso hacia una de dos posibilidades: **i.** Hipótesis colusoria; y, **ii.** Hipótesis competitiva. Recordemos que, hablar de la probabilidad preponderante y determinarla como una conclusión más probable que improbable, se trata de una labor de valoración que aleje la arbitrariedad y le permita a la administración fundar su decisión en aquello que puede justificar a través de la motivación que le parece más probable, y no lo que le parece menos factible.

Para determinar la existencia de una presunción conductual (toda vez que no estamos tratando de su sanción sino de encontrar mérito para su investigación), la idea de las hipótesis consiste en analizar si los elementos de la conducta anticompetitiva pueden encontrarse de los hechos relevantes para el procedimiento. Si se logra descartar razonablemente que los elementos conductuales no se cumplen, no se podría otorgar mérito a la hipótesis colusiva, pues no se podrá decir que se han hallado presunciones conductuales anticompetitivas.

En el proceso de negociación, la entidad contratante deberá disponer de información respecto de las condiciones de mercado del bien o servicio a adquirir, para lo cual tomará en cuenta, sin que sean exclusivos, los siguientes elementos:

[...]4. En todo caso el oferente deberá rebajar su oferta económica en al menos el cinco por ciento (5%) del presupuesto referencial de la subasta inversa convocada [...]"

Conforme correctamente ha expuesto la INICAPMAPR en numeral 11.3 del ordinal décimo primero de la Resolución de 21 de enero de 2021 de las 17h10, existen tres requisitos *sine qua non* para la configuración de un acuerdo colusorio: **a)** existencia de dos o más operadores económicos; **b)** existencia de un concurso de voluntades producto de un acuerdo colusorio; y, **c)** que el acuerdo colusorio cause un perjuicio real o potencial para la competencia, o que derive en una afectación a la eficiencia económica o el bienestar general.

Conociendo que se cumple el primer requisito, compete analizar la existencia del segundo, es decir, que existió una concertación de voluntades de operadores económicos involucrados (o que existen indicios que la refieran). Aquí compete analizar si los dos elementos de coincidencia encontrados en ambos procesos de subasta inversa electrónica pueden constituir o acreditarse como indicios del requisito de concertación de voluntades, a fin de que le permita a la administración determinar la existencia de una presunción de conducta colusoria.

La estructura del análisis indiciario requiere de la existencia de tres componentes: **a)** el hecho base; **b)** la presunción o enlace; y, **c)** la afirmación presumida o hecho consecuencia.

- **Primer componente, el hecho base:** es un hecho cierto cuyo rendimiento, de cara a la valoración probatoria, no se agota en sí mismo, sino en su potencial para acreditar un hecho adicional distinto, de mayor complejidad¹⁸. Se trata de un hecho probado o conocido que, dependiendo de si es necesario o contingente, puede lograr demostrar por sí solo un segundo hecho (indicio necesario), o requerir ser valorado conjuntamente con otros indicios para lograr ese mismo objetivo (indicio contingente). Constituye la premisa de la cual se deriva la inferencia presuntiva y puede consistir en cualquier hecho del cual sea razonable extraer conclusiones vinculadas al hecho principal a probar.¹⁹
- **Segundo componente, presunción, enlace o inferencia:** consiste en el razonamiento extraído del indicio o de una premisa basada en la experiencia habitual, que permite partir del hecho indicador para probar un hecho distinto (el hecho-consecuencia)²⁰. No es sino una argumentación coherente con significación probatoria clara, basada en las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia, que permite relacionar el indicio con otro hecho respecto del cual no existe prueba directa, convirtiéndose en un medio para demostrar su ocurrencia²¹.

Ha de anotarse que, para los fines del Derecho de la Competencia, una cuestión interesante a tener en cuenta sobre las presunciones a las que se alude en la doctrina de la prueba indiciaria es que estas surgen dentro del proceso en base a las propias evidencias que correspondan al contexto del caso, y por tanto se deben a ella.

¹⁸ MUÑOZ SABATÉ, Lluís. Curso Superior de Probática Judicial. La Ley, Madrid, 2012, p. 167. SAN MARTIN CASTRO, César. Op.cit, p. 747. MIXÁN MÁSS, Florencio. Prueba indiciaria. Ediciones BGL, Trujillo, 1995, p. 25. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Op. cit, p. 227. FLORIAN, Eugenio. Op. cit, p.129. GARCÍA CAVERO, Percy. La prueba por indicios en el proceso penal....Op.cit, p. 47. DE TRAZEGNIES, Fernando. La teoría de la prueba indiciaria. En: Doxa, Tendencias Modernas del Derecho. Normas Legales, Trujillo, 2004, p. 25.

¹⁹ TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos. 3ra edición. Traducido por Jordi Ferrer Beltrán. Editorial Trotta, Milano, 2009. p. 480

²⁰ FLORIAN, Eugenio. De las Pruebas Penales. Tomo I. Traducido de la 3ra edición italiana por Jorge Guerrero. Editorial Temis, Bogotá, 1990, p.129

²¹ TARUFFO, Michele. Op. cit, p. 471

- **El tercer y último componente, “afirmación presumida”, “hecho indicado” o “hecho consecuencia”**: consiste fundamentalmente en la afirmación o hecho que se considera probado a partir del indicio o hecho indicador, como resultado de la presunción o inferencia desplegada.

De los tres elementos, dentro del Expediente Administrativo No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-010-2020, conforme la hipótesis de colusión circunscrita en la denuncia, y la analizada en el género por el órgano de investigación, se tiene:

- a) Hecho base: La existencia de identidad de direcciones IP dentro de los procesos de contratación pública números SIE-MT-2014-027 y SIE-BANEC-008-2017. Tratándose de un hecho conocido, que tiene la posibilidad de demostrar por sí solo un segundo hecho: la cercanía geográfica, la compartición física o la proximidad de los operadores económicos;
- b) Presunción o enlace: La identidad de las direcciones IP, como proximidad geográfica-física, debe probar (como hecho-consecuencia) el rompimiento de la incertidumbre competitiva entre competidores directos o el concierto de voluntades producto de un pacto colusorio (o dejar elementos múltiples y unívocos de aquello); y,
- c) Afirmación presumida o hecho consecuencia: Existencia del segundo requisito *sine qua non* para la configuración de un acuerdo colusorio, o lo que es lo mismo, los partícipes en los procesos de SIE alinearon su participación buscando la adjudicación del contrato a uno de los partícipes en este.

De lo anterior, de la revisión de los documentos de la etapa pre-contratual de los procesos SIE-MT-2014-027 y SIE-BANEC-008-2017, el segundo elemento (presunción o enlace) no cuenta con un respaldo adicional como prueba indirecta distinta a la proximidad geográfica-física para que pueda estar relacionado con la existencia de un concierto de voluntades producto de un pacto colusorio; pues para que se convierta en un medio para demostrar la ocurrencia de este, debe soportar vestigios del efecto o el objeto del pacto de colusión; y es que, dentro del mercado que se trata, y por el principio de primacía de la realidad, ambos procesos de subasta inversa electrónica no permiten determinar la existencia de una presunción conductual, en principio porque en el esquema anticompetitivo, el adjudicado cuenta con elementos normativos de contratación pública que sustenta plausiblemente la hipótesis competitiva, y en carácter consecuente, la proximidad geográfica-física no le permite a la administración señalar que se ha roto con la incertidumbre competitiva dentro de las SIE, o que horizontalmente haya una participación que ate anticompetitivamente a los denunciados.

Toda vez que el apelante ha referido a elementos indiciarios²² que –fuera de los elementos de coincidencia exigidos a estudio (identidad de direcciones IP y compartición de premisas físicas)-soportarían la existencia de yerro para la orden de archivo, se hace oportuno –bajo el marco anterior-analizar si dentro de la estructura del análisis indiciario, con los componentes: **a)** el hecho base; **b)** la presunción o enlace; y, **c)** la afirmación presumida o hecho consecuencia, se aporta a la determinación de la presunción de la práctica colusoria en procesos de contratación pública. Partiendo del desarrollo efectuado previamente, de inicio, encontraremos que el esquema se incumple –nuevamente- respecto del componente “presunción o enlace”, toda vez que ninguno de ellos, por sí solo, o en conjunto, permite probar como hecho-consecuencia, en la virtualidad de la

²² Vinculaciones de gestión y societaria (4.1.4); Inexistencia de ahorro competitivo (4.1.5); Participación del operador económico Multicobro S.A. (4.1.6); y, Violación de pliegos contractuales respecto a los formularios de independencia de la oferta (4.1.8).

prueba indirecta, la relación de ellos para demostrar la ocurrencia del pacto colusorio en el marco de los procesos de subasta inversa electrónica investigados.

- Respecto a las vinculaciones de gestión, los elementos de conexión entre los operadores económicos se centran, respecto de RECAPT y TELSERC, en el señor Diego Patricio Gaybor Quiroz; y, respecto de los operadores económicos CANT TECNOLOGÍA y RECAPT, en la señora Germania del Carmen Robalino Sandoval. Empero, el cargo directivo ejercido dentro de cada operador económico en el que se han participado, se ha hecho de manera exclusiva para cada compañía. Así mismo, respecto de la vinculación societaria, la presunta conexión se da entre los operadores TELSERC y RECAPT, de quien la señora Salinas Maldonado Fanny Lorena, quien actúa actualmente en cargo administrativo y como accionista de cada uno, respectivamente, lo cual no vincula (por temporalidad) a los operadores económicos en los dos procesos SIE estudiados.
- En cuanto a la “inexistencia de ahorro competitivo”, dado que el ahorro reflejado en los procesos de SIE analizados se apega al presupuesto referencial y presupuestario, esta autoridad considera que no se constituye en un indicio que soporte la hipótesis colusiva en cuanto a que, no encuentra conexidad con un presunto concierto de voluntades, partiendo que –de los elementos de cada proceso contractual- se encuentra, que el referido ahorro está procesalmente justificado en el marco de una conducta anticompetitiva horizontal, pues, del SIE-MT-2014-027, la oferta competitiva con un rubro 41% inferior respecto del presupuesto referencial solo demostraría ser la oferta más baja, y no hallaría consecuencia indirecta a la adjudicación por efectos u objeto colusivo (o de sus vestigios); y, del SIE-BANEC-008-2017, conforme el artículo 47 y 48 del RLOSNC, el mandato normativo en caso de oferente único calificado, demanda al menos la reducción del 5% respecto de la oferta inicial, y dado que dentro de ese proceso contractual no existe competencia horizontal, se entiende que el precio ofertado (reducción del 5.2%) se debe al ámbito competitivo, y no a una hipótesis de colusión.
- Respecto a la participación del operador económico MULTICOBRO S.A., ha de ponerse en énfasis que los elementos indirectos que –para el apelante- constituyen indicios que permiten presumir la existencia de un acuerdo colusorio se reducen a la participación desde la misma dirección IP dentro SIE-MT-2014-027 (tema analizado a profundidad, y descartado); y, la vinculación societaria del operador económico, que participó como accionista de RECAPT –según la página de la Superintendencia de Compañías- hasta el 13 de enero de 2013, fecha posterior al inicio del proceso de contratación de marras; y,
- En cuanto a la violación de pliegos contractuales respecto a los formularios de independencia de la oferta como indicio anticompetitivo, ha de tenerse en cuenta que, la finalidad última de este documento, es de carácter disuasorio general, y dado que los elementos de conexión a las que se refiere, esto es, la independencia de la oferta radican en la ausencia de contacto entre oferentes, no existiendo otras pruebas indirectas que respalden la hipótesis de colusión dentro de la verdad procesal del expediente administrativo, no se le puede dotar de fuerza como parámetro de valoración indiciario (deberían al menos existir más elementos que puedan coadyuvar a inferir una conducta colusoria de tipo horizontal entre los investigados).

En suma, del análisis realizado -desde el contexto procesal y desde el estudio de los elementos conductuales, con referencia a la estructura del análisis indiciario- se precisa que la persuasión de la inferencia en la prueba indiciaria depende, en buena medida, de que se consiga demostrar que todas las otras posibilidades alternativas resultan inverosímiles para explicar los hechos-base con

que se cuenta, o lo que es lo mismo, que no hay contra-indicios que puedan poner en cuestión seriamente la plausibilidad y verosimilitud de la presunción buscada. En buena cuenta, la presunción conductual anticompetitiva -desarrollada a partir de los indicios de identidad de direcciones IP y premisas físicas, así como de vinculaciones de gestión y societarias-, de entre toda una gama de posibles explicaciones, no le permite a la administración señalar que existe un concierto de voluntades. Para demostrar que la hipótesis colusiva es plausible sobre la competitiva, es necesario que de los elementos indirectos se cuente con un peso mayor al de la explicación normativa propia de los procesos de contratación pública.

Recordemos que no es lo mismo listar los elementos de convicción en los que se apoya la hipótesis colusoria, que analizar si verdaderamente existe base para asumir que los hechos indicados como probados en el proceso permiten inferir la existencia de un acuerdo colusorio o no. Lo último requiere realizar una operación de descarte de los contra indicios que pudieran llevar a una solución alternativa competitiva para explicar los hechos. Debe recordarse aquí lo dicho previamente con respecto a las condiciones de validez de la prueba indiciaria: su capacidad para generar certeza probatoria solo se alcanza cuando se demuestra que todas las otras posibilidades alternativas resultan inverosímiles para explicar el indicio o, lo que es lo mismo, que no hay contra indicios que puedan poner en cuestión seriamente la plausibilidad y verosimilitud de la inferencia planteada.²³

Del análisis hasta aquí efectuado, de los cinco elementos indiciarios señalados en el recurso de apelación, se encuentra -al hacer el estudio uno por uno, y luego, con observancia a la univocidad, conexidad y conducencia entre todos- y puede notarse que el apelante solo ha extraído la información de cada medio indiciario por separado, sin construir un razonamiento inferencial único que permita transitar de ellas hacia el acuerdo colusorio, ni hacer descartes de otras hipótesis que pudiesen explicar los hechos indicadores. Aparentemente ha confundido el indicio principal de la presunción conductual -que es el concierto colusorio de voluntades- con los elementos subsecuentes con los cuales puede -a posteriori- acreditarse la colusión (a tratarse en el apartado que sigue). Este ejercicio -por su parte- si ha sido desarrollado por la administración, y ha permitido motivar la ausencia de mérito para la continuación del procedimiento investigativo, aclaración necesaria porque la carga probatoria reside sobre esta última, y no ha sido trasladada al administrado.

8.3.- CONSIDERACIÓN ADICIONAL:

Para los fines propios de esta resolución, esta autoridad considera de vital importancia esclarecer que la valoración indiciaria aquí tratada responde a la etapa de formación de criterio para determinar la existencia de una presunción anticompetitiva en el mercado preliminarmente determinado en el Expediente Administrativo No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-010-2020, y no refiere o alcanza a la validez de la prueba indiciaria para la investigación y sanción de las conductas previstas en la LORCPM, siendo transcendental exponer:

En general, la existencia de conductas colusorias puede acreditarse principalmente mediante prueba indiciaria, siendo esto algo que la doctrina y la jurisprudencia comparada reconocen unánimemente. Los indicios que se suelen utilizar en los casos de colusión soportan -para los fines del Derecho de la Competencia- una característica adicional: suelen ser -de partida- subsecuentes, y -secundaria- concomitantes o antecedentes.

²³ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. La mínima actividad probatoria en el proceso penal. Jose Maria Bosch Editor, Barcelona, 1997, p. 231.

Doctrinalmente, la diferencia entre estas tres categorías se basa en el momento en el que se ubica el hecho indicador acreditado por el medio de prueba con relación al tema principal de prueba o hecho principal. Si el indicio es previo o simultáneo al hecho principal, entonces será un indicio de tipo antecedente o concomitante. Si es posterior, será un indicio subsecuente²⁴

En los casos de acuerdos colusorios, es claro que el hecho principal es el acuerdo o pacto anticompetitivo en sí, esto es, la convención por la cual uno o varios operadores económicos dentro del mercado relevante definido se han puesto de acuerdo para impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afectar negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general. En este sentido, toda la actividad probatoria realizada por los órganos de investigación y control, y por el de sanción, estará fundamentalmente enfocada en analizar si, existiendo presunción conductual, la cadena de eventos sucedidos después del momento en el que se produjo el hipotético acuerdo colusorio puede ser explicada de modo verosímil sin necesidad de asumir que constituyó la ejecución de éste. Recordando que antes del acuerdo colusorio, por el desarrollo de las conductas anticompetitivas, rara vez existirán actos preparatorios que tengan una carga indiciaria relevante para el caso.

Por todo lo señalado, para esta autoridad el análisis técnico y legal de la Intendencia Nacional de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, en la fase del procedimiento, observó lo dispuesto en la Resolución de 07 de enero de 2021 de las 13h30, emitida dentro del Expediente Administrativo No. SCPM-DS-INJ-RA-012-2020, de manera motivada, profundizando en el análisis y valoración de los elementos de coincidencia, demostrando la inexistencia de mérito que le permita a la administración, dentro de la verdad procesal del expediente administrativo, considerar que existe una presunción conductual anticompetitiva, haciendo que se sustente técnicamente la orden de archivo por insuficiencia de mérito para la prosecución de la siguiente fase.

NOVENO.- RESOLUCIÓN.-

Por las consideraciones expuestas, amparado en las disposiciones establecidas en los artículos 75, 76 y 82 de la Constitución de la República del Ecuador, artículo 44, numeral 2, y el artículo 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta Autoridad, **RESUELVE: NEGAR** el Recurso de Apelación presentado por el operador económico CRONIX CIA. LTDA., mediante escrito ingresado el 24 de febrero de 2021 a las 10h52, signado con el número de trámite ID 186182, en contra de la Resolución de 21 de enero de 2021 de las 17h10, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, dentro del Expediente No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-010-2020, por cuanto, en el presente caso, no se ha logrado determinar la existencia de méritos suficientes para proseguir con la investigación; en consecuencia se ratifica el acto administrativo que dispone el archivo de la causa.-

DÉCIMO.- NOTIFICACIONES.-

De conformidad con el segundo inciso del artículo 164 del Código Orgánico Administrativo en concordancia con el artículo 66 del Código Orgánico General de Procesos, y con la Disposición General Segunda de la Resolución SCPM-DS-2020-026 de 03 de julio de 2020 suscrita por esta autoridad administrativa, que determina: *“Para notificaciones se priorizará el uso de los correos*

²⁴ CLIMENT DURÁN, Carlos. La prueba penal. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 91. GORPHE, Francois. Op. cit, p.266. SAN MARTIN CASTRO, César. Op.cit, p.753-754.

electrónicos señalados por los operadores económicos. Los órganos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, instarán a los operadores económicos y a los ciudadanos en general a señalar correos electrónicos para notificaciones”, puesto que el peligro de contagio de COVID 19 es latente, con el objeto de evitar riesgos en la salud de las personas que intervienen en la tramitación de este expediente administrativo, notifíquese con la presente providencia **a)** Al operador económico CRONIX CIA. LTDA., en los correos electrónicos: fpozo@gottifredipozo.com; fgottifredi@gottifredipozo.com ; mmunoz@gottifredipozo.com y acarrera@cronix.com.ec; **b)** Al operador económico _RECAPT RECUPERACIÓN DE CAPITAL CONTAC CENTER S.A. en los correos electrónicos notificaciones@morales.ec y mm@morales.ec; **c)** Al operador económico CANT TECNOLOGÍA S.A., en el correo electrónico abg.olivopalma@gmail.com; **d)** Al operador económico TELSERC 3 DEL ECUADOR CIA. LTDA., en los correos electrónicos andres@fideslaw.ec e info@fideslaw.ec.- **e)** A la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas.-

DÉCIMO PRIMERO.- Continúe actuando en calidad de Secretaria de Sustanciación en el presente expediente la doctora Naraya Tobar.- **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.-**

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

Dra. Naraya Tobar
SECRETARIA AD-HOC