



- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Control del Poder de Mercado.
- **Órgano de origen:** Comisión de Resolución de Primera Instancia - CRPI
- **Expediente de origen:** SCPM-CRPI-022-2022
- **Expediente Apelación:** SCPM-INJ-20-2022
- **Apelantes:** CNO S.A.
EMPRESA PÚBLICA ESTRATÉGICA CORPORACIÓN ELÉCTRICA DEL ECUADOR, CELEC EP.

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO. – Quito, DM, 23 de diciembre de 2022, a las 12h40.- 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 agregada al expediente, en conocimiento de los recursos de apelación interpuesto por los operadores económicos CNO S.A. y EMPRESA PÚBLICA ESTRATÉGICA CORPORACIÓN ELÉCTRICA DEL ECUADOR – CELEC EP, en contra de la Resolución de 16 de septiembre de 2022, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia - CRPI, dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-022-2022, resolución que rechazó el Recurso de Reposición interpuesto en contra de la Resolución de 20 de junio de 2022, a las 10h27, dictada por la Comisión de Resolución de Primera Instancia dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-012-2022; 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. -

Dentro del presente expediente administrativo, se resuelven dos recursos de apelación interpuestos en contra de la Resolución de 16 de septiembre de 2022 a las 13h05, emitida dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-022-2022, resolución que rechazó el Recurso de Reposición interpuesto en contra de la Resolución de 20 de junio de 2022, a las 10h27, dictada por la Comisión de Resolución de Primera Instancia dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-012-2022, a saber:

- ❖ La señora Verónica Isabel Loján Avellán, en calidad de Apoderada y Representante Legal del operador económico CNO S.A., mediante escrito ingresado en la ventanilla virtual de la Secretaría General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el 17 de octubre de 2022 a las 14h20 con número de trámite ID. 255668;
- ❖ Recurso de Apelación, presentado por el señor Byron Eduardo Carrión Almeida, en calidad de Gerente Encargado y Apoderado Especial del ingeniero Nicolás Eduardo Andrade Laborde, Gerente General y como tal, Representante Legal de la Empresa Pública



Estratégica Corporación Eléctrica del Ecuador, CELEC EP e ingeniero Vinicio Sebastián Rivadeneira Ramírez, por los derechos que representa de la Unidad de Negocio HIDROAGOYAN en calidad de Gerente Encargado y Apoderado Especial del ingeniero Nicolás Eduardo Andrade Laborde, Gerente General y como tal, Representante Legal de la Empresa Pública Estratégica Corporación Eléctrica del Ecuador, CELEC EP, mediante escrito ingresado en la ventanilla virtual de la Secretaría General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el 17 de octubre de 2022 a las 14h20 con número de trámite ID. 255668;

Mediante providencia de 27 de octubre de 2022, a las 16h25, una vez que fue debidamente verificado que los escritos de impugnación cumplieron con los requisitos formales y sustanciales establecidos en el artículo 52 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado -IGPA, como son el principio de oportunidad, procedencia del recurso y debida fundamentación, se dispuso la admisión a trámite de los recursos de apelación, poniendo en conocimiento de las partes cada uno de los documentos impugnatorios.

TERCERO. - ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO.-

El acto administrativo que se impugna es la Resolución de 16 de septiembre de 2022 a las 13h05, emitida dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-022-2022, resolución que rechazó el Recurso de Reposición interpuesto en contra de la Resolución de 20 de junio de 2022, a las 10h27, dictada por la Comisión de Resolución de Primera Instancia dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-012-2022, que resolvió:

“[...] PRIMERO.- DENEGAR los recursos de reposición presentados por los operadores económicos CELEC y CNO, de conformidad con lo indicado en la parte motiva de la presente resolución. [...]”

CUARTO. - PRETENSIÓN CONCRETA DEL RECURRENTE.-

4.1. Operador económico CNO S.A.:

“5.1. La pretensión de la apelación del acto administrativo del cual recurrimos expresamente ante su Excelencia, y de conformidad a lo establecido en el artículo 173 de la Constitución y en el numeral 2 del artículo 44, y 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado -LORCPM-; y el artículo 52 del Instructivo de Gestión procesal Administrativa SCPM, es que, por todo lo expresado en la presente apelación, se deje sin efecto toda la Resolución Impugnada por vulneración a la seguridad jurídica, al debido proceso, al derecho a la defensa, a la falta de motivación y pronunciamiento, violación al principio de inocencia, por la caducidad de las facultades de la SCPM, por nulidades insubsanables, y por la inexistencia de restricción ilegal a la competencia en el mercado.

5.2. Que se ordene el archivo de la presente causa. [...]”

Pretensión por medio de la cual el recurrente solicita se deje sin efecto el acto administrativo de 16 de septiembre de 2022, emitido por la Comisión de Resolución de Primera Instancia -



CRPI, dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-022-2022, resolución que rechazó el Recurso de Reposición interpuesto en contra de la Resolución de 20 de junio de 2022, a las 10h27, dictada por la Comisión de Resolución de Primera Instancia dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-012-2022, en consecuencia, se pretende la reversión de la resolución sancionatoria emitida por el órgano de resolución.

En la forma de exposición del escrito que contiene el recurso de apelación que se atiende, el recurrente estructura su impugnación en la presunta vulneración a la seguridad jurídica, debido proceso, derecho a la defensa, a la falta de motivación, violación al principio de inocencia, caducidad de las facultades de la SCPM, conforme los siguientes presupuestos:

- a) Vulneración al debido proceso en la garantía de la motivación respecto a:
 - Valoración de la prueba no actuada;
 - Elementos probatorios impertinentes, inconducentes, inútiles, inadmisibles e incompatibles para demostrar la responsabilidad de la apelante dentro del mercado relevante determinado en el presente caso;
- b) La aplicación retroactiva de la Resolución No. 012 emitida por la Junta de Regulación;
- c) Inexistencia de Metodología de cálculo sobre los supuestos beneficios obtenidos, aplicación de metodología contrafactual;
- d) El cálculo de los beneficios no es adecuado ni la sanción impuesta, por no haber usado el parámetro del artículo 79 de la LORCPM;
- e) Nulidades procesales, respecto a:
 - Caducidad de las facultades de investigación y sanción, en el cierre de la etapa de prueba y la apertura del término para excepciones;
 - Caducidad para la emisión del informe final;
- f) Violación a la Confidencialidad y Reserva.

Postulados que se transcriben en lo que sigue:

“[...] 3.1. Se Vulneró el derecho al debido proceso en la garantía de la motivación en la Resolución de fecha 20 de Junio de 2022 - Falta de Motivación de las Pruebas que Obrar en el Expediente.

El acto administrativo es contrario a la Constitución y a la Ley, por cuanto se ha inobservado la garantía establecida en el Artículo 76 numero 7 letra l) de la Constitución de la República del Ecuador al adolecer de falta de motivación, no fundamenta, no sustenta los elementos fácticos jurídico y probatorios en la calificación de cada elemento probatorio. [...]

Las valoraciones y calificación de los elementos de juicio en que la CRPI fundamenta su decisión se basa en PRUEBAS NO ACTUADAS “dentro del presente expediente”



pruebas inexistentes (como lo vemos más adelante) que vulneran el derecho a la defensa, el derecho y principio constitucional a la inocencia, el principio de inmediación, la regla de contradicción, la seguridad jurídica, el debido proceso, la tutela judicial efectiva. [...]

Señor Superintendente, la motivación no es una cuestión de repetir lo que las partes han dicho en otros procesos judiciales que no corresponden al mercado producto determinado, efectuar largas transcripciones (tratando de darles el velo analógico de medios probatorios) y citas de normativas o pronunciamientos judiciales de otros procesos judiciales donde mi representada no ha sido sancionada, es pretender direccionar y vincular otros procesos judiciales a este procedimiento administrativo para sancionar a mi representada cuando no ha comprobado en este proceso la supuesta conducta vertical y solo concluye que por estos pronunciamientos de otros procesos que no están vinculados con el mercado relevante determinado le permitió concluir a la Autoridad que la adjudicación de las obras de emergencia SE ENCONTRABAN DENTRO DEL ESQUEMA DEL ILICITO COMPETITIVO y por esos elementos INCLUYEN los proyectos de Pucará y Manduriacu. [...]

La Resolución Impugnada se fundamenta en las piezas procesales recabadas en los procesos judiciales penales 17721-2019-00029G y 17721-2017-00222 [...]

El objeto de los procesos judiciales penales fue la determinación de responsabilidad penal de otros operadores económicos, NO DE CNO, mientras que el ámbito del presente proceso administrativo sancionador es determinar responsabilidad administrativa por la supuesta vulneración a la competencia económica de CNO; es decir, se trata de procedimientos que versan sobre distintos derechos jurídicos, tutelados por normas distintas (COIP – LORCPM), cuyo acervo probatorio debe adecuarse a cada norma dentro de cada respectivo proceso, tanto penal como administrativo. [...]

*Además, la autoridad administrativa no considera entre sus elementos decisorios que el proyecto Manduriacu contó con financiamiento del Banco de Desarrollo de Brasil - BANDES-, cuyas reglas aplican exclusivamente **A EMPRESAS BRASILEÑAS**, razón por la cual el proceso licitatorio fue realizado exclusivamente **ENTRE EMPRESAS DEL MISMO ORIGEN** de la banca pública financista, **ES DECIR, BRASILEÑAS**. Por tanto, la adjudicación de este proyecto a mi representada **siguió el procedimiento establecido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. LA APLICACIÓN DE LAS REGLAS DE LA ENTIDAD FINANCIERA NO TUVO EL OBJETIVO DE LIMITAR LA COMPETENCIA EN EL MERCADO**, por cuanto las condiciones del proceso licitatorio internacional contenían reglas específicas, entre ellas que tanto el participante exportador (CNO), los bienes y servicios debían ser de origen brasileños, de conformidad con el literal (B) contenido en el Contrato de Colaboración Financiera mediante descuento de títulos de crédito Nro. 12.2.0799.1 que realizan entre sí el Banco Nacional de Desarrollo Económico e Social – BNDES y la República del Ecuador (sic), con la intervención de la Constructora Norberto Odebrecht S.A. (Participante Exportador), que señala claramente que son “exportaciones brasileñas”, y de ningún otro origen [...]*



3.2. La Resolución Impugnada contiene un vicio insubsanable: la aplicación retroactiva de la Resolución No. 012 [...]

Se parte del hecho de la temporalidad determinada por la administración, como primera fecha el de la supuesta infracción - donde la CRPI ratifica que el período de duración estaría comprendido desde el 28 de octubre de 2011 con la suscripción del primer contrato de obras, finalizando el 19 de febrero de 2016 (mercado relevante temporal de comisión de la supuesta infracción) con la firma del acta de entrega definitiva a la ejecución del último contrato adjudicado [...]

El cálculo de la multa se basa en la aplicación retroactiva, ilegal e ilegítima de la Metodología inexistente establecida en la Resolución 012 emitida por la Junta de Regulación de fecha 23 de septiembre de 2016 y publicada en el registro Oficial 887 de fecha 22 de Noviembre de 2016. [...]

Señor Superintendente, en la resolución Impugnada es evidente la contradicción donde se asevera que la Resolución No. 012 es aplicable porque estaba vigente “al momento de la infracción”⁶. Esto es falso. La Resolución No. 012 fue expedida siete meses después de que cesó la supuesta infracción e incluso publicada en el Registro Oficial nueve meses después de la finalización de la supuesta infracción [...]

3.3.- Inexistencia de Metodología de cálculo sobre los supuestos beneficios obtenidos. [...]

*Como vemos, esta nueva metodología “jalada de los pelos” para hablar criollamente como la exposición, no es nada técnica ni jurídica ni económica, primero debido a que se quiso subsanar -de manera posterior- un cálculo hecho al ojo, es decir, en el Informe Final No **SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-009** se señala claramente en el punto No [522] donde consta la Tabla 17, que el cálculo se lo hace de una resta entre el monto de los contratos complementarios y el monto inicial contratado para la obra [...]*

Primero debido a que en el primer informe no se usa ningún método, y así lo acepta la propia Intendencia en el punto 561 de la Resolución de fecha 20 de Junio de 2022; y, ahora, ya aparece un supuesto nuevo método que se ha denominado contrafactual, en el que se obtiene el cálculo mediante una resta. [...]

3.4. Nulidad Procesal insubsanable. [...]

*Mediante providencia de 28 de diciembre de 2021, notificada el 29 de diciembre de 2021, la Intendencia dispuso la apertura del período de **PRUEBA A PARTIR DEL 28 DE DICIEMBRE DE 2021, “INCLUSIVE”**. En esta providencia, la Intendencia cometió un error procesal insalvable: pretendía que el término de prueba inicie un día antes de la notificación de la providencia.*

Si la providencia fue notificada el 29 de diciembre de 2021, el primer día del período de prueba debía ser EL 30 DE DICIEMBRE DE 2021 y no EL 28 DE DICIEMBRE DE 2021 (por lógica jurídica jamás un período puede iniciar un día antes de su



notificación). Esto vulneraba el derecho a la defensa de mi representada en cuanto sustraía dos días del término para presentación de pruebas. [...]

Mediante providencia de 25 de marzo de 2022, que más adelante fue anulada por su falta de sustento jurídico, la Intendencia pretendió justificar su error y alegó que la LORCPM ordena que los términos y las fases inicien de oficio. [...]

Mediante Resolución de 31 de marzo de 2022, la Intendencia emite una increíble Resolución y declaró la nulidad del proceso administrativo y ordenó su retrotracción al día hasta el 24 de marzo de 2022, fecha en la que habría terminado equivocadamente la fase probatoria, para lo cual, la Intendencia en la parte dispositiva primera de la Resolución de fecha 31 de marzo de 2022 declara la nulidad del procedimiento administrativo, y en consecuencia, notifica que se cuentan con los dos (2) días adicionales en razón de que la Autoridad omitió computar para la presentación y reproducción de pruebas, mismos que serían computados desde el día hábil siguiente a la notificación de la resolución de fecha 31 de marzo de 2022. [...]

Si bien la Intendencia pretendió subsanar este error, no lo hizo con efectos retroactivos que alcancen a la providencia de 28 de diciembre de 2021, dado que retrotrajo el proceso únicamente hasta el 24 de marzo de 2022, y, efectivamente no lo hizo, existen incongruencias. [...]

3.4.- Caducidad de las Facultades.

[...] ¿Cuántos días tendría el período de prueba si efectivamente, como señala la Intendencia, inició el 28 de Diciembre de 2021 y finalizaría el 04 de abril de 2022, ya que ese es el término señalado en la resolución de fecha 31 de marzo de 2022 - fecha en que la Resolución (sic) señala claramente que los dos días de prueba se computan a partir del día siguiente al 31 de marzo de 2022. En este caso, el período de prueba ha durado 67 días (sin haberse prorrogado), es decir no 60 días como manda la norma. No escapara a su Autoridad que se ha nulitado el proceso, tampoco escapara a su Autoridad que no se puede retrotraer nuevamente lo retrotraído, debido que ello nulitaría más el proceso y además nadie puede beneficiarse de su propio error o dolo, y ello incluye a la SCPM. Caducaron las facultades para cerrar el término de prueba y abrir la etapa de excepciones. [...]

Dado que la Intendencia no finalizó la etapa de prueba en el momento legal oportuno, sus facultades habían caducado. [...]

3.5. El cálculo de los beneficios no es adecuado ni la sanción impuesta [...]

En consecuencia, la estimación de beneficios se realiza a partir de los presupuestos referenciales de CELEC EP y, en caso de Manduriacu, y las propuestas de otros oferentes. Como se demostrará en esta sección, este criterio no es adecuado.

El cálculo de los supuestos beneficios no es adecuado, la Intendencia como la CRPI señalan que el Artículo 79 de la LORCPM hace referencia de la metodología del cálculo de la sanción, en la cual se determina del volumen de negocios total de la empresa u



operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.

Si partimos del ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa de mi representada, podrá evidenciar lo siguiente:

Primero. Que mi representada está inhabilitado, suspendido y tiene impedimento para contratar con el Estado.

Segundo. Presenta Pérdida del Ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa – 2021.-

Tercero. El Ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa es el año 2021 y no el 2020, sencillamente, la Intendencia y la CRPI se sujetaron al comunicado del portal web de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros (punto [540]) de la Resolución de fecha 20 de Junio de 2022), en el que informa el plazo para entregar los Estados Financieros: [...]

Si el volumen de negocio es cero, porque sencillamente obtuvo Pérdida en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa (2021) – como sancionan con un monto idéntico al del beneficio obtenido, imponiendo una sanción de \$ 56.755.175,98. [...]

Si es que se quería calcular los supuestos beneficios ilegales en base a la resta del valor de los contratos principales y los complementarios, lo que se debió hacer es que la autoridad competente debió declarar los contratos complementarios como ilegales de manera anterior. Hay que considerar que los contratos complementarios son legales hasta el día de hoy, consecuentemente esta forma de calcular una ilegal multa es como varios temas que ha realizado la Intendencia, forzados, para darle un velo de legalidad y motivación inexistente a la Resolución [...]

3.6.- Violación a la Confidencialidad y Reserva. [...]

La resolución de fecha 20 de Junio de 2022 AUN NO SE ENCUENTRA FIRME, no se ha agotado la vía administrativa y judicial pertinentes; sin embargo, la SCPM ha efectuado una campaña en contra de mi representada constante en la profusión de descredito en los diferentes medios de comunicación, ha realizado publicaciones en las redes sociales, entrevistas a medios de comunicaciones del extracto de la resolución de fecha 20 de Junio de 2022 sin que esté en firme. [...]"

Con las citas de la exposición de motivos, el apelante enmarca los elementos en los cuales recaerían los yerros del acto administrativo objeto de la apelación que se atiende, planteando el porqué de la invalidez alegada.

4.2 Empresa Pública Estratégica Corporación Eléctrica del Ecuador, CELEC EP Unidades de Negocio Coca Codo Sinclair e Hidroagoyan:

Dentro del recurso de impugnación se pretende:



“[...] dejar sin efecto la Resolución del Expediente Nro. SCPMCRPI- 012-2022, de 20 de junio de 2022, notificada por correo electrónico, el mismo, día, mes y año a las 11H19; así como la Resolución del Expediente Nro. SCPM-CRPI-022-2022 de 16 de septiembre de 2022, notificada por correo electrónico, el mismo día a las 16H20, ambas emitidas por la Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, por violar los derechos garantizados en el artículo 76 numeral 3 y numeral 7, literales l y h, de la Constitución de la República del Ecuador, y los artículos 48 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, 71 de su Reglamento para la aplicación (en concordancia con el artículo 164 del COGEP –valoración de la prueba-); y en consecuencia archivar el presente proceso, por carecer de fundamentos fácticos y de derecho, dejando a salvo el derecho que nos asiste para agotar las instancias administrativas y judiciales que correspondan, en defensa de los intereses que representamos. [...]”.

El recurrente solicita se deje sin efecto el acto administrativo de 16 de septiembre de 2022, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia - CRPI, dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-022-2022, resolución que rechazó el Recurso de Reposición interpuesto en contra de la Resolución de 20 de junio de 2022, a las 10h27, dictada por la Comisión de Resolución de Primera Instancia dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-012-2022, en consecuencia, igual que CNO, pretende la reversión de la resolución sancionatoria emitida por el órgano de resolución.

Revisado el recurso de impugnación, el recurrente estructura su impugnación en la presunta vulneración de los derechos garantizados en el artículo 76 numeral 3 y numeral 7, literales l y h, de la Constitución de la República del Ecuador, y los artículos 48 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, artículo 71 del Reglamento para la aplicación de la Ley, en concordancia con el artículo 164 del COGEP –valoración de la prueba-, conforme los siguientes presupuestos:

- a) Violación del derecho al debido proceso, en la garantía que nadie puede ser juzgado ni sancionado por un acto que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción administrativa; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley, en razón de la aplicación retroactiva de la Resolución 12 de la Junta de Regulación;
- b) Violación al derecho a la defensa, por inexistente valoración adecuada de las pruebas;
- c) Falta de motivación respecto a:
 - La determinación del mercado relevante;
 - Configuración de la conducta;
- d) Inexistencia de metodología para el cálculo de beneficios;

Postulados que se transcribe en el siguiente texto:



“[...] La CRPI en la Resolución de 20 de junio de 2022, impugnada por nosotros mediante recurso de reposición, sanciona una supuesta conducta cometida por nuestra representada durante el período del 28 de octubre de 2011 al 19 de febrero de 2016. FECHA EN LA QUE NO SE ENCONTRABA VIGENTE, ni siquiera se dictaba LA RESOLUCIÓN NRO. 12 DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 2016 de la Junta de Regulación de la LORCPM.

En tal sentido, NOS ADHERIMOS E INSISTIMOS con el argumento expuesto y sustentado por parte del abogado de C.N.O., pues la CRPI al aplicar la Resolución Nro. 12, está violando con ello un principio básico del derecho, pues la Ley se aplica para lo venidero conforme lo determina el artículo 7 del Código Civil [...]

Por lo ante mencionado, queda claro que se ha violado nuestro derecho al debido proceso, toda vez que nadie puede ser juzgado ni sancionado por un acto que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción administrativa; NI SE LE APLICARÁ UNA SANCIÓN NO PREVISTA POR LA CONSTITUCIÓN O LA LEY; contemplada en el numeral 3 del artículo 76 de la Constitución, pues la Resolución Nro. 12, no estaba vigente cuando se cometió la supuesta infracción administrativa, ya que la misma se encontraba vigente a partir del 23 de septiembre de 2016 y la fecha del supuesto cometimiento de la infracción según la Resolución de la CRPI fue cometida desde el 28 de octubre de 2011 al 19 de febrero de 2016.

2.2 Violación al derecho a la defensa:

Insistimos, la Resolución de 20 de junio de 2022, dictada en el expediente Nro. SCPM-CRPI-012-2022, ha violado el derecho a la defensa de la CELEC EP, pues no ha existido una valoración adecuada de las pruebas presentadas por la CELEC EP, especialmente la prueba número uno (1), que fue remitida mediante escrito de 01 de abril de 2022 y admitida en providencia de 04 de abril de 2022, prueba que pretendía demostrar que estaba mal delimitado el mercado relevante. En tal documento probatorio se puede verificar que el operador económico CELEC EP, ha contratado doscientas veintiséis (226) obras en el periodo comprendido entre los años 2011-2017 con varios contratistas distintos de CNO S.A. De las 226 contrataciones de obras, solo una (1) obra fue adjudicada al operador económico CNO S.A. En este sentido, NO SE PUEDE ENTENDER CÓMO PRETENDE LA CRPI AFIRMAR QUE EL OPERADOR CELEC EP LLEGÓ A CONFIGURAR LA PRÁCTICA PROHIBIDA EN EL NUMERAL 21 DEL ARTÍCULO 11 DE LA LORCPM. [...]

Argumentos que no desvirtúan nuestra posición, pues por un lado se menciona que cada proceso de contratación pública es un mercado relevante por sí mismo. Pero luego, por otra parte, y a renglón seguido, se manifiestan indicando que a seis (6) procesos de contratación le corresponde un (1) mercado relevante. [...]

En tal virtud, al analizar de forma incompleta la prueba presentada por las partes procesales, sin objetividad, y no entendiéndose por parte de la intendencia a cargo de la investigación, ni de la CRPI, toda la importancia, necesidad y relevancia de cada uno de los contratos suscritos entre los operadores económicos, se advierte nuevamente como en todo el proceso investigativo-sancionatorio, se violentó el debido proceso, pues se inobservó una norma legal, expresa y aplicable al caso que nos ocupa, esto es lo



dispuesto en el artículo 76 numeral 7 literal h) de la Constitución de la República del Ecuador [...]

2.3 Falta de motivación:

Otro de los aspectos relevantes, importantes y a tomar en consideración, señor Superintendente al momento de resolver el presente recurso de apelación. Existe falta de motivación en la Resolución de 20 de junio de 2022 del Expediente Nro. SCPM-CRPI-012-2022 y la Resolución del Recurso de Reposición interpuesto en contra de la misma, por cuanto como ya se explicó anteriormente, no se explica cómo es que se determina el mercado relevante para 6 procesos de contratación pública, de los cuales 1 de ellos era para la ejecución del Proyecto Hidroeléctrico Manduriacu y 5 para la ejecución de las obras emergentes de la Central Hidroeléctrica Pucará, cuando antes la CRPI manifestaba que cada contratación pública es un mercado distinto. Tampoco se explica cómo se llegó a la conclusión de que para adjudicar las obras antes mencionadas se haya concertado voluntades entre la CELEC EP y CNO S.A. [...]

De lo transcrito se puede concluir que la CRPI está juzgando la supuesta conducta de los operadores económicos en base a suposiciones, sin ningún sustento. En efecto, no se menciona en ningún pasaje de las dos Resoluciones cómo, cuándo y dónde se entregaron los supuestos sobornos para la adjudicación de estos procesos de contratación, teniendo en cuenta que por la naturaleza jurídica de la contratación de emergencia, se contrató al oferente que cumplía con los requisitos para ser adjudicatario de estas obras con la urgencia requerida. [...]

2.4 Cálculo de beneficios: [...]

Al respecto, consideramos que nuevamente se está vulnerando nuestro derecho al debido proceso en la garantía de que nadie puede ser juzgado ni sancionado por un acto que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción administrativa; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley (contemplado en numeral 3 del artículo 76 de la Constitución).

Pues no solo que la Resolución Nro. 12 no se encontraba vigente al momento en el que se cometió la supuesta conducta, sino que para colmo esta Resolución ni siquiera dispone de una metodología para el cálculo de los beneficios.

Por lo tanto, consideramos que los supuestos beneficios obtenidos por la CELEC EP, están calculados de manera ilegal e inconstitucional, en razón de que no se contó con un instrumento normativo previo, claro, público y dictado por la autoridad competente, con el cual realizar el cálculo de los beneficios. La propia CRPI ha dejado constancia en su resolución que no contó con una metodología para el cálculo de los beneficios, y pese a ello se realizó el cálculo como se quiso y este valor constituye una parte esencial del cálculo de la sanción impuesta a la CELEC EP. [...]"

Con el texto transcrito, denotamos la exposición de motivos, con el cual, el apelante enmarca los elementos en los cuales recaerían los yerros del acto administrativo objeto de la apelación que se atiende, planteando el porqué de la invalidez del acto impugnado.



QUINTO. - PROBLEMA JURÍDICO A TRATARSE. –

Una vez analizados los recursos de apelación que se resuelven en el presente acto administrativo, determinaremos como puntos controvertidos de la impugnación -y como estructura de la presente- los que siguen:

a. Del derecho al debido proceso:

➤ Garantía de motivación en la práctica y valoración probatoria:

- De las pruebas jurisdiccionales agregadas al procedimiento administrativo:
 - i. Examen de causalidad (nexo causal) entre el mercado relevante y los elementos probatorios;
 - ii. Análisis de motivación aparente, por inatención e impertinencia de la valoración probatoria;
- De las pruebas del procedimiento administrativo:
 - i. De la eficacia probatoria;
 - ii. De la práctica probatoria y su validez;

➤ Garantía de motivación en la determinación de la sanción:

- De la aplicación de la Resolución 012;
- De la fundamentación en la determinación del monto de la multa (Análisis de la motivación)
- De la Metodología de cálculo sobre los supuestos beneficios obtenidos;

➤ Garantía de motivación en la determinación del mercado relevante

b. De la validez procedimental del expediente administrativo: (3.4 CNO)

➤ De la presunta nulidad insubsanable del procedimiento administrativo

➤ De la caducidad en la INICAPMAPR

c. De la conducta:

d. De la presunta violación a la confidencialidad y reserva (3.6 CNO)

En razón de los fundamentos impugnatorios planteados, a ser desarrollados en la estructura que antecede, se determina como problema jurídico a tratarse, el determinar la validez jurídica normativa de la sustanciación de los expedientes administrativos No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-012-2019; SCPM-CRPI-012-2022; y, SCPM-CRPI-022-2022; y, el análisis de



configuración conductual anticompetitiva del numeral 21 del artículo 11 de la LORCPM, por parte de los operadores económicos CNO S.A. y CORPORACIÓN ELÉCTRICA DEL ECUADOR – CELEC.

SEXTO. - CONSTANCIA PROCESAL.-

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

a) Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICAPMAPR-012-2019:

Las constancias procesales que se anotan son las que se consideran relevantes para el presente análisis, lo que no quiere decir que no se haya revisado el expediente administrativo en su integridad:

1. Informe No. SCPM-INICAPMAPR-DNICAPR-027-2019, de 22 de julio de 2019, emitido por el Director Nacional de Investigación y Control de Acuerdos y Prácticas Restrictivas de la época, mediante el cual recomendó a la Intendente Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, proceder a la apertura de un expediente investigativo sobre las presuntas conductas tipificadas en los numerales 6 y 21 del artículo 11 de la LORCPM, con fundamento en la información constante en la resolución 10 de junio de 2019 a las 16h00, expedida dentro del expediente SCPM-IGT-INICPD-007-2019, expedido por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales –INICPD-;
2. Providencia de 24 de julio de 2019, la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Control del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas -INICAPMAPR- dispuso dar inicio a la fase de barrido por el término de treinta (30) días;
3. Informe No. SCPM-INICAPMAPR-DNICAPR-2019-037, de 03 de septiembre de 2019, mediante el cual el Director Nacional de Investigación y Control de Acuerdos y Prácticas Restrictivas –DNICAPR-, recomendó el inicio de la investigación preliminar;
4. Resolución de 04 de septiembre de 2019, mediante la cual, la INICAPMAPR, resolvió el inicio de la investigación preliminar, por el presunto cometimiento de conductas anticompetitivas establecidas dentro del artículo 11 numerales 6 y 21 de la LORCPM;
5. Informe No. SCPM-INICAPMAPR-DNICAPR-2020-026, de 05 de octubre de 2020, suscrito por el Director Nacional de Investigación y Control de Acuerdos y Prácticas Restrictivas, en el cual recomendó, iniciar de oficio la etapa de investigación formal;



6. Providencia de 06 de octubre de 2020, mediante la cual la Intendente Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, entre otras diligencias, ordenó notificar a los operadores económicos CNO S.A. y CELEC EP, con el contenido del informe No. SCPM-INICAPMAPR-DNICAPR-2020-026, de 05 de octubre de 2020, a fin de que en el término de quince (15) días, remitan sus explicaciones;
7. Escrito presentado por el operador económico CNO, ingresado el 29 de octubre de 2020, con número de trámite ID. 175033, mediante el cual presenta las respectivas explicaciones;
8. Escrito presentado por el operador económico CELEC EP, ingresado el 29 de octubre de 2020, con número de trámite ID. 175061, mediante el cual presenta las respectivas explicaciones;
9. Informe de valoración de explicaciones presentadas por los operadores CNO S.A., y, CELEC EP, No. SCPM-INICAPMAPR-DNICAPR-2020-029, de 16 de noviembre de 2020, suscrito por el Director Nacional de Investigación y Control de Acuerdos y Prácticas Restrictivas;
10. Resolución de 16 de noviembre de 2020, con la cual, la INICAPMAPR resolvió el inicio de la fase de investigación, por el plazo de ciento ochenta (180) días, prorrogables por ciento ochenta (180) días adicionales, por presuntas conductas anticompetitivas conforme el artículo 11 numeral 21 de la LORCPM, en contra de los hoy apelantes;
11. Auto resolutorio de 09 de junio de 2021 a las 09h55, se resolvió ampliar la fase de investigación formal por el plazo de ciento ochenta (180) días adicionales;
12. Informe de resultados No. SCPM-INICAPMAPR-DNICAPR-2021-026 de 02 de diciembre de 2021, suscrito por el Director Nacional de Investigación y Control de Acuerdos y Prácticas Restrictivas;
13. Auto resolutorio de 02 de diciembre de 2021 a las 15h45, en el cual, se agregó el informe de resultados No. SCPM-INICAPMAPR-DNICAPR-2021-026, y se formuló cargos en contra de los operadores económicos CNO S.A., y, CELEC EP, por la presunta existencia de un acuerdo colusorio de tipo vertical, establecido en el artículo 11 numeral 21 de la LORCPM, y se notificó con la misma y el informe de resultados No. SCPM-INICAPMAPR-DNICAPR-2021-026, a los operadores económicos fin de que presenten sus excepciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 68 del RALORCPM;



14. Escrito presentado por el operador económico CNO, ingresado el 23 de diciembre de 2021, con número de trámite ID. 220947, mediante el cual presenta las respectivas excepciones;
15. Escrito presentado por el operador económico CELEC EP, ingresado el 27 de diciembre de 2021, con número de trámite ID. 221059, mediante el cual presenta las respectivas excepciones;
16. Providencia de 28 de diciembre de 2021, en la cual se dispuso la apertura del término probatorio por sesenta (60) días, prorrogables por un término de treinta (30) días adicionales;
17. Auto resolutorio de 31 de marzo de 2022, en el cual se declaró la nulidad dentro del procedimiento administrativo, y retrotraer los tiempos procesales hasta el 24 de marzo de 2022;
18. Providencia de 06 de abril de 2022, con la que, se informó a los operadores económicos, el fenecimiento de la fase probatoria;
19. Escrito presentado por el operador económico CELEC EP, ingresado el 19 de abril de 2022, con número de trámite ID. 235109, mediante el cual presenta alegatos;
20. Informe final de Investigación No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-009, de 22 de abril de 2022, suscrito por la Intendente Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas.

b) Expediente Administrativo SCPM-CRPI-012-2022:

Las constancias procesales que se anotan son las que se consideran relevantes para el presente análisis, lo que no quiere decir que no se haya revisado el expediente administrativo en su integridad:

1. Providencia de 27 de abril de 2022 mediante la cual, la Comisión de Resolución de Primer Instancia –CRPI-, avoco conocimiento y entre otras diligencias dispuso, trasladar el Informe Final No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-009, a los operadores económicos CNO S.A. y CORPORACIÓN ELÉCTRICA DEL ECUADOR - CELEC EP, para que en el término de diez (10) días presenten sus alegatos, así como notificar a la Procuraduría General del Estado –PGE-;
2. Escrito presentado por la PGE, ingresado el 10 de mayo de 2022, con número de trámite ID. 236743, mediante el cual presenta las respectivas explicaciones, sobre el Informe Final de Investigación SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-009;
3. Escrito presentado por el operador económico CNO, ingresado el 12 de mayo de 2022, con número de trámite 236935, mediante el cual presenta las respectivas explicaciones, sobre el Informe Final de Investigación SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-009;



4. Escrito presentado por la CELEC EP, ingresado el 10 de mayo de 2022, con número de trámite ID. 236968, mediante el cual presenta las respectivas explicaciones, sobre el Informe Final de Investigación SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-009;
5. Resolución de 20 de junio de 2022, en la cual, la CRPI determina la responsabilidad de CNO y CELEC EP, en el cometimiento de la conducta prevista en el numeral 21 del artículo 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, imponiéndoles una sanción pecuniaria y medidas correctivas;
6. Escrito presentado por el operador económico CELEC EP, ingresado el 17 de julio de 2022, con número de trámite 244966, mediante el cual interpone Recurso de Reposición en contra de la resolución sancionatoria;
7. Escrito presentado por el operador económico CNO, ingresado el 18 de julio de 2022, con número de trámite 244980, mediante el cual interpone Recurso de Reposición en contra de la resolución sancionatoria;
8. Providencia de 20 de julio de 2022, en la cual, la CRPI admite a trámite los recursos de reposición remitidos por los operadores económicos CNO S.A. y CELEC EP, y dispone la apertura de un nuevo expediente;

c) Expediente Administrativo SCPM-CRPI-022-2022:

Las constancias procesales que se anotan son las que se consideran relevantes para el presente análisis, lo que no quiere decir que no se haya revisado el expediente administrativo en su integridad:

1. Providencia de 25 de julio de 2022 con la cual, la CRPI dispuso avocar conocimiento de los recursos de reposición presentados por los operadores económicos CNO S.A. y CELEC EP y el traslado de los mismos a las partes procesales;
2. Resolución de 16 de septiembre de 2022, mediante la cual la CRPI, resuelve negar los recursos de reposición planteados por los hoy apelantes;
3. Escrito presentado por el operador económico CNO, ingresado el 17 de octubre de 2022, con número de trámite 255668, mediante el cual interpone Recurso de Apelación en contra de la resolución que resuelve el recurso de reposición;
4. Escrito presentado por el operador económico CELEC EP, ingresado el 17 de octubre de 2022, con número de trámite 255692, mediante el cual interpone Recurso de Apelación en contra de la resolución que resuelve el recurso de reposición;
5. Providencia de 20 de octubre de 2022, con la cual, la CRPI dispuso poner en conocimiento de esta autoridad los recursos de apelación presentados por los operadores económicos CNO S.A. y CELEC EP.



d) Expediente Administrativo SCPM-INJ-20-2022:

En la sustanciación del recurso de apelación se hacen constar las actuaciones relevantes, sin que esto implique que no se estudió el proceso en su integridad:

1. Reproducción digital del Recurso de Apelación presentado por el operador económico CNO S.A., signado con el número de trámite ID 255668; 3.- Reproducción digital del Recurso de Apelación presentado por EMPRESA PÚBLICA ESTRATÉGICA CORPORACIÓN ELÉCTRICA DEL ECUADOR – CELEC EP, en conjunto con la Unidad de Negocio HIDROAGOYAN, signado con el número de trámite ID 255692; y, copia certificada del escrito presentado por CNO S.A. y sus anexos, el 17 de octubre de 2022, con número de trámite Id. 255676, en contra de la Resolución de 16 de septiembre de 2022, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia - CRPI, dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-022-2022, resolución que rechazó el Recurso de Reposición interpuesto en contra de la Resolución de 20 de junio de 2022, a las 10h27, dictada por la Comisión de Resolución de Primera Instancia dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-012-2022;
2. Providencia de 27 de octubre de 2022, mediante la cual se admite a trámite los recursos de apelación interpuestos por CNO y CELEC EP, y se dispone correr traslado los libelos de impugnación a las partes procesales y a la PGE;
3. Razón de 14 de noviembre de 2022, sentada por la doctora Naraya Tobar, Secretaria de Sustanciación dentro del presente expediente administrativo, mediante la cual se certifica la celebración, por medio telemático de la Audiencia Pública, con la comparecencia de los representantes de los operadores económicos CNO y CELEC EP;
4. Providencia de 16 de noviembre de 2022, por medio de la cual, se dispone la elaboración de un informe técnico respecto de las alegaciones planteadas en los recursos de apelación;
5. Informe No. SCPM-DS-037-2022 de 02 de diciembre de 2022, suscrito por el economista Carl Pfistermeister;
6. Providencia de 12 de diciembre de 2022, por medio de la cual, se traslada a las partes, el Informe Técnico No. SCPM-DS-037-2022;
7. Providencia de 20 de diciembre de 2022, mediante la cual se agregan las observaciones realizadas por el operador económico CNO al Informe Técnico No. SCPM-DS-037-2022.

SÉPTIMO. - MARCO NORMATIVO APLICABLE. -

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

La **Constitución de la República del Ecuador** –CRE- reconoce los siguientes derechos y garantías:



“Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: [...] 8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. [...]”; “Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”; “Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. [...] 2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada. [...] 4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria. [...] 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: [...] b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa. [...] d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. [...] h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento. [...] l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho [...] 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. 213.- Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano. Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley. [...]”; “Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley [...]”; “Art. 284.- La política económica tendrá los siguientes objetivos: 1. Asegurar una adecuada distribución del ingreso y de la riqueza nacional. [...]; 8. Propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes.”; “Art. 335.- El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos. El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de



competencia desleal.”; “Art. 336.- El Estado impulsará y velará por el comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, que minimice las distorsiones de la intermediación y promueva la sustentabilidad. El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley”.

La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado –LORCPM- manda:

“Art. 1.- Objeto.- El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible.”; “Art. 2.-[...] Están sometidos a las disposiciones de la presente Ley todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que las agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional [...]”; “Art. 3.- Primacía de la realidad. - Para la aplicación de esta Ley la autoridad administrativa determinará la naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a su realidad y efecto económico. La forma de los actos jurídicos utilizados por los operadores económicos no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos. La costumbre o la costumbre mercantil no podrán ser invocadas o aplicadas para exonerar o eximir las conductas contrarias a esta Ley o la responsabilidad del operador económico”; “Art. 11.- Acuerdos y prácticas prohibidas.- Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, y en general todos los actos o conductas realizados por dos o más operadores económicos, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general. En particular, las siguientes conductas, constituyen acuerdos y prácticas prohibidas: [...] 21. Los acuerdos entre proveedores y compradores, al margen de lo que establece la ley, que se puedan dar en las compras públicas que direccionen y concentren la contratación con el afán de favorecer injustificadamente a uno o varios operadores económicos. Son nulos de pleno derecho los acuerdos, prácticas, decisiones y recomendaciones que, estando prohibidos en virtud de lo dispuesto en este artículo, no estén amparados por las exenciones previstas en la presente Ley.”; “Art. 12.- Exenciones a la prohibición.- Están exentos de la prohibición contenida en el artículo anterior los acuerdos que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria autorización previa, siempre y cuando se cumplan todas las siguientes condiciones: a. Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas; b. No impongan restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos; y, c. No otorguen a los operadores económicos la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados. La Superintendencia de Control del Poder de Mercado examinará



*permanentemente los actos y las conductas de operadores económicos que se acojan a la exención establecida en este artículo, y evaluará que cumplan con las condiciones que justifican su implementación. Si, de oficio o previa denuncia, la Superintendencia comprobare que uno o varios actos o conductas implementadas con arreglo a la exención establecida en virtud de este artículo no cumple con cualquiera de las condiciones establecidas en el inciso anterior, o se aplican de manera abusiva o son contrarios al objeto de esta Ley, mediante resolución, dispondrá la cesación correspondiente, sin perjuicio de la aplicación de medidas preventivas, correctivas y sanciones de conformidad con la presente Ley.”; “**Art. 41.- Resoluciones.-** Las resoluciones que emita la Superintendencia de Control del Poder de Mercado a través de sus órganos serán motivadas y de cumplimiento obligatorio para las entidades públicas y los operadores económicos.”; “**Art. 47.- Deber de secreto y reserva.-** Quienes tomaren parte en la realización de investigaciones o en la tramitación de procedimientos o expedientes previstos en esta Ley o conocieren tales expedientes por razón de su cargo, labor o profesión, están obligados a guardar confidencialidad, reserva y secreto sobre los hechos de que hubieren tenido conocimiento a través de ellos, en aplicación de las normas de este capítulo. La obligación de confidencialidad y secreto se extiende a toda persona que en razón del ejercicio de su profesión, especialidad u oficio, aun cuando no formare parte de la Superintendencia, llegare a conocer de información contenida en los expedientes, investigaciones y denuncias fundadas en las disposiciones de la presente Ley y en las leyes y reglamentos de la materia. Sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales, que pudieren corresponder a los infractores del deber de sigilo, confidencialidad o secreto, la violación de este deber se considerará como causal de destitución. Sólo podrán informar sobre aquellos hechos o circunstancias a los Jueces, Tribunales y Órganos competentes de la Función Judicial y sólo por disposición expresa de juez o de los jueces que conocieren un caso específico, Función que mantendrá la confidencialidad de la información.”; “**Art. 67.- Recurso de Apelación o Jerárquico.-** Los actos administrativos emitidos en virtud de la aplicación de esta Ley podrán ser elevados al Superintendente de Control de Poder de Mercado mediante recurso de apelación, que se presentará ante éste. También serán susceptibles de recurso de apelación actos administrativos en los que se niegue el recurso ordinario y horizontal de reposición [...]”; “**Art. 78.- Infracciones.-** Las infracciones establecidas en la presente Ley se clasifican en leves, graves y muy graves [...] 3. Son infracciones muy graves: a. El desarrollo de conductas colusorias tipificadas en el artículo 11 de esta Ley que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas u operadores económicos competidores entre sí, reales o potenciales [...]”; “**Art. 79.- Sanciones.-** La Superintendencia de Control del Poder de Mercado impondrá a las empresas u operadores económicos, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellos que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley, las siguientes sanciones: [...] c. Las infracciones muy graves con multa de hasta el 12% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa [...] En caso de que no sea posible delimitar el volumen de negocios a que se refieren los literales a), b) y c) del primer inciso del presente artículo, las infracciones tipificadas en la presente Ley serán sancionadas en los términos siguientes: [...] 3. Las infracciones muy graves con multa de más de 40.000 Remuneraciones Básicas Unificadas [...] De igual manera, si la Superintendencia determinare que los beneficios obtenidos como resultado de una conducta contraria a las disposiciones de la presente Ley son superiores a los umbrales del 8%, 10% y 12% del volumen de negocios total del infractor, o a los montos previstos en los números 1, 2 y 3 de este artículo, sancionará al infractor con un monto idéntico al de dichos beneficios, sin perjuicio de su facultad para*



sancionar la reincidencia establecida en el inciso precedente. [...]”; **“DISPOSICIONES GENERALES. Primera. - Jerarquía. - [...] En lo no previsto en esta Ley se estará a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil, Código de Procedimiento Penal, Código de Comercio, Código Civil, Código Penal, Ley Orgánica de Servicio Público y las demás leyes y regulaciones aplicables.”**

El Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, RLORCPM, señala:

“Art. 3.- Confidencialidad de la información.- La información y documentos que haya obtenido la Superintendencia de Control del Poder de Mercado en la realización de sus investigaciones podrán ser calificados de reservados o confidenciales, de oficio o a solicitud de parte interesada. La Superintendencia establecerá el instructivo para su tratamiento en el marco de la Constitución y la ley.”; **“Art. 4.- Criterio general de evaluación.-** La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, para determinar el carácter restrictivo de las conductas y actuaciones de los operadores económicos, analizará su comportamiento caso por caso, evaluando si tales conductas y actuaciones, tienen por objeto o efecto, actual o potencialmente, impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o atentar contra la eficiencia económica, el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios”; **“Art. 8.- Presunción de práctica restrictiva.-** Se presumirá que tienen por objeto impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, que afectan negativamente a la eficiencia económica y al bienestar general, todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, y en general cualquier acto o conducta realizados por dos o más operadores económicos, competidores, reales o potenciales, que directa o indirectamente: 1. Fijen de manera concertada o manipulen precios, tasas de interés, tarifas, descuentos, u otras condiciones comerciales o de transacción, o intercambien información con el mismo objeto o efecto.”; **“Art. 9.- Acuerdos y prácticas restrictivas excluidas de la regla de mínimis.-** Las conductas enumeradas en el artículo anterior se excluyen de la aplicación de la regla de mínimis establecida en virtud del artículo 13 de la Ley y conforme este reglamento.”; **“Art. 10.- Exención.-** A efectos de la aplicación de la exención establecida en el artículo 12 de la Ley, se estará a las siguientes reglas: 1. Los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas contemplados en el artículo 11 de la Ley que no cumplan las condiciones del artículo 12 de la misma están prohibidos y serán sancionados de acuerdo con la Ley. 2. Los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas contemplados en el artículo 11 de la Ley que reúnan las condiciones del artículo 12 de la misma no están prohibidos, sin que sea necesaria autorización previa alguna a tal efecto. 3. En todos los procedimientos de investigación y sanción el o los operadores económicos que invoquen ser beneficiarios de la exención establecida en el artículo 12 de la Ley deberán aportar la prueba de que se cumplen las condiciones previstas en dicho artículo.”.

El Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (Resolución SCPM-DS-012-2017 de 16 de marzo de 2017) prevé:

“Art. 21.- PROCEDIMIENTO PARA LOS CASOS DE INVESTIGACIÓN INICIADOS DE OFICIO; O, A SOLICITUD DE OTRO ÓRGANO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. La investigación previa es de naturaleza indagatoria con fines de búsqueda y no propiamente procesal y está ubicada dentro de la categoría de estudio de posibles distorsiones competitivas en un mercado concreto. Por esta razón, se la realizará mediante el mecanismo de simple



requerimiento de información a través de oficios, de cooperación, recopilación, orden cronológico, sanción en caso de no entregar la información y valoración documental selectiva final, sea de prosecución o de archivo. Cuando se presuma la existencia en forma directa o indirecta de conductas anticompetitivas, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado deberá realizar una investigación preliminar de acuerdo al siguiente procedimiento:

a) DE OFICIO.- La fase de barrido se iniciará cuando llegue a conocimiento del órgano de investigación el presunto cometimiento de una infracción por parte de un operador u operadores económico (s), informará sobre la pertinencia de iniciar la fase de barrido al Intendente General en el término de veinte y cuatro (24) horas para su conocimiento y continuación del trámite. Con la autorización del Intendente General, el órgano de investigación iniciará la fase de barrido y asignará un nombre de fantasía. La fase de barrido y el análisis de la información obtenida serán recogidas en un informe, que se emitirá dentro del término de los treinta (30) días posteriores contados a partir de la autorización del Intendente General, con lo que concluirá dicha fase. De ser procedente dentro del término de tres (3) días posteriores se dará inicio a la fase de investigación preliminar, caso contrario se informará al Intendente General el archivo por falta de méritos. La fase de investigación preliminar se iniciará cuando el Intendente respectivo en el término de tres (3) días mediante providencia avoque conocimiento y disponga la apertura del expediente por el término de ciento ochenta (180) días. Concluido éste término se notificará al o los presuntos responsables en tres (3) días hábiles, los mismos que tendrán el término de quince (15) días para presentar explicaciones; luego de lo cual, el Director correspondiente elaborará un informe de investigación preliminar con el inicio de la investigación o archivo del expediente en el término de diez (10) días, para conocimiento y suscripción del Intendente con lo cual concluirá esta fase. El Intendente en diez (10) días hábiles deberá pronunciarse mediante providencia sobre el inicio de la fase tres (3) denominada de Investigación; o, caso contrario la archivará debidamente motivada, terminando así con la fase de investigación preliminar. En caso que se resuelva el inicio de la fase de investigación, en la misma providencia se dispondrá al Director correspondiente la elaboración de un plan de trabajo en el término de diez (10) días, a presentarse por escrito al Intendente General y al Intendente, el cual contendrá la fecha de inicio, la hipótesis del caso y la fecha probable de finalización, y se abrirá la /investigación por el plazo de hasta ciento ochenta (180) días, excepcionalmente prorrogables hasta por ciento ochenta (180) días a criterio del Intendente en coordinación con el Intendente General. La etapa de investigación concluirá con la elaboración de un informe de resultados emitido por el Director correspondiente; mismo que contendrá las conclusiones y recomendaciones, sobre las cuales el Intendente emitirá el informe con la formulación o no de cargos- El informe para la formulación o no de cargos del Intendente y el informe de resultados emitido por el Director correspondiente, se lo hará en el término de quince (15) días que decurrirá dentro del referido término de ciento ochenta (180) días, dando inicio a la fase cuatro (4) denominada de sustanciación. En esta fase de sustanciación se notificará al o los investigados para que contesten y deduzcan excepciones en el término de quince (15) días, de conformidad con los artículos 58 al 61 de la LORCPM y 62 al 72 del Reglamento. Con la contestación y excepciones, o en rebeldía, se continuará con la etapa de prueba, para lo cual mediante providencia ordenará la apertura del término probatorio por sesenta (60) días, prorrogables hasta por treinta (30) días más a criterio del Intendente. Durante esta etapa podrán realizarse informes y practicarse toda clase prueba que la autoridad requiera. Una vez concluido el término probatorio, en quince (15) días hábiles el Intendente emitirá el informe final de sustanciación el cual será remitido junto con el expediente a la Comisión de Resolución de Primera Instancia



- CRPI-, iniciándose la fase cinco (5) denominada de resolución; o, en su defecto el Intendente dispondrá su archivo debidamente motivado. La Comisión de Resolución de Primera Instancia desde la recepción del informe final de sustanciación y el expediente, mediante providencia avocará conocimiento y correrá traslado del informe final a las partes dentro del término de tres (3) días. La CRPI elaborará un plan de trabajo en el término de tres (3) días, en el que se definan las fechas estimadas de resolución. Las partes podrán presentar alegatos en el término de diez (10) días. La CRPI, de creerlo necesario, solicitará al órgano de investigación la práctica de nuevas diligencias, del mismo modo, de considerarlo procedente, se convocará a audiencia pública y se emitirá la Resolución definitiva en el plazo máximo de noventa (90) días.”

OCTAVO. - ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO DE LA APELACIÓN. –

Conforme lo dispuesto en la Constitución de la República del Ecuador -CRE-¹, las Superintendencias son organismos técnicos de vigilancia y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general.

El artículo 1 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM) establece para el régimen de competencia ecuatoriano:

*“El objeto de la presente Ley es [...] la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas [...] 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.”*²

Es así como, por mandato expreso de la LORCPM, se crea la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, como un organismo técnico de control, entre cuyas potestades legales consta la de sustanciar procedimientos administrativos -entre otros- para la investigación y, de ser el caso, sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas acorde los presupuestos normativos de tipo de la infracción previstos en la LORCPM. Por otro lado, la Carta Constitucional impone que cada entidad estatal debe actuar conforme a las atribuciones que le otorga el marco normativo, misma que a la letra reza:

¹ CRE. - “Art. 213.- Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano. Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley. [...]”

² LORCPM.- “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. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.”

Ateniendo al objeto y ámbito de aplicación de la LORCPM, por los cuales la SCPM debe salvaguardar la efectiva competencia en el mercado, mediante la prevención y prohibición de conductas anticompetitivas, efectuadas por operadores económicos que produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional; en concordancia con el criterio general de evaluación de las conductas contenido en el artículo 4 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado –RLORCPM-, se encuentra que los acuerdos y prácticas prohibidas y estipuladas en el artículo 11 de la LORCPM se refieren a actuaciones coordinadas entre operadores económicos con el objeto o efecto de impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afectar negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general.

Una vez establecida de manera general la competencia de esta Superintendencia para sustanciar la investigación, control y sanción de las conductas identificadas en el acto administrativo de 20 de junio de 2022 a las 10h27 (a llamarse “acto administrativo sancionatorio” en lo posterior); así como de máxima autoridad para la resolución de las impugnaciones verticales, se atenderán los fundamentos de apelación en la estructura antedicha.

8.1.- DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO:

De conformidad a la CRE, el derecho al debido proceso incluye un conjunto de garantías básicas tendientes a tutelar un proceso justo, libre de arbitrariedades en todas las instancias judiciales y administrativas; y, contempla varios presupuestos de cumplimiento, entre ellos se plasman sus garantías básicas en el artículo 76, cada una con una dimensión diferente, por lo que se requiere que los recurrentes –para los fines de atención de sus alegaciones- propongan los cargos sobre los que fundan su impugnación.

La Corte Constitucional del Ecuador, en su sentencia No 546-12- EP/20, ha manifestado:

“[...] 23.1. El derecho al debido proceso es un principio constitucional que está rodeado de una serie de reglas constitucionales de garantía (art. 76 de la Constitución y sus numerales...)”

23.2. Si bien el derecho al debido proceso es el principio que fundamenta las mencionadas reglas de garantía, la suma de estas no agota el alcance de aquel derecho. Así, los casos de violación de las señaladas garantías no son los únicos supuestos de vulneración del derecho al debido proceso.”



23.3. La legislación procesal está llamada a configurar el ejercicio del derecho al debido proceso y de sus garantías en el marco de los distintos tipos de procedimiento, a través de un conjunto de reglas de trámite.

23.4. No siempre la violación de estas reglas de trámite involucra la vulneración del principio al debido proceso. Es decir, no siempre aquellas violaciones legales tienen relevancia constitucional. Para que eso ocurra, es preciso que, en el caso concreto, además de haberse violado la ley procesal, se haya socavado el derecho al debido proceso en cuanto principio, es decir, el valor constitucional de que los intereses de una persona sean juzgados a través de un procedimiento que asegure, tanto como sea posible, un resultado conforme a Derecho. Lo que, de manera general, ocurre cuando se transgreden las reglas constitucionales de garantía antes aludidas [...]

En el caso particular se han objetado la validez y eficacia de la práctica y la valoración de la prueba, materializada a través de la violación a la garantía de motivación en el acto administrativo sancionatorio. A efectos de simplificar el análisis, conviene acotar el examen que se realizará en relación a los derechos cuya vulneración se alegan; así, en el caso, de los distintos derechos invocados —motivación, defensa, debido proceso y seguridad jurídica—, se verifica que la presunta vulneración del derecho al debido proceso tiene un carácter principal en relación a los otros tres. Esto, porque básicamente se alega la transgresión de la garantía de motivación en la práctica y valoración probatoria en el acto, lo cual a su vez generaría vulneración del derecho a la defensa, que se instituye como derecho y garantía dentro del artículo 76 de la CRE.

Se hace notar que, en relación a las alegaciones que se trataran en este apartado, la vulneración a la garantía de motivación invocada por ambos recurrentes puede resultar genérica. Por ende, si bien se desarrollaran los aspectos impugnatorios en la forma en que han sido planteados, se lo hará con miras a cubrir los cargos propuestos desde la afirmación de vulneración de un derecho (motivación), el señalamiento de la acción u omisión de la administración que habría ocasionado la vulneración (práctica y valoración probatoria) y el análisis de si la acción u omisión acusada vulnera el derecho principal que los recoge (debido proceso). Esta forma de atención a los recursos de apelación se hace, toda vez que los recurrentes efectúan alegaciones extensas de un mismo punto de vulneración con aristas no necesariamente compatibles entre sí.

➤ **Garantía de motivación en la práctica y valoración probatoria:**

La Corte Constitucional del Ecuador, en cuanto a la garantía de la motivación ha expresado:

“[...] 20. La garantía de motivación se encuentra prevista en el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución que establece, en lo principal, que “(n)o 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”.

- 1. De acuerdo con la sentencia No. 1158-17-EP/21, que sistematiza la jurisprudencia reciente de esta Corte sobre la referida garantía, una decisión del poder público debe contener una motivación suficiente tanto en lo normativo (enunciación y justificación*



suficiente de las normas y principios jurídicos en que se funda la decisión, así como la justificación suficiente de su aplicación a los hechos del caso), como en lo fáctico (una justificación suficiente de los hechos dados por probados en el caso analizando las pruebas dentro del proceso)³”

De lo expuesto, hemos de señalar que cuando se invoca una presunta vulneración de la garantía constitucional de motivación, el proponente debe indicar frente a qué vicio motivacional se encuentra el acto administrativo, ergo, incumplimientos del criterio rector emitido por la Corte Constitucional en sentencia No. 1158-17-EP-21, a saber:

- i) Inexistencia: Ausencia absoluta de los elementos mínimos de la motivación;
- ii) Insuficiencia: Cumplimiento defectuoso de los elementos mínimos; y,
- iii) Apariencia: Cuando a primera vista parece suficiente, pero en realidad no lo es, porque incurre en vicios que afectan a su suficiencia; en función de lo dicho la CCE analizó la identificación de los siguientes vicios:
 - Incoherencia: Existe contradicción entre: Premisas o premisas y conclusión (lógica) / Conclusión o decisión (decisional);
 - Inatinencia: Las razones no tienen que ver con el punto en discusión;
 - Incongruencia: cuando, no da respuesta a los argumentos de las partes, o no aborda cuestiones exigidas por el derecho la decisión;
 - Incomprensibilidad: No es razonablemente inteligible.⁴

Conforme lo expuesto, justificamos la forma de tratamiento a los fundamentos dentro de este primer apartado, dado que las meras alegaciones de inobservancia de la garantía de motivación no pueden tomarse en abstracto y resolverse en específico, cuando –en la especie- al tratarse de un recurso vertical, se deben desarrollar los fundamentos impugnatorios de los recursos que se sustancian. Por lo cual, y siendo el punto controvertido a analizarse respecto de la práctica y valoración probatoria, se observa:

i. Del mercado Relevante. Examen de causalidad (nexo causal) entre el mercado relevante y los elementos probatorios:

Previo a observar el fondo de este apartado, se parte por analizar el elemento sobre el que recaen, esto es, la determinación del mercado relevante. Como se puede observar del recurso de apelación de CNO, el impugnante no tiene argumentación contraria a la determinación del mercado de referencia, siendo sus alegaciones (fundamentos de hecho) circunscritas al aspecto conductual y procedimental; empero, CELEC argumenta específicamente: “[...] ¿por qué se ha fijado para seis procesos de contratación un sólo mercado relevante, y no se hizo como ellos señalan la investigación de un mercado relevante por cada uno de los procesos de contratación? [...]”; sin embargo, la misma pertenece a la alegación dentro del apartado de la “violación al derecho a la defensa”, en cuanto a la “prueba número uno (1), que fue remitida

³ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 2773-17-EP/22 de 22 de junio de 2022.

⁴ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21 de 20 de octubre de 2021.



mediante escrito de 01 de abril de 2022 y admitida en providencia de 04 de abril de 2022, prueba que pretendía demostrar que estaba mal delimitado el mercado relevante”.

En consecuencia de lo anterior, al no existir alegaciones contrarias a la determinación del mercado relevante, se tiene el mismo como determinado correctamente en el acto administrativo de la CRPI en análisis. Ahora bien, aquello no quiere decir que las alegaciones circundantes al mismo no deben o no vayan a ser observadas, sino que se las examinará en el campo de vulneración en que han sido planteadas.

En esa línea, lo apelantes se aúnan en considerar que existirían dos tipos de vulneraciones, por una lado, al derecho al debido proceso por inobservancia de la garantía de motivación (CNO. 3.1), y por otro, del derecho a la defensa en la valoración probatoria (CELEC. 2.2). Sin embargo, si se encausan ambas vulneraciones, podemos encontrar que refieren al examen de causalidad (nexo causal) entre el mercado relevante y los elementos probatorios para fines de determinación conductual, conforme se detalla a continuación:

La Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado y Prácticas Restrictiva, en el informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-009 ha señalado:

“[23] De los hechos constantes en el expediente de investigación signado con el número SCPM-IGT-INICAPMAPR-012-2019 se colige que la presunta infracción al artículo 11 se habría dado principalmente en los procedimientos ejecutados por CELEC en situación de emergencia y de régimen especial, en los cuales se identificaron acciones que podrían contravenir lo establecido en el artículo 11 de la LORCPM. [...]

[34] Con esta información, se lograron identificar 113 procesos que CELEC EP ha llevado a cabo a través de emergencia o régimen especial durante el periodo comprendido entre 2011 a 2016. Como se puede observar en la tabla a continuación, el 19% de los procesos se llevó a cabo bajo emergencia, y el 81% bajo régimen especial. De esos procesos, durante ese periodo, el 23% fue adjudicado a CNO S.A. bajo emergencia, y el 1% bajo régimen especial. [...]

[35] Por su parte, considerando el monto adjudicado en los 113 procesos llevados a cabo por CELEC EP durante 2011-2016, al operador CNO S.A. con 6 procesos, se le fue adjudicado el 94% bajo emergencia, y el 98% bajo régimen especial [...]

[37] Conforme los datos antes expuestos, la tabla ut supra resumiría las características de las obras de los procesos de contratación que conformarían el mercado de producto en el que se circunscriben las acciones de los operadores económicos que son materia de investigación en el presente proceso administrativo. De manera general, se observa un mercado conformado por las obras adquiridas en los 6 procesos de contratación, clasificados en 2 CPC a 9 dígitos, en los que CNO S.A. y CELEC EP han suscrito contratos de adjudicación [...]

[49] De la información obtenida del SERCOP, se obtiene que 2 operadores económicos participaron y/o fueron adjudicados procesos de contratación identificados bajo diferentes



*CPC y que corresponden a los proyectos de Manduriacu y Pucará. El 100% del monto total adjudicado en este mercado de producto, se lo adjudicó CNO S.A [...]*⁵

Por su parte, la CRPI en la resolución de 02 de junio de 2022, en cuanto a la determinación del mercado relevante indica:

“[378] Siendo entonces que el mercado de contratación pública se da bajo las directrices del SNCP definidas por la LOSNCP, en este sentido, el estudio del mercado relevante deberá realizarse sobre la base de dichas normas y en consideración al análisis de los parámetros técnicos implícitos en estas.

[379] Acorde a las normas que rigen el ámbito de los procesos de compras públicas, independiente del tipo de proceso de contratación pública que se trate, en las etapas precontractuales al inicio del mismo, se deben determinar las especificaciones técnicas o términos de referencia (TDR's) de los bienes o servicios requeridos. Este axioma limita el desplazamiento de la demanda y oferta hacia posibles sustitutos que se hallen por fuera de las características definidas.

[380] Posterior a ello, la entidad contratante diseñará los pliegos de condiciones contractuales, determinando el alcance que tendrá el proceso de contratación en función de los TDR's. Por lo tanto, dentro del procedimiento de compras públicas una vez definidos los pliegos no resulta posible la modificación del objeto del contrato, porque los elementos técnicos, económicos y legales requeridos ya fueron fijados, y estos influyen significativamente en la definición del mercado relevante [...]

*[400] En el presente caso, la demanda efectiva está compuesta por el operador económico CELEC, organismo estatal que buscó adquirir los bienes de obra pública a través de los seis procesos de contratación señalados ut supra y como quedó establecido, **no existe posibilidad de sustitución** respecto de las obras requeridas en los pliegos para las centrales hidroeléctricas [...]*

*[402] De la información de los pliegos se destaca la participación de dos operadores económicos en la etapa precontractual del proceso bajo régimen especial con No. RE-GEN-CELEC-007-11, proyecto Hidroeléctrico Manduriacu, esto es el operador económico CNO y la empresa CONSORCIO CONSTRUCTOR MANDURIACU (ENGEVIX ENGENHARIA S.A. Y OAS CÍA. LTDA.), el cual finalmente fue adjudicado al operador económico CNO. **Cabe señalar que para este proyecto, al haberse financiado con fondos provenientes de Brasil existió una restricción adicional de que las empresas participantes como oferentes deberían tener dicha nacionalidad.***

*[403] En tanto que los procesos relativos al proyecto Pucará, al contratarse bajo régimen especial, fueron adjudicados **de forma directa por parte de CELEC al operador económico CNO, sin que se considere la participación de otro oferente.** En este sentido, no existió ni potencialmente presión desde el lado de la oferta.*

⁵ Informe final No. INFORME SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-009



[404] Conforme lo señalado, las consideraciones técnicas, normativas y procedimentales impiden el desplazamiento de la demanda y de la oferta hacia sustitutos por fuera del procedimiento, ya que el proceso de contratación pública en sí mismo es el mercado relevante”

En armonía con los textos transcritos, de conformidad con el segundo inciso del artículo 5 de la LORCPM, el mercado de producto comprende, al menos el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos, y siendo que no existe sustitución en materia de contratación pública, se fijará éste, asociado a 2 códigos CPC a nivel de 9 dígitos: 532620011 (construcciones de centrales eléctricas, incluidos el equipo y las centrales generadoras de energía nuclear) y 543300013 (servicios de obras taludes), que son en los que se resumen las características de las obras de los procesos de contratación que conformarían el mercado de producto en el que se circunscribe la conducta sancionada.

A partir de este último considerando, se puede desechar la argumentación de CELEC en cuanto a la vulneración al derecho a la defensa “*por falta de valoración adecuada de la prueba de 01 de abril de 2022 y admitida en providencia de 04 de abril de 2022*”, toda vez que, la argumentación está dirigida a que de las 226 obras en el periodo comprendido entre los años 2011-2017, la entidad contratante adjudicó a CNO S.A. una sola obra, en el contexto de que para la determinación de la infracción al artículo 11, numeral 21 de la LORCPM se requiere que la entidad contratante “concentre” la contratación. Al respecto, la alegación no tiene sustento -ni por forma ni por fondo-, en particular porque, el apelante no efectúa un análisis de la norma, ni toma todas las valoraciones efectuadas en el acto administrativo impugnado, donde encontrará que, del mercado del producto asociado a 2 códigos CPC a nivel de 9 dígitos, CNO participó en 6 procesos, lo que alega el recurrente es tomar un universo sin conducencia, sin refutar el tipo y/o modalidad de contratación, ni el CPC que encausa y genera concordancia entre la determinación del mercado relevante y la forma de configuración conductual detectada por la CRPI. Entiéndase que, dadas las particularidades de los procesos de emergencia (materia de adjudicación de 5 procesos), no se contó con la participación de otros operadores económicos distintos a CNO S.A., siendo esa la modalidad de la infracción, para esos dos parámetros.

En cuanto a la alegación de CNO, que por fines motivacionales se cita su esencia, se indica:

*“[...] Las valoraciones y calificación de los elementos de juicio en que la CRPI fundamenta su decisión se basa en PRUEBAS NO ACTUADAS “dentro del presente expediente” pruebas inexistentes (como lo vemos más adelante) que vulneran el derecho a la defensa, el derecho y principio constitucional a la inocencia, el principio de inmediatez, la regla de contradicción, la seguridad jurídica, el debido proceso, la tutela judicial efectiva. En la motivación solo se señala que se cumple con el parámetro de la suficiencia o la estructura “mínima” para el razonamiento de la decisión. Lo anterior demuestra que los elementos probatorios no son pertinentes, conducentes y útiles, y además son totalmente inadmisibles e incompatibles para demostrar la responsabilidad de mi representada dentro del **MERCADO RELEVANTE DETERMINADO EN EL PRESENTE CASO, que son SEIS procesos de contratación pública bajo la declaración de emergencia –régimen especial-** como*



lo remarca la misma CRPI en la página 40 en el punto 17 de la Resolución recurrida [...]

Esto no ocurrió, ya que la CRPI violentó la garantía constitucional de motivación debido a que la carga argumentativa de la resolución recurrida no es suficiente ni adecuada (es mínima como lo dice la propia CRPI), ello porque no nexo causal entre el mercado relevante determinado y los elementos probatorios [...]

*En el presente caso estamos frente a una Resolución de la CRPI con **aparente motivación**, ya que a primera vista parece suficiente, pero en realidad no lo es, la aparente motivación afecta a su suficiencia, porque **presenta vicios motivacionales por inatinencia e impertinencia**.*

[...] Señor Superintendente, la carga probatoria en el presente procedimiento administrativo le corresponde a la Administración, sin embargo, el órgano investigativo sustanciador no activó sus facultades de investigación, sino que se dedicó a reproducir y certificar piezas procesales de otros procesos judiciales que no guardan relación con el mercado producto relevante que se determinó y del cual se estaba investigando, en tal sentido, la norma no remite a que se reproduzca ni se certifique piezas procesales que no fueron evacuadas en el presente expediente [...]" Énfasis añadido

Es decir, la vulneración al debido proceso alegada tiene como parámetro, presuntos vicios motivacionales del acto administrativo de 20 de junio de 2022 de la CRPI, de aparente motivación por inatinencia e impertinencia, al no existir justificativo de determinación del mercado de producto a los 6 procesos de contratación pública identificados con CELEC, dado que para dicha determinación se han usado elementos probatorios de procesos judiciales, y no se ha efectuado una real y efectiva investigación por parte de la INICAPMAPR.

Al respecto, se principia por indicar que conforme se puede confirmar de la verdad procesal del expediente de la INICAPMAPR, y posterior en el acto administrativo sancionatorio, la determinación del mercado de producto se efectúa a partir del tipo conductual, es decir, que tratándose de conductas que integran voluntades desde la demanda y la oferta en el marco de la contratación pública –y al no tener cabida el análisis de sustitutos por fuera de lo marcado en los términos de referencia- se determina el mercado del producto desde la información remitida por el SERCOP y la CELEC EP⁶, en la cual se determina que en los códigos CPC a nivel de 9 dígitos (532620011 y 543300013), para la autoridad administrativa pudo darse la conducta, en particular, **en los procedimientos de emergencia**: EMERCELECEPGG267-11-00001; EMERCELECEPGG267-11-00002; EMERCELECEPGG267-11-00003; EMERCELECEPGG267-11-00011; y, EMERCELECEPGG267-11-00012; y, en el **procedimiento de régimen especial**: RE-GEN-CELEC-007-11. Siendo entonces que la determinación efectuada por la administración no se deba a lo indicado dentro de los procesos judiciales.

⁶ Trámites ID 142883, 169141, y 170577 – SERCOP, y trámite ID 170519 – CELEC EP



Esta determinación –nuevamente, de la verdad procesal- puede encontrarse sometida a conocimiento de los administrados, en lo referente a los escritos ingresados el 07 de septiembre de 2020 a las 16h34, con número de trámite ID 169627, y 17 de septiembre de 2020 a las 08h41, con trámite ID 170519 de CELEC EP, en que remitió la información respecto de los contratos para la construcción del túnel de carga de la central Pucará y los contratos para la construcción de la hidroeléctrica Manduriacu; el escrito de 09 de septiembre de 2020 a las 17h52, con trámite ID 169882, el operador CNO S.A., remitió información respecto de los contratos para la construcción de la hidroeléctrica Manduriacu y para la construcción del túnel de carga de la central Pucará; y, el oficio No. SERCOP-SDG-2020-0770-OF de 17 de septiembre de 2020, con trámite ID 170577, en que se remitió información respecto de los procesos de contratación para la construcción del túnel de carga de la central Pucará; siendo aquella información la que aportó a la investigación para determinar la relación contractual entre CNO S.A., y CELEC EP, para la construcción de la hidroeléctrica Manduriacu y túnel de carga de la hidroeléctrica Pucará, y que sirvió también para determinar en lo posterior el mercado relevante.

En consecuencia, conforme lo descrito en la construcción de la alegación del recurrente, los vicios motivacionales referidos no tienen pertinencia, dado que, se han separado partes del acto administrativo para direccionar que en la sustancia, que no es otra cosa que la determinación del mercado de producto, existen inserciones probatorias ajenas que incluyen o hicieron incluir a los proyectos Manduriacu y Pucará como parte del mercado relevante; sin embargo, tal es la improcedencia de la alegación, toda vez que las citas de “ausencia de motivación” no se las ubica en la calificación y valoración probatoria del acto administrativo de la CRPI, sino en partes previas que se deben a su propio contexto. Y, finalmente, siendo que las alegaciones de vicios de calificación probatoria no han sido expresadas en específico, es decir fundamentar conforme la naturaleza jurídica de cada una, no podría valorárselas al no tenerse constancia en particular –respecto de este apartado- de su procedencia en cuanto a cada elemento, tal como deben proponerse y calificarse en materia de Derecho Procesal; empero, para ejercicio motivacional, se analizará en el apartado que sigue.

ii. Análisis de motivación aparente, por inatención e impertinencia de la valoración probatoria

Teniéndose presente que el derecho a la prueba es la posición jurídico-constitucional que poseen las partes de un proceso o procedimiento de exigirle a la autoridad juzgadora el aseguramiento, la producción y valoración de los medios de prueba relevantes; se debe precisar que el derecho constitucional a la prueba se encuentra limitado por los requisitos intrínsecos de la prueba que son inherentes a la actividad probatoria, requisitos que se derivan de los principios de la prueba y que se traducen en los parámetros para la calificación de la admisibilidad de los medios probatorios y requisitos o límites que deben encontrar equilibrio con el derecho a la defensa de las partes.

Para dotar de contexto de tratamiento de este apartado, siguiendo a Taruffo, encontramos que existen tres acepciones de prueba: como medio, actividad y resultado. Como medio de prueba



designa «todo elemento que pueda ser empleado para el conocimiento del hecho». Como resultado es la «demostración alcanzada: se da la prueba cuando el juez establece que la aserción sobre el hechos es aceptable». Finalmente, como actividad indica la vinculación que se instaura entre la prueba como medio y la prueba como resultado; esto es, la relación entre el medio de prueba y la confirmación de la aserción sobre el hecho⁷

La utilidad de hacer la distinción entre medio, actividad y resultado se observa en Ferrer Beltrán, al mencionar que estas acepciones de prueba se constituyen, a su vez, en tres tipos de regulaciones sobre el derecho probatorio: **a)** las reglas de la actividad probatoria que «son las que establecen el inicio y/o final de la fase de prueba en el proceso, las formas para la práctica de la prueba, la iniciativa de la actividad probatoria, etc.»; **b)** las reglas de los medios de prueba se refieren a la definición de los medios, a los condicionamientos de admisibilidad de los medios (testimonios, documentos, entre otros); a la exclusión de uno o diversos medios de prueba; y aquellas que determinan qué medios de pruebas se practican en un procedimiento en especial; y, **c)** las reglas sobre el resultado probatorio son las que se refieren a los sistemas de valoración probatoria.⁸

Analizados los recursos de apelación, se podrá observar que las vulneraciones en materia probatoria no identifican sobre qué tipo de regulación y sobre qué forma de acepción se ve violentado el derecho de motivación por yerros de valoración probatoria, presupuesto necesario para lograr determinar la forma de operación del vicio y el resultado que haya generado en la exposición de motivos del acto administrativo sancionatorio. Sin embargo de ello, en un esfuerzo razonable para determinar si es posible establecer la violación de ambos derechos (en la forma concatenada en que se han planteado), se comprende que los recurrentes fundamentan su impugnación, como vulneración de la prueba: **i)** en sus acepciones como medio, como actividad y como resultado; y, **ii)** como tipos de regulaciones, a las reglas de la actividad probatoria, y reglas a los medios de prueba.

A este respecto, los apelantes han alegado de manera puntual, que el acto administrativo sancionatorio y luego confirmado por la resolución de reposición vulneran la garantía de motivación por cuanto existe valoración de prueba no actuada (reglas de la actividad probatoria), los elementos probatorios son impertinentes, inconducentes, inútiles, inadmisibles e incompatibles (reglas de los medios de prueba) para demostrar la responsabilidad dentro del mercado relevante determinado en el presente caso⁹; y, por inexistente valoración de las pruebas¹⁰ (acepción de prueba como resultado). Ahora bien, esto se ha identificado para enlazar dos aspectos, por un lado el uso como medios de prueba de las copias certificadas de procesos judiciales; y, por otro, la vulneración de la garantía del artículo 76, numeral 4 de las CRE a través de vicios de motivación. En el caso concreto, los recurrentes sostienen la presunta violación de su derecho al debido proceso en la garantía de la motivación, manifestando una

⁷ Michele Taruffo. Sobre los conceptos *evidence y proof*. 2002. P. 448-450.

⁸ Ferrer Beltrán, J. Prueba y verdad en el derecho (2 ed.). 2005. Madrid: Marcial Pons. P. 40-45.

⁹ Recurso de Apelación CNO.

¹⁰ Recurso de Apelación CELEC.



serie de supuestos errores cometidos por la autoridad administrativa, al momento de practicar y valorar las pruebas lo cual se habría traducido en motivación aparente de los actos administrativos impugnados.

En este sentido, de la revisión del detalle y valoración probatoria que se efectúa en el acto administrativo de 20 de junio de 2022, se encuentra: A partir del considerando ocho punto uno (8.1) existe un detalle del acervo documental actuado en la etapa de prueba, y a continuación un análisis de conducencia, pertinencia y utilidad de cada uno de los elementos¹¹, siendo que el objeto de un procedimiento de investigación y posterior de sanción, es determinar la configuración de la práctica que se estudia y sus responsables, evidentemente la prueba que se considere para el efecto, será aquella que lleve a la verdad de los hechos respecto del centro de la indagación.

Así se establece en el Código Orgánico General de Procesos, cuando señala:

“Art. 158.- Finalidad de la prueba. La prueba tiene por finalidad llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos.”

Conforme al artículo transcrito, en el presente acápite se revisará el criterio alcanzado por el órgano de resolución respecto de la admisión y descarte de los elementos probatorios aportados por las partes investigadas y de los procesos judiciales incluidos en el expediente administrativo de la INICAPMAPR y la valoración de los mismos como elementos de prueba, debido a que, son los elementos de los cuales se arguye el equívoco en la valoración probatoria y la impertinencia en uno y otro caso:

Elementos probatorios CNO y CELEC.-

- a) Informe General DAPyA-0009-2013 del Proceso Precontractual y Ejecución del Proyecto Manduriacu, realizado por la Dirección de Auditoría de Proyectos y Ambiental de la Contraloría General del Estado: La CRPI determinó la inconducencia e inutilidad del informe, señalando que el mismo contiene elementos técnicos desde la óptica de la contratación pública. Al respecto se debe señalar que, revisados los objetivos del examen especial, se buscó reflejar detalles de cumplimiento de obra dentro del lapso temporal planificado, pormenores técnicos, legales y económicos considerados por CELEC para adjudicar el proceso a favor de CNO evaluando aspectos extraños al centro de la investigación, que es determinar si efectivamente se configuró la práctica restrictiva, por lo cual es correcta la valoración;
- b) Informe General DAPyA-0030-20015 Examen Especial de ingeniería y Control Ambiental de Seguimiento de la Construcción del Proyecto Hidroeléctrico Manduriacu a Cargo de CELEC EP: Del cual, es pertinente señalar que, el mismo fija su atención en analizar el seguimiento de recomendaciones del informe DAPyA 0009-2013, avance, plazos y cumplimiento de manejo ambiental, sin embargo dentro del informe se ha

¹¹ COGEP.- *“Art. 160.- Admisibilidad de la prueba.- Para ser admitida, la prueba debe reunir los requisitos de pertinencia, utilidad, conducencia y se practicará según la ley, con lealtad y veracidad. La o el juzgador dirigirá el debate probatorio con imparcialidad y estará orientado a esclarecer la verdad procesal.”*



demostrado que las actividades para la elaboración del “Deflector de Sedimentos del Proyecto Hidroeléctrico Manduriacu”, fueron iniciadas con anterioridad a la suscripción del contrato complementario, lo cual se contrapone a lo dispuesto en los artículos 85 y 86 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, conforme señala el informe, hecho que deja expuesto el manejo irregular de la contratación, por tanto, esta autoridad concuerda con la CRPI;

- c) Informe General DAPyA-0020-2016 Examen Especial de Ingeniería, Practicado a la Terminación, Liquidación y Operación del Proyecto Hidroeléctrico Manduriacu y Análisis del Cumplimiento del Plan de Manejo Ambiental a Cargo de CELEC EP; Conforme se hace constar en el documento, el alcance del examen de ingeniería fue analizar la terminación, liquidación y operación del proyecto Hidroeléctrico Manduriacu y el plan de manejo ambiental, sin que en el mismo se aporten elementos que confirmen o desvirtúen la conducta investigada;
- d) Memorando No. CELEC EP-HAG-ADT-rtt-003-15 de 12 de mayo de 2015: De la lectura del documento, se determina que, con el mismo, el ingeniero Hernán Aguiar Acosta, Administrador del contrato remite el Informe Final de la Emergencia de la central Pucará, al Gerente de la Unidad de Negocios Hidroagoyan de CELEC, instrumento que por sí mismo es un acto de simple administración, que no aporta ninguna carga probatoria, más allá de la entrega del insumo técnico, por tanto es correcta la afirmación de la CRPI;
- e) Informe Final Declaratoria de Emergencia Central Pucará: En cuanto al informe mencionado, pone en conocimiento del Gerente de la Unidad de Negocios Hidroagoyan de CELEC los conflictos técnicos que sufrió la central hidroeléctrica y las acciones seguidas para solventarlas, obteniendo la reanudación operativa de la central Pucará, lo cual no se encuentra ligado con la investigación que se analiza, pues no aporta elementos que soporten o desvirtúen la práctica;
- f) Memorando. Nro. CELEC-EP-HAG-2015-0676-MEM de 15 de mayo de 2015: Documento suscrito por el ingeniero Nelson Caicedo, Gerente de la Unidad de Negocios Hidroagoyan de CELEC, dirigido al Gerente General de la entidad, con el cual se pone en conocimiento el informe de las contrataciones realizadas, presupuesto y resultados de la emergencia de la Central Pucará, instrumento que por sí mismo es un acto de simple administración, que no aporta ninguna carga probatoria, más allá de la entrega del insumo técnico, por tanto es correcta la afirmación de la CRPI;
- g) Resolución de Declaratoria de Emergencia No. EMER-CELEC-EP-GG-267-HAG-11 de 14 de septiembre de 2011: Revisada la resolución se establece que la misma resuelve declarar la emergencia, en la cual se realiza la indicación que se podrá adquirir bienes, obras y servicios, hecho que no aporta al objeto de la investigación, pues no es controvertida la declaratoria de emergencia;
- h) Contratos principales, complementarios y modificatorios Central Pucará, el órgano de resolución valora dos contratos principales y tres complementarios, individualizados en los numerales del 8.2.9.1 al 8.2.9.5, revisados los mismos se establece que ellos demuestran la vinculación contractual y la materialización de la satisfacción de las



necesidades para completar la obra principal, sin embargo y conforme determina la resolución sancionatoria de los mismos podrían derivarse acuerdo de voluntades bajo el esquema de sobornos, para esta autoridad y conforme las premisas de competencia, la CRPI analiza la información en su conjunto, puesto que por sí solos los contratos no constituyen “per se” prueba de acuerdo colusorio.

Respecto a los medios probatorios detallados, corresponde señalar que conforme el COA la finalidad de la prueba es su práctica cuando sea necesaria para la acreditación de los hechos alegados¹²; la norma *ibídem* señala que la pruebas que requieran o soliciten deberán referirse a los hechos controvertidos¹³; conforme se ha revisado y expuesto, los elementos aportados por CNO y CELEC, cuya admisión e inadmisión ha sido cuestionada, conducen a demostrar la legalidad de las actuaciones contractuales, la cual no está en punto de discusión por parte de las autoridades de la SCPM al estar por fuera de sus competencias, resultando inútiles para demostrar o para mercar la carga probatoria en contrario referente al modo de operación infraccionario. En consecuencia, los medios antes descritos no cumplen las acepciones, como medio de prueba, al no ser un elemento que pueda ser empleado para el conocimiento de la no operación de concurrencia de voluntades; ni como resultado, pues no otorga a la administración una merma en el convencimiento de la actividad colusoria.

De las pruebas judiciales agregadas al procedimiento administrativo: COPIA CERTIFICADA DE LOS PROCESOS JUDICIALES.-

- a) Piezas procesales del juicio No. 17721-2019-00029G, remitido por la Corte Nacional de Justicia, mediante Oficio No. 682-PCNJ-2020 de 23 de noviembre de 2020, del cual, la CRPI analiza las siguientes constancias procesales:
- Acta de audiencia de juicio;
 - Sentencia de primera instancia juicio No. 17721-2019-00029G; en la cual, y conforme se observa, se ha detallado: **i.** el testimonio anticipado de la coacusada Pamela Martínez Loayza, asesora de despacho presidencial desde el 01 de marzo del 2007 hasta mediados del año 2015; **ii.** el testimonio anticipado de Laura Terán, Asistente de Pamela Martínez; **iii.** testimonio anticipado José Conciencao Santos, Ejecutivo de Odebrecht hoy CNO; **iv.** Declaración del perito, Capitán de Policía Marco Aurelio Pazmiño; **v.** Testimonio Cristian Paredes, Auxiliar de Servicios Asesoría Jurídica de Presidencia; **vi.** Declaración del perito, Tcnlgo. Franklin Hilasaca; **vii.** Testimonio Gibran Loor Campoverde, representante legal Odebrecht; **viii.** Declaración del perito, Alexandra Mantilla;
 - Sentencia de apelación juicio No. 17721-2019-00029G;
 - Sentencia de casación juicio No. 17721-2019-00029G;
- b) Piezas procesales del juicio No. 17721-2017-00222, otorgada por la Corte Nacional de Justicia el 03 de febrero de 2021, del cual el órgano de resolución analiza:

¹² COA.- “Art. 193.- Finalidad de la prueba. En el procedimiento administrativo, cuando se requiera la práctica de prueba para la acreditación de los hechos alegados [...]”

¹³ COA.- “Art. 195.- Cargas probatorias. La prueba se referirá a los hechos controvertidos.



- Testimonio anticipado de José Conciencao Santos Filho;
- Traducción del idioma inglés al español de la Asistencia Penal Internacional, entre Odebrecht y los Estados Unidos de Norteamérica, signada con No. 16-cr-00643-RJD;
- Acuerdo de colaboración premiada efectuada entre José Conciencao Santos y la Fiscalía General de la República del Ministerio Público Federal de Brasil;
- Sentencia de primera instancia; dentro de la cual se revisa de manera principal: **i.** Declaración del delegado por FGE para realizar el análisis documental del expediente, Javier Raza Valencia; **ii.** Testimonio Carlos Barredo, Representante CELEC.; **iii.** Resolución.
- Sentencia de Casación;

La alegación del operador económico CNO, versa en la aparente ilegalidad en el uso de las piezas procesales de las causas judiciales, en las cuales se comprobó el esquema de sobornos que rodeo a las contrataciones en situación de emergencia del operador económico CNO por parte de CELEC (cuyos aspectos se desarrollaran en lo posterior).

Debe partirse por indicar que, los órganos de la SCPM, han identificado la existencia de ciertos hechos y piezas procesales contenidos en los procesos judiciales 17721- 2017-00222 y, 17721-2019-00029G, que tienen implicaciones directas para el régimen de competencia, habiendo tomado conocimiento de los elementos documentales de los mismos, para desarrollar y sustanciar la investigación, situación que es concordante con las facultades y atribuciones otorgadas a este ente de control, prescritas en los artículos 37, 38 y 49 de la LORCPM; y, no pudiéndose perder de vista que en Derecho Administrativo, las sentencias y pruebas debidamente actuadas en procesos judiciales son elementos de convicción para formar el criterio de la autoridad administrativa respecto de la configuración de conductas. El procedimiento de inclusión al expediente administrativo de los elementos de los juicios que valora y analiza para la definición conductual, debe cumplir los requisitos legales de incorporar y reproducir la prueba conforme el debido proceso, no siendo pertinente aludir violación de práctica probatoria de aquello que determina un hecho probado en juicio, que atado a elementos probatorios propios del expediente administrativo, son aquellos –en adquisición de la prueba- los que logran determinar la verdad procesal y fundan el criterio sancionatorio administrativo.

Para insistir en lo anterior, y de manera ejemplificativa, téngase en cuenta que, conforme el COA, la carga de la prueba recae sobre la administración pública y textualmente la norma orgánica señala: “**Art. 256.- Prueba [...] Los hechos probados por resoluciones judiciales firmes vinculan a la administración pública con respecto a los procedimientos sancionadores que tramiten [...]**”; en línea de lo marcado, se ratifica la validez del uso de las sentencias judiciales y los hechos probados en juicio como elementos ilustrativos y **probatorios** por parte de la autoridad administrativa.

Como es sabido, en Derecho administrativo la actividad probatoria de la administración no se limita a aquellos medios probatorios obrantes en el expediente o los que voluntariamente hayan sido o puedan ser aportados por los administrados (verdad formal). Siendo que la actuación de



la administración se encuentra orientada a la satisfacción del interés público, se exige a ésta la constatación de la veracidad de los hechos (verdad material), de modo que las consecuencias jurídicas previstas en las normas efectivamente se apliquen a los presupuestos de hecho que les dan lugar. Si se tiene en vista la naturaleza del principio de verdad material, en género, se encontrará que en el procedimiento, la administración debe verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley.

Conforme se desprende del recurso de apelación de CNO, el recurrente no efectúa un análisis de la forma de vulneración al debido proceso vinculado con la violación en la garantía de motivación en la actividad probatoria. Si se trae a colación la sentencia No. 740-12-EP/20 de la Corte Constitucional del Ecuador, se podrá de énfasis que, el artículo 76 de la Constitución contiene las denominadas garantías impropias, es decir, aquellas que no configuran por sí solas supuestos de violación del derecho al debido proceso (entendido como principio), sino que contienen una remisión a reglas de trámite previstas en la legislación procesal. Por ende, en este tipo de garantías, la alegación de vulneración tiene por requisito la violación de alguna regla de trámite, misma que –en la especie- no ha sido especificada por el recurrente (que en sustitución, efectuó valoraciones por principios y reglas generales ajenas al trámite).

En vista de ello, en el marco del procedimiento administrativo sancionador, este principio demanda a la administración agotar todos los medios probatorios que se encuentren a su alcance e incorporarlos al expediente, a fin de acreditar si el administrado efectivamente realizó la conducta tipificada como infracción. Como indica Guzmán Napurí, “[...] *la Administración no debe contentarse con lo aportado por el administrado, sino que debe actuar, aun de oficio, para obtener otras pruebas y averiguar los hechos que hagan a la búsqueda de la verdad material u objetiva, ya que en materia de procedimiento administrativo la verdad material prima sobre la verdad formal [...]*”¹⁴

Considerando lo antes descrito, en el marco de las actividades de instrucción, la administración tiene el deber de recurrir a todos los medios probatorios posibles –o sus sucedáneos–, siempre que observe las garantías propias del debido procedimiento, a fin de conocer los hechos que encuadran al procedimiento sancionador.

De la revisión de la verdad procesal de los expedientes administrativos de la INICAPMAPR y CRPI a este respecto, no puede determinarse –en ausencia de anuncio de una regla de trámite que vulneró la garantía impropia de motivación por parte del recurrente- que se ha irrespetado la normativa de carácter procesal respecto de la incorporación de documentación, y posteriormente su reproducción como prueba. En la INICAPMAPR, en providencias de 09 de septiembre de 2020 y 18 de febrero de 2021, se agregaron al expediente las copias certificadas de los procesos judiciales 17721-2019-00029G y 17721-2017-00222, motivándose su forma de incorporación y las formalidades jurídicas para el efecto; y, en providencia de 21 de marzo de

¹⁴ Christian Guzmán Napurí, “Los principios generales del Derecho Administrativo”, *Ius et Veritas* N° 38 (2009): 245.



2022, se procedió a reproducir prueba, incluyéndose las copias certificadas de los procesos judiciales en cuestión, cumpliendo las reglas de trámite (requisitos) de los artículos 193, 194 y 195 del COGEP, y la puesta en conocimiento a contradicción del administrado a lo largo de la sustanciación del procedimiento administrativo. De las piezas procesales que obran en el expediente de la INICAPMAPR, se puede constatar que en los escritos de 23 de diciembre de 2021, con número de trámite ID 220947, 04 de enero de 2022, con número de trámite ID 221897, y el escrito de 18 de marzo de 2022, con número de trámite ID 230919, CNO tuvo conocimiento de las piezas procesales, que posteriormente fueron reproducidas como prueba; y que en la fase probatoria correspondiente, pudo hacer uso de su derecho a la contradicción. Es decir, se ejerció la incorporación, la práctica, la contradicción y la valoración probatoria (esta última en los actos administrativos recurridos), que se constituyen en los momentos de la prueba.

Un aspecto más amplio, pero que nos ubica en la conducencia de actuar a través de la incorporación de copias certificadas de las actuaciones judiciales, es que la valoración de la autoridad administrativa sobre la misma, se efectúa de aquello que ha sido consecuentemente aceptado en validez procesal en vía jurisdiccional, con una observancia hacia los hechos que le compete. Recordemos que la admisibilidad probatoria dependerá del caso en estudio y los puntos de controversia, el elemento de prueba servirá para comprobar o desvirtuar el hecho alegado o impugnado, a este respecto el COA dispone, “[...] *Solo pueden declararse improcedentes aquellas pruebas que, por su relación con los hechos, no puedan alterar la resolución final a favor de la o del presunto responsable [...]*”¹⁵. En este sentido, es importante atender el presupuesto que, para actuarse una prueba y valorarse como pertinente, conducente y útil debe estar ligada a los hechos alegados y puntos controvertidos, con miras a la determinación de la verdad material.

En mérito de lo detallado, esta autoridad concuerda que, si bien es cierto las sentencias no demuestran la afectación del derecho de competencia y el mercado, el conjunto de las pruebas aportadas y valoradas como admisibles alejan de la duda razonable a esta autoridad que la vinculación existente entre CNO y CELEC, tuvo su base y conclusión en mérito de los acuerdos de entrega de sobornos a cambio de adjudicaciones de contratos y obras.

En consonancia con lo expuesto, se deja señalado que las sentencias y demás piezas procesales valoradas por el órgano de investigación, y apreciadas en carácter probatorio por parte de la CRPI, en cada fase del procedimiento administrativo, tenían por norte determinar la forma de vinculación vertical dada entre el órgano contratante y la contratista, o lo que es lo mismo, la CONCURRENCIA DE VOLUNTADES entre CELEC y CNO, hecho que se logra vislumbrar con la valoración que efectúa la Comisión de Resolución de Primera Instancia en el acto administrativo de 20 de junio de 2022, en los apartados 8.2.14.1 y 8.2.14.2, estando de acuerdo con esa valoración.

¹⁵ COA, artículo 256 inciso final.



iii. De las pruebas del procedimiento administrativo:

Como se detalló anteriormente, los operadores económicos apelantes han cuestionado la eficacia de las pruebas valoradas, las cuales –a su criterio- no son aptas para demostrar el acuerdo de voluntades y mucho menos la afectación a la competencia, en este sentido corresponde revisar si los dichos de CELEC y CNO se ratifican en la verdad procesal.

- **De la eficacia probatoria:**

Conforme los principios generales del Derecho Administrativo, la carga de la prueba le corresponde a la administración¹⁶, con base a lo cual, la entidad sustanciadora cuenta con la facultad y el deber legal de requerir toda la información que considere necesaria para encontrar la verdad de los hechos que se averiguan. Así lo señala también la doctrina, *“Corresponde a los órganos que intervienen en el procedimiento administrativo, realizar las diligencias tendientes a la averiguación de los hechos conducentes a la decisión.”*¹⁷.

Hay que distinguir que la prueba pedida y actuada en un proceso administrativo no la reviste de eficacia probatoria, puesto que la eficacia radica en la aptitud de los hechos y elementos aportados para demostrar el planteamiento realizado. En doctrina podemos referir que *“(e)s todo lo que resulte adecuado para determinar los hechos relevantes del caso, y posible dentro de las circunstancias de aquél”*¹⁸

Respecto de la eficacia probatoria el COGEP determina como contraria a esta la existencia de la ilegalidad, es decir cuando la prueba ha sido forzada o no ha sido contradicha por quien debe hacerlo, entonces parte de la eficacia dependerá de su origen, su forma de inclusión al procedimiento, su práctica y si las partes han tenido oportunidad de contradecirla. Al respecto Andrés Moreta señala: *“practicar la prueba es actuar dentro del procedimiento administrativo a aquella prueba que inicialmente solo se anunció, para lo cual es fundamental el derecho de contradicción, sin cuyo ejercicio o disposición para ejercerlo, la prueba no tendrá valor jurídico en el procedimiento administrativo.”*¹⁹, de la misma forma señala el COA, *“Regla de contradicción. La prueba aportada por la administración pública únicamente tendrá valor, si la persona interesada ha tenido la oportunidad de contradecirla en el procedimiento administrativo. Para este propósito la práctica de las diligencias dispuestas por la administración pública será notificada a la persona interesada a fin de que ejerza su derecho de defensa.”*²⁰

¹⁶ COA.- *“Art. 195.- Cargas probatorias. La prueba se referirá a los hechos controvertidos. En todo procedimiento administrativo en que la situación jurídica de la persona interesada pueda ser agravada con la resolución de la administración pública y en particular, cuando se trata del ejercicio de potestades sancionadoras o de determinación de responsabilidades de la persona interesada, la carga de la prueba le corresponde a la administración pública. En todos los demás casos la carga de la prueba le corresponde a la persona interesada [...]”*

¹⁷ Corrientes, art. 273; Mendoza

¹⁸ Allgemeine Verfassungsgesetz, año 1991.

¹⁹ Moreta Andrés, “Procedimiento Administrativo y Sancionador en el COA”, libro interactivo.

²⁰ COA, artículo 196.



Si se tiene presente que un medio de prueba constituye todo aquello que permite que se conozcan los hechos del caso en el procedimiento, es decir aquel que permite formular o verificar enunciados para la reconstrucción de los hechos que se discuten, apegada a la eficacia probatoria y el principio de verdad procesal, se tendrá que, las reproducciones de los elementos de los juicios No. 17721-2017-00222 y 17721-2019-00029G, se apegan a la facultad de investigación, determinación y convencimiento de la infracción de tipo anticompetitivo, y – conforme arrojan los actos administrativos impugnados- la práctica y valoración probatoria de los elementos de juicio, no es aquella determinante para demostrar el mercado relevante, su valor probatorio se debe al cumulo de circunstancias que determinan la forma de vinculación vertical dada entre el órgano contratante y la contratista, o lo que es lo mismo, la CONCURRENCIA DE VOLUNTADES entre CELEC y CNO.

Considerando que, vinculado con el procedimiento administrativo sancionador, en el proceso de valoración de la prueba *“corresponde determinar cuánto pesa la evidencia que avala la hipótesis contenida en los cargos a través de los cuales la Administración acusó a una persona de incurrir en un ilícito administrativo”*²¹. Para dicho propósito, es obligación de la autoridad considerar todos los medios probatorios que de una u otra forma le permitan explicar los hechos que dieron lugar a la imputación de los cargos; o, de otra forma, como indica Gordillo, *“la apreciación de qué es lo que realmente ha ocurrido o cual es una situación de hecho determinada, no depende de consideraciones de oportunidad, mérito o conveniencia, ni a la vacía invocación de interés público, sino que debe ser estrictamente ajustada a la realidad fáctica, con sustento probatorio suficiente de acuerdo a las reglas de la prueba: En otras palabras, la apreciación de la prueba constituye también un aspecto de la legitimidad del acto y como tal debe ser controlada”*²²

En medida de lo expuesto, la eficacia probatoria de las reproducciones de los elementos de los juicios No. 17721-2017-00222 y 17721-2019-00029G, al apegarse al fin último de valoración, respetar el debido proceso de inclusión al expediente administrativo, al haber estado en conocimiento de las partes procedimentales, y al estas haber ejercido contradicción respecto de las mismas, la alegación de vulneración al derecho al debido proceso no se cumple cuando, a más de la ausencia del requisito de violación de alguna regla de trámite que no ha sido especificada por el recurrente CNO, el fondo con el cual operó su eficacia no ha sido discutido por los administrados, que no es otra cosa que, para resumirlo en dos partes, a la luz de la determinación en materia penal, i) el testimonio del representante de Odebrecht (actual CNO S.A.), señor José Conciencao, desarrolla la existencia de sobornos para la adjudicación de contratos; y, ii) la transcripción de los testimonios de funcionarios de altos y medios mandos en el gobierno de Rafael Correa Delgado, ex Presidente de la República, -principalmente en los denominados sectores estratégicos- quienes receptaban valores indebidos por concepto de

²¹ Isensee Rimassa, “Debido proceso y su recepción en la Ley No. 19.880...”, 90.

²² Agustín Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas, Tomo 4 (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2016), 375.



coimas para permitir, en contraposición, que procesos de licitación para construcción de obras sean favorables para aquellas empresas que entregaron los valores; lo que en suma, permite probar que, durante el mercado temporal, en el mercado del producto, existieron actuaciones al margen de la ley para adjudicar procesos de contratación, propio de los elementos de las conductas colusorias de tipo vertical (numeral 21 del artículo 11 de la LORCPM).

Ahora bien, una vez valorados los medios probatorios corresponde determinar el grado de probanza necesario como para tener por acreditados los hechos del caso; o, mejor dicho, cuál es la exigencia probatoria requerida para poder sancionar válidamente a un administrado. En el caso del procedimiento administrativo sancionador, este estándar de prueba es definido por el “principio de presunción de licitud”, en virtud del cual solo puede sancionarse a los administrados cuando cuenten con evidencia que acredite la comisión de la infracción que se les imputa. Que, en última instancia, será en la motivación del acto administrativo, donde los administrados podrán verificar cuáles son los medios probatorios sobre los cuales la autoridad sustenta su hipótesis, entre todos aquellos obrantes en el expediente, así como también cuál ha sido el razonamiento seguido para demostrar a partir de aquellos los hechos del caso, lo cual se procede a efectuar en los apartados que siguen.

- **De la práctica probatoria y su validez:**

De los elementos que han sido valorados como prueba, se han planteado cuestionamientos respecto de:

- Las copias certificadas de las piezas procesales de las causas judiciales N° 17721-2017-00222 y 17721-2019-00029G, señalando la imposibilidad de contradecirla;
- Los testimonios detallados a lo largo del acto administrativo sancionatorio, cuyas objeciones fueron rechazadas en la resolución de reposición; y,
- Artículo denominado “The Ways of Corruption un Infrastructure: Lessons from the Odebrecht Case”;

Sin embargo que esta autoridad ya estableció la pertinencia y utilidad de las piezas procesales de las causas judiciales, se enfatiza que, la totalidad de las constancias remitidas por la Corte Nacional de Justicia, han sido analizadas en mérito del objeto de la investigación instruida por la INICAPMAPR y el juzgamiento adelantado por la CRPI, para el desarrollo de la hipótesis del caso y la concatenación de las circunstancias infraccionarías determinadas efectivamente dentro del mercado relevante.

Anotando que esta autoridad tiene claro que dentro de los procesos penales, el bien jurídico protegido no es el Derecho de Competencia (o el objeto del artículo 1 de la LORCPM), el entramado de corrupción evidenciado dentro del periodo comprendido entre los años 2011 a 2016 a través de las constancias procesales de los juicios, permiten demarcar la línea investigativa y –en este caso- lograr demostrar la configuración conductual, teniéndose como consideraciones:



- De los hechos propios del conocimiento público, se tiene que, entre los años 2011 y 2016, CELEC EP era el único operador económico con quien se podría contratar -en materia de contratación pública- obras y proyectos hidroeléctricos;
- En el periodo de tiempo antes referido, CELEC EP contrató a CNO para la construcción de dos los proyectos hidroeléctricos: Pucará y Manduriacu. En el caso del proyecto hidroeléctrico Pucará, el mecanismo para la contratación fue una declaratoria de emergencia por parte del Gerente General Subrogante de CELEC, por medio de la Resolución No. EMER-CELEC-GG-267-HAG-11, de 14 de septiembre de 2011; y, en el caso del proyecto hidroeléctrico Manduriacu, se suscribió un contrato bajo régimen especial;
- En el año 2017 se inició el proceso judicial penal No. 17721-2017-00222, donde se estableció que existía una RED DE CORRUPCIÓN en la cual los funcionarios públicos recibían dinero de la empresa brasileña, **Norberto Odebrecht** -que operó en varias sedes a nivel mundial, y en la actualidad opera en el país como CNO S.A.-, a cambio de entregarles contratos públicos. Dentro de los contratos otorgados se incluye la construcción de la hidroeléctrica Manduriacu;
- Dentro del proceso judicial No. 17721-2019-00029G, se sentenció “[...] *que en la misma Presidencia de la República se montó una estructura de corrupción integrada por funcionarios públicos y privados, dirigida a la recepción de pagos indebidos a cambio de actos antecedentes o subsecuentes que consistían fundamentalmente en la **concesión de contratos a las empresas que daban dichos pagos** [...] se ha demostrado que muchos de los contratos adjudicados a empresas involucradas en el entramado de corrupción fueron otorgados bajo régimen de emergencia, con base a Decretos Ejecutivos –realizados por el ex Presidente, RAFAEL CORREA DELGADO; y que, tales contratos se hallaban bajo supervisión y control del área administrativa, denominada como “Sectores Estratégicos” [...]*” (énfasis fuera de texto);
- Las personas jurídicas, CNO y CELEC no fueron parte de los juicios en mención, sin embargo, de la revisión de la verdad procesal del proceso judicial, se puede determinar que: **i)** fue la confesión del representante de la persona jurídica Odebrecht Ecuador la que permitió conocer y desentramar estos casos de corrupción; **ii)** por la existencia del Acuerdo de Cooperación suscrito por José Conciencao Santos Filho, en el cual describió la forma en la que operaban las coimas, se tuvo por resultado que Odebrecht Ecuador, que en la actualidad es CNO, no haya sido parte de los procesos judiciales penales en los que se consideró su testimonio; y, **iii)** de la confesión del representante legal del actual CNO, este esclarece que la empresa que representaba fue parte del entramado de corrupción relacionado con la entrega de coimas al responsable de los sectores estratégicos, dentro de los cuales se encuentra la empresa pública CELEC EP, para que le sean adjudicados contratos.

Bajo estas consideraciones, las mismas que no se encuentran en duda por encontrarse fijadas en su validez y declaración procesal y judicial, corresponde atar referida información con las obras relativas al proyecto hidroeléctrico Pucará y al proyecto hidroeléctrico Manduriacu, y posteriormente con los elementos de una infracción anticompetitiva de colusión vertical, para



determinar si logran demarcar la forma de su configuración, y por ende su práctica y validez probatoria.

Para ello, se parte por indicar que, los elementos referentes a los 6 procesos de contratación pública valorados y actuados por la CRPI, se los ha efectuado para “*acreditar la existencia de los contratos, sus partes contractuales, y que desencadenaron en la adjudicación de los procesos en favor de CNO S.A.*”; y, que si bien las contrataciones se realizaron considerando las normas de contratación pública, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado ha realizado una investigación para determinar si la contratación de estas obras respondió o no a un proceso competitivo, lo cual en ningún sentido refiere a que la documentación emitida en los procedimientos ha sido dictada fuera de la normativa de contratación pública, toda vez que ello no es una de las competencias de la SCPM; y, en particular porque, la jurisprudencia internacional ha referido que en los acuerdos colusorios no resulta relevante la intención o formalidades que han tomado las partes del acuerdo, dado que “*se trata de un concepto objetivo de acuerdo, pues éste resultará prohibido cualquiera que haya sido la motivación que guio la actuación de las partes, si por su contenido y/o contexto económico se muestra apto para restringir la competencia*”²³

Siendo que estamos tratando la práctica probatoria y su validez, debe efectuarse con miras a la determinación de la configuración conductual anticompetitiva, que se reduce al denominado “ESQUEMA DE SOBORNOS”, donde se puede encontrar que, en la sentencia del proceso judicial 17721-2017-00222, se sentenció: “[...] *Jorge David Glas Espinel, son principales para la consumación del delito de asociación ilícita, dado que, en calidad de servidor público, en sus momentos: director del Fondo de Solidaridad, Ministro Coordinador de Sectores Estratégicos y Vicepresidente Constitucional de la República del Ecuador, en asocio con José Conciencao Santos Filho (representante de la persona jurídica Odebrecht Ecuador) articuló la concesión de contratos públicos en sectores estratégicos a cambio del pago de retribuciones económicas, no previstas ni dispuestas legalmente, principalmente en relación con cinco proyectos denominados y calificados como estratégicos: 1. Hidroeléctrica Manduriacu [...]*” (negrillas fuera de texto), lo cual a todas luces logra evidenciar que, siendo que los documentos contractuales y la normativa aplicable a la época, la única persona jurídica de derecho público que estaba facultada para celebrar y adjudicar los contratos para la construcción de las hidroeléctricas era el operador CELEC EP, no puede considerarse que, siendo que la repartición de coimas confesada por el representante legal del actual operador económico CNO S.A, en la adjudicación de contratos, ambas personas jurídicas no tuvieron vinculación, pues por un lado se trataba del operador económico que tenía en su dominio los sectores de contratación; y, por otro lado, se trataba del representante legal de la contratista que confesó la forma de operación de su adjudicación de contratos, identificando los sectores estratégicos, y dentro de estos los proyectos hidroeléctricos.

²³ RTDC de 18 de octubre de 2006 (AC 2006, 1979), Procuradores de Pontearcas, Exp. 603/05, FD 1.º.



Ahora bien, siendo requisito indispensable en materia de acuerdos colusorios la concertación de voluntades, la práctica probatoria y su validez se analiza en ese respecto.

A través de la sentencia de primera instancia, dictada el 26 de abril de 2020, dentro del proceso judicial No. 17721-2019-00029G, se puede encontrar cómo operaba el agente contratista en el esquema de sobornos, con reflejo en la adjudicación de contratos que originaría DISTORSIÓN DE LA COMPETENCIA. A través del testimonio anticipado de José Conciencao Santos Filho, ejecutivo de la compañía Odebrecht, se encuentra que laboró para dicha empresa durante los años 2011 a 2016, es decir, resulta útil para la demarcación del esquema en el aspecto temporal, así como pertinente por tratarse de la persona jurídica que gestionó a grado de contratista referido esquema, que se vinculaba a los sectores estratégicos.

Adicionalmente, y que se constituye en el elemento conductor para la validez de otros testimonios, es que, en lo que respecta a Pamela Martínez, el representante de Odebrecht aclaró conocerla a través de Jorge Glas en la época de las elecciones presidenciales del año 2013, y dentro del relato, Conciencao Santos especifica que entregó en varias ocasiones dinero a referida persona, quien era la persona encargada de recibir los “peajes” por parte de la compañía Odebrecht, para la adjudicación de contratos en sectores estratégicos.

En este contexto, el esquema de coimas permite observar, como primer parámetro, que para la empresa Constructora Norberto Odebrecht, en su presencia y participación en el sector de la contratación pública, se hizo en el periodo que comprende el de los 6 contratos analizados por la INICAPMAPR y determinados para sanción por la CRPI; como segundo parámetro, que su participación se hizo a cambio de contratos para la ejecución de obras, de entre otros, el sector estratégico; como tercer parámetro, que los pagos a los que refieren los testimonios de Pamela Martínez y Laura Terán, como aportes a la campañas electorales, resguardan el contexto de los “peajes” señalados a referido ejecutivo empresarial, entendiéndose para los fines de la sede judicial como “coimas”; y, finalmente, como último parámetro, la interconexión que existiría entre el esquema de corrupción con la forma de adjudicación de contratos. En consecuencia, haciendo este análisis de cuatro partes, el testimonio y la valoración se añan en la comunidad de la prueba, comprobándose conducentemente la configuración de un acuerdo colusorio entre una empresa privada, que sería el proveedor, con una empresa pública en el sector estratégico de hidroeléctricas, que sería la contratante.

En tal virtud, con la existencia de un “esquema de sobornos”, la adjudicación de procesos de contratación pública se ve comprometida al no apearse a los fines propios de una competencia real y efectiva, que ocasiona la distorsión de la misma por la pérdida de incertidumbre en el mercado. Esta aseveración permitirá observar que, a grado indiciario, los contratos **en los procedimientos de emergencia** (EMERCELECEPGG267-11-00001; EMERCELECEPGG267-11-00002; EMERCELECEPGG267-11-00003; EMERCELECEPGG267-11-00011; y, EMERCELECEPGG267-11-00012) y en el **procedimiento de régimen especial** (RE-GEN-CELEC-007-11) no tendrían un sustento real dentro del mercado, y que –aun perteneciendo al mundo de la legalidad contractual-



corresponderían al esquema mayor del proceso de corrupción en el periodo de tiempo de 2011 a 2016, que se configura en el detrimento del proceso competitivo.

Así mismo, de la lectura de la sentencia de primera instancia, dictada el 26 de abril de 2020, dentro del proceso judicial No. 17721-2019-00029G, ésta desarrolla los hallazgos encontrados en la pericia informática realizada a los equipos de cómputo que corresponden a la cadena de custodia No. 2400-19; donde se determinaron la existencia de facturas emitidas a empresas que entregaban “coimas”, a cambio de la adjudicación de obras en sectores estratégicos, entre las que se encontraba inmerso el operador económico Odebrecht (actual CNO S.A.); así como un detalle de códigos con los cuales se identificaban a las empresas y funcionarios, que entregaban y recibían dichas “coimas”. Por lo que, la forma de actuación de la empresa contratista a la que representa el ejecutivo de Odebrecht, que vincula a sectores estratégicos, de los cuales se encuentran las hidroeléctricas, se podrá determinar sin dudas que, existe conexidad con el agente económico que genera los procesos de contratación en la materia, siendo un elemento documental que permite obtener conducencia para la determinación de la hipótesis anticompetitiva y de los indicios encontrados para la configuración conductual finalmente sancionada.

Referida sentencia, en otro punto, en cuanto al testimonio de Cristian Bryan Paredes Quispe, auxiliar de servicio y mensajería de Nexo Global, logra generar un vínculo que corrobora lo mencionado por José Conciencao Santos Filho, Pamela Martínez y Laura Terán; es decir, encontrar concordancia y linealidad respecto de las visitas que realizaban a Odebrecht para la entrega de coimas; e incluso el esquema de entregas de sobres con facturas en blanco y el logotipo de Nexo Global. De esta manera se prueba, la existencia de una red estructurada y coordinada de “coimas” entre empresas privadas, siendo una de ellas la investigada en el presente expediente, y funcionarios públicos para la adjudicación de obras, en sectores estratégicos, pagos que eran usados para campañas políticas del partido “Alianza País”. Asimismo, en cuanto al testimonio de Gibran José Loor Campoverde (al momento del desarrollo del proceso judicial era representante legal de CNO S.A.), referida sentencia indica que a través de facturas emitidas por Nexo Global en favor de CNO S.A., se efectuaban las entregas de dinero a favor de funcionarios públicos.

En tal sentido, siendo que pertenecen a los hechos que se investigaron, es decir, el nexo causal entre CNO y el esquema de sobornos, encontramos viabilidad del medio probatorio documental, que logra descubrir cómo operaba el agente económico, y que para fines de la conducta anticompetitiva, permite guiar la conclusión de que, siendo que existen 6 procesos de contratación adjudicados, y que estos se encuentran en el periodo de tiempo determinado documentalmente y demarcado en el mercado relevante, siendo parte del esquema de corrupción los sectores estratégicos de hidroeléctricas, y la entidad contratante, única facultada a lanzar procedimiento de contratación para la materia, que existe pertinencia, utilidad y conducencia de la sentencia en análisis para los fines de esclarecimiento de la hipótesis conductual y para la configuración colusoria.



En la misma línea de lo tratado, encontramos respecto del proceso judicial No. 17721-2017-00222, que dentro del testimonio anticipado rendido por parte de José Conciencao Santos, ex ejecutivo de CNO, refiere al esquema de coimas, para la adjudicación de contratos en sectores estratégicos, entre ellos la construcción de hidroeléctricas, lo que en concordancia con el cumulo probatorio, prueba el pago y acuerdo llevado a cabo entre dicha empresa y funcionarios del gobierno nacional de la época, para la adjudicación del proyecto hidroeléctrico Manduriacu, e inclusive el monto a ser cancelado. Es decir, siendo útil y conducente para corroborar que existieron actuaciones al margen de lo que establece la Ley, para la adjudicación del proceso de contratación para la construcción del proyecto en mención.

La traducción de la Asistencia Penal Internacional de los Estados Unidos de América, efectuado por la perito Marlene Giovanna Carrera Ponce, que corresponde a la Corte del Distrito Este de Nueva York de los Estados Unidos, da cuenta del “esquema de sobornos” perpetrado por la compañía Odebrecht (actual CNO S.A.) en varios países, entre ellos Ecuador, corroborando en anuencia el modus operandi de referido operador económico con funcionarios jerárquicos del gobierno nacional de la época, que a través de sus facultades legales (administrativas) y cargos jerárquicos, orientaban a que este agente resulte adjudicado en varios procesos de contratación pública, para la ejecución de obras estratégicas a lo largo del territorio ecuatoriano, entre las cuales se encontraban los proyectos hidroeléctricos Manduriacu y Pucará.

Finalmente, dentro de la sentencia de primera instancia, dictada el 23 de enero de 2018, dentro del proceso judicial No. 17721-2017-00022, encontraremos que del testimonio de Carlos Barredo, ex gerente de CELEC EP, explica el proceso para la construcción del proyecto hidroeléctrico Manduriacu, evidenciando cómo se efectuó el proceso precontractual para la ejecución del proyecto, a efectuarse con empresas brasileñas, producto de la negociación realizada por el ex Vicepresidente de la República, Jorge Glas, con el gobierno de Brasil. Es decir siendo útil y conducente para determinar la conexión que existe entre los sucesos de corrupción en el periodo 2011-2016, con los procesos de contratación pública de sectores estratégicos de hidroeléctricas, en el esquema de coimas en que estuvo involucrado CNO, y la única entidad contratante del mercado en licitaciones públicas, CELEC EP.

Hasta este momento, en el análisis de valoración y eficacia probatoria, podremos determinar que: **a)** conforme el artículo 194²⁴ del COGEP, para que un documento haga fe en el proceso, debe ser otorgado en copia certificada u original, presupuesto cumplido en el presente caso; **b)** para que un documento surta efecto de prueba documental, no debe estar defectuoso o diminuto; no debe tener alteraciones en la parte esencial y no deben existir instancia o decisión pendiente de recurso de los hechos que se pretenden probar²⁵; cuyo cumplimiento es verificable y

²⁴ COGEP.- “Art. 194.- Presentación de documentos. Los documentos públicos o privados se presentarán en originales o en copias. Se considerarán copias las reproducciones del original, debidamente certificadas que se realicen por cualquier sistema.”

²⁵ COGEP.- “Art. 195.- Eficacia de la prueba documental. Para que los documentos auténticos y sus copias o compulsas, hagan prueba es necesario: 1. Que no estén defectuosos ni diminutos, con excepción de lo dispuesto en este Código sobre los documentos defectuosos. 2. Que no estén alterados en una parte esencial, de modo que



comprobado por esta autoridad; c) conforme consta de los expedientes administrativos, con fecha 28 de diciembre de 2021, la INICAPMAPR dispuso la apertura del termino probatorio por 60 días, y en providencia de 21 de marzo de 2022 se realiza el detalle de los elementos que son producidos en la etapa correspondiente, con los cuales el órgano de investigación comprueba el cometimiento de la conducta; por lo cual se cumple con el presupuesto constante en el artículo 164 del COGEP, “*Art. 164.- Valoración de la prueba. Para que las pruebas sean apreciadas por la o el juzgador deberá solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos señalados en este Código. [...]*”: y, d) Dentro del expediente de la INICAPMAPR, no existen autos interlocutorios que dispongan la práctica de pruebas periciales o testimoniales. Si bien se logra determinar que efectivamente han existido referencias de los testimonios rendidos por varias personas en los procesos penales No. 17721-2019-00029G y 17721-2017-000222, esta autoridad no evidencia que la INICAPMAPR haya dispuesto testigos en el proceso administrativo durante el periodo probatorio o incluso durante la fase de investigación, o que se hayan rendido versiones en el mismo, lo que se observa es que, el órgano de investigación ha efectuado un análisis de las sentencias y actuaciones llevadas a cabo en los procesos penales, a través de las piezas procesales que fueron agregadas al proceso en copia certificada remitidas desde la Corte Nacional de Justicia, dentro del ya mencionado ejercicio de determinación de verdad material

Como se refirió en líneas anteriores, las actuaciones ante la justicia penal, han sido agregadas dentro del proceso de investigación como peticiones de información, y reproducidas en la etapa de prueba en partes específicas, por lo cual se encuentran debidamente actuadas, de las cuales los administrados pudieron ejercer su derecho de contradicción y refutarlas. Al respecto Andrés Moreta, citando a Iberley señala: “*En la práctica de la prueba rige el principio contradictorio, por ello se establece la obligación a la administración de comunicar a los interesados, con antelación suficiente, el inicio de las actuaciones necesarias para la realización de las pruebas que hayan sido admitidas*”²⁶.

Se vuelve a recalcar que los testimonios practicados en los juicios penales han sido transcritos a los procesos judiciales 17721-219-0029G y 17721-2017-00222, por tanto es en esos procedimientos que se constituyen en prueba testimonial, al ser trasladados al expediente administrativo como constancia documental, deben cumplir los presupuestos de tal, no ser diminutos o alterados, ser firmes y haber sido sometidos a contradicción, y agregarse conforme norma, presupuestos que se cumplen en el presente caso.

Ahora bien, del último documento, esto es, el uso del artículo denominado “*The Ways of Corruption un Infrastructure: Lessons from the Odebrecht Case*”, se recurre marcando que se ha tomado como base de la comprobación del cometimiento de la conducta, por lo cual, de la revisión del informe final, la resolución de 22 de junio de 2022 y la resolución de 16 de septiembre de 2022, no se encuentra que este documento sea el vértice o el núcleo del acervo

pueda argüirse falsedad. 3. Que en los autos no haya instancia ni recurso pendiente sobre el punto que, con tales documentos, se intente probar.”

²⁶ Moreta Andrés, “Procedimiento Administrativo y Sancionador en el COA”, libro interactivo.



probatorio para la determinación de la infracción anticompetitiva; el artículo ha sido valorado en conjunto y con miras a aunarse con aquellos otros elementos probatorias que generen linealidad y contexto procedimental, con el fin de apreciar de manera general todos los elementos que podrían configurar o desvirtuar el cometimiento de la conducta y sus responsables.

Si recordamos que la valoración probatoria, para Devis Echandía es, *“la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido”*²⁷; conforme la doctrina, esta operación mental, debe realizarse en conjunto con el acervo probatorio, habiendo valorado e interpretado los documentos, lo cual va a permitir la apreciación en armonía al hecho controvertido que se pretende demostrar o desvirtuar, así se establece: *“Al conjunto, pues, de la interpretación y de la valoración puede llamarse apreciación de la prueba, la cual consiste en operaciones mentales que ha de realizar el juzgador para, partiendo de las fuentes-medios de prueba, llegar a establecer certeza respecto de las afirmaciones de hechos de las partes, afirmaciones que se refieren al supuesto fáctico de la consecuencia jurídica que piden”*²⁸. Así lo ha ratificado la Corte Nacional de Justicia al señalar: *“La interpretación nos lleva a captar el contenido de la prueba producida; la valoración implica una decisión sobre la credibilidad de la fuente-medio de prueba.”*²⁹

Es claro que el documento titulado *“The Ways of Corruption un Infrastructure: Lessons from the Odebrecht Case”*, refleja el estudio generado por Nicolás Campos, Eduardo Engel, Ronald D. Fischer y Alexander Galetovic, y que constituye una publicación que nutre el “modus operandi” del entramado de corrupción que rodeó a los procesos de compras públicas en régimen especial y de emergencia. En la especie, el indicio necesario, que por sí solo genera convicción plena sobre los hechos, es el esquema de corrupción demostrado mediante sentencia judicial ejecutoriada, trasladada a la hipótesis conductual y reflejada en la infracción anticonceptiva por colusión vertical en un periodo de tiempo (2011-2016), en una modalidad de licitación específica (pública), para un sector en particular (“estratégicos”), en proyectos concretos (hidroeléctricas) que solo pueden ser ofertados por una empresa pública (CELEC EP), haciendo que el entramado conductual halle concordancia y univocidad para la concurrencia de voluntades, en desmedro de la distorsión competitiva sufrida en el mercado relevante.

Una vez que ha sido revisada la motivación respecto a la valoración y validez de los elementos probatorios, se establece que, toda vez que las sentencias de los procesos judiciales 17721-2017-00222 y 17721-2019-00029G, se encuentran ejecutoriadas, y por tanto han pasado por autoridad de cosa juzgada, los hechos constantes y probados en las sentencias son inmutables, haciendo que ninguna autoridad pueda generar cambios sobre lo comprobado y resuelto; por lo que, su uso dentro del procedimiento, ha tenido grado de sustento de acreditación, respecto de las actuaciones de los sujetos investigados, que se enmarcaron en acciones al margen de lo que

²⁷ Devis Echandía, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo I y II. Bogotá. Editorial Temis. 2002

²⁸ Juan Montero Aroca, “Nociones Generales sobre la Prueba entre el Mito y la Realidad”

²⁹ Carlos Ramírez Romero, Corte Nacional de Justicia, “Apuntes sobre la prueba en el COGEP”



establece la Ley; en consecuencia, esta autoridad encuentra suficiencia en la exposición de elementos de hecho y derecho, los cuales son conducentes, pertinentes y útiles al hecho controvertido y al objeto de la investigación, cumpliendo así con los parámetros motivacionales al cual está llamado la autoridad, por tanto no se determina la operación de este vicio a este respecto.

En última instancia, respecto del escrito y anexos de la PGE, ingresados el 26 de octubre de 2021 a las 11h21, signados con el número de trámite ID 211381, se tiene: **a)** versan sobre el control de legalidad de cuatro contratos dentro de los procesos de contratación pública objeto de análisis; **b)** El informe incluye múltiples observaciones sobre el incumplimiento de las normas del régimen de contratación pública, sin embargo, dentro de sus principales conclusiones que se encontrarían relacionadas con la conducta colusoria investigada, es decir: “[...] *Los contratos complementarios suscritos: el 7 de junio de 2012, el 14 de diciembre de 2012, y el 31 de enero de 2014, respectivamente, ascienden a la cantidad de USD. 40,220.086,18 e incrementaron el valor del contrato principal, a USD. 165'101.336,36 [...]*”; y, **c)** En definitiva, el control legal efectuado por la PGE, a los cuatro contratos descritos dan cuenta que, las observaciones y conclusiones de los mismos, son tendientes a que, la entidad contratante incumplió el ordenamiento jurídico aplicable, al momento de adjudicar los contratos en favor de CNO, esto es concordante con las sentencias emitidas por la CNJ, respecto a que las adjudicaciones de los contratos fueron efectuados al margen de la Ley, y por tanto, se constituye una prueba adicional de la comisión de la conducta anticompetitiva, establecida en el artículo 11 numeral 21 de la LORCPM.

➤ **Garantía de motivación en la determinación de la sanción:**

Los apelantes atacan la resolución sancionatoria, confirmada por la resolución de reposición, con dos alegaciones: la aplicación retroactiva de la resolución No. 12 de la Junta de Regulación; y, el error en la fórmula aplicada para la determinación sancionatoria. Imputaciones que serán revisadas de la siguiente forma, entendiéndose que, conforme se ha expuesto, la motivación debe satisfacer ciertos parámetros, para ser legalmente válida.

• **De la aplicación de la Resolución 012.**

Aluden los operadores económicos apelantes, que la aplicación de la Resolución 12 emitida por la Junta de Regulación el 23 de septiembre de 2016 y publicada en el Registro Oficial 887 de 22 de noviembre de 2016, es retroactiva, por cuanto no se encontraba vigente al momento del cometimiento de la infracción, lo cual atenta contra el principio a la seguridad jurídica contenido en el artículo 82 de la CRE.

Conforme el Informe Final de Investigación, el periodo de análisis –y que conforma el mercado temporal- está comprendido entre el 28 de octubre de 2011 hasta 19 de febrero de 2016, en razón que este es el marco de tiempo en que los operadores económicos sancionados fueron los generadores de oferta y adjudicación vía contratación pública de procesos.



Del marco temporal esclarecido, resulta evidente que la Resolución No. 012 emitida por la Junta de Regulación, no estuvo vigente previo a la determinación del mercado temporal; empero, cabe efectuar un análisis de las alegaciones planteadas por los recurrentes, en el carácter de vulneración procedimental y de defensa, desde la óptica de la seguridad jurídica.

La Constitución de la República del Ecuador, impone como respeto al principio de seguridad jurídica, la “*existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes*”³⁰, en torno a ello, la Corte Constitucional del Ecuador ha manifestado:

“[...] Del texto constitucional se desprende que el individuo debe contar con un ordenamiento jurídico previsible, claro, determinado, estable y coherente que le permita tener una noción razonable de las reglas del juego que le serán aplicadas. Este debe ser estrictamente observado por los poderes públicos para brindar certeza al individuo de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos establecidos previamente y por autoridad competente para evitar la arbitrariedad.”

*La Corte Constitucional, como guardiana de la Constitución, al resolver sobre vulneraciones a estos derechos, no le corresponde pronunciarse solo respecto de la correcta o incorrecta aplicación e interpretación de las normas infraconstitucionales, sino verificar si en efecto existió una inobservancia del ordenamiento jurídico, por parte de la autoridad judicial, que acarree como resultado la afectación de preceptos constitucionales [...]”*³¹

En esta línea de ideas, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado enseña:

“Art. 5.- Mercado relevante.- A efecto de aplicar esta Ley la Superintendencia de Control del Poder de Mercado determinará para cada caso el mercado relevante. Para ello, considerará, al menos, el mercado del producto o servicio, el mercado geográfico y las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado.”

El mercado del producto o servicio comprende, al menos, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; los costos de la sustitución; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución.

El mercado geográfico comprende el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la Superintendencia de Control del

³⁰ CRE. “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.”

³¹ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 2922-17-EP/22, de 08 de junio de 2022, CASO No. 2922-17-EP



Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, los costos de transporte, las modalidades de venta y las barreras al comercio existentes.

La determinación del mercado relevante considerará las características particulares de los vendedores y compradores que participan en dicho mercado. Los competidores de un mercado relevante deberán ser equiparables, para lo cual se considerará las características de la superficie de venta, el conjunto de bienes que se oferta, el tipo de intermediación y la diferenciación con otros canales de distribución o venta del mismo producto.”

“Art. 35.- Facultades de la Función Ejecutiva.- Corresponde a la Función Ejecutiva la rectoría, planificación, formulación de políticas públicas y regulación en el ámbito de esta Ley.

La regulación estará a cargo de la Junta de Regulación, cuyas atribuciones estarán establecidas en el Reglamento General de esta Ley, exclusivamente en el marco de los deberes, facultades y atribuciones establecidos para la Función Ejecutiva en la Constitución. La Junta de Regulación tendrá facultad para expedir normas con el carácter de generalmente obligatorias en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales.”

“Art. 79.- Sanciones.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado impondrá a las empresas u operadores económicos, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellos que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley, las siguientes sanciones: [...] c. Las infracciones muy graves con multa de hasta el 12% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa. [...] De igual manera, si la Superintendencia determinare que los beneficios obtenidos como resultado de una conducta contraria a las disposiciones de la presente Ley son superiores a los umbrales del 8%, 10% y 12% del volumen de negocios total del infractor, o a los montos previstos en los números 1, 2 y 3 de este artículo, sancionará al infractor con un monto idéntico al de dichos beneficios, sin perjuicio de su facultad para sancionar la reincidencia establecida en el inciso precedente.”

El Reglamento para la Aplicación de la LORCPM, también contiene disposiciones normativas respecto de las atribuciones de la Junta de Regulación a la Ley:

“Art. 42.- Atribuciones de la Junta de Regulación.- La Junta de Regulación, aquí en adelante la Junta, tendrá las siguientes facultades:

a) Expedir actos normativos para la aplicación de la Ley respecto del control de abuso de poder de mercado, acuerdos y prácticas restrictivas, competencia desleal y concentración económica, sin que dichos actos normativos puedan alterar o innovar las disposiciones legales o el presente Reglamento;

b) Expedir documentos de guía y lineamientos respecto a los métodos de análisis de mercados y mercados relevantes [...]”



De manera específica la Resolución No. 12 de la Junta, en su texto imprime:

“Que mediante oficio de fecha 22 de septiembre del 2016 el Presidente de la Junta de Regulación convoca de manera urgente a sesión de Junta de Regulación por medios tecnológicos, y pone en conocimiento de los miembros de la Junta de Regulación el informe No. SP-2016-009. [...]”

“Artículo 1. Objeto.- Establecer la metodología a ser utilizada en el cálculo del importe de las sanciones establecidas en los artículos 78 y 79 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), en concordancia con los criterios establecidos en el artículo 80 y siguientes artículos del mismo cuerpo normativo, y su Reglamento.

La expedición de esta metodología tiene como objetivo contribuir a la transparencia en la cuantificación del importe de la sanción así como en la objetividad del cálculo, potenciando su efecto disuasorio y favoreciendo la seguridad jurídica de los operadores económicos.”

DISPOSICIONES GENERALES

PRIMERA.- La presente Resolución es de cumplimiento obligatorio para la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.”

DISPOSICIONES FINALES

PRIMERA.- La presente resolución entrará en vigencia a partir de su suscripción sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial.”

En armonía a la normativa transcrita, dejándose por sentado que no cabe irretroactividad normativa fuera de los aspectos de disposiciones sancionadores que produzcan efecto retroactivo de favorecimiento al presunto infractor (artículo 30 del COA), importa determinar si, para los fines de una procedencia de vulneración jurídica, existe afectación o beneficio con la aplicación de la resolución 12 de la Junta de Regulación.

La Junta de Regulación ha emitido una resolución que permite contar con una metodología clara en el cálculo del importe de las sanciones establecidas en los artículos 78 y 79 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), en concordancia con los criterios establecidos en el artículo 80 y siguientes artículos del mismo cuerpo normativo, y el Reglamento de aplicación.

Siendo que las resoluciones de la Junta de Regulación buscan dotar de certeza para los administrados respecto de las actuaciones de la administración, limitando la discrecionalidad con base a estudios técnicos realizados por el cuerpo colegiado, marcando los puntos y criterios que deberán atenderse para el cálculo de la imposición de la sanción, o lo que es lo mismo, colocando límites a consideraciones particulares y proveyendo de una metodología analizable



y comprobable por parte de los administrados, los mandatos normativos a nivel infra reglamentario de las resoluciones de la Junta, para su validez deben respetar los parámetros establecidos en la Ley y el Reglamento, en virtud de lo cual, toda vez que las bases normativas no han mutado en razón del tiempo, y existe una forma de motivación (por atinencia) en cuanto a la forma de determinación del monto de sanción, podría ser pertinente –si se explica y encuentra sustento– aplicar los parámetros generales determinados vía resolutive, sin uso de la misma, cuando esta última tiene fundamento legal y reglamentario.

De la revisión del acto administrativo sancionatorio y el de reposición, esta autoridad considera que, para fines motivacionales, y por desarrollo del aspecto sancionatorio, los parámetros generales constantes en la Resolución 012, brindan previsibilidad y seguridad a los administrados de la fórmula que se aplicará al caso, recordando que, esta resolución solo desarrolla las bases de los mandatos y permisiones normativas en materia sancionatoria de multa de la LORCPM y su Reglamento de aplicación.

Empero de ello, se ha requerido informe técnico al asesor de despacho, economista Carl Pfistermeister, requiriendo se determine si el cálculo de la sanción sugerido por el órgano de investigación y acogido por la CRPI respeta los parámetros de la LORCPM, ley vigente desde el año 2011, a lo cual el técnico concluyó: *“La definición de mercado de la CRPI cumple con los estándares mínimos exigidos por el artículo 5 de la LORCPM.”*³²

Ahora bien, continuando con el análisis trazado, respecto de la fundamentación en la determinación del monto de la multa, atendiendo a la exposición de motivos de la Comisión de Resolución de Primera Instancia en el acto administrativo sancionatorio, se encuentra:

“[524] El Informe No. SP-2016-009, se considera como un elemento interpretativo esencial de la Resolución No. 012 de 23 de septiembre de 2016, publicada en el Registro Oficial No. 887 de 22 de noviembre de 2016, pues define la metodología y establece un procedimiento de cálculo en concordancia con lo determinado en la LORCPM como en el RLORCPM. [...]”

11.1.2.1 Naturaleza de la Infracción

[528] En este punto es importante señalar la caracterización que establece la LORCPM en el artículo 78, numeral 2, literal a, respecto al cometimiento de colusión en compras públicas entre proveedores y demandantes [...]

11.1.2.2 Duración de la infracción

[530] Respecto al análisis del tiempo de duración de la conducta, este deberá ser cuantificado en base a la duración de los proyectos en los cuales existió colusión entre los operadores económicos, esto es, desde la fecha en la cual CNO y CELEC suscribieron los convenios de contratación pública hasta la finalización de los mismos, cuando se suscribió la entrega de las obras contratadas [...]

³² Informe No. SCPM-DS-037-2022 de 02 de diciembre de 2022.



[533] Evidentemente, el primer contrato para la ejecución de obras, entre CNO y CELEC se suscribió el 28 de octubre de 2011, respecto al proceso de contratación con código No. EMERCELECEPGG276-011-00003, este documento demuestra el perfeccionamiento del acuerdo colusorio entre el proveedor y comprador acorde al esquema de sobornos, en tanto que, con fecha 19 de febrero de 2016, se suscribió el acta entrega y recepción definitiva entre las partes dentro del proceso con código No. RE-GEN-CELEC-007-11. [...]

11.1.2.3 Volumen de negocios en el mercado relevante

[535] Considerando la caracterización del mercado relevante aplicable al presente caso, es pertinente y adecuado determinar el monto que constituye el mismo, respecto a los valores de los distintos procesos de contratación en el mercado temporal. [...]

[536] El volumen de negocios en el mercado relevante ha sido calculado por parte de la INICAPMAPR en un monto total de USD. \$ 15.590.215 para el año 2013, período en el cual se firmaron los últimos contratos entre CNO y CELEC.

[537] Es importante indicar que el Informe SP-2016-009, para la determinación del importe base, cuando es posible determinar el volumen de negocios, señala que:

“(...) Para la determinación del volumen de negocios del operador económico i (VNMRi), se considerarán las ventas durante el último ejercicio que corresponda a sus actividades ordinarias en el mercado relevante, previa deducción del impuesto sobre el valor agregado y de otros impuestos al consumidor final directamente relacionados con el negocio, o las ventas del último año calendario para el cual se cuente con la información, ajustado por la inflación correspondiente.

[538] Bajo esta consideración, corresponde actualizar el valor del volumen de negocios calculado por la INICAPMAPR mediante el ajuste inflacionario correspondiente, hasta el periodo más reciente en el cual se cuente con información.

[539] En este punto es importante resaltar que, la LORCPM establece en su artículo 79 que las infracciones a la misma se sancionan respecto del volumen de negocios del operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa, y la propia definición de volumen de negocios acorde con el artículo 6 guarda esa misma relación. Por lo tanto, en el presente análisis correspondería al periodo 2021. Sin embargo, en el presente caso no se cuenta con la información pertinente, pues al momento, tanto los operadores económicos como el Servicio de Rentas Internas, no disponen de la información pertinente. [...]

[541] Bajo estas consideraciones, si bien los valores se pueden ajustar al año 2021, existirá incompatibilidad con el cálculo de la dimensión del mercado relevante; por lo cual, en concordancia con el artículo 97 del RLORCPM el presente análisis se realizará en función de la mejor información disponible, es decir, el volumen de negocios en el mercado relevante se ajustará por la inflación correspondiente al año 2020. [...]



11.1.2.4 Cálculo de la dimensión del mercado afectado [...]

[546] *El volumen total del mercado afectado corresponde a la sumatoria del volumen de negocios del mercado relevante de todos los operadores económicos que participan en dicho mercado, en este caso, este valor coincide con el volumen de negocios de los procesos de contratación para el último periodo de la firma de contratos; el cual, acorde a lo señalado previamente y luego del ajuste inflacionario pertinente, alcanza un monto de USD 16.738.572 para el periodo 2020. [...]*

11.1.3 Factores para el cálculo de la multa [...]

11.1.4 Techo en la imposición de la multa [...]

[557] *El techo establecido para la imposición de la multa impide la aplicación de ésta al operador económico CNO, pues sobrepasa el umbral, de acuerdo con lo que establece la normativa para el efecto. En este caso no sería adecuado ni proporcional aplicar la sanción en el monto establecido previamente a este operador económico.*

[558] *Con respecto al operador económico CELEC, la multa calculada no supera el umbral establecido en la LORCPM para infracciones de este tipo, pues representa menos del 0.2% del volumen total de negocios del operador económico. [...]*

Con el fin de contar con un soporte técnico, esta autoridad dispuso la verificación por parte del asesor de despacho, el cual manifestó: “*El cálculo de la multa ha sido comprobado, en los términos propuestos por la CRPI.*”

Revisado el acto administrativo, se pueden notar los presupuestos señalados en el artículo 5 de la LORCPM en concordancia con los parámetros de la propia Ley y el Reglamento de aplicación, por lo que, siendo que la motivación es “*la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión*”³³, se constata que la misma es suficiente, la cual radica en la necesidad de que se exteriorice en el acto administrativo la inclusión de los hechos y fundamentos que justifican la actuación y la base normativa aplicable; en la especie, se han dejado notar los elementos y particularidades técnicas que se han tomado en cuenta para arribar al monto de la sanción, resalta la aplicación normativa refinada por la Resolución 12 de la Junta, la cual no innova ningún precepto legal, sino brinda claridad de los aspectos motivacionales evitando criterios particulares de aplicación.

- **De la Metodología de cálculo sobre los supuestos beneficios obtenidos**

Se ha cuestionado en este punto, la aplicación respecto del cálculo de los beneficios obtenidos por parte de los operadores económicos investigados, señalando que la Ley o el aparato jurídico de la SCPM no contempla una metodología para alcanzar un cálculo de este tipo. A este respecto la Intendencia de investigación ha motivado su análisis como sigue:

“*[...] 16.1. Contexto de ODEBRECHT en el Ecuador*

³³ Corte IDH, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñíguez vs. Ecuador, sentencia de 21 de noviembre de 2007



[495] *En el año 2011, el operador económico CNO S.A. volvió a suscribir contratos de contratación pública en Ecuador después del cierre total de las obras en ejecución desde 2008172. El regreso de CNO S.A. en términos de contratos, trajo consigo un incremento en sus ingresos mayor al experimentado antes de la terminación anticipada de contratos en 2008, debido a que le fueron adjudicados varios procesos de contratación pública llevados a cabo para la consecución de proyectos en el país, entre ellos, Manduriacu y Pucará [...]*

[498] *En este contexto, es necesario considerar que, por la magnitud y particularidades de cada uno de los proyectos que llevaba a cabo CNO S.A., no se cuenta con un historial de participación ex ante o ex post en el mercado de compras públicas que pueda servir como comparador de los proyectos Manduriacu y Pucará. Además, desde el regreso de CNO S.A., los procesos materia de investigación que le fueron adjudicados habrían sido bajo el “esquema de sobornos”. [...]*

[500] *El mercado relevante se delimitó por los montos de los contratos que fueron suscritos entre CNO S.A. y CELEC para los proyectos Pucará y Manduriacu. Por lo cual, los valores cancelados debieron corresponder a los montos estipulados en los contratos suscritos. Sin embargo, en cada uno de los contratos suscritos entre las partes, se observa que la facturación varió de los montos estipulados en los contratos. Por lo cual, para el cálculo del beneficio anticompetitivo, se utiliza el monto total de las facturas emitidas y cobradas por parte de CNO S.A. en cada uno de los contratos, y se las compara con un escenario contrafactual. [...]*

16.4. Metodología para determinación de beneficios

[506] *El beneficio anticompetitivo en el marco de las prácticas anticompetitivas, es conocido como los ingresos adicionales que los operadores económicos generaron, al afectar el proceso competitivo del mercado, es decir aquellos ingresos que se obtuvieron como resultado de la infracción a la Ley, y que de haberse comportado en un entorno competitivo no habría sido obtenido. Es decir, el beneficio anticompetitivo es una proporción del volumen total de ingresos de los operadores económicos en el mercado afectado (en este caso, en el relacionado a contratación pública). [...]*

i. Escenario contrafactual: Proyecto Pucará

[509] *Conforme las características propias del Proyecto Pucará, la entidad contratante elaboró varios presupuestos referenciales, los mismos que fueron utilizados como documentos que forman parte integrante de los contratos que fueron firmados para la ejecución del proyecto. De manera que, como se ve en la tabla a continuación, se elaboró un informe, posteriormente, un estudio, y finalmente, una consultoría. Estos documentos, se encuentran en la sección de “documentos del contrato” de cada contrato suscrito entre CELEC EP y CNO S.A. [...]*

[510] *En ese sentido, los presupuestos referenciales de los proyectos corresponden al monto del presupuesto de obra aprobado por la entidad contratante para el año que se proyectaba adjudicar la obra, en los que, adicionalmente se incluyen varias alternativas, de acuerdo a los imprevistos que pudiesen surgir a lo largo de las obras. Por lo tanto, el cálculo de los presupuestos referenciales elaborados por la entidad*



contratante consideraría posibles cambios en los costos que pudieran haber existido en el mercado o cambios que podrían haberse generado en el desarrollo de la obra. Y al mismo tiempo, la oferta de un proveedor estaría reflejando el comportamiento de la misma en los procesos de contratación pública materia de análisis, considerando las

□ **Proceso EMERCELECEPGG267-11-00003: USD 14.941.431,68 características de mercado en el momento de la convocatoria. [...]**

[513] Posteriormente, el 28 de octubre de 2011 fue firmado el contrato correspondiente a este proceso de contratación pública por un monto de USD 17.885.159,76. En ese sentido, se toma como escenario contrafactual el monto USD de 14.941.431,68.

□ **Proceso EMERCELECEPGG267-11-00011: USD 1.761.644,06 [...]**

[515] Posteriormente, el 28 de junio de 2012 fue firmado el contrato correspondiente a este proceso de contratación pública por un monto de USD 1.425.535,77. Finalmente, según el acta de entrega recepción, se terminó pagando un monto de USD 1.337.813,74. En ese sentido, se toma como escenario contrafactual el monto USD de 1.761.644,06 en el que se consideran posibles imprevistos a las obras.

□ **Proceso EMERCELECEPGG267-11-00012: USD 15.208.396,20 [...]**

[517] Posteriormente, el 28 de marzo de 2013 fue firmado el contrato correspondiente a este proceso de contratación pública por un monto de USD 12.732.000,00. En ese sentido, se toma como escenario contrafactual el monto USD de 15.208.396,20 en el que se consideran posibles imprevistos a las obras.

ii. **Escenario contrafactual: Proyecto Manduriacu [...]**

[520] En este contexto, la oferta presentada por el CONSORCIO CONSTRUCTOR MANDURIACU (ENGEVIX ENGENHARIA S.A. Y OAS CÍA. LTDA.) quien obtuvo un puntaje inferior a CNO S.A. debido a la presunta menor experiencia que contaba al momento de la evaluación de las ofertas, pero que cumplía con los parámetros técnicos solicitados, terminó siendo la mejor alternativa al comparar USD 174.865.923,04 con USD 222.362.296,90. Por la diferencia entre las dos ofertas, se colige que la oferta presentada por el operador CONSORCIO CONSTRUCTOR MANDURIACU (ENGEVIX ENGENHARIA S.A. Y OAS CÍA. LTDA.) constituyó un ejercicio objetivo del costo de la obra, que finalmente terminó costando USD 97,4 millones de dólares adicionales por los contratos complementarios y los ajustes. Por lo que, la oferta económica presentada por el operador económico constituye el escenario contrafactual para el Proyecto Manduriacu. [...]"

Por su parte la Comisión de Resolución de Primera Instancia, ha analizado el escenario contrafactual planteado por el órgano de investigación de la siguiente forma:

"[561] Como la SCPM no dispone de una metodología específica para el cálculo del beneficio obtenido por los infractores, la INICAPMAPR, en base a la información disponible en el expediente, consideró obtener un cálculo aproximado del beneficio



mediante la comparación de los valores facturados por parte de CNO, frente al escenario hipotético donde no habría acuerdo colusorio [...]

[563] En tanto que, para el proyecto Manduriacu dentro de un proceso de contratación de régimen especial, la INICAPMAPR consideró pertinente comparar lo facturado por CNO frente a la propuesta presentada por otro operador económico en la etapa de oferta, para tener el beneficio que habría obtenido el infractor [...]

[564] Es decir, la propuesta del cálculo del beneficio considera aproximar el sobreprecio que se ha obtenido por el operador económico infractor, mediante los contratos adicionales que elevaron el precio de los proyectos hidroeléctricos a partir de su valor original. [...]

11.2.3 Análisis de la CRPI respecto de las observaciones sobre el cálculo de la multa

[568] Es importante aclarar que, dado que los procesos de colusión vertical ocurrieron en el marco de un esquema de sobornos que involucraba a altas autoridades del gobierno, y acorde a la información disponible, no es posible aproximar un cálculo de beneficio para el operador económico CELEC como demandante de las obras de infraestructura, por lo tanto es adecuado que el análisis del beneficio verse sobre la actividad del operador económico CNO.

[569] En el mismo sentido, considerando la forma de implementación del acuerdo colusorio, esto es que el operador económico CNO ofertaba un precio demasiado bajo con la finalidad de ganar la adjudicación, la que posteriormente aumentaba mediante contratos adicionales, deriva en que tanto los montos de adjudicación como los valores efectivamente pagados por las obras de infraestructura, no reflejan los valores reales que corresponderían a un proceso competitivo. Sin embargo, aportan información respecto al beneficio adicional que obtuvo el infractor. [...]

[575] De manera complementaria al análisis, la utilización de la información tanto de la propuesta no favorecida de un operador competidor en la etapa de ofertas, como la información de los presupuestos referenciales de la entidad contratante, frente a los precios efectivamente pagados por las obras, brinda un acercamiento convincente a la ganancia que el operador económico infractor buscó obtener. [...]"

Este criterio ha sido ratificado por el órgano resolutor en el acto impugnado, exponiendo:

"[177] La metodología para el cálculo de la estimación de los beneficios obtenidos producto de los acuerdos restrictivos en contratación pública, conforme consta en la resolución de 20 de junio de 2022 expedida por la CRPI a las 10h27, basa su análisis en un escenario contrafactual que compara la situación que involucra un acuerdo colusorio vertical versus un escenario en el cual no habría el mencionado acuerdo.

[178] La información utilizada correspondió a la remitida por el operador económico CELEC la cual contenía las especificaciones de cada proceso, insumo importante ya que el análisis contrafactual dependería de las características de cada uno de los procedimientos sujetos de análisis.[...]



[184] La propuesta del cálculo del beneficio considera aproximar el sobreprecio que se ha obtenido por el operador económico infractor, mediante los contratos adicionales que elevaron el precio de los proyectos hidroeléctricos a partir de su valor original. Se estaba asegurando con base en los acuerdos anticompetitivos previamente realizados, la ganancia por medio de la adjudicación de estos contratos complementarios, lo que le permitía al infractor ofertar un valor menor que deviene en la adjudicación del contrato.

[185] El contrato firmado el 22 de diciembre de 2011 fue por un monto de USD 124.881.250,18, sin embargo, como se observa en la tabla, de acuerdo con el detalle de planillas procesadas por parte de CELEC en el proyecto hidroeléctrico Manduriacu se terminó facturando un monto de USD \$ 222.362.296,90. Tomando en consideración la propuesta económica del CONSORCIO CONSTRUCTOR MANDURIACU (ENGEVIX ENGENHARIA S.A. Y OAS CÍA. LTDA.) como el escenario contrafactual, el beneficio anticompetitivo en este proyecto es de USD \$ 47.496373,8696.

[186] Por lo tanto, considerando los dos proyectos, en total se obtiene un beneficio de USD \$ 56.755.175,98. Valor que de cualquier manera se aplicaría como sanción, en tanto y en cuanto que definitivamente sería mayor que los umbrales establecidos en la LORCPM.

[187] Por otro lado, la CRPI de manera puntual y expresa en el acápite 11.2.3 de la resolución impugnada, se refirió al cálculo del beneficio, análisis que responde de manera motivada a los argumentos realizados por el operador económico CNO contenidas en el recurso de reposición presentado. En lo que corresponde, es importante señalar lo siguiente:

[188] El acuerdo colusorio se configuró en el momento en que el operador económico CNO ofertaba un precio demasiado bajo con la finalidad de ganar la adjudicación, la que posteriormente aumentaba mediante contratos adicionales, lo cual deriva en que tanto los montos de adjudicación como los valores efectivamente pagados por las obras de infraestructura, no reflejarían los valores reales que corresponderían a un proceso competitivo, escenario que aportó información fundamental respecto al beneficio adicional que obtuvo el infractor. [...]"

Con el objeto de contar con un análisis técnico imparcial, en la designación al economista Carl Pfistermeister, respecto de la aplicación de la metodología contrafactual ha expresado:

"[...] Una de las opciones mediante las cuales podría alcanzarse la condición contenida en el párrafo inmediatamente ut supra, se logra con el empleo de comparaciones contra factuales.

En términos generales la teoría es la siguiente: Si estuviésemos frente a un escenario en el que se hubiera celebrado un procedimiento de contratación pública según los lineamientos de comportamientos coordinados y pudiésemos comparar el mismo proceso de contratación, con los mismos actores, en presencia de actuaciones independientes dentro del mismo, concluiríamos que la diferencia entre los montos



adjudicados en el escenario de colusión y el escenario competitivo son los beneficios obtenidos como consecuencia de la infracción [...]

El problema con la evaluación es que, mientras el impacto de un programa (independientemente de otros factores) puede ser verdaderamente medido solo a través de la comparación factual y contra factual, éste último escenario es inobservable. Así que el reto de una medición de impacto es crear un grupo de comparación convincente y razonable para los beneficiarios del programa a la luz de este escenario incognoscible [...]

Los análisis de regresión en derecho de la competencia parten al menos de una hipótesis que sostiene que existe una política, método (llamado proceso generador de datos) o forma en la que dos o más variables se relacionan. [...]

El análisis del cálculo de los beneficios parte de la presentación de elementos que dan cuenta de la materialización de un acuerdo colusorio que consistiría en que pese a que el operador económico CNO S.A., ganó procedimientos de contratación pública ofreciendo precios muy por debajo de los precios referenciales, ésta terminó percibiendo ingresos muy superiores a esos mismo precios referenciales al considerar los rubros facturados por obras complementarias, constantes en contratos de procesos de contratación pública posteriores al procedimiento principal.

Tal materialización representa un punto de conexión de varios de los elementos esenciales señalados ut supra, aquélla permite generar una hipótesis acerca de la relación de las variables: valor total adjudicado por obras públicas adjudicadas a CNO S.A. (materia de análisis de la investigación de la Intendencia) y la forma en la que se compitió en los procedimientos de contratación de esas obras. Dicha materialización además permite contar con fuentes de información de datos reales (precios referenciales y montos efectivamente pagados) y permite también contar con un gran conocimiento teórico, doctrinario y jurisprudencial de la relación de las variables en referencia [...]

Es así que podemos apuntar a los siguientes aspectos de análisis para el caso concreto: Hipótesis: Dado que operaría un acuerdo colusorio, los montos finales de adjudicación de las contrataciones son más altos que los niveles esperados en un ambiente de franca competición entre operadores económicos independientes.

Observación de la relación de las variables: Contratos de los procedimientos de contratación de CNO con CELEC materia de investigación.

Conocimiento sobre la estructura que genera esas relaciones: Doctrina y jurisprudencia que indican que los acuerdos colusorios verticales apuntan a que las obras se adjudiquen a mayores montos que los esperados en un ambiente de plena competencia económica.

Data real: Precios referenciales y montos finales de adjudicación.



Con estos elementos la Intendencia determinó que el mejor contra factual con el que podía contar para comparar los montos adjudicados al operador CON S.A., eran los precios referenciales y los precios ofrecidos por los operadores independientes involucrados en los procesos de contratación. [...]

Con estas antecedentes, se puede ver que todos los elementos citados apuntan a una misma dirección, es decir, ante la ejecución de un acuerdo en los términos expuestos, se esperaría que los montos efectivamente adjudicados en un proceso arreglado fuesen muy superiores a los de los niveles de competencia. De acuerdo con la data empleada como contra factual, existe coincidencia de las hipótesis planteada, existe una conclusión razonable de la consecuencia teórica de la infracción con los resultados de los procesos materia de análisis, ergo el cálculo de los beneficios esperables estaría dentro de la especificación del literal efe del artículo 80 de la LORCPM, y por tanto serían válidos. [...]"

En doctrina, se debe señalar que el escenario contrafactual, “[...] representa la situación que más probablemente hubiese surgido en ausencia de la infracción... Según la legislación comunitaria, en general se exige que la indemnización por daños sufridos debe colocar a la parte dañada en la situación en la que habría estado si la infracción de competencia no hubiera ocurrido [...]”³⁴.

Se reafirma este criterio con lo establecido por Claudio Agostini, al referir: “[...] Conceptualmente, el cálculo de los daños económicos generados por conductas anticompetitivas (“daño anticompetitivo” o antitrust injury), en un mercado específico, requiere determinar qué hubiera ocurrido en ese mismo mercado si esas prácticas anticompetitivas no hubiesen ocurrido (but-for world). Este escenario alternativo es lo que se conoce como “contrafactual”, donde lo único distinto respecto del escenario factual —lo que realmente sucedió— es suponer que las prácticas anticompetitivas no ocurrieron. En este sentido, estimar un contrafactual implica establecer un mundo que no existió y que, por lo mismo, no es observable. Una vez determinado un contrafactual, es posible compararlo con lo que efectivamente ocurrió (el mundo factual). La comparación entre estos escenarios permite determinar, por diferencia, los daños de los agentes económicos que se vieron afectados por las prácticas anticompetitivas sancionadas [...]”³⁵

Conforme los criterios esgrimidos por el órgano de investigación, de sanción y la doctrina, la aplicación de un escenario supuesto o contrafactual, es perfectamente aplicable para la determinación de los daños al mercado y sus participantes frente a conductas anticompetitivas, elementos que son hipotéticos en comparación con un mercado dañado por una conducta restrictiva. En el marco de los procesos de contratación pública, el objeto es crear un régimen de competencia en el cual el punto central para la adjudicación sea el beneficio al Estado y no

³⁴ Dr. Pedro Posada, “Cuantificación de Daños en la Unión Europea” https://www.nera.com/content/dam/nera/upload/AAG_Quantification_Damages_Spanish_A4_0219.pdf

³⁵ Claudio Agostini, “Cálculo de daños por conductas anticompetitivas: Consumidores” <https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2022/10/Agostini-2022-Calculo-de-danos-por-conductas-anticompetitivas-consumidores.pdf>



necesariamente el costo más bajo, sino la oferta más adecuada, precio – calidad, presupuestos que son marcados en los términos de referencia otorgados por la entidad contratante, por lo cual, no existe mayor posibilidad de variación entre los requerimientos técnicos que deben ser exigidos por la entidad a cargo del proceso, quien debe custodiar los recursos estatales en pro de una obra o servicio de calidad a precio justo revestido de las bondades que ofrece la contratación pública.

En la especie, CNO presenta una oferta más conveniente al requirente, en conocimiento de los imprevistos que pudieron surgir para lo cual se contemplaba presupuesto adicional, empero el resultado final son obras con precios muy elevados a los previstos por CELEC, rodeados de “tajadas” a otorgarse a los servidores públicos, a cambio de la entrega de las obras, sin importar que los costos se eleven sin ser previstos y sin un freno a la suscripción, situación que en el marco contra factual no se verificaría, pues un proceso bien llevado implica la previsibilidad de los contratiempos y la carga a sus responsables.

Entonces señalaremos que, conforme ha determinado el órgano de investigación, se ha considerado los escenarios que se asemejan más a la realidad, es decir el estudio técnico en el caso del proceso de contratación del Proyecto Pucará y en el Proyecto Manduriacu se crea el escenario en comparación con el competidor directo del entonces Odebrecht, así se logra, *estimar dos cosas: cuáles fueron los beneficios de las empresas durante su período colusivo y, luego, cuáles hubiesen sido esos beneficios si éstas no hubiesen actuado de forma anticompetitiva durante ese período*³⁶.

Considerando lo expuesto y con la afirmación del técnico designado, esta autoridad concuerda con la afirmación de la CRPI, dentro de la legislación ecuatoriana no está normada la fórmula para determinación de daños, empero, en derecho de competencia es aplicable el escenario contrafactual para arribar a la aproximación de los daños, ergo el beneficio obtenido por los infractores.

Los factores de la multa y su fórmula de cálculo son verificables y de fácil entendimiento en el total del apartado 11 del acto administrativo de 20 de junio de 2022, confirmado el 16 de septiembre de 2022, con lo cual concuerda esta autoridad.

➤ **Garantía de motivación en la determinación del mercado relevante**

La LORCPM, en el artículo 5 señala la obligatoriedad de determinar un mercado relevante en cada caso de investigación y establece parámetros mínimos que deben ser considerador para el efecto, a saber:

- i. Producto;
- ii. Dimensión geográfica;
- iii. Características de compradores y vendedores

³⁶Daniel Redel S, ¿Cómo calcular el monto de las indemnizaciones por colusión? El Caso Farmacias, <https://centrocompetencia.com/como-calculiar-el-monto-de-las-indemnizaciones-por-colusion-el-caso-farmacias/>



La doctrina imprime en cuanto al mercado relevante:

“[...] Para definirlo, es necesario identificar cuáles productos o servicios compiten entre sí (es decir, cuáles son sustitutos) y la o las regiones geográficas en donde se producen, distribuyen, y/o comercializan éstos (o sea, la dimensión geográfica de este mercado) [...]”³⁷

Al respecto la Unión Europea, en cuanto al mercado relevante establece:

“[...] La definición de mercado permite determinar y definir los límites de la competencia entre empresas, así como establecer el marco dentro del cual la Comisión aplica la política de competencia. El principal objetivo de la definición de mercado es determinar de forma sistemática las limitaciones que afrontan las empresas afectadas desde el punto de vista de la competencia [...]”³⁸

En este sentido, debemos señalar que conforme la normativa y la doctrina, la determinación del mercado relevante, *busca identificar a todas las empresas que se ejercen presión competitiva mutuamente*³⁹, en un sector que podría verse afectado por el cometimiento de prácticas anticompetitivas. El tratadista Gabriel Martínez Medrano en su obra Control de los Monopolios y Defensa de la Competencia, invocando la Decisión No. 85/609/CEE de 14 de diciembre de 1985 por parte de la Comisión de la Comunidad Europea, le establece como: *“[...] el espacio comercial en cuyo interior debe evaluarse la potencia económica de la empresa en cuestión en relación con sus competidores [...]”⁴⁰*. Entonces podemos exponer que el mercado relevante es aquel espacio temporal, geográfico y de actividad económica en el que se desenvuelven los operadores económicos.

En contratación pública, las particularidades están dadas por los propios requerimientos de las entidades contratantes ceñidos a las disposiciones de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, *“[...] la determinación de un mercado relevante tiene que estar enmarcado efectivamente en los términos en lo que se van a contratar, para el caso concreto de acuerdo a las bases contractuales (pliegos), por cuanto es precisamente en este marco en el cual se desarrollaría la entrega del servicio a ser contratado [...]”⁴¹*. Así lo ratifica Fabián Pozo Neira, cuando señala:

“[...] no han contemplado expresamente ni de forma diferenciada la particular situación de los mercados relevantes en casos de conductas colusorias en compras públicas, los

³⁷ COFECE – Comisión Federal de Competencia Económica, “Herramientas de competencia económica” https://www.cofece.mx/cofece/images/documentos_micrositios/herramientascompetenciaeconomica_250815_vf_1.pdf

³⁸ Unión Europea, en el Reglamento No. C 372 9 de diciembre de 1997.

³⁹ Universidad San Francisco de Quito, Centro de Competencia, “Mercado Relevante”, <https://centrocompetencia.com/mercado-relevante/>

⁴⁰ Gabriel Martínez Medrano, “Control de los Monopolios y Defensa de la Competencia”

⁴¹ Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 19 de Mayo 2017, Juicio No: 17811201601271



cuales por su particular naturaleza no son equiparables a los mismos mercados de producto o geográficos privados en general, debido a la imposibilidad de sustitución del lado de la oferta -pues está limitada a los oferentes registrados, y en el caso de las subastas inversas, a las ofertas calificadas- y del lado de la demanda, pues ésta es fija y determinada por los pliegos o términos de referencia de un único comprador que es la entidad estatal [...]”⁴²

El criterio acogido por la CRPI, emitido por la INICAPMAR responde al siguiente razonamiento:

“[393] En el presente caso, los procedimientos de contratación pública ejecutados por CELEC corresponden de forma general a la construcción de obras en proyectos hidroeléctricos, que se realizaron en el marco de las figuras de contratación por emergencia y bajo régimen especial. [...]

[397] De la revisión del acervo documental, se destaca que el operador económico CELEC desarrolló y adjudicó los procesos de contratación bajo emergencia signados con código: No. EMERCELECEPGG267-11-00001, EMERCELECEPGG267-11-00002, EMERCELECEPGG267-11-00003, EMERCELECEPGG267-11-00011 y, EMERCELECEPGG267-11-00012, relativos a las obras en la Central Pucará. Además del proceso bajo régimen especial: No. RE-GEN-CELEC-007-11, en relación con el proyecto Hidroeléctrico Manduriacu, que consta de varios contratos complementarios [...]

[414] Consecuentemente, la CRPI coincide conforme la doctrina expuesta y resoluciones expedidas por este órgano de resolución señaladas previamente, en que los mercados de contratación pública son mercados en sí mismos, exclusivos en la que la entidad contratante es la única fuente de demanda, por lo que concluye que el mercado relevante está delimitado a los seis procesos de contratación pública: (1) EMERCELECEPGG267-11-00001, (2) EMERCELECEPGG267-11-00002, (3) EMERCELECEPGG267-11-00003, (4) EMERCELECEPGG267-11-00011, (5) EMERCELECEPGG267-11-00012 y (6) RE-GEN-CELEC-007-11, donde se ha identificado que coincidieron los operadores económicos investigados durante el período comprendido entre el 28 de octubre de 2011 hasta el 19 de febrero de 2016.”

Con este breve detalle, es claro que la INICAPMAPR y la CRPI han considerado que, es respecto a los 6 procesos de contratación pública identificados, donde se ha materializado el acuerdo colusorio, el mercado relevante afectado es el proceso en sí con las particularidades que contiene, cuya exposición técnica se encuentra tanto en el acto sancionatorio como en el informe final de investigación, criterio confirmado en el acto impugnado.

Con lo expuesto y en base a las particularidades observadas, adicional al criterio técnico manifiesto por el asesor de despacho, esta autoridad concuerda con la determinación del mercado relevante en los 6 procesos de contratación pública.

⁴² Fabián Pozo Neira, “Acuerdos colusorios en la contratación pública en Ecuador: ¿Un tipo sancionador imposible?”



8.2.- De la validez procedimental del expediente administrativo: (3.4 CNO)

➤ De la presunta nulidad insubsanable del procedimiento administrativo

En su recurso de apelación, CNO señala que en el procedimiento administrativo SCPM-CRPI-022-2022 existieron omisiones procesales que generaron, por un lado, un vicio insubsanable de nulidad del proceso y, por otro, la caducidad de las facultades de la SCPM.

En cuanto a lo primero, el recurrente se refiere a la existencia de un supuesto vicio insubsanable producido a partir de la apertura de la etapa probatoria. Argumenta que, con la providencia de 28 de diciembre de 2021, la Intendencia pretendió que el término de prueba inicie un día antes de notificado el acto administrativo. Considera además que la resolución de 31 de marzo de 2022, con la que se declara la nulidad y la retrotracción del proceso, no subsanó el vicio sino que, por no haber corregido el error -con efectos retroactivos- que alcancen la providencia de 28 de diciembre de 2021 -sino solamente hasta el 24 de marzo de 2022-, produjo la caducidad de las funciones de la Intendencia y demás órganos de la SCPM.

En resumen, explica el recurrente, que las actuaciones de la Intendencia antes descritas tuvieron como consecuencia: i) la vulneración del derecho a la defensa por sustraer dos días al término para presentar pruebas, lo cual sería incorrectamente subsanado con la resolución de 31 de marzo de 2022; y, ii) la inobservancia del debido proceso por no respetar las etapas del procedimiento administrativo, lo cual no fue rectificado, pues la declaratoria de nulidad no alcanzó la providencia de 28 de diciembre de 2021.

Respecto a lo que refiere el recurrente, cabe citar las siguientes normas del COA:

“Art. 158. [...] Los plazos y los términos en días se computan a partir del día hábil siguiente a la fecha en que: [...] 2. Se haya efectuado la diligencia o actuación a la que se refiere el plazo o término [...]”

“Art. 107. [...] Cuando se trata de la declaración de nulidad del procedimiento administrativo, este debe reponerse al momento exacto donde se produjo el acto administrativo viciado [...]”

Además, con el objeto de evaluar las alegaciones de CNO anteriormente expuestas, es necesario identificar las actuaciones administrativas para su verificación:

- **La apertura del término de prueba** se efectuó mediante providencia de 28 de diciembre de 2021 (acápito quinto), a las 16h52 (Id. 221261) a partir de esa fecha, por el término de 60 días. La providencia fue notificada el 29 de diciembre de 2021 y señala:

“QUINTO: Al amparo de lo previsto en el artículo 59 de la LORCPM, que manda: Término de Prueba.- El órgano de sustanciación ordenará la apertura del término probatorio de sesenta (60) días, prorrogables por hasta un término de treinta (30) días adicionales, a criterio de la autoridad [...]; en concordancia con lo dispuesto en el artículo 69 del RALORCPM, que señala: “[...]el órgano de investigación ordenará a la apertura del término probatorio de sesenta (60) días, los cuales podrán ser



prorrogados hasta por un término de treinta (30) días adicionales a criterio de la autoridad [...]”. Esta autoridad dispone la apertura del término probatorio por sesenta (60) días, prorrogables por un término de treinta (30) días adicionales de ser pertinente, contados a partir del 28 de diciembre de 2021, inclusive.”

- Mediante providencia de 23 de marzo de 2022, se ratificó el inicio del término probatorio el 28 de diciembre de 2021. Frente a tal providencia, con fecha 24 de marzo de 2022, CNO presentó un escrito señalando que el término de prueba debía iniciar el 30 de diciembre de 2021 en razón de que la notificación de la providencia con la que se apertura el término de prueba fue efectuada el 29 de diciembre de 2021. Posteriormente, por medio de providencia de 25 de marzo de 2021, a las 16h29, acápite segundo, se declaró terminada la fase probatoria el día 24 de marzo de 2022. En dicho acto, la Intendencia mantuvo que el término procedimental para la fase probatoria inició a partir del fenecimiento de los quince (15) días otorgados a los operadores económicos para que presenten excepciones a la formulación de cargos, de conformidad con el art. 21 literal a) del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM.

“[...] Conforme las disposiciones legales establecidas en los párrafos precedentes, aplicable al presente expediente de investigación, el término procesal para la fase probatoria inicia a partir del fenecimiento de los quince (15) días otorgados a los operadores económicos, para que presenten sus excepciones a la formulación de cargos.

En tal virtud, esta autoridad el día 28 de diciembre de 2021, una vez fenecido el término para la presentación de excepciones de los operadores económicos investigados, dio inicio a la fase probatoria, es decir, el 28 de diciembre de 2021, es el día uno del término probatorio, al existir norma expresa que así lo dispone.

[...] SEGUNDO: Toda vez que, conforme el artículo 59 de la LORCPM, en concordancia con los artículos 68 y 69 del RALORCPM, así como 21 literal a) del Instructivo de Gestión Procesal de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, se declara terminada la fase probatoria el día 24 de marzo de 2022, dentro del presente expediente investigativo [...].”

- Con fecha 28 de marzo de 2022, amparado en el artículo 254 del COGEP, CELEC solicitó se revoque la providencia de 25 de marzo de 2022 que señala el 24 de marzo de 2022 como fecha de vencimiento del término de prueba y que se contabilice los sesenta (60) días desde el día siguiente a la notificación, por lo que la fase debía declararse terminada a la finalización del día 28 de marzo de 2022.
- Por medio de la **resolución de 31 de marzo de 2022, a las 16h21**, DISPOSICIÓN PRIMERA (Id. 232292), la INICAPMAPR resolvió declarar la nulidad del procedimiento administrativo y retrotraer los tiempos procesales al 24 de marzo de 2022, otorgando dos días adicionales para la presentación y reproducción de la prueba.

“[...] En suma, de conformidad con el COGEP y COA, así como el criterio jurídico No. SCPM-DS-INJ2022-003, citados ut supra, la providencia de 28 de diciembre de 2021, en la cual se dispone el inicio de la fase probatoria, se



notificó a los operadores económicos, el día 29 de diciembre de 2021, y aplicando la normativa precedente, el término probatorio discurriría desde el 30 de diciembre de 2021. En línea de lo anterior, el término probatorio, debía culminar el 28 de marzo de 2022.

[...] PRIMERO: Declarar la nulidad del procedimiento administrativo, y en tal sentido retrotraer los tiempos procesales al día, 24 de marzo de 2022, fecha en la cual habría terminado la fase probatoria. En consecuencia, se pone en conocimiento de los operadores económicos CNO S.A. y CELEC EP que cuentan con los dos (2) días que, está autoridad omitió computar para la presentación y reproducción de pruebas, mismos que serán computados desde el día hábil siguiente a la notificación de la presente resolución.”

- Una vez subsanada la nulidad, con providencia de 06 de abril de 2022, a las 10h52, acápite tercero, conforme al artículo 59 de la LORCPM en concordancia con los artículos 68 y 69 del Reglamento para la aplicación de la LORCPM, así como el artículo 27 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM, **se declaró terminada la fase probatoria el día 04 de abril de 2022**. Lo anterior debido a que la actuación administrativa de 31 de marzo retrotrajo el tiempo procesal al 24 de marzo de 2022, es decir, lo actuado del 25 al 31 de marzo resultó nulo. Por tanto, los dos días adicionales de la etapa de prueba empezaron a contabilizarse desde el 01 de abril de 2022. Así, el 04 de abril de 2022 fue el día 60 de dicha etapa.
- Después de concluida la fase probatoria, la Intendencia contaba, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM con el término de quince (15) días para emitir el Informe final, es así que dicho informe, signado con el No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-012-2019, fue emitido el 22 de abril de 2022, dentro del término.

Una vez revisados los argumentos planteados por CNO y cómo se desarrolló el procedimiento, analizando las fases procedimentales, esta autoridad considera importante resaltar que la nulidad declarada mediante providencia de 31 de marzo de 2022 tiene como efecto que los tiempos procesales se retrotraigan a la fecha del vicio, esto es, cuando se irrumpió la prosecución de la contabilización de los tiempos procedimentales para fines probatorios. En relación con ello, si bien es cierto con la nulidad declarada mediante providencia de 31 de marzo de 2022, el procedimiento administrativo no se retrotrajo al 28 de diciembre de 2021, fecha en la que se emitió la providencia con la que inició la etapa probatoria, ningún derecho de los administrados se vio afectado por cuanto, el vicio demarcado se situó en limitar en razón de dos días a los administrados de su término probatorio procedimental, esto es en la providencia de 25 de marzo de 2022. Lo anterior debido a que el término probatorio, dentro del expediente administrativo que se revisa, transcurrió acorde con lo establecido en el artículo 59 de la LORCPM, es decir, este duró sesenta (60) días efectivos en la suma correspondiente.

Como se señaló anteriormente, una vez declarada la nulidad, la Intendencia otorgó dos días adicionales para que los operadores económicos presenten y reproduzcan prueba, días que



fueron contabilizados luego del 31 de marzo de 2022, fecha en la cual el procedimiento fue declarado nulo. De ese modo, el 04 de abril de 2022 resultó ser el último día de dicha etapa procedimental. Es decir que los operadores económicos tuvieron el término de sesenta (60) días efectivos para la práctica de sus elementos probatorios.

Finalmente, cabe también precisar que el vicio del proceso, motivo por el cual se declaró la nulidad, se produjo el 24 de marzo de 2022, es decir el día cincuenta y ocho (58) de la fase probatoria, por tanto tal fecha constituye el momento exacto donde se produjo el vicio, que se recalca, no puede retrotraer a los efectos de todo el término probatorio, por cuanto, la actuación administrativa que lesionaba o limitaba los derechos de los administrados fue en la que se restaban los días para el ejercicio de la práctica probatoria, esto es la providencia de 25 de marzo de 2022.

En vista de todo lo expuesto, esta autoridad considera que la retrotracción de los tiempos procesales al 24 de marzo de 2022 resulta acorde al artículo 107 del COA, por tanto se concluye que, contrariamente a lo que alega el recurrente, las facultades de los órganos de la SCPM no han caducado, que el proceso en revisión es libre del vicio de nulidad alegado por CNO y que en la sustanciación del mismo no se ha vulnerado derecho o garantía alguna, pues conforme se ha indicado los operadores económicos gozaron del término de sesenta (60) días efectivos para el ejercicio de la fase probatoria en el procedimiento administrativo sancionador.

8.3.- De la conducta:

A fin de verificar si efectivamente la INICAPMAPR demostró el cometimiento de la conducta restrictiva, la cual fue sancionada por la CRPI, es importante señalar algunos aspectos básicos respecto a la colusión en procesos de compras públicas, partiendo del aparataje jurídico al que están sometidas este tipo de actuaciones.

Conforme conocemos, es política de Estado, “[...] *propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes [...]*”⁴³, con este fin, el artículo 1 de la LORCPM, fija el objeto de la SCPM entre otros, en “[...] *la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas [...]*”⁴⁴; tratando los acuerdos y prácticas prohibidas, la ley de la materia impone:

“Art. 11.- Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, y en general todos los actos o conductas realizados por dos o más operadores económicos, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general. En particular, las siguientes conductas, constituyen acuerdos y prácticas prohibidas: [...] 21. Los acuerdos entre proveedores y compradores, al margen de lo que establece la ley, que se puedan dar en las compras

⁴³ CRE, artículo 284 numeral 8.

⁴⁴ LORCPM, artículo 1



*públicas que direccionen y concentren la contratación con el afán de favorecer injustificadamente a uno o varios operadores económicos [...]*⁴⁵

El Reglamento de Aplicación a la LORCPM respecto de las conductas restrictivas, prevé:

“Art. 8.- Acuerdos y prácticas restrictivas por objeto.- El acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, estará prohibida de conformidad con el artículo 11 de la Ley, independientemente de los efectos reales o potenciales que pueda tener en el mercado. Se entiende por restricciones de la competencia por objeto aquéllas que por su propia naturaleza poseen el potencial de restringir la competencia [...] De igual forma podrán ser consideradas como acuerdos y prácticas restrictivas por objeto, a las conductas colusorias en procesos de contratación pública y subastas públicas. Sin perjuicio de las conductas antes señaladas, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá determinar qué otros acuerdos y prácticas son restrictivas por su objeto, en virtud del contenido del acuerdo, sus objetivos y/o el contexto legal y económico del cual forma parte.”

A este respecto la SCPM ha emitido la guía de buenas prácticas para la prevención de acuerdos colusorios y de manera central ha señalado:

*“[...] Las conductas colusorias, en general, se refieren a los acuerdos entre operadores económicos para no competir entre sí; estas conductas son catalogadas entre las violaciones más graves de la ley de competencia, debido a que afectan a los clientes al aumentar los precios y restringir la oferta [...] Conforme a la LORCPM, la colusión en contratación pública puede presentarse de dos maneras: [...] 2) Cuando se dan acuerdos entre proveedores y compradores (funcionarios de entidades contratantes), con el afán de favorecer injustificadamente a uno o varios operadores económicos [...]*⁴⁶

Para la Superintendencia de Industrias y Comercio de Colombia –SICC-, entidad par de competencia de la SCPM, el acuerdo colusorio, *“se identifica como el acuerdo que tiene como objeto o efecto restringir la competencia dentro de un proceso de selección contractual desarrollado por alguna entidad del Estado”*⁴⁷; en este sentido, cuando el acuerdo colusorio se lleva a cabo en el marco de la contratación pública, *“afecta no solo a los oferentes que no participan en el acuerdo colusorio sino también al mercado en general, al incrementar los precios de los bienes y servicios contratados por el Estado. Lo anterior genera desequilibrios*

⁴⁵ LORCPM, artículo 11 numeral 21.

⁴⁶ SCPM, “Guía de buenas prácticas para la prevención de acuerdos colusorios entre oferentes en los procesos de contratación Pública”, <https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2022/03/Guia-de-buenas-practicas-para-la-prevencion-de-acuerdos-colusorios-entre-oferentes-de-contratacion-publica-.pdf>

⁴⁷ SICC, “Guía Práctica para combatir acuerdos colusorios en procesos de contratación estatal” https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Nuestra_Entidad/Publicaciones/Guia_practica_acuerdos_colusorios_25_01_2016.pdf



en el gasto público y desaprovechamiento de los recursos que el Estado invierte en cumplimiento con sus fines constitucionales”⁴⁸

En la legislación ecuatoriana el régimen de contratación pública busca la optimización del presupuesto público en pro de las obras estatales, en un ambiente de competencia saludable y de igualdad para los participantes del mercado, ostenten la calidad que sea. Este tipo de comportamiento se considera contrario a la norma por la capacidad de daño al proceso competitivo que contiene, tanto a los competidores como a los usuarios, agravado este último porque el consumidor será el estado y el peculio que se emplea, será el de todos los ciudadanos. Así lo señala el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual –INDECOPI-, pues expresa, *“La colusiones en licitaciones o concursos públicos o “bid rigging” son consideradas prohibiciones absolutas [...] debido a su carácter sensiblemente nocivo para la competencia y los consumidores”⁴⁹*.

En el caso particular se deja expresado que, conforme la verdad procesal, nunca fueron controvertidas las declaratorias de emergencia o la suscripción de contratos complementarios, pues no se encuentra dentro de las atribuciones de esta entidad facultad para el efecto. Tampoco se ha cuestionado el Acuerdo entre BNDES y el Estado Ecuatoriano, así como las condiciones contractuales para contratar a empresas brasileñas, puesto que, estas actuaciones no están sometidas al régimen de competencia, empero sobre estos hechos que bien pueden ser legales, se ha detectado la infracción determinada en el artículo 11, numeral 21 de la LORCPM, cuyo texto expresa que serán nulos de pleno derecho todo tipo de acuerdos colusorios que se llegará a celebrar entre operadores económicos, por lo que la existencia de un contrato no desvirtúa la configuración de la conducta colusoria.

Como se ha revisado la conducta consiste un acuerdo colusorio por objeto dada la nocividad de la misma y las particularidades de los procesos de contratación pública; conforme el criterio de Pedro Mario González, *“la manipulación de ofertas es siempre una restricción por su objeto ya sea en sí misma considerada o en atención a las prácticas que suele llevar aparejadas. De modo que nunca es posible acudir a esta salvaguarda para defenderse de una acusación de acuerdo colusorio en el contexto de una licitación pública”⁵⁰*.

Acorde al RLORCPM la conducta por objeto, con el fin de perjudicar las contrataciones de los proyectos de la Central Pucará y Mandariacu, los cuales se vieron afectados en razón del direccionamiento del adjudicado (CNO) quien elevó los costos bajo la cortina de los contratos complementarios, a pesar que, conforme los estudios técnicos los imprevistos contemplaban la probabilidad de un alza o la suscripción de contratos adicionales. Este tipo de conductas no

⁴⁸ SICC, “Guía Práctica para combatir acuerdos colusorios en procesos de contratación estatal” https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Nuestra_Entidad/Publicaciones/Guia_practica_acuerdos_colusorios_25_01_2016.pdf

⁴⁹ INDECOPI “Guía para combatir la Concentración en las Contrataciones Públicas” <https://www.indecopi.gob.pe/documents/51771/2961200/Gu%C3%ADa+de+Libre+Competencia+en+Compras+P%C3%ABlicas/>

⁵⁰ Pedro Mario González. “La difícil defensa jurídica de los sujetos acusados de coludir en una licitación pública”.



requieren comprobar los daños efectivos, los cuales en el caso se evidenciaron en el monto total de las obras, afianzando la tesis de que, debido al entorno de corrupción por las comunicaciones y chantajes por parte de altas autoridades del estado y los sobornos por parte de CNO, el proceso de competencia se vio afectado en perjuicio de los ecuatorianos.

Por lo manifestado y revisado el acervo documental, así como la normativa y la doctrina, esta autoridad concuerda con la CRPI, en que, ninguno de los operadores económicos sancionados ha logrado desvirtuar su participación y responsabilidad en los actos colusorios acusados y que han merecido la sanción impuesta.

8.4.- De la presunta violación a la Confidencialidad y Reserva (3,6 CNO)

En su recurso de apelación, CNO señala que existe violación al principio de inocencia, de imparcialidad, de confidencialidad, principio de no discriminación, la seguridad jurídica, por cuanto se han realizado publicaciones en redes sociales y medios de comunicación del extracto no confidencial de la resolución de 20 de junio de 2022 antes de haberse agotado las vías administrativa y causado firmeza administrativa.

A este respecto, previo a resolver el punto en cuestión, resulta imperante revisar la normativa aplicable al caso, así la Constitución de la República del Ecuador, establece:

“Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.”

“Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

- 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.*
- 2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada. [...]*”

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en resguardo de los derechos constitucionales dispone:

“Art. 3.- Métodos y reglas de interpretación constitucional.- Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente.”

La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado señala:

“Art. 47.- Deber de secreto y reserva.- Quienes tomaren parte en la realización de investigaciones o en la tramitación de procedimientos o expedientes previstos en esta



Ley o conocieren tales expedientes por razón de su cargo, labor o profesión, están obligados a guardar confidencialidad, reserva y secreto sobre los hechos de que hubieren tenido conocimiento a través de ellos, en aplicación de las normas de este capítulo.

La obligación de confidencialidad y secreto se extiende a toda persona que en razón del ejercicio de su profesión, especialidad u oficio, aun cuando no formare parte de la Superintendencia, llegare a conocer de información contenida en los expedientes, investigaciones y denuncias fundadas en las disposiciones de la presente Ley y en las leyes y reglamentos de la materia.

Sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales, que pudieren corresponder a los infractores del deber de sigilo, confidencialidad o secreto, la violación de este deber se considerará como causal de destitución. Sólo podrán informar sobre aquellos hechos o circunstancias a los Jueces, Tribunales y Órganos competentes de la Función Judicial y sólo por disposición expresa de juez o de los jueces que conocieren un caso específico, Función que mantendrá la confidencialidad de la información.”

“Art. 65.- Legitimidad, ejecutividad y ejecutoría.- Los actos administrativos emanados de las autoridades de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, sus órganos y funcionarios, se presumen legítimos y están llamados a cumplirse desde su notificación.

Los actos administrativos son impugnables según dispone el artículo 173 de la Constitución de la República y están revestidos del carácter de estabilidad administrativa. [...]”

“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.

El término para la interposición del recurso será de 20 días contados a partir del día siguiente al de la notificación del acto administrativo recurrido. Transcurrido dicho término sin haberse interpuesto el recurso, el acto administrativo será firme para todos sus efectos.

El recurso se concederá solo en el efecto devolutivo. El plazo máximo para dictar y notificar la resolución será de 60 días calendario.

Contra el acto o resolución que conceda o niegue el recurso de apelación no cabrá ningún otro recurso en vía administrativa.”

“Art. 87.- Publicidad de las sanciones.- Serán de conocimiento público y publicadas, en medios de amplia difusión, en la forma y condiciones que se prevea reglamentariamente, las sanciones en firme impuestas en aplicación de esta Ley, su cuantía, el nombre de los sujetos infractores y la infracción cometida.”



“DISPOSICIONES GENERALES

Tercera.- Publicaciones.- Todas las resoluciones en firme de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado se publicarán en el Registro Oficial, en su página electrónica y en la Gaceta Oficial de la Superintendencia.

Las resoluciones de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado entrarán en vigencia desde su notificación a las partes. [...]”

La Intendencia Nacional Jurídica, ha emitido el criterio jurídico No. SCPM-DS-INJ-2020-007 de 23 de abril de 2020, en el cual establece:

“a) Sobre, “¿Cuál es la diferencia entre “ejecutoria”, “firmeza” y el concepto de “ha causado estado”, realizando un análisis sistemático y teleológico de toda la normativa pertinente?”; Si bien, las tres figuras son diferentes y poseen efectos consecutivos entre sí; la LORCPM las concibe como efectos del agotamiento de la impugnación ordinaria en la vía administrativa

b) Sobre, ¿En relación con la publicidad de las resoluciones de la SCPM, el concepto de firmeza debe ser diferente teniendo en cuenta los principios de publicidad, transparencia y eficiencia?; concordante con análisis realizado y lo indicado en el literal anterior la concepción del concepto de firmeza que establece la LORCPM es el efecto que adquieren las actuaciones administrativas al haberse agotado la impugnación ordinaria en la vía administrativa acorde lo previsto en el artículo 67 de la Ley; en este sentido, a fin de garantizar el cumplimiento de los principios de transparencia, publicidad y eficiencia, una vez que las resoluciones administrativas se encuentren en firme, en razón de haberse agotado la vía administrativa ordinaria deben ser publicadas observando lo establecido en los artículos 87, Disposición General Tercera de la LORCPM, y artículos 2 y 113 del Reglamento para la aplicación de la ley. [...]”

Conforme la CRE, todos los ciudadanos tenemos el derecho a ser considerados y tratados como inocentes en tanto que, la decisión que nos imputa responsabilidad en tal o cual hecho no haya causado firmeza, es decir la limitación se presenta respecto a la consideración de infractor o no que se nos arrogue. Al respecto la LORCPM impone a los servidores el deber de confidencialidad de los hechos que sean parte de un procedimiento o un expediente. En este sentido el punto de reserva será el guardar lo que se conozca de un caso, no solo de la decisión en el mismo.

Por otro lado, respecto de los actos administrativos la LORCPM es clara al referir la presunción de legitimidad y ejecutoria de las decisiones de la administración, los cuales están llamados a cumplirse desde su notificación –entorno a la orden que contenga la decisión-; el artículo 67 de la ley de la materia dice que, sin imponerse el recurso de apelación o resuelto el mismo la decisión causa firmeza. Esto se refiere a la resolución que ponga fin al expediente administrativo. Así mismo el artículo 87 de la ley expresa la obligación de publicación de las



resoluciones sancionatorias con todos sus datos una vez que las mismas sean firmes, mandato similar la plantea la Disposición General Tercera. Todas las disposiciones giran en torno a la resolución administrativa que resuelve el fondo del proceso administrativo.

Por su parte, la Intendencia Nacional Jurídica, en su criterio jurídico ha expuesto que la LORCPM las concibe como efectos del agotamiento de la impugnación ordinaria en la vía administrativa a las figuras de ejecutoria, firmeza y el concepto de ha causado estado.

En este sentido, marcados los dos puntos que se muestran, hemos de referir que CNO acusa la vulneración de su derecho constitucional a la presunción de inocencia y violación del deber de confidencialidad, por difusión del extracto de la resolución de fecha 20 de junio de 2022, cuando ésta no estaba en firme, como evidentemente se puede constatar, además de las declaraciones vertidas por el abogado Patricio Pozo en calidad de Intendente Nacional de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (s), conforme señala el apelante, pues dentro del expediente de apelación no reposan las transcripciones o grabaciones de las mismas, por lo cual no es posible valorar lo dicho por el servidor público.

Respecto a las publicaciones realizadas, debemos señalar que el principio de publicidad de las decisiones de la administración se encuentran marcadas por la CRE con las debidas excepciones, en la especie no se ha comprobado por parte del apelante que la SCPM haya publicado la resolución de 20 de junio de 2022 o la de 16 de septiembre de 2022, puesto que, las mismas deberán ser publicadas cuando alcancen firmeza, es decir se haya agotado la vía administrativa. Es importante señalar que constituye una garantía del debido proceso, por tanto, el obligatorio acatamiento del principio de publicidad administrativa el cual abarca la difusión de las actuaciones no solo con el objeto de -salvaguardando los derechos de las partes- poner en conocimiento de los administrados actos emitidos debido al interés directo que estas tienen, sino además, en relación a terceros y de la sociedad en general por existir un interés público que se deriva.

Conforme lo expuesto, más allá de las capturas impresas en el recurso de apelación no se ha aportado evidencia que elimine la duda razonable de que se expuso en esas entrevistas, si efectivamente se pormenorizó el acto administrativo de sanción o reposición. Y, en cuanto a las publicaciones informativas de la causa, se debe señalar que la Ley en el inciso tercero del artículo 56 establece la reserva “del proceso previo a la investigación así como la fase investigativa”, puesto que el fin es garantizar el éxito del estudio⁵¹; es decir la Ley no dispone la reserva de otras fases o etapas del procedimiento que no sean las indicadas.

Al respecto, es importante destacar que, esta alegación del recurrente no refiere a la legalidad del acto administrativo impugnado, sino a hechos sobrevinientes que no lo afectan; por lo tanto resulta improcedente.

⁵¹ LORCPM.- “Art. 56.- Inicio de investigación [...] El proceso previo a la investigación, así como la fase investigativa serán de carácter reservado, excepto para las partes directamente involucradas. [...]”



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 y artículo 44, numeral 2, y el artículo 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta Autoridad, **RESUELVE: UNO.- NEGAR** los recursos de apelación planteado por los operadores económicos CNO S.A. y EMPRESA PÚBLICA ESTRATÉGICA CORPORACIÓN ELÉCTRICA DEL ECUADOR – CELEC EP, en virtud que no se han desvirtuado los cargos imputados, así como no se han configurado los vicios de motivación alegados y en consecuencia, ratificar la Resolución de 16 de septiembre de 2022, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia - CRPI, dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-022-2022, resolución que rechazó el Recurso de Reposición interpuesto en contra de la Resolución de 20 de junio de 2022, a las 10h27, dictada por la Comisión de Resolución de Primera Instancia dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-012-2022; **DOS.-** Se deja a salvo el derecho de los administrados de interponer las acciones legales que consideren pertinentes, en defensa de sus intereses y ante las autoridades competentes que creyeren oportuno.-

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 No. SCPM-DS-2020-026 de 03 de julio de 2020, que determina: *“Para notificaciones se priorizará el uso de los correos electrónicos señalados por los operadores económicos. Los órganos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, instarán a los operadores económicos y a los ciudadanos en general a señalar correos electrónicos para notificaciones”*; notifíquese con la presente providencia al operador económico: **i)** El operador económico **CNO S.A.** en los correos electrónicos: marinsevilla@procompetencia.com f.natera@procompetencia.com; lramirez@procompetencia.com y vallesebastian@oecpartners.com; **ii)** El operador económico **EMPRESA PÚBLICA ESTRATÉGICA CORPORACIÓN ELÉCTRICA DEL ECUADOR, CELEC EP**, en los correos electrónicos maria.aguiar@celec.gob.ec, cristina.moreno@celec.gob.ec, jonathan.ocana@celec.gob.ec, romel.rosales@celec.gob.ec, fernado.villacis@celec.gob.ec, erika.arias@celec.gob.ec, miguel.sanguna@celec.gob.ec, marco.silva@celec.gob.ec, mauro.cordova@celec.gob.ec, juan.velez@celec.gob.ec, valeria.viera@celec.gob.ec; **iii)** A la Procuraduría General del Estado en el correo electrónico: secretaria_general@pge.gob.ec; **iv.** A la Comisión de Resolución de Primera Instancia.

DÉCIMO PRIMERO.- Actúe en calidad de Secretaria de Sustanciación en el presente expediente, la abogada Claudia Pontón Caamaño.- **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.-**



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

**Abg. Claudia Pontón Caamaño
SECRETARIA DE SUSTANCIACIÓN**