

INTENDENCIA NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE PRÁCTICAS DESLEALES

Expediente de Investigación Nro. SCPM-IGT-INICPD-007-2019

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO. INTENDENCIA NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE PRÁCTICAS DESLEALES.-

Quito D.M., a los 10 días del mes de junio de 2019, las 16h00. En mi calidad de Intendente Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, según acción de personal No. SCPM-INAF-DNATH-0110-2019-A, de 22 de marzo del 2019 dentro del expediente administrativo signado el No. SCPM-IGT-INICPD-007-2019, en uso de mis facultades legales y administrativas, realizo las siguientes consideraciones:

PRIMERO: COMPETENCIA.- En virtud de lo dispuesto en los artículos 213 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE), 53 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM); 55 del Reglamento de aplicación de la LORCPM y 11, numeral 11.2.3 del Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, se declara la competencia de esta autoridad para dictar la presente resolución.

SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.- Revisado que ha sido el expediente administrativo No. SCPM-IGT-INICPD-007-2019, no se encuentran vicios de procedimiento que puedan generar nulidad procesal en la fase que se sustancia, por lo que se declara su validez.

TERCERO.- DOCUMENTOS QUE SE AGREGAN AL EXPEDIENTE.-

3.1.- Agréguese al expediente y tómese en cuenta el escrito y anexos presentado por la Procuraduría General del Estado, el 17 de mayo del 2019, las 14h55, signados con el número de trámite 132800;

3.2.- Agréguese al expediente y tómese en cuenta el escrito y anexos presentado por el Consejo de la Judicatura, el 22 de mayo del 2019, las 11h50, signados con el número de trámite 133148;

3.3.- Agréguese al expediente y tómese en cuenta el escrito y anexos presentado por la Fiscalía General del Estado, el 23 de mayo del 2019, las 08h59, signados con el número de trámite 133261;

3.4.- Agréguese al expediente y tómese en cuenta el escrito y anexos presentado por el operador económico Contrutora Norberto Odebrecht S.A., el 27 de mayo del 2019, las 16h21, signados con el número de trámite 133459. En atención al mismo se dispone: **3.4.1.-** Tómese en cuenta el escrito de explicaciones presentadas por el operador económico; **3.4.2.-**

Para futuras notificaciones se tomará en cuenta la casilla judicial No. 27 del ex Palacio de Justicia de Quito y los correos electrónicos marinsevilla@procompetencia.ec; l.ramirez@procompetencia.ec; n.srolis@procompetencia.ec; ariashugo@odebrecht.com; y, svalle@odebrecht.com

CUARTO: ANTECEDENTES PROCESALES QUE CONSTAN DEL PROCEDIMIENTO.-

4.1.- Escrito y anexos presentados el 11 de abril del 2019, las 10h49, signado con el ID de trámite 129837, el señor JOSÉ MARÍA QUISHPI PILCO, denuncia ante la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el presunto cometimiento de prácticas anticompetitivas por parte del operador económico Constructora Norberto Odebrecht S.A.;

4.2.- Escrito y anexo presentados el 25 de abril del 2019, las 15h08, mediante el cual, el señor JOSÉ MARÍA QUISHPI PILCO, completa y aclara la denuncia presentada en contra del operador económico Constructora Norberto Odebrecht S.A.;

4.3.- Providencia de 30 de abril del 2019, las 13h13, mediante la cual la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, corre traslado con la denuncia y el complemento de la misma, al operador económico Constructora Norberto Odebrecht S.A., con el objeto de que presente explicaciones en el término de quince días contados a partir de la notificación de la providencia;

4.4.- Escrito y anexos presentado por la Procuraduría General del Estado, el 17 de mayo del 2019, las 14h55;

4.5.- Escrito y anexos presentado por el Consejo de la Judicatura, el 22 de mayo del 2019, las 11h50;

4.6.- Escrito y anexos presentado por la Fiscalía General del Estado, el 23 de mayo del 2019, las 08h59;

4.7.- El escrito de explicaciones y anexos, de 27 de mayo de 2019 presentado por el operador económico Constructora Norberto Odebrecht S.A., remitido dentro del término concedido.

QUINTO: DETERMINACIÓN DEL DENUNCIADO, SU CASILLERO ELECTRÓNICO O EL CORREO ELECTRÓNICO.-

5.1.- El operador económico Constructora Norberto Odebrecht S.A., en calidad de denunciado, con RUC 0990872015001 y estado de contribuyente ACTIVO, con fecha de inicio de actividades el 21 de agosto de 1987, en calidad de apoderado general y representante legal, el Ingeniero Gilbran José Loor Campoverde, su actividad económica principal es la “Construcción

de obras de Ingeniería Civil”. Como establecimiento matriz se encuentra la dirección Guayaquil, Carbo Concepción, calle Numa Pompilo Llona S/N.¹

5.2.- Dentro del presente expediente constan las siguientes direcciones de notificación:

5.2.1.- Direcciones electrónicas: marinsevilla@procompetencia.ec; lramirez@procompetencia.ec; n.srolis@procompetencia.ec; ariashugo@odebrecht.com; y, svalle@odebrecht.com,

5.2.2.- La casilla judicial 27 del Palacio de Justicia de Quito.

SEXTO.- DE LA CONDUCTA OBJETO DE INVESTIGACIÓN.-

6.1.- DE LAS CONDUCTAS OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN.- De acuerdo con la denuncia presentada por el señor JOSÉ MARÍA QUISHPI PILCO, con fecha 11 de abril de 2019, las 10h49, con ID 129837, se acusa al operador económico CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A., del presunto cometimiento de prácticas desleales por violación de normas previsto en el artículo 27, numeral 9 de la LORCPM.

6.2.- CARACTERÍSTICAS DE LOS BIENES Y SERVICIOS INVESTIGADOS.- ANÁLISIS ECONÓMICO DEL PRESENTE CASO.- De conformidad con lo previsto en el artículo 5 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), a efectos de aplicar esta Ley, se determinará para cada caso el mercado relevante, lo que se prosigue a realizar a continuación:

6.2.1.- DEFINICIÓN DE MERCADO RELEVANTE.- En términos generales, el mercado relevante se puede definir como el conjunto de bienes y servicios que son considerados por los consumidores como sustitutos entre ellos, y el producto bajo investigación, y que además compiten entre sí en una determinada área geográfica. Es decir, el mercado relevante está delimitado por: (1) el mercado del producto o servicio investigado y sus sustitutos; y, (2) por su respectivo mercado geográfico.

6.2.2.- MERCADO DEL PRODUCTO.- El mercado del producto comprende el conjunto de bienes o servicios que el consumidor considera sustituibles o intercambiables, en razón de sus características, su precio, su uso, su sistema de distribución, o sus definiciones legales o reglamentarias.² Para determinarlo, es necesario considerar las presiones desde el punto de vista de la competencia, las cuales consisten en: (i) la sustitución de la demanda; y, (ii) la sustitución de la oferta. La primera hace referencia a la presencia en el mercado de productos o servicios que los consumidores consideran sustituibles, para lo que se debe analizar la sensibilidad de la

¹ Fuente: SRI (2019) <https://declaraciones.sri.gob.ec/sri-en-linea/#/SriRucWeb/ConsultaRuc/Consultas/consultaRuc>

² Comunicación relativa a la definición del mercado relevante a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia. Eur-Lex, Diario Oficial de la Unión Europea, Diario Oficial n° C372, 09/12/1997, p. 0005 – 0013, [Online], disponible: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209\(01\):ES:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209(01):ES:HTML) [Accedido 01 octubre 2013].

demanda ante variaciones en el precio del bien, las preferencias de los consumidores y los costos que éstos enfrentan; por su parte, la segunda estudia la existencia de oferentes que estén dispuestos a dedicarse de manera inmediata y poco costosa a producir los bienes o servicios del mercado relevante, cuando éstos suben de precio. En línea con lo anterior, se define el producto o servicio de la investigación con el objetivo de determinar su correspondiente mercado relevante.

6.3.- ANÁLISIS DE LOS PROYECTOS, OBJETO DE LA DENUNCIA Y EL ESCRITO DE EXPLICACIONES DE CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.-

De acuerdo con la denuncia presentada por el señor JOSÉ MARÍA QUISHPI PILCO, en contra del operador económico CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A., relativas a distorsiones de la competencia que han tenido lugar en procesos de contratación pública, en donde la concurrencia es por el mercado de productos previamente delimitados en función de lo impuesto por el ordenamiento jurídico en contratación pública, en los que el operador ha participado. Es importante notar que en la denuncia se mencionan 19 procesos de contratación pública, sin embargo, y de acuerdo al análisis preliminar de esta Intendencia, es indispensable efectuar las siguientes precisiones:

- La Constructora Odebrecht S.A., en sus explicaciones, observa que estos proyectos se encuentran fuera del alcance de la aplicación de la LORCPM, debido a que la contratación, entrega, cesión de derechos o terminación anticipada tuvo lugar antes de la vigencia de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado³.

Proyecto	Fecha de contratación	Terminación/ cesión/ entrega
1.- Proyecto Aeropuerto de Tena	21 de julio de 2008	21 de abril de 2009 ⁴
2.- Proyecto Hidroeléctrica San Francisco	29 de marzo de 2000	10 de mayo de 2007 y 25 de junio de 2007 ⁵
3.- Proyecto Hidroeléctrica Toachi Pilatón	19 de diciembre de 2009	27 de enero de 2009 ⁶
4.- Proyecto Multipropósito Baba	23 de agosto de 2006/23 de octubre de 2006	31 de octubre de 2008 ⁷
5.- Proyecto Protección del Túnel Cerro Azul	13 de agosto de 2007	10 de junio de 2011 ⁸

³ Publicada en el Registro Oficial N° 555, de 13 de octubre de 2011.

⁴ Consta Declaración Juramentada de la Cesión de Derechos y Reforma al Contrato de Consorcio Tena. Anexo 2 Escrito con ID. 133459. Fojas de 3 a 97.

⁵ Consta Acta de Entrega Recepción No. 1 Proyecto Hidroeléctrico San Francisco mayo 2007 y junio 2007, Anexo 2 Escrito con ID. 133459. Fojas de 99 a 203.

⁶ Consta Declaración Juramentada de Terminación de Mutuo Acuerdo del Contrato de Detallamiento de Ingeniería, Suministros, Construcción, Montaje y Comisionamiento del Proyecto Hidroeléctrico Toachi-Pilatón. Anexo 2 Escrito con ID. 133459. Fojas de 205 a 223.

⁷ Consta Declaración Juramentada de Terminación de Mutuo Acuerdo Acta de Entrega Recepción y Liquidación de los Contratos de Detallamiento del Diseño Básico-Adoptado, Suministro y Construcción de la Presa y Traslase así como de la Central Hidroeléctrica Baba del Proyecto Multipropósito Baba. Anexo 2 Escrito con ID. 133459. Fojas de 225 a 346.

⁸ Consta Acta de Entrega Recepción Definitiva del contrato de Construcción para la rehabilitación del Túnel Cerro Azul Abcisa 3+500. Anexo 2 Escrito con ID. 133459. Fojas de 347 a 369.

6.- Proyecto Carrizal Chone	02 de diciembre de 2002/ 22 de noviembre de 2006	10 de diciembre de 2008 / 6 de noviembre de 2006 ⁹
7.- Proyecto vial de la Interoceánica Norte de la Provincia de Sucumbíos	09 de julio de 1996	03 de mayo de 2002 ¹⁰
8.- Proyecto Hidráulico Acueducto Santa Elena	10 de diciembre de 1992	28 de abril de 1999 y 10 de diciembre de 1999 ¹¹

Fuente: Escrito de explicaciones del operador CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. con ID 133459.

En relación a esto, esta Intendencia considera que los proyectos antes mencionados no deben ser considerados para identificar posibles prácticas de competencia desleal, toda vez que, de acuerdo con el artículo 76 numeral 3 de la Constitución de la República que dispone: “[...]3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. [...]”.

Consecuentemente, al verificar la temporalidad de los proyectos antes mencionados con el análisis de los documentos aportados, los mismos no se consideran para el análisis preliminar dentro de esta Intendencia.

- El operador económico denunciado indicó que estos proyectos se encontrarían afectados de ilegitimidad de personería, de acuerdo con el siguiente detalle:

Proyecto	Fecha de contratación	Adjudicado	Cesión de derechos
1.- Proyecto Metro de Quito	16 de noviembre de 2016	Consorcio Línea 1 Metro de Quito Acciona Odebrecht, venta de acciones a favor de Acción Construcción S.A., Acción Industrial S.A. y Acciona Infraestructura México S.A de C.V. ¹²	19 de diciembre de 2017
2.- Proyecto Puerto de Aguas Profundas de Posorja		Dubai Port World	
3.- Proyecto Refinería del Pacífico		No ha sido licitado ni adjudicado	

Fuente: Escrito de explicaciones del operador CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. con ID 133459.

⁹ Consta Acta de Entrega Recepción Definitiva del contrato de Construcción de la primera etapa del sistema Carrizal-Chone y Declaración Juramentada del Convenio de Terminación por Mutuo Acuerdo del Contrato de Construcción de la Segunda Etapa el proyecto sistema de riego Carrizal-Chone Anexo 2 Escrito con ID. 133459. Fojas de 371 a 411.

¹⁰ Consta Certificado de Ejecución de Obra de Movimientos de Tierras y Pavimentación de la Carretera Interoceánica Norte, Tramos 1,2 y 3 ubicadas en la zona de Sucumbíos Anexo 2 Escrito con ID. 133459. Fojas de 412 a 426.

¹¹ Consta Acta de entrega recepción definitivo de las obras del tramo I del Plan Hidráulico Acueducto Santa Elena Primera Etapa y Acta de entrega recepción definitiva de las obras del nivel superior del tramo I del Plan Hidráulico Acueducto Santa Elena. Anexo 2 Escrito con ID. 133459. Fojas de 427 a 444.

¹² Consta Primera Adenda al Convenio para la Ejecución de la Primera Línea del Metro de Quito, Fase 2: Construcción de las obras civiles, provisión y montaje del sistema de equipamiento e instalaciones. Anexo 4 Escrito con ID. 133459. Fojas de 3 a 12.

Respecto del Proyecto “Metro de Quito”, se indica que la adjudicación de la obra no fue realizada a la CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. sino al CONSORCIO LÍNEA 1 METRO DE QUITO ACCIONA ODEBRECHT que es otro operador económico.

Sin embargo, la CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A., habría mantenido vinculación accionaria dentro del consorcio y fue parte del mismo durante un año, como lo demuestra, la información recopilada de los documentos obtenidos en la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, que el 29 de octubre de 2015, ante el Notario Trigésimo del Cantón Quito, ACCIONA INFRAESTRUCTURAS S.A., y CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A., elevaron a escritura pública, el Convenio y Poder por el cual se constituyó el Consorcio denominado “CONSORCIO LÍNEA 1-METRO DE QUITO: ACCIONA”, dentro del cual la CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A., mantenía el 50% de participación de acuerdo a lo previsto en la cláusula cuarta, numeral 4.2 de la referida escritura pública.¹³

En tal virtud, esta Intendencia, considera a este proyecto para el análisis de posibles conductas de prácticas de competencia desleal, por mantener relaciones accionarias y considerando que la fecha de contracción fue el 16 de noviembre de 2016.

Por otro lado, respecto del proyecto “Puerto de Aguas Profundas de Posorja”, el operador económico denunciado, indica que no habría participado en ningún proceso para la adjudicación de la obra. Además, señala que la misma, de lo que conoce, habría sido adjudicada al operador Dubai Port World.

Es preciso señalar, que de la información obtenida de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, esta Intendencia identificó que la creación de la compañía DPWORLD POSORJA S.A. con RUC 0992974222001 constante en la escritura pública de 30 de mayo de 2016¹⁴, fue con el siguiente objeto social: “*la construcción, operación y mantenimiento del Puerto de Aguas Profundas del Posorja (..)*”.

Además, de la información proporcionada por el Servicio de Rentas Internas, se ha verificado que el señor Velásquez Guedez Jorge Yeliezer, de nacionalidad estadounidense, con identificación 494821863, consta como representante legal, y que su composición accionaria se encuentra compuesta de la siguiente manera:

¹³ Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, Portal de Información. Recuperado de <http://appscvs.supercias.gob.ec/consultaImagen/VisualizaDocumetos.zul?tipoDocumento=juridica&expediente=705267&codigoResolucion=12017032615&idDocumento=2.2.1&fecha=2017-08-03%2000:00:00.0>

¹⁴ Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, Portal de Información. Recuperado de <http://appscvs.supercias.gob.ec/consultaImagen/VisualizaDocumetos.zul?tipoDocumento=juridica&expediente=707891&codigoResolucion=22016025697&idDocumento=2.1.1&fecha=2016-05-31%2000:00:00.0>

Identificación Relacionado	Razón Social Relacionado	País	% Participación	Código Nivel	Descripción Relacionado
0993178535001	FIDEICOMISO DE ACCIONES DPW 1	ECUADOR	78.00%	1	ACCIONISTA
0993178551001	FIDEICOMISO DE ACCIONES DPW 2	ECUADOR	22.00%	1	ACCIONISTA

Fuente: Servicio de Rentas Internas (2019)

En el mismo contexto, de acuerdo con las fuentes públicas, el Ministro de Transporte habría firmado la autorización para los trabajos del dragado de tierras, así como también, el gerente general de la compañía adjudicada, DPWORLD POSORJA S.A., habría señalado que el trabajo de dragado de 21 millas náuticas estaría a cargo de la empresa belga Flanders Dredging Corporation.¹⁵

En este sentido, esta Intendencia, no considera a este proyecto para el análisis de posibles conductas de prácticas de competencia desleal, debido a que el operador económico denunciado en principio no habría participado en este proceso y no mantendría vinculaciones accionarias con el adjudicado.

Por otro lado, respecto del proyecto “Refinería del Pacífico”, el operador económico denunciado, indicó que habría participado en dos sub proyectos puntuales, dentro del proyecto macro para la construcción de la Refinería del Pacífico Eloy Alfaro, entre los que se encuentran: a) movimiento de tierras; y, b) trabajos de construcción del acueducto represa la Esperanza.

Además indicó, que no participó en el proyecto para la construcción de la planta industrial de la Refinería del Pacífico Eloy Alfaro, proyecto que aún no habría sido licitado, ni tampoco adjudicado.

En tal virtud, esta Intendencia consideraría los sub-proyectos en los que, como lo indica el denunciado, sí habría participado el operador económico CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.

- El operador económico denunciado indicó que el Proyecto Poliducto Pascuales- Cuenca habría sido objeto de terminación anticipada por parte de la entidad contratante, de acuerdo con lo detallado a continuación:

¹⁵ Diario El Telégrafo. El calado del Puerto de Posorja tendrá 16,5m de profundidad. Redacción Económica de 07 de julio de 2018. Recuperado de <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/economia/4/puerto-posorja-calado-profundidad>

Proyecto	Fecha de Contratación	fecha de terminación anticipada
1.- Proyecto Poliducto Pascuales- Cuenca	17 de octubre de 2013	27 de octubre de 2017 ¹⁶

Fuente: Escrito de explicaciones del operador CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. con ID 133459.

De la revisión del sistema SATJE, del Consejo de la Judicatura, se identificó que el procedimiento ordinario número 09802201800209, que se encuentra en la fase de convocatoria a audiencia de juicio, tiene como objeto de la controversia el siguiente:

“(...) Realizar el análisis de legalidad de los actos administrativos contenidos en el oficio No. 32452-ASC-AJC-2017 de 8 de diciembre de 2017, suscrito por el Ing. Leonel Pilligua en su calidad de administrador del contrato TGER No. 2013299; y, en la Resolución PGG No. 2017357 de 27 de octubre de 2017, suscrita por el Ing. Byron Ojeda O., Gerente General EP PETROECUADOR, por medio de la cual se declaró la terminación unilateral y anticipada del contrato TGER No. 2013299; así como, decidir sobre la resolución del contrato TGER No. 2013299, por incumplimiento de EP PETROECUADOR de sus obligaciones contractuales; como consecuencia de ello, determinar si procede el pago de indemnización de daños y perjuicios. Además resolver, sobre el pago de planillas y facturas no canceladas por trabajos realizados por la compañía accionante.”

En este sentido, al no identificar las condiciones, tiempos y montos adjudicados del proceso de contratación pública del Proyecto “Poliducto Pascuales-Cuenca” y de los efectos de la supuesta terminación anticipada, esta Intendencia, al ser un proyecto que se adjudicó al operador económico CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A., el 17 de octubre de 2013, considera este proyecto para el análisis de posibles conductas de prácticas de competencia desleal.

Así mismo, el denunciado expuso que los proyectos, Hidroeléctrica Manduriacu, Hidroeléctrica Pucará, Pavimentación vía 104, Refinería del Pacífico Movimiento de Tierra y Acueducto, Ruta Viva fase I, Ruta Viva fase II y Tránsito Daule Vinces, habrían sido entregados a satisfacción de la entidades contratantes.

En relación a esto se debe considerar, que en el marco del derecho de competencia esta es una alegación que por sí mismo no desvirtúa el análisis económico tendiente a dirimir el posible cometimiento de una conducta relacionada a la violación de normas producto de posibles delitos de “asociación ilícita” y “lavado de activos”.

¹⁶ Consta Acta de Sorteo de la Función Judicial proceso número 09802-2018-00209 Anexo 3 Escrito con ID. 133459. Fojas de 3 a 4.

6.4.- PROYECTOS OBJETO DE ANÁLISIS.-

De acuerdo con las precisiones antes señaladas, esta Intendencia, identificó 9 proyectos en los cuales el operador económico CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S. A., habría participado, o a su vez adjudicado, de acuerdo al siguiente cuadro:

Proyecto	Fecha de Contratación	Fecha entrega	Adjudicado	Cesión de derechos	fecha de terminación anticipada
1.- Proyecto Hidroeléctrica Pucará	1) Reparación Tubería 28 de junio 2012, 2) Talud 28 marzo de 2013 3) By pass 28 de mayo de 2011	1) Reparación Tubería 23 de septiembre 2013, 2) Talud 12 mayo de 2015 3) By pass 13 de enero de 2015			
2.- Proyecto Hidroeléctrica Mandariacu	22 de diciembre de 2011	19 de febrero de 2016			
3.- Proyecto Metro de Quito	16 de noviembre de 2016		Consorcio Línea 1 Metro de Quito Acciona Odebrecht, venta de acciones a favor de Acción Construcción S.A., Acción Industrial S.A. y Acciona Infraestructura México S.A de C.V.	19 de diciembre de 2017	
4.- Proyecto Pavimentación de la Vía 104 Puente Gringo Pepe	01 de agosto de 2014	08 de diciembre de 2016			
5.- Proyecto Poliducto Pascuales- Cuenca	17 de octubre de 2013				27 de octubre de 2017
6.- Proyecto Refinería del Pacífico, movimiento de tierra y acueducto	movimiento de tierra 13 de agosto de 2012 acueducto 25 de septiembre de 2013	movimiento de tierra 30 de julio de 2015 acueducto 15 de septiembre de 2017			
7.- Proyecto Ruta Viva Fase I de Quito	29 de junio de 2012	30 de octubre de 2015			
8.- Proyecto Ruta Viva Fase II de Quito	30 de noviembre de 2012	20 de septiembre de 2016			
9.- Proyecto Trasvase Daule Vinces	28 de mayo de 2012	01 de diciembre de 2016			

Fuente: Escrito de explicaciones del operador CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. con ID 133459.

De los proyectos identificados, para ser considerados en el análisis económico, es importante indicar, el criterio realizado por Baker (2007)¹⁷, en el que puntualizó que los productos personalizados, vendidos a través de mecanismos de licitación, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, ha definido a cada contrato independiente como una discriminación de precios separada y única de cada mercado relevante, lo que ha facilitado la evaluación de los efectos competitivos de la conducta específica a ser evaluada.

En complemento, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)¹⁸, definió elementos para el análisis de mercado relevante y dentro del título de las “Definiciones

¹⁷ Baker, J (2007) Market Definition: An Analytical Overview. 74 Antitrust Law Journal N°. 1. Copyright 2007 American Bar Association.

¹⁸ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE, 2012), Market Definition. Policy Roundtables. DAF/COMP (2012)19.

Inusuales”, se encuentran los de contratación pública; en donde, una de las obligaciones de la persona contratante es que tiene que especificar los detalles del bien o servicio requerido.

Entre estos detalles, se encuentran las especificaciones técnicas, características del bien y la fecha límite de presentación de solicitudes. Estos parámetros establecen, por ejemplo: el límite de tiempo para presentar su propuesta, dentro del proceso, lo que significaría que después de esto, queda claro quien o quienes pueden considerarse como competidores.

En otras palabras, la influencia de una empresa en el resultado de la licitación pública es proporcional al número de competidores independientes dentro del proceso, quienes cumplieron con las condiciones y características de ofertar en el mismo. De esta manera, la competencia por el mercado ha sido identificada por la probabilidad distribuida en función del número de ofertantes que luego del cumplimiento del marco de requisitos legales pre establecidos, *concurren por el mercado* del producto (50% en el caso de dos ofertantes, 33,3% en el caso de tres y el 25% en el caso de cuatro, etc).

Por otro lado, de acuerdo con Jiménez, *et all*¹⁹, para la definición de mercado relevante, la Comisión Europea²⁰ utiliza, tradicionalmente, evidencia de tipo cualitativo y cuantitativo que consiste en fundamentar la definición de mercado sobre argumentaciones lógicas basadas; por ejemplo, en el análisis de características técnicas, precios de los productos o el marco normativo existente en distintas áreas geográficas.

Sin embargo, la OCDE²¹, señala que la definición del mercado relevante en procesos de licitación puede ser más complicada que un mercado tradicional, debido a dos razones, la primera es que el precio es potencialmente diferente para cada contrato, es decir, los precios se fijan individualmente para cada uno; y, segundo porque no hay un precio fijo²², pero dependiendo del tipo de procedimiento existirían precios de referencia²³, debido a que la competencia ocurre simultáneamente en la licitación. En este contexto, para esta definición, se debería considerar varias características adicionales para un preciso mercado relevante.

¹⁹ Jiménez, et all (sf) Dificultades para la Definición del Mercado Relevante. Nera Economic Consulting.

²⁰ Comisión Europea (1997), párrafos 7, 36-52, Ver también Office of Fair Trading (2004) párrafo 3.7 y Federal Trade Commission-US Department of Justice (1992) párrafo 1.21.

²¹ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE, 2012), Market Definition. Policy Roundtables. DAF/COMP (2012)19, página 53.

²² Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Registro Oficial 395, de 4 de agosto de 2008: Art. 48.- Procedencia.- La licitación es un procedimiento de contratación que se utilizará en los siguientes casos:

1. Si fuera imposible aplicar los procedimientos dinámicos previstos en el Capítulo II de este Título o, en el caso que una vez aplicados dichos procedimientos, éstos hubiesen sido declarados desiertos; siempre que el presupuesto referencial sobrepase el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del Presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico;

2. Para contratar la adquisición de bienes o servicios no normalizados, exceptuando los de consultoría, cuyo presupuesto referencial sobrepase el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del Presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico; y,

3. Para contratar la ejecución de obras, cuando su presupuesto referencial sobrepase el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,00003 por el monto del Presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.

²³ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Registro Oficial 395, de 4 de agosto de 2008, artículo 6, numeral 27: Presupuesto referencial: Monto del objeto de contratación determinado por la entidad contratante al inicio de un proceso precontractual.

Un mercado de licitación, según Klemperer²⁴, se define por cuatro características. Primero, la competencia es de tipo “el ganador se lleva todo”; segundo, la competencia es irregular ya que los concursos pueden representar grandes volúmenes de ingresos frente a los ingresos convencionales de una firma; tercero; la competencia comienza de nuevo para cada contrato y cliente; y, el cuarto; la entrada al mercado está limitado por los requisitos establecidos en los pliegos.

Es por ello, que el mercado de licitación no es una indicación de restricciones competitivas. Las cuotas de mercado no son solo un indicador del poder de mercado, debido a que la probabilidad total se distribuye a prorrata idéntica de los participantes.²⁵

Para finalizar, de acuerdo con Serrano,²⁶ el fin de una política efectiva de contratación pública, es la obtención de bienes y servicios de calidad al menor precio posible; y, la rivalidad entre las empresas privadas, es el mecanismo más idóneo para lograrlo. Las licitaciones permiten que el único proveedor del bien o servicio sea la empresa más eficiente y otorgue los mejor términos, garantizando por esta vía, al estar eficaz y eficientemente diseñada, la obtención de bienes y servicios de calidad a precios bajos, en un mercado específico contenido en los términos de referencia.

De lo antes referido, la idea de los mercados relevantes, donde se ha identificado preliminarmente la participación del operador económico denunciado, vendrían establecidos por la individualización de cada procedimiento de contratación pública, considerando preliminarmente los proyectos de manera independiente, que incluyen sus características en la siguiente forma:

Proyecto	Contrato	Fecha de suscripción	Monto inicial	Características
1.- Proyecto Hidroeléctrica Pucará	“25-2012 para la construcción de las obras necesarias, para la instalación y suministro de una tubería en “PRFV” en el interior del túnel de carga de la central Pucará, Unidad de Negocio Hidroagoyán de la Corporación Eléctrica del Ecuador CELEC EP”	28 de junio del 2012/ 27 de febrero de 2013	USD. 1.425.535,77	Se declaró en emergencia la Central considerando que se produjo un deslizamiento del Talud de la vía de acceso al Crucero 2, con presencia de fisura comprendidas entre las abscisas 4+980 hasta la 5+140 (L=160M) y el desprendimiento del revestimiento de hormigón en forma de lajas, entre las abscisas 5+045 hasta 5+080

²⁴ Klemperer, Paúl (2004) Competition Policy in Auctions and “Bidding Markets”. Edgeworth Professor of Economics, Oxford University, and Member, UK Competition Commission. Texto original en inglés. Recuperado de <https://pdfs.semanticscholar.org/e099/06fd34596ddb0476691ddc389f42c1592c68.pdf>

²⁵ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE, 2016) Competition in Bidding Markets, Recuperado de <http://www.oecd.org/dataoecd/44/1/38773965.pdf>

²⁶ Serrano, F (2011) El Derecho de la Competencia como mecanismo para garantizar rivalidad en las licitaciones públicas e impulsar el crecimiento económico. Revista Colombiana de Derecho Internacional 147-182. SICI: 1692-8156(201112)19<147:DDCRLP>2.3.TX;2-7. Bogotá, Colombia.

				(L=35m) con espesores cercanos a los 15 cm. ²⁷
2.- Proyecto Hidroeléctrica Mandariacu	"Construcción de obras civiles, suministro, transporte y montaje de la tubería de presión; diseño, fabricación, suministro, transporte, montaje, pruebas y puesta en marcha de los equipos eléctricos, mecánicos y de control de la casa de máquinas y la subestación del proyecto MANDARIACU de 60 MW"	22 de diciembre de 2011	USD. 124.881.250,18	a) Ejecución de las obras de mejoramiento y mantenimiento de la vía San Juan de Puerto Quito (kilómetro 104 de la vía Quito-La Independencia) b) crear nuevos rubros y precios unitarios para el refuerzo de los puentes existentes en el camino de acceso desde el km104 de la vía Quito-La Independencia hasta la central Manduriacu; entre otras. ²⁸
3.- Proyecto Pavimentación de la Vía 104 Puente Gringo Pepe	"GG-112-2014 Pavimentación de la vía Km 104 Construcción del Puente Gringo-Pepe- Mantenimiento de la Vía Chontal" ²⁹	01 de agosto del 2014	USD. 16.642-904,09	
4.- Proyecto Refinería del Pacífico, movimiento de tierra y acueducto	"No. 023-RDP-2012 Contrato Complementario No.1, No. 2, No 3 y No. 4, Orden de Trabajo No. 1 y 2, Aplicables a la Ejecución de los trabajos de preparación del área de implantación del proyecto "Refinería del Pacífico, Ubicada en la provincia de Manabí, Ecuador"	13 de agosto del 2012 /25 de septiembre de 2013	USD. 229.995.259,68/ USD. 259.914.484,26	Contrato Complementario No.1 por USD. 5.011.498,00 cuyo número de partida presupuestaria es 750105. "Protección de taludes para área externa de la Refinería-siembra de plántulas de especies nativas" con partida 750107. Revestimiento con geomembrana para obras de drenaje con partida 750107. Servicios de mantenimiento rutinario de obra, vigilancia de obra y mantenimiento de revegetación con partida 750107. ³⁰ Estación de Bombeo la Esperanza con una capacidad de diseño 6.600 m3/h sistema SCADA, sub-estación eléctrica, servicios auxiliares, entre otros.
5.- Proyecto Ruta Viva Fase I de Quito	"No. LICO-EPMMOP-CAF-001-2012 Del proyecto de construcción de la vía de integración de los valles "RUTA VIVA" fase I entre la avenida Simón Bolívar, sector San Juan, y la Primavera"	29 de junio de 2012	USD. 47.919.265,47	La ruta Fase I se diseñó y construyó intercambiadores en los cruces con las vías principales: Intercambiador Auquitas, en la abscisa 1+453 (PS-3), intercambiador de Lumbisi. Construcción de 8

²⁷ Consta Acta de Recepción Definitiva del Proyecto Central Hidroeléctrica Pucará. Anexo 5 Escrito con ID. 133459. Fojas de 17 a 32.

²⁸ Consta Acta de Recepción Definitiva del Proyecto Hidroeléctrico de Manduriacu. Anexo 5 Escrito con ID. 133459. Fojas de 3 a 16.

²⁹ Consta Acta de Recepción Definitiva Proyecto Construcción del Puente Gringo-Pepe. Anexo 5 Escrito con ID. 133459. Fojas de 33 a 50.

³⁰ Más detalles consta Acta de Recepción Definitiva de Contratos Complementario de la Refinería del Pacífico Anexo 5 Escrito con ID. 133459. Fojas de 51 a 84 y Acta de Recepción Definitiva del Contrato No. RDP-GE-121001-UPR-CT-0001.O Que son parte de la Ejecución de los trabajos de Construcción del Acueducto Represa la Esperanza-Refinería del Pacífico Eloy Alfaro, Ubicado en la provincia de Manabí. Aneo 4 Fojas 85 a 125.

				estructuras: 5 pasos superiores y 3 inferiores extensión total 53,47m, ancho 58,55 m y áreas 3.130,67 m ² estructuras con vigas postensadas simplemente apoyadas, entre otras. ³¹
6.- Proyecto Ruta Viva Fase II de Quito	“No. LICO-EPMMOP-CAF-002-2012 Construcción de la vía de integración de los valles RUTA VIVA Fase II Tramo comprendido entre los puentes sobre el Río San Pedro y el Río Chice y el escalón la Cerámica”	30 de noviembre de 2012	USD. 99.997.230,00	La ruta Fase II se desarrolló desde el Intercambiador denominado Intervalles (abscisa 5+850, después del nuevo puente sobre el río San Pedro) proyectado sobre la actual vía Intervalles (Sector la S), que sirve de enlace a los valles Cumbaya y Tumbaco con Sangolquí. Extensión 44,71 m ancho 13,95m área del puente 623,79m ² , estructura conformada por pórticos con vigas postensadas simplemente apoyadas, entre otras. ³²
7.- Proyecto Tránsito Daule-Vinces	“2012-016 para la Construcción de las Obras del Proyecto Tránsito Daule-Vinces”	28 de mayo de 2012	USD. 190.990.182,26	Canal revestido, anclares transversales, subdrenaje, cunetas, camino acceso a campamento administrativo Salamina, camino acceso a Campamento industrial Salamina, mantenimiento de vías existentes, entre otras. ³³

Fuente: Escrito de explicaciones del operador CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. con ID 133459.

Además de las especificaciones técnicas antes referidas, esta Intendencia considera incluir de manera independiente, el “Proyecto Metro de Quito” y el “Proyecto Poliducto Pascuales-Cuenca”, con el fin de analizar posibles prácticas desleales en estos proyectos.

6.5.- LOS BIENES O SERVICIOS SIMILARES PRESUNTAMENTE AFECTADOS.-

Sobre los posibles bienes o servicios similares presuntamente afectados, es importante señalar que, según la OCDE³⁴, en los casos de licitación se ha identificado, comúnmente, acuerdos o colusiones que han comenzado en la etapa de planificación al establecer requisitos y especificaciones, es decir, incluso antes de la celebración del contrato público.

Por lo mencionado, en función de los proyectos considerados por esta Intendencia para el análisis de prácticas desleales, los posibles bienes y servicios presuntamente afectados estarían

³¹ Consta Acta de Recepción Definitiva de Contrato de Construcción de RUTA VIVA FASE I Anexo 5 Escrito con ID. 133459. Fojas de 127 a 159.

³² Consta Acta de Recepción Definitiva de Contrato de Construcción de RUTA VIVA FASE II Anexo 5 Escrito con ID. 133459. Fojas de 160 a 194.

³³ Consta Acta de Recepción Definitiva Proyecto Tránsito Daule-Vinces Anexo 5 Escrito con ID. 133459. Fojas de 195 a 236. o

³⁴ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE, 2016) Competition in Bidding Markets, Recuperado de <http://www.oecd.org/dataoecd/44/1/38773965.pdf>. Páginas 226-227.

delimitados, incluso antes de la adjudicación, por los términos y especificaciones establecidas en los mismos.

En otras palabras, los efectos surgirían, preliminarmente, en dichos bienes y servicios requeridos en cada proyecto de licitación pública, y, en los posibles oferentes que habrían participado en estos concursos.

6.6.- MERCADO GEOGRÁFICO.- El artículo 5 de la LORCPM, en relación al mercado geográfico, señala: *“El mercado geográfico comprende el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante (...) la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, los costos de transporte, las modalidades de venta y las barreras al comercio existentes”.*

La OCDE, ha señalado que, un malentendido común en la definición del mercado geográfico en procesos de licitación públicos, es que este mercado debería estar definido por el público geográfico objetivo del comprador, sino más bien se debería definirlo con referencia al alcance de los ofertas.

En este sentido, esta Intendencia, de acuerdo con la información referida en los nueve proyectos, el alcance geográfico no solo estaría delimitado por la zona de construcción de cada obra, sino también por los efectos directos respecto del uso de todos los ciudadanos ecuatorianos, como por ejemplo, los proyectos hidroeléctricos, cuyo fin no sería únicamente para las personas cercanas de la construcción, sino la mayoría del territorio ecuatoriano. Por lo que preliminarmente, se determina, un alcance nacional.

6.7.- DURACIÓN DE LA CONDUCTA.- Los mercados temporales de acuerdo con lo señalado por esta Intendencia en líneas anteriores y en contraste con la información constante en el expediente, estarían preliminarmente delimitados por el lapso comprendido entre el 13 de octubre de 2011, fecha de publicación de la LORCPM, hasta el 3 de enero de 2017.

Definida de esta manera, en consideración a lo resuelto por la Unidad Judicial Penal con sede en el Distrito Metropolitano, mediante oficio No. 0002-2017, de 3 de enero de 2017, que notificó a CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. la providencia emitida el 30 de diciembre de 2016, en la que dispuso: *“(...) ordenar a las instituciones de la Administración Pública Central, Sección y Gobiernos Autónomos Descentralizados (Asociaciones de Municipalidades Ecuatorianas AME y el Consorcio de Gobiernos Autónomos Provinciales del Ecuador CONGOPE) que se abstengan temporalmente de realizar nuevos contratos con la CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S. A.”.*

En decir, a partir de dicha fecha hasta la presente, existiría prohibición expresa de contratar con cualquier entidad pública. Adicionalmente, de acuerdo a lo afirmado por el operador denunciado, no ha ejercido ningún tipo de actividad contractual relacionada a su giro del negocio en el Ecuador, hace más de dos años; así como el hecho de que en el expediente tampoco consta algún indicio de que el operador económico haya ejercido actividad económica en dicho lapso.

6.8.- CONCLUSIÓN ECONÓMICA.- Del análisis de las características de los procedimientos de contratación pública, esta Intendencia, identificó preliminarmente, nueve proyectos en los que habría participado el operador denunciado, delimitados por las especificaciones técnicas de cada uno de ellos, los valores de licitación y alcance geográfico. Entre los proyectos objeto de análisis, se encuentran: 1.- Proyecto Hidroeléctrica Pucará, 2.- Proyecto Hidroeléctrica Mandariacu, 3.- Proyecto Pavimentación de la Vía 104 Puente Gringo Pepe, 4.- Proyecto Refinería del Pacífico, movimiento de tierra y acueducto, 5.- Proyecto Ruta Viva Fase I de Quito, 6.- Proyecto Ruta Viva Fase II de Quito, 7.- Proyecto Trasvase Daule Vinces, 8.- Proyecto Metro de Quito, y, 9.- Proyecto Poliducto Pascuales- Cuenca, sin perjuicio de que se puedan ampliar a otros proyectos.

6.9.- IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES.- El operador económico **CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.**, en calidad de denunciado, mantiene el RUC 0990872015001 con estado de contribuyente ACTIVO, fecha de inicio de actividades el 21 de agosto de 1987. De acuerdo con el Servicio de Rentas Internas (SRI) su actividad económica principal es: “actividades de construcción de obra civil”.

Ilustración 1 Servicio de Rentas Internas/Consulta RUC-CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.

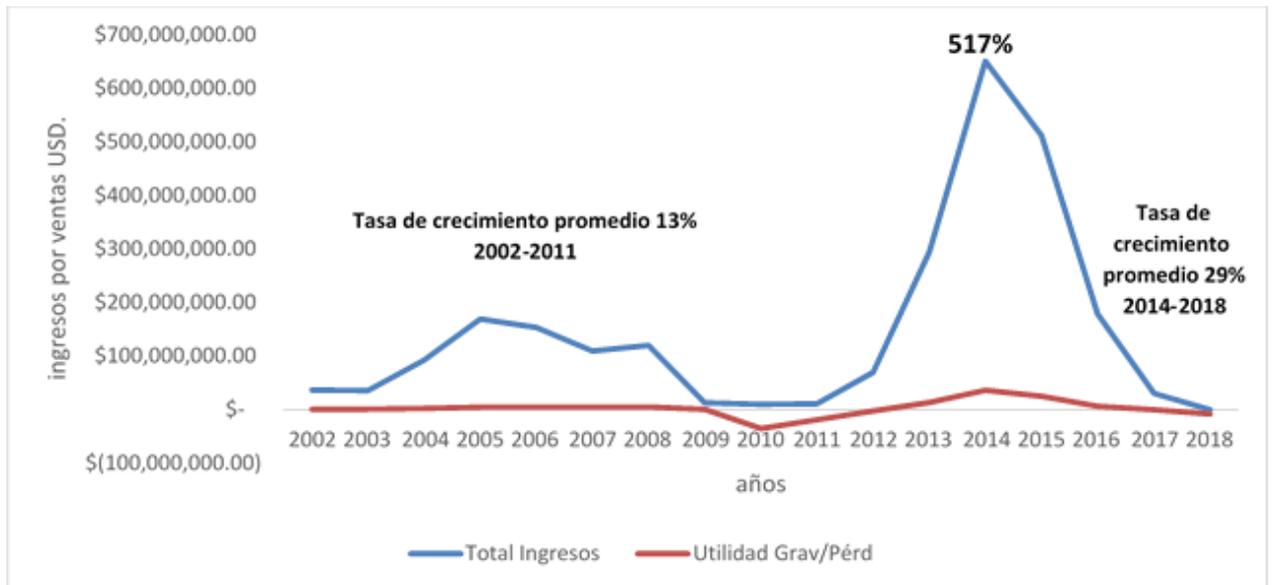
RUC 0990872015001	Razón social CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S. A.																
Estado contribuyente en el RUC ACTIVO	Nombre comercial CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S. A.																
<table border="1"> <tr> <th colspan="2">Representante legal</th> </tr> <tr> <td>Nombre:</td> <td>LOOR CAMPOVERDE GIBRAN JOSE</td> </tr> <tr> <td>Cédula/RUC :</td> <td>0701808602</td> </tr> </table>		Representante legal		Nombre:	LOOR CAMPOVERDE GIBRAN JOSE	Cédula/RUC :	0701808602										
Representante legal																	
Nombre:	LOOR CAMPOVERDE GIBRAN JOSE																
Cédula/RUC :	0701808602																
<table border="1"> <tr> <td>Actividad económica principal</td> <td>ACTIVIDADES DE CONSTRUCCION DE OBRA CIVIL</td> </tr> <tr> <td>Tipo contribuyente</td> <td>Subtipo contribuyente</td> </tr> <tr> <td>SOCIEDAD</td> <td>BAJO CONTROL DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑIAS</td> </tr> <tr> <td>Clase contribuyente</td> <td>Obligado a llevar contabilidad</td> </tr> <tr> <td>ESPECIAL</td> <td>SI</td> </tr> <tr> <td>Fecha inicio actividades</td> <td>Fecha actualización</td> <td>Fecha cese actividades</td> </tr> <tr> <td>21/08/1987</td> <td>23/05/2019</td> <td></td> </tr> </table>		Actividad económica principal	ACTIVIDADES DE CONSTRUCCION DE OBRA CIVIL	Tipo contribuyente	Subtipo contribuyente	SOCIEDAD	BAJO CONTROL DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑIAS	Clase contribuyente	Obligado a llevar contabilidad	ESPECIAL	SI	Fecha inicio actividades	Fecha actualización	Fecha cese actividades	21/08/1987	23/05/2019	
Actividad económica principal	ACTIVIDADES DE CONSTRUCCION DE OBRA CIVIL																
Tipo contribuyente	Subtipo contribuyente																
SOCIEDAD	BAJO CONTROL DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑIAS																
Clase contribuyente	Obligado a llevar contabilidad																
ESPECIAL	SI																
Fecha inicio actividades	Fecha actualización	Fecha cese actividades															
21/08/1987	23/05/2019																

Fuente: SRI (2019) <https://declaraciones.sri.gob.ec/sri-en-linea/#/SriRucWeb/ConsultaRuc/Consultas/consultaRuc>

De la información proporcionada, el operador económico **CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.**, ha mantenido una tasa de crecimiento promedio de 13%, de los ingresos por ventas, en el periodo 2002 al 2011. Sin embargo, a partir del año 2012 se observó una tasa de crecimiento dramática, comparativamente del 517%, por la que para el siguiente año, el operador declaró una utilidad de USD. 13 millones.

Contrariamente, para los siguientes años, se identificó una caída en el crecimiento de sus ingresos, llegando a una tasa de crecimiento promedio de 29% (periodo 2014-2018), que representó unos ingresos totales de USD. 177.818,45, con unos costos y gastos de USD. 12.794.311,11, significando una pérdida de USD. 8 millones, para el año 2018.

Ilustración 2 Evolución de los Ingresos por Ventas del operador CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.



Fuente: SRI (2019)

Del gráfico se desprende, que en sentido particular, el operador económico CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A., a partir del año 2013 declaró ingresos superiores a los USD. 200 millones. En este punto, esta Intendencia, analizó que para ese año, se realizaron las contrataciones de “Talud-Proyecto Hidroeléctrico Pucará-28 de marzo de 2013”; “Proyecto Poliducto Pascuales-Cuenca-17 de octubre de 2013”; “Proyecto Refinería del Pacífico-Acueducto- 25 de septiembre de 2013”; y demás proyectos que dentro de ese año se encontraban en etapa de entrega. El gráfico demuestra una curva con pendiente positiva en aceleración incremental, llegando a una posición cercana a la verticalidad.

A partir de la finalización del año 2016, se identificó el fenómeno en espejo, o una pendiente pronunciada negativa en disminución acelerada de los ingresos reportados por el operador, hechos que coinciden con la prohibición expresa de la Unidad Judicial Penal con sede en el Distrito Metropolitano de 3 de enero de 2017.

En complemento de lo referido, de los anexos al escrito presentado por el denunciante, es importante considerar los siguientes hechos publicados en distintos medios de comunicación, que han sido de conocimiento público, con los siguientes detalles: “Odebrecht expulsada de Ecuador, volvió con jugosos contratos-29 de junio de 2015, Museo de la Corrupción Digital”; “Proyecto San Francisco: ¿una estafa?-Diario La Hora- 24 de octubre de 2013”; “Odebrecht vuelve a ser contratista-Diario El Comercio-20 de enero de 2012”; “Delator de Odebrecht revela que pago USD. 14,1 millones a Jorge Glas, según O’ Globo- Diario Las Últimas-4 de agosto de 2017”; “Tres procesados en el caso Odebrecht se acogen al procedimiento abreviado- redacción Justicia-Diario El Telégrafo-30 de septiembre de 2017”; entre otros.

De lo señalado se desprende que aparentemente, la curva de los ingresos del operador económico CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A., en la parte que se relaciona al fenómeno espejo sería producto de los proyectos adjudicados desde el año 2013 al 2016, y de

manera contraria, la caída de los ingresos coinciden con la generalidad de noticias realizadas por los medios de comunicación.

6.10.- DE LA RELACIÓN ECONÓMICA EXISTENTE CON LA CONDUCTA:

Se identifica que el operador económico se encontraría, al menos nominalmente, en estado activo para operar dentro del territorio ecuatoriano; además, en líneas anteriores, se ha demostrado que habría realizado y podría seguir realizando actuaciones dentro de los proyectos objeto del análisis de posibles prácticas desleales.

En tal sentido, esta Intendencia ha identificado la actividad económica realizada en dichos proyectos, concursando activamente incluso con las adjudicaciones en los proyectos de contratación pública respectivos y en varios procesos en los cuales han sido entregados en su totalidad a las entidades contratantes.

Por lo antes expuesto, existiría una relación económica, entendiendo a esta como las relaciones objetivas entre operadores que tienen que ver con la producción, la apropiación, el intercambio y el consumo de bienes³⁵, del operador económico CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A., directa con la actividad económica realizada en los proyectos de análisis de las presuntas prácticas desleales.

6.11.- DE LA RELACIÓN DE LOS ELEMENTOS DE PRUEBA PRESENTADOS.-

A efectos de realizar el análisis jurídico sobre el fondo de la investigación, esta Intendencia ha considerado resumir los parámetros de la denuncia, explicaciones y demás documentación constante en el expediente, con base en ellos, formular el respectivo problema jurídico y esbozar la argumentación para la solución del mismo conforme a la etapa procesal que corresponde.

SÉPTIMO.- ANÁLISIS JURÍDICO.-

7.1.- DE LA DENUNCIA.- El señor JOSÉ MARÍA QUISHPI PILCO, mediante denuncia presentada el 11 de abril del 2019, las 10h49, pone en conocimiento de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el presunto cometimiento de prácticas desleales por violación de normas por parte del operador económico Construtora Norberto Odebrecht S.A., exponiendo lo siguiente:

Se denuncia que el operador económico Construtora Norberto Odebrecht S.A., “[...] habría generado más de 33,5 millones de dólares en coimas, aunque al momento, sólo en el caso de asociación ilícita según la prensa, ya que se han detectado cerca de 40 millones en movimientos irregulares de dinero. [...]”. Acusando una asociación con servidores públicos para beneficiarse de dichos proyectos adjudicados.

El denunciante agregó que la compañía en cuestión habría utilizado un esquema de corrupción

³⁵ Angarita, Carlos (2008) Las relaciones económicas internacionales: un enfoque teórico. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/papel/v13n1/v13n1a09.pdf>

mediante el mecanismo conocido como “desviación de poder”, valiéndose de acuerdos con servidores públicos para lograr adjudicarse numerosos proyectos, a cambio de una gratificación por la entrega de información privilegiada ofrecida a la empresa respecto de los contratos y por la emisión de informes por parte de la autoridad de control, en relación a las contrataciones, sin establecimiento de responsabilidades atribuibles al accionar de la empresa o levantando las que hubieren sido previamente determinadas.

Respecto a posibles actos de competencia desleal por violación normas producto del delito de asociación ilícita, el operador económico señaló que:

“[...] La asociación ilícita es un delito en contra de la seguridad pública y afecta en consecuencia directamente el interés público y bienestar general, que la SCPM debe defender. En el caso puntual, el esquema de corrupción utilizado ha afectado directamente al interés público e interés general, irrogando graves perjuicios al patrimonio del Estado. Por consiguiente se Violaron las Normas de los artículos 441.6, 317 y 370 del Código Orgánico Integral Penal [...]”

Adicionalmente el denunciado ha presentado información constante en periódicos, diarios y noticieros, afirmando que de ello se evidenciaría que “[...] la Constructora (sic.) Norberto Odebrecht, ha permanecido en el mercado ecuatoriano por más de 15 años, violentando norma a decir de la justicia ecuatoriana (sentencias), estas actividades y prácticas anticompetitivas con la posición de dominio que tenía la Constructora (sic.) pudo presuntamente distorsionar la eficiencia en el mercado de la construcción y afectar gravemente a sus competidores a más que la justicia ecuatoriana ha determinado a través de sentencias en firme (casos abreviados), que violentó normas penales con un grave perjuicio para el pueblo ecuatoriano”.

7.2.- DEL ESCRITO DE EXPLICACIONES.-

El operador económico Constructora Norberto Odebrecht S.A. – Sucursal Ecuador, presentó su escrito de explicaciones el día 27 de mayo de 2019, 16h21, con ID 133459.

En lo principal expuso que debe haber una efectiva violación de norma, no de una suposición. Además, argumentó que los delitos de lavado de activos y asociación ilícita no son aplicables a las personas jurídicas.

Explicó también que sería necesario el juicio de legalidad, es decir, una sentencia previa, pasada en autoridad de cosa juzgada que establezca que el infractor ha violado una norma jurídica, a fin de evitar sentencias incompatibles respecto de una misma **relación jurídica**.

Argumentó que, si la INICPD investiga un caso de violación de normas penales, sin contar con sentencia ejecutoriada previa que declare la responsabilidad penal del denunciado, se vulneraría la seguridad jurídica, el debido proceso y el principio de economía procesal.

Ocho (8) proyectos anteriores a la existencia y vigencia de la Ley Orgánica de regulación y Control del Poder de Mercado

Asimismo, expuso que ocho proyectos anteriores de los constantes en la denuncia se contrataron con anterioridad a la existencia y vigencia de la LORCPM, el 13 de octubre de 2011. Por lo que, si esta Intendencia inicia una investigación sobre estos proyectos, se vulneraría el principio de temporalidad. Estos proyectos serían:

- Aeropuerto del Tena
- Hidroeléctrica San Francisco
- Hidroeléctrica Toachi Pilatón
- Multipropósito Baba
- Protección del Túnel Cerro Azul
- Sistema de Riego Carrizal Chone
- Vial de la Interoceánica norte en Sucumbíos
- Proyecto Hidráulico Acueducto Santa Elena

Para demostrar esta aseveración adjuntó, en el anexo 2 a su denuncia, las copias certificadas de las contrataciones de los 8 proyectos. En tal virtud, solicitó que esta autoridad se abstenga de conocer estos proyectos, tanto en aplicación del principio de temporalidad como por la inexistencia de resolución.

Proyecto objeto de terminación anticipada: Proyecto Pascuales Cuenca.

El proyecto Pascuales Cuenca habría sido objeto de terminación anticipada por parte de la Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador EP Petroecuador.

Sin embargo, aclaró que:

Este caso concreto, actualmente es objeto de un juicio contencioso administrativo y por lo tanto está pendiente, y no configura dentro del supuesto de violación de norma debido a que un contrato no supone una norma de carácter general emitida por algún nivel de gobierno, sino que únicamente rige el vínculo bilateral, que en este caso en concreto era la prestación del servicio de construcción para la obra del Poliducto Pascuales - Cuenca.

Adicionalmente, es necesario tomar en cuenta que la denuncia presentada se encuentra enfocada en la supuesta violación de normas de carácter penal y no a un supuesto incumplimiento bilateral contractual (no una norma de carácter general) que derivó en la terminación unilateral del contrato, por lo que el considerar el Proyecto Poliducto Pascuales -Cuenca dentro de una posible investigación sería un error que atenta contra la seguridad jurídica de mi representada, por tratarse de hecho contractual que no está dentro de la competencia de la SCPM. No existe violación de norma de carácter general, conforme será analizado más adelante.

En tal virtud, adjuntó a su escrito, como anexo 3, Procedimiento en el tribunal contencioso administrativo de Guayaquil, que tampoco cuenta con sentencia ejecutoriada.

Tres (3) proyectos objeto de denuncia con ilegitimidad de personería.

El denunciado argumentó que existe ilegitimidad de personería pasiva, por cuanto existen tres proyectos del denunciante en los cuales no habría sido el operador económico que ejecutó la construcción:

- Metro de Quito;
- Puerto de Aguas Profundas Posorja; y ,
- Refinería del Pacífico (asumimos que la denuncia se refiere a la construcción de la Planta Industrial de la Refinería del Pacífico)

En relación al Proyecto Metro de Quito, el denunciado expuso que:

[...] el contrato de adjudicación de la obra fue suscrito el 16 de noviembre de 2016 con el Consorcio Línea 1 Metro de Quito Acciona Odebrecht, que es otro operador económico distinto y diferente a la Constructora Norberto Odebrecht S.A. , que ostentó la calidad únicamente de socio dentro del consorcio y fue parte del mismo solamente durante un año.

Por lo que es importante señalar que el 19 de diciembre de 2017, mediante escritura pública otorgada ante la Notaria 21 la Abg. María Laura Delgado Viteri, fue suscrito el Contrato de Compraventa de Participaciones Consorciales de mi representada a favor de las empresas Acciona Construcción S.A., Acciona Industrial S.A., y Acciona Infraestructura México S.A. de C.V.

En relación a la obra Puerto Aguas profundas de Posorja

Explicó que no participo en dicho proceso, y que el mismo se adjudicó a Dubai Port World en una alianza pública privada mantenida supuestamente con el Ministerio de Transporte y Obras Públicas.

En relación a la Refinería del pacífico

Argumentó que participó únicamente en dos sub proyectos puntuales dentro del proyecto macro para la construcción de la Refinería del Pacífico: 1) Movimiento de tierras; y, 2) Trabajos de construcción del acueducto represa la Esperanza. En este sentido expuso que ambos proyectos habrían sido entregados a satisfacción del contratante.

Asimismo, explicó que no participó en el proyecto para la construcción de la planta industrial de la Refinería del Pacífico, proyecto que aún no habría sido licitado, peor aún adjudicado.

En virtud de estas consideraciones, el operador económico denunciado explicó que, si esta autoridad continúa con la investigación hasta la etapa resolutive, se incurriría en causal de nulidad, por ilegitimidad de personería, de acuerdo con el artículo 112 del COGEP.

Siete (7) proyectos entregados a satisfacción de los participantes.

Asimismo, de acuerdo con el denunciado, los proyectos: Hidroeléctrica Manduriacu, Hidroeléctrica Pucará, Pavimentación vía 104, Refinería del Pacífico Movimiento de Tierra y

Acueducto, Ruta Viva fase I, Ruta Viva fase II y Trasvase Daule Vinces, fueron ejecutados por Odebrecht, y que en los mismos se habría cumplido con todas las obligaciones que establecen la LOSNCP y su reglamento antes de entregar la obra.

Existirían además informes de fiscalización, que son necesarios antes de la suscripción del acta de entrega recepción de la obra y la finalización del contrato.

Orden judicial de no suscribir nuevos contratos con instituciones de la Administración Pública Central, Seccional y Gobiernos Autónomos Descentralizados.

Explicó que, dentro del juicio penal No. 17194-2016-09484G, por el presunto delito de cohecho. Acto Urgente. Se dispone a las instituciones públicas que se abstengan de contratar con Norberto Odebrecht S.A.

Argumentó que, mediante oficio No. 0002-2017 de 3 de enero de 2017 emitido por la Unidad Judicial Penal con sede en el Distrito Metropolitano, fue notificada la providencia emitida el 30 de diciembre de 2016 a las 17h40, la cual en lo principal dispuso:

"En el juicio No. 17294-2016-09484G propuesto por DR. WILSON TOAINGA, DE LA FISCAL/A GENERAL DE DEL ESTADO, se ha dispuesto:(. ..) Por lo dicho y de conformidad a lo instituido en el artículo 583 del Código Orgánico Integral Penal, solicito a Usted, a fin de impedir la consumación de un presunto delito de cohecho, que como acto urgente se digne ordenar a las instituciones de la Administración Pública Central, Sección y Gobiernos Autónomos Descentralizados (Asociación de Municipalidades Ecuatorianas AME y el Consorcio de Gobiernos Autónomos Provinciales del Ecuador CONGOPE) que se abstengan temporalmente de realizarnuevos contratos con la CONSTRUCTORA NORBETO (SIC) ODEBRECHT S.A."

En tal virtud, explicó que desde el 3 de enero de 2017 hasta la presente fecha no ha contratado con el Estado, por lo que no habría podido vulnerar normas jurídicas en este lapso.

También añadió:

Los proyectos que han sido denunciados, con las excepciones expuestas en el presente documento , son todos en los que mi representada ha participado en el Ecuador, por lo que por un simple ejercicio de descarte asumimos que los "otros proyectos " a los que hace referencia el denunciante en el último párrafo del Análisis de las características de los bienes o servicios constante en la denuncia , se habrían llevado a cabo a partir de la prohibición de contratación, lo cual es jurídica y tácticamente imposible conforme se desprende del Anexo No. 6 adjunto a las presentes Explicaciones : copias del oficio mediante el cual fue notificada la providencia de 30 de diciembre de 2016 que ordena no contratar con Odebrecht.

Solicitud

Con base en los antecedentes expuestos, el denunciado solicitó:

Se abstenga de emitir resolución de Inicio de Investigación formal en contra de Constructora Norberto Odebrecht de Ecuador S.A., en virtud de las Explicaciones descritas en el presente documento, y debido a que no se configura el tipo legal contenido en el artículo 27, numeral 9 de la LORCPM, y se disponga el archivo de la presente causa. [...]”

7.3.- PROBLEMA JURÍDICO.- Con base en los antecedentes expuestos, esta Intendencia formula el siguiente problema jurídico:

¿Existen indicios sobre el cometimiento de violación de normas producto de los supuestos delitos de lavado de activos y asociación ilícita por parte de Constructora Norberto Odebrecht S.A., conforme la denuncia presentada por el señor José María Quishpi Pilco?

A fin de dar respuesta a la interrogante planteada, esta autoridad realiza el siguiente análisis:

La LORCPM regula la práctica desleal por violación de normas de la siguiente manera:

El numeral 9 del artículo 27 de la LORCPM establece:

Art. 27.- Prácticas Desleales.- Entre otras, se consideran prácticas desleales, las siguientes:

9.- Violación de normas.- Se considera desleal el prevalecer en el mercado mediante una ventaja significativa adquirida como resultado del abuso de procesos judiciales o administrativos o del incumplimiento de una norma jurídica, como sería una infracción de normas ambientales, publicitarias, tributarias, laborales, de seguridad social o de consumidores u otras; sin perjuicio de las disposiciones y sanciones que fuesen aplicables conforme a la norma infringida.

La concurrencia en el mercado sin las autorizaciones legales correspondientes configura una práctica desleal cuando la ventaja competitiva obtenida es significativa.

De conformidad con la disposición jurídica señalada, las prácticas de competencia desleal por violación de normas tienen tres modalidades claramente identificadas: el abuso de procesos judiciales o administrativos; el incumplimiento de una norma jurídica general o específica; y, el incumplimiento de una norma concurrencial.

En tal sentido, resulta importante anotar que tanto el abuso de procesos judiciales o administrativos y el incumplimiento de una norma jurídica no concurrencial comparten la misma configuración normativa, por lo que, teniendo en cuenta la actuación requerida por el operador económico en cada caso, el análisis a ser realizado por la autoridad de competencia sería el mismo.

En el caso objeto de análisis, la modalidad de la práctica desleal denunciada deviene de la segunda modalidad, es decir, “[S]e considera desleal el prevalecer en el mercado mediante una

ventaja significativa adquirida como resultado (...) del incumplimiento de una norma jurídica, como sería una infracción de normas ambientales, publicitarias, tributarias, laborales, de seguridad social o de consumidores u otras”.

Como se puede apreciar, la segunda modalidad determinada en nuestra ley contiene, a su vez, tres elementos que necesariamente deben estar relacionados:

1.- La prevalencia en el mercado.- Según la Real Academia de la Lengua Española, prevalencia es la acción y efecto de prevalecer, que a su vez en su primera modalidad, significa: “Sobresalir, tener alguna superioridad o ventaja entre otras”.

En tal sentido, conforme el ámbito de nuestra ley, para que exista una práctica de competencia desleal por violación de normas, en esta modalidad, es necesario que exista una superioridad o ventaja que le permita sobresalir en el mercado al operador económico. Sin embargo, dicha ventaja no puede ser producto de otros factores tales como dinámica del mercado, eficiencia económica, innovación tecnológica, etc. Sino que necesariamente debe provenir de una ventaja competitiva significativa.

2.- Ventaja competitiva significativa.- Respecto del segundo elemento, a modo de legislación comparada, la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia (SIC) en la resolución dictada dentro procedimiento N.º 13-013416, señaló que: “la identidad de la ventaja impone una mejor posición en el mercado para el que la obtiene”. Situación que es aplicable dentro de nuestro ámbito normativo, en tanto, es necesario que la prevalencia en el mercado tenga como origen una ventaja competitiva significativa que a su vez sea el resultado de la violación de normas generales o específicas.

3.- Infracción de una norma.- Finalmente, el tercer elemento necesario para la configuración de la práctica de competencia desleal por modalidad de violación de normas, es la existencia de una infracción normativa que permita generar una ventaja competitiva artificial que de otra manera no la tendría.

Ahora bien, en el caso concreto el operador económico denunciado explicó que, para que se configure un acto de competencia desleal por violación de normas, es necesario un pronunciamiento previo por parte de la autoridad correspondiente y para afirmar su argumentación procedió a citar a la Ley 25.156 “Ley de Defensa de la Competencia” de Argentina, el Decreto Legislativo No. 1044 de Perú, y a distintos autores y resoluciones de los órganos de control de dichos países.

Al respecto, esta Intendencia tiene en consideración que, tanto en la República del Perú como en la Argentina, el requisito de prejudicialidad, dentro de la práctica desleal por violación de normas se encuentra contenido expresamente en Ley de la materia, situación que no ocurre en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado; razón por la que esta autoridad, se aleja del criterio del operador económico denunciado.

En este orden ideas, esta autoridad tiene en consideración la importancia que puede tener la existencia de un pronunciamiento previo por parte del organismo rector de la materia, anterior

a determinar la posible práctica de competencia desleal por violación de normas. Tal situación, impediría que existan resoluciones contradictorias y permitiría garantizar la seguridad jurídica de los administrados.

Sin embargo, ante la ausencia normativa del requisito de prejudicialidad en la LORCPM, éste se encuentra restringido únicamente a los casos en que por la especialidad de la materia la prejudicialidad resulte indispensable.

En el presente caso, el denunciante, en su escrito señaló que la violación de normas tendría lugar por el cometimiento de los delitos de lavado de activos y asociación ilícita, es decir, la conducta desleal devendría de la infracción de normas de carácter penales.

En este sentido, el pretender que artículo 27, número 9, de la LORCPM, como una prorrogación de competencia, para que la SCPM declare el incumplimiento de una norma penal, por parte de un operador económico, implica que esta Intendencia deba declarar el cometimiento de infracciones de naturaleza penal, competencia que se encuentra reservada al Juez o Tribunal de Garantías Penales, de conformidad con lo determinado en los artículos 220, 221 y 225 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Caso contrario, se estaría vulnerando el derecho al debido proceso, al no contemplar el principio constitucional de presunción de inocencia³⁶, el cual según Luigi Ferrajoli³⁷ quien señala:

“[...]Si la jurisdicción es la actividad necesaria para obtener la prueba de que un sujeto ha cometido un delito, hasta que esa prueba no se produzca mediante un juicio regular, ningún delito puede considerarse cometido y ningún sujeto puede ser considerado culpable ni sometido a pena.[...]”

Línea de pensamiento que es compartido por la Corte Constitucional del Ecuador, la que en su sentencia No. 008-13-SEP-CC, y reproducida en la sentencia No. 223-18-SEP-CC, señala:

“[...] la presunción de inocencia, la misma que es definida como aquel principio jurídico penal que establece como regla la inocencia de la persona, conviene señalar que ello implica que solo a través de un proceso o enjuiciamiento justo, debe demostrarse la culpabilidad de la persona y solo así el juez podrá aplicarle la pena o sanción correspondiente. La presunción de inocencia se refiere al estado jurídico de inocencia de la persona, la cual se constituye en uno de los parámetros esenciales del garantismo procesal. [...]”

Por lo que, en virtud de las disposiciones legales y constitucionales señaladas, así como por el

³⁶ “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: (...) 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.” Constitución de la República del Ecuador

³⁷ Luigi Ferrajoli, Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal, Madrid, Editorial Trotta, 1995, p. 550.

análisis doctrinario realizado y la jurisprudencia constitucional, esta Intendencia evidencia que, en los casos en que se analice la posible violación de normas penales, se requiere previamente de sentencia dictada por autoridad competente que determine de manera previa la infracción de la norma penal –y la responsabilidad penal– para así poder analizar la posible prevalencia en el mercado producto de la ventaja competitiva adquirida como resultado del delito cometido.

Ahora bien, en el caso concreto esta Intendencia mediante providencia de fecha 10 de mayo de 2019, las 09h33, como diligencias previas, de conformidad con el artículo 55, inciso tercero, de la LORCPM procedió a consultar a la Procuraduría General del Estado, al Consejo de la Judicatura y la Fiscalía General del Estado sobre las sentencias penales ejecutoriadas, en las que haya sido parte la CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A., o cualquiera de las compañías filiales que conozca. En este sentido, dichas entidades emitieron las siguientes respuestas:

Mediante oficio No. 03832, de fecha 17 de mayo de 2019, dirigido por, Diego Regalado Almeida, en su calidad de la Procurador General del Estado, subrogante, indicó:

“[...] remito el informe enviado por la subdirectora de lo Penal de la Procuraduría General del Estado, contenida en el memorando No. 13-SP-DNP-2019, en la cual se señala que ‘Del registro de casos de esta institución, Odebrecht, no se encuentra registrada como persona procesada, en ninguna de las causas judiciales penales en las que interviene la Procuraduría General del Estado’.

*Sin embargo, se envía una lista de causas en las que se ha hecho mención a dicha empresa, pero que la misma no ha sido sujeto procesal, como se ha señalado anteriormente, debiendo tener en cuenta que en ninguna existe sentencia ejecutoriada.
[...]*”

El Oficio Circular No. CJ-DG-2019-0028-OFC, de fecha 21 de mayo de 2019, dirigido por Pedro José Crespo, en su calidad de Director General, de la Dirección General del Consejo de la Judicatura, en el que señaló:

“[...] una vez revisada la información en la base del Sistema Automático de Tramitación Judicial Ecuatoriana (SATJE), se obtuvieron 14 procesos judiciales resueltos en materias penales y contencioso administrativo en las que constan como parte procesal la Construtora Norberto Odebrecht.

Cabe indicar que la base de datos del Sistema SATJE no provee información precisa sobre sentencias ejecutoriadas, considerando que los procesos pueden llegar a

instancias superiores, por lo que no es factible brindar dicho nivel de desagregación de la información. [...]”³⁸

El Oficio No. FGE-DSP-2019-002674-O, de fecha 22 de mayo de 2019, dirigido por Diana Salazar Méndez, en su calidad de Fiscal General del Estado, en que se señala: “[...] Una vez levantada la información en el sistema interno de la Fiscalía General del Estado, no se reportan sentencias ejecutoriadas, en las que haya sido parte procesal la Constructora Norberto Odebrecht S.A. o cualquiera de sus compañías filiales [...]”.

Del análisis de la información remitida por las entidades estatales antes señaladas, no se desprende que a la fecha existan sentencias penales ejecutoriadas, que declaren la responsabilidad penal de la Constructora Norberto Odebrecht S.A., o sus filiales por el cometimiento de los delitos de lavado de activos” o “asociación ilícita”, es decir, no existiría la declaratoria, por parte de un Juez Competente en materia Penal sobre el cometimiento de los ilícitos antes expuestos por parte del denunciante.

Por lo indicado, esta Intendencia, en virtud de las actuaciones realizadas dentro del expediente de investigación, al momento no posee los elementos necesarios para abrir una investigación por el cometimiento de prácticas desleales por violación de normas producto del cometimiento de los delitos de lavado de activos y/o asociación ilícita denunciados.

7.3.2.2- De la relación de los involucrados con la conducta denunciada.-

El denunciante acusa a la Constructora Norberto Odebrech S.A., de haber generado un esquema de corrupción con 33.5 millones de dólares en “coimas”. Expuso además que según la “prensa” ya se habrían detectado 40 millones de dólares en movimientos irregulares de dinero.

Por otra parte, de acuerdo con el denunciante Odebrecht, se habría valido de un esquema de corrupción para ser adjudicataria de numerosos proyectos, para lo cual se habría asociado con servidores públicos, intermediarios y particulares, quienes supuestamente habrían recibido gratificaciones, a cambio de entregar información privilegiada con relación a distintos procesos de contratación pública.

El denunciante señaló, que

“[...] estos dos supuestos constituirían lavado de activos y asociación ilícita respectivamente, lo cual a su vez, atentaría contra la seguridad pública, el interés público y el bienestar general, bienes jurídicos que de acuerdo con el denunciante la SCPM, debe defender. En este sentido, en el escrito de denuncia se expuso que las supuestas actuaciones ilícitas de Odebrecht, se subsumirían en actos de violación de normas tipificadas por el artículo 27, numeral 9 de la LORCPM, toda vez que la

³⁸ De la revisión de los procesos, esta Intendencia no encontró ninguno que tuviera resolución condenatoria en contra de la Constructora Odebrecht S.A., sus filiales o representantes legales

denunciada habría prevalecido en el mercado, mediante una ventaja significativa, adquirida supuestamente al incumplir y violar los artículos 317 y 370 del COIP [...]"

En la relación de los involucrados con la denuncia, se acusa la supuesta participación de funcionarios como Jorge Glas, Rafael Correa, Alecksey Mosquera, Marcelo Endara, o personas particulares como Ricardo Rivera, entre otros, de acuerdo con lo que se habría publicado en distintos medios de comunicación.

Por tal razón esta Intendencia tiene en consideración, que las actuaciones señaladas por el denunciante responden a posibles acuerdos que tendría el operador económico Constructora Norberto Odebrech S.A., con servidores de la administración pública, que mediante el cometimiento de delitos, se habría beneficiado en distintas licitaciones y contrataciones públicas y por lo tanto restringido la competencia a otros posibles operadores económicos en igualdad de condiciones.

Al respecto, Veintimilla,³⁹ indica que en una economía como la del Ecuador⁴⁰, el Estado es un actor, quien con la finalidad de la ejecución de proyectos de obras públicas, o para estar provisto de suficientes bienes y servicios para su habitual desenvolvimiento, requiere adquirir de bienes y servicios dentro de un marco competitivo.⁴¹

Desde una perspectiva económica, el mecanismo de subasta o licitaciones públicas significaría un ahorro de los costos de negociación para el Estado,⁴² debido a que con la convocatoria realizada al público, se estarían evitando la necesidad de incurrir en negociaciones directas con cada operador.

Además, en parte de la teoría económica en los bidding markets⁴³ o mercados de pujas o subastas, las condiciones están dadas *per se* para que existan procesos competitivos puros de licitaciones públicas, situación en la cual no habría necesidad de que las leyes de defensa intervengan. Sin embargo, en la práctica, es dentro de los procesos de contratación en los que puede dar varias formas de coordinación entre los llamados a competir.⁴⁴ Por lo general, en procesos recurrentes y en los que puede existir más de una adjudicación, la propensión a una posible colusión es mayor.⁴⁵

³⁹ Brown, A, et all (2018) Estudios de Derecho de Competencia Ecuatoriano. Impresión FRediciones. ISBN 13: 978-9942-794-05-5. Edición septiembre 2018. Páginas 10-

⁴⁰ Artículo 283 de la Constitución de la República del Ecuador

⁴¹ Artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública establece entre algunos de los principios que rigen la contratación pública el de *conurrencia y transparencia*.

⁴² Cuerdo Mir, Miguel (2011) Subastas y contratación administrativa desde la perspectiva económica del derecho de competencia, en: Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas, Javier Guillén Caramés (dir.), Thomas Reuters Pamplona. p 323.

⁴³ OCDE (2011) Competition and Procurement, Key Findingsm Competition Committee. p 47.

⁴⁴ Klemperer señala idea de aplicación de las leyes de defensa de la competencia a bidding markets es innecesaria, se base sobre una triple falacia. Citado por Cuerdo Mir, Miguel (2011) Subastas y contratación administrativa desde la perspectiva económica del derecho de competencia, en: Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas, Javier Guillén Caramés (dir.), Thomas Reuters Pamplona. p 326.

⁴⁵ Coronado, S et all (2009) Análisis económico de la colusión en mercado de subastas: pujas fraudulentas (Bid Rigging, en: Los acuerdos horizontales entre empresas, p 216.

Asimismo, según la OCDE, la divulgación de las identidades de los oferentes perdedores ayuda a los postores a monitorear una posible colusión y facilita la supervisión de una posible corrupción entre los licitantes y los licitadores.⁴⁶

Según Marie Chêne⁴⁷, tanto la colusión como la corrupción, frecuentemente son el resultado de acuerdos. Las investigaciones sobre carteles a menudo revelan que éstos coexisten con el soborno, ya que un acuerdo anticompetitivo entre los miembros del cartel también puede implicar el ofrecimiento de sobornos a los funcionarios del gobierno para asegurar que los beneficios sean entregados de conformidad con las asignaciones del mercado o acuerdos anticompetitivos del cartel.

De acuerdo con Eduardo Esparza:

*En cuanto a la convergencia entre conductas anticompetitivas y actos de corrupción, la experiencia internacional nos enseña que en los **acuerdos anticompetitivos** en la contratación pública suelen concurrir actos de corrupción (como los sobornos a otros competidores y/o a servidores públicos) y viceversa. **De ahí que durante las investigaciones por actos de corrupción en la adjudicación y ejecución de los contratos públicos podrían aparecer indicios de acuerdos anticompetitivos** (y viceversa).⁴⁸ (Énfasis añadido)*

Asimismo, la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia (en adelante SIC), frente a conductas análogas realizadas por Odebrecht, en su resolución No. 67837 de 13 de septiembre de 2018, formuló cargos en contra de varios actores económicos, por cuanto consideró que, a través de los supuestos acuerdos colusorios en los procesos de contratación pública para la estructuración y adjudicación del Tramo II del Proyecto Ruta del Sol, presuntamente incurrieron en varias prácticas contrarias al régimen de protección de la libre competencia económica.

De acuerdo con la descripción fáctica de la denuncia, y de conformidad con la experiencia internacional referida, sobre actos de corrupción y colusión en procesos de contratación pública, dentro del caso concreto se identifica que podrían existir indicios de acuerdos restrictivos en dichos mercados, lo que correspondería a la competencia de la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas.

CONCLUSIONES

Del análisis económico se concluye preliminarmente que los procedimientos de contratación pública en los que habría participado CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A., en

⁴⁶ OCDE, (2016). Policy Roundtables Competition in Bidding Markets, p 10, recuperado de: <http://www.oecd.org/competition/cartels/38773965.pdf>, el 3 junio de 2019.

⁴⁷ Marie Chêne, The Linkages Between Corruption And Violation Of Competition Laws. Anti-Corruption Helpdesk. Transparency Internacional. P 3, tomado de https://www.transparency.org/files/content/corruptionqas/Linkages_between_corruption_and_competition_2016.pdf, el 3 de junio de 2019, texto original en inglés.

⁴⁸ Eduardo Esparza (s.f.), Combate a la corrupción mediante las normas de competencia económica. Tomado de <https://www.pazhorowitz.com/combate-a-la-corrupcion-mediante-las-normas-de-competencia-economica/>, el 3 de junio de 2019.

el marco temporal de aplicación de la LORCPM serían, : 1.- Proyecto Hidroeléctrica Pucará, 2.- Proyecto Hidroeléctrica Mandariacu, 3.- Proyecto Pavimentación de la Vía 104 Puente Gringo Pepe, 4.- Proyecto Refinería del Pacífico, movimiento de tierra y acueducto, 5.- Proyecto Ruta Viva Fase I de Quito, 6.- Proyecto Ruta Viva Fase II de Quito, 7.- Proyecto Trasvase Daule Vinces, 8.- Proyecto Metro de Quito, y, 9.- Proyecto Poliducto Pascuales- Cuenca, sin perjuicio de ampliar estos proyectos⁴⁹.

El operador económico denunciado habría tenido una evolución dramática de sus ingresos por ventas en el Ecuador. Siendo para el 2012 una tasa de 517% logrando una utilidad de USD. 13 millones. Contrariamente, para los siguientes años se identificó un fenómeno espejo, con una pendiente pronunciada negativa, hechos que coinciden con la prohibición expresa de que no se contrate con el operador investigado, y también con la generalidad de noticias realizadas por los medios de comunicación.

Esta Intendencia concluye que en el caso específico de la presunta violación de normas penales, es necesario que un juez o tribunal de garantías penales dicte sentencia condenatoria, en la que se determine de manera previa la existencia de un delito, así como la responsabilidad penal del sujeto activo de la infracción. Esto en razón de que la declaratoria de delitos requiere un análisis especializado, que se lo realiza a través del proceso penal correspondiente y ante el juez competente de acuerdo con el Código Orgánico de la Función Judicial.

En este caso concreto, la denuncia acusa el supuesto cometimiento de actos de violación de normas penales (Arts. 317 y 370 del COIP). Sin embargo, dentro de las actuaciones previas realizadas por esta autoridad, no se ha podido identificar la existencia de resoluciones judiciales que declaren la responsabilidad penal de CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A., por el cometimiento de los delitos de lavado de activos y asociación ilícita.

Sin embargo, a criterio de esta Intendencia, los hechos descritos por el denunciante no constituyen indicios del presunto cometimiento de prácticas desleales por violación de normas, toda vez que se acusan supuestos actos de corrupción en los proyectos en los que habría participado la CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. De acuerdo con la experiencia internacional, y el criterio de esta autoridad, estos hechos podrían constituir presuntos acuerdos restrictivos de la competencia económica, lo que sería de conocimiento de la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas.

Por las consideraciones expuestas, esta Intendencia resuelve lo siguiente:

RESUELVO: PRIMERO.- Ordenar el archivo de la denuncia, por no encontrar mérito para la prosecución de la investigación, al no haber encontrado elementos indiciarios, esto es sentencia condenatoria por el delito de lavado de activos o asociación ilícita, de los que se pueda presumir la presunta realización de prácticas desleales, por violación de normas por parte del operador

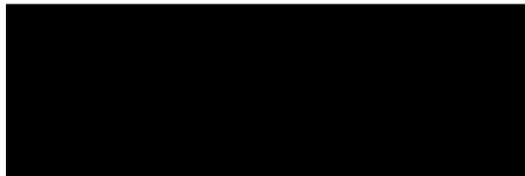
⁴⁹ Lo indicado sin perjuicio del criterio que podría tener la autoridad de competencia en la materia al momento de iniciar una eventual investigación por acuerdos restrictivos de la competencia u otras conductas.

económico Constructora Norberto Odebrecht S.A., o posibles filiales⁵⁰.

SEGUNDO.- En virtud de que los hechos descritos por el denunciante se han generado dentro de procesos de contratación pública, acusando el presunto cometimiento de los delitos de “Asociación Ilícita” y “Lavado de Activos”, por lo que podría existir el presunto cometimiento de Acuerdos y Prácticas Prohibidas, motivo por el cual la presente resolución se pone en conocimiento de la Intendencia General Técnica, para que, en caso de considerarlo remita el presente caso a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Acuerdos y Prácticas Restrictivas, para el análisis pertinente.

TERCERO.- Notifíquese con la presente resolución a los operadores económicos JOSÉ MARÍA QUISHPI PILCO y CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.-

CUARTO.- Continúe actuando el abogado Juan Fernando Narváez Herrería como secretario de sustanciación dentro del presente procedimiento administrativo.- **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.-**



Abg. Pablo Carrasco Torrontegui

**INTENDENTE NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE PRÁCTICAS
DESLEALES**

REF. PROV SCPM-IGT-INICPD-2019-040

⁵⁰ Conforme los oficios referidos de la Fiscalía General del Estado, Consejo de la Judicatura y Procuraduría General del Estado