

- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Competencia Económica - SCE
- **Órgano de origen:** Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas - INICAPMAPR
- **Expediente de origen:** SCPM-IGT-INICAPMAPR-1-2023
- **Expediente Apelación:** SCPM-INJ-11-2023
- **Apelante:** TARTAN OIL LLC
- **Denunciante:** TARTAN OIL LLC
- **Denunciado:** Empresa Pública Flota Petrolera Ecuatoriana EP FLOPEC

SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA.- Quito, DM, 23 de junio de 2023, a las 17h18.- **VISTOS.-** Economista Carolina Alejandra Lozano Haro, en mi calidad de Superintendente de Competencia Económica, subrogante, conforme la acción de personal No. SCE-INAFA-DNATH-2023-035-A de 19 de junio de 2023, cuya copia certificada consta agregada al expediente, en conocimiento del Expediente Administrativo SCPM-INJ-11-2023, el cual atiende el Recurso de Apelación interpuesto por el operador económico TARTAN OIL LLC, en contra de la Resolución de 23 de marzo de 2023, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas -INICAPMAPR, dentro del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICAPMAPR-1-2023; en uso de mis facultades legales, dispongo:

PRIMERO.- VALIDEZ PROCESAL.-

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

SEGUNDO.- LEGALIDAD DEL RECURSO. -

El señor Diego Ramírez Mesec, en calidad de Procurador Judicial del operador económico TARTAN OIL LLC, mediante escrito ingresado en la ventanilla virtual de la Secretaría General de esta Superintendencia de Competencia Económica [en adelante SCE], el 24 de abril de 2023 con número de trámite ID. 270234 presentó recurso de apelación en contra de la resolución de 23 de marzo de 2023, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, dentro del Expediente Administrativo SCPM-IGT-IIAPMAPR-1-2023; recurso del cual esta autoridad, con providencia de 03 de mayo de 2023, avocó conocimiento y, debidamente verificado que la impugnación cumplió con los requisitos formales y sustanciales establecidos en el artículo 52 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa -IGPA, como son el principio de oportunidad, procedencia del recurso y debida fundamentación, se dispuso la admisión a trámite del recurso de apelación.

TERCERO. - ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO.-

El acto administrativo que se impugna es la Resolución de 23 de marzo de 2023, emitida por la INICAPMAPR, dentro del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICAPMAPR-1-2023, que resolvió:

*“[...] **TERCERO.-** Conforme el análisis realizado en la presente Resolución, al amparo de lo dispuesto en el artículo 57 de la LORCPM; artículo 63 del RALORCPM; y, artículo 8 numeral a) del IGPA, ordenar el **ARCHIVO** de la investigación dentro del expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-1-2023. [...]”*

CUARTO. - PRETENSIÓN CONCRETA DEL RECURRENTE.-

El operador económico TARTAN OIL LLC, en su escrito de apelación, en el apartado 5, señala:

“[...] TARTAN OIL respetuosamente solicita a su Autoridad que: -Con base a lo señalado en el punto 4 y 5 de este escrito, se declare que existen indicios suficientes para determinar la existencia de poder de mercado en el presente caso y consecuentemente presunciones que ameritan la apertura de la etapa de investigación. – Que, como consecuencia de lo anterior, se deje sin efecto la Resolución Impugnada y se disponga la apertura de la etapa de investigación conforme lo establecido en el artículo 56 de la LORCPM [...]”

Pretensiones por medio de las cuales el recurrente solicita se deje sin efecto el acto administrativo contenido en la Resolución de 23 de marzo de 2023, que dispone el archivo de la denuncia presentada por el operador económico TARTAN OIL LLC, por las prácticas tipificadas en los numerales 1, 2, 3, 10, 15 y 22 del artículo 9 de la LORCPM, presuntamente cometidas por el operador económico Empresa Pública Flota Petrolera Ecuatoriana EP FLOPEC, en consecuencia, con la reversión de la resolución emitida por la INICAPMAPR, se dé continuidad al procedimiento administrativo y se ordene el inicio de la fase de investigación.

En la forma de exposición del escrito que contiene el recurso de apelación que se atiende, el apelante estructura su impugnación en la presunta nulidad del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICAPMAPR-1-2023 por vicios en la motivación del acto administrativo, desde dos aristas, **a)** la errónea determinación del mercado relevante y, **b)** el errado análisis del poder de mercado del agente económico denunciado. Postulados que se transcriben en los siguientes textos:

4.1.- De la definición del mercado relevante:

“[...] En su Denuncia, TARTAN OIL propuso como mercado relevante como el del transporte marítimo internacional de hidrocarburos desde y hacia puertos del Ecuador [...]”

[...] la Intendencia concluyó que el mercado relevante sería más estrecho dividiendo el mercado de transporte marítimo internacional de hidrocarburos en i) petróleo crudo y ii) derivados del petróleo. [...]

[...] la Resolución Impugnada segmenta aún más el mercado relevante al considerar que debería abarcar únicamente el transporte hacia el Ecuador y no el transporte desde y hacia el Ecuador [...]

4.2.- De la indebida exclusión del derivado “fuel oil”:

“[...] si se considera que el mercado relevante es el transporte de derivado de hidrocarburos, es ilógico excluir de ese mismo mercado definido por la Intendencia al transporte de un derivado de hidrocarburos específico [...]

[...] el mercado relevante debe incluir tanto el transporte desde Ecuador como hacia Ecuador [...]

[...] existe una errónea definición del mercado relevante, en su componente geográfico al definirlo únicamente por el transporte marítimo de derivados de hidrocarburos hacia el Ecuador, excluyendo indebidamente al transporte desde el Ecuador [...]”

4.3.- Del poder de mercado:

“[...] la Resolución Impugnada ya que basa su análisis exclusivamente en la participación de mercado de EP FLOPEC. Este error no solo que lleva a no tomar en consideración otros elementos claves sino incluso, sobre la base de la participación de mercado, desestimar indicios de poder de mercado provenientes de otros criterios (barreras de entrada y comportamiento reciente).

[...] la Resolución Impugnada ha desconocido las directrices que esta SCPM ha señalado con respecto a la determinación de poder de mercado. De esta manera, basa su análisis, exclusivamente y de forma aislada en la participación de mercado que tendría EP FLOPEC y consecuentemente no considera otros criterios para la determinación de poder de mercado [...]

[...] Una correcta determinación del poder de mercado en el presente caso debió considerar los siguientes criterios: i. Participación de mercado [...] ii. Barreras de entrada [...] iii. Comportamiento reciente [...] iv Otros criterios relevantes [...]”

4.4.- Sobre la existencia de indicios que ameriten la apertura de la etapa de investigación:

“[...] En el presente caso, no solo existen indicios de la existencia de poder de mercado sino también de una conducta potencialmente abusiva. Pese a que en la Resolución Impugnada se concluye que EP FLOPEC no tendría poder de mercado, la Intendencia sí dedica parte de su análisis a la conducta denunciada por TARTAN OIL. Así, en el punto 12.3 de la Resolución Impugnada identifica la exclusividad legal de la que gozaría EP FLOPEC [...]

[...] Debe notarse que la Resolución Impugnada resolvió archivar la Denuncia en una etapa en la que debe decidir si existen motivos suficientes para dar inicio a la

etapa de investigación y no para determinar si a su criterio existiría o no conductas anticompetitivas sobre las cuales formular cargos [...]"

Con las citas de la exposición de motivos, el apelante enmarca los elementos en los cuales recaerían los yerros motivacionales del acto administrativo objeto de la apelación que se atiende, planteando el porqué de la invalidez del procedimiento administrativo así como del acto impugnado, y sobre los cuales versará el análisis realizado por esta autoridad.

QUINTO. - PROBLEMA JURÍDICO A TRATARSE. -

Conforme la exposición del operador económico TARTAN OIL LLC., en el recurso de apelación interpuesto, se establece como problema jurídico a tratarse el determinar la validez del procedimiento administrativo en revisión de la motivación del acto impugnado respecto a la determinación del mercado relevante y el análisis del poder de mercado del agente económico denunciado, con el objeto de establecer si existe mérito para la prosecución de la instrucción del procedimiento, a partir del análisis de la verdad procesal del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICAPMAPR-1-2023, en análisis del alcance a la orden de archivo del procedimiento.

Para efectos del desarrollo de la presente resolución, se analizarán -de la verdad procesal- los argumentos de hecho y de derecho del acto administrativo impugnado, bajo los vicios presentados por el recurrente como fundamento de la pretensión de nulidad.

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-1-2023:

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. Denuncia presentada por el operador económico TARTAN OIL LLC el 16 de enero de 2023 en contra de EP FLOPEC por el presunto cometimiento de las conductas de abuso de poder de mercado, tipificadas en los numerales 1, 2, 3, 10, 15 y 22 del artículo 9 de la LORCPM;
2. Escrito presentado por el operador económico TARTAN OIL LLC el 01 de febrero de 2023, por medio del cual presentó su escrito de complementación y aclaración de la denuncia.

3. Providencia de 07 de febrero de 2013, por medio de la cual, la INICAPMAPR calificó la denuncia y corrió traslado con la misma al denunciado para que presente explicaciones;
4. Providencia de 14 de febrero de 2013, por medio de la cual, la INICAPMAPR dispuso agregar la razón de no notificación y, nuevamente, correr traslado al denunciado con los documentos constantes en el expediente para que presente explicaciones.
5. Escrito presentado por el operador económico EP FLOPEC el 09 de marzo de 2023, por medio del cual expuso sus explicaciones.
6. Providencia de 22 de marzo de 2023, por medio de la cual la INICAPMAPR, en lo principal, se dispuso agregar escritos presentador por EP FLOPEC y el Ministerio de Transporte y Obras Públicas.
7. Resolución administrativa de 23 de marzo de 2023, emitida por la INICAPMAPR.

b) Expediente Administrativo SCPM-INJ-11-2023:

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

1. Escrito presentado por el señor Diego Ramírez Mesec, en calidad de Procurador Judicial del operador económico TARTAN OIL LLC, ingresado el 24 de abril de 2023, a las 17h02, identificado con número de trámite Id. 270234 mediante el cual presentó recurso de apelación en contra de la Resolución de 23 de marzo de 2023, emitida por la INICAPMAPR dentro del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICAPMAPR-1-2023;
2. Providencia de 03 de mayo de 2023, a las 14h27 por medio de la cual la autoridad avocó conocimiento del Recurso de Apelación y lo admitió a trámite;
3. Escrito presentado por el señor Luis Lavayen, en calidad de Gerente General del operador económico EP FLOPEC el 09 de mayo de 2023, a las 09h37, identificado con número de trámite Id. 202301153, por medio del cual remite sus alegaciones.
4. Providencia de 25 de mayo de 2023, a las 10h00 por medio de la cual la autoridad, en lo principal, convocó a audiencia pública y designó al Econ. Sergio Torres en calidad de especialista técnico.
5. Razón sentada por la Secretaria de Sustanciación, con fecha 02 de junio de 2023, con la que certificó la celebración de la audiencia pública por medio telemático el 02 de junio de 2023, a partir de las 10h30.
6. Providencia de 06 de junio de 2023, a las 13h00 por medio de la cual la autoridad, en lo principal, dispuso al especialista técnico presentar un informe en el término de cinco días.

7. Providencia de 14 de junio de 2023, a las 16h45 por medio de la cual la autoridad, en lo principal, agregó el informe presentado por el especialista técnico y dispuso el traslado a las partes con el mismo a fin de que realicen observaciones.
8. Providencia de 19 de junio de 2023, a las 13h00 por medio de la cual la autoridad, en lo principal, agregó el escrito presentado por el operador económico TARTAN OIL LLC con el cual presentó observaciones al Informe remitido por el especialista técnico.

SÉPTIMO. - MARCO NORMATIVO APLICABLE. -

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

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

“Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”; “Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. [...] 2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada. [...] 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: [...] l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. [...] 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 1865 la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, 1866 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. 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”; “Art. 313.- El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia. Los sectores estratégicos, de decisión y control

*exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social. Se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley.”; “**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. 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 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. 7.- Poder de mercado.-** Es la capacidad de los operadores económicos para influir significativamente en el mercado. Dicha capacidad se puede alcanzar de manera individual o colectiva. Tienen poder de mercado u ostentan posición de dominio los operadores económicos que, por cualquier medio, sean capaces de actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes, proveedores, consumidores, usuarios, distribuidores u otros sujetos que participen en el mercado. La obtención o el reforzamiento del poder de mercado no atentan contra la competencia, la eficiencia económica o el bienestar general. Sin embargo, el obtener o reforzar el poder de mercado, de manera que impida, restrinja, falsee o distorsione la competencia, atente contra la eficiencia económica o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios, constituirá una conducta sujeta a control, regulación y, de ser el caso, a las sanciones establecidas en esta Ley”; **Art. 8.- Determinación del Poder de Mercado.-** Para determinar si un operador económico tiene poder de mercado en un mercado relevante, debe considerarse, entre otros, uno o varios de los siguientes criterios: a. Su participación en ese mercado, de forma directa o a través de personas naturales o jurídicas vinculadas, y su posibilidad de fijar precios unilateralmente o de restringir, en forma sustancial, el abastecimiento en el mercado relevante, sin que los demás agentes económicos puedan, en la actualidad o en el futuro, contrarrestar ese poder. b. La existencia de barreras a la entrada y salida, de tipo legal, contractual, económico o estratégico; y, los elementos que, previsiblemente, puedan alterar tanto esas barreras como la oferta de otros competidores. c. La existencia de competidores, clientes o proveedores y su respectiva capacidad de ejercer poder de mercado. d. Las posibilidades de acceso del operador económico y sus competidores a las fuentes de insumos, información, redes de distribución, crédito o tecnología. e. Su comportamiento reciente. f. La disputabilidad del mercado. g. Las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios; y, h. El grado en que el bien o el servicio de que se trate sea sustituible, por otro de origen nacional o extranjero, considerando las posibilidades tecnológicas y el grado en que los consumidores cuenten con sustitutos y el tiempo requerido para efectuar tal sustitución.”; **“Art. 9.- Abuso de Poder de Mercado.-** Constituye infracción a la presente Ley y está prohibido el abuso de poder de mercado. Se entenderá que se produce abuso de poder de mercado cuando uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la

competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general. En particular, las conductas que constituyen abuso de poder de mercado son: 1.- Las conductas de uno o varios operadores económicos que les permitan afectar, efectiva o potencialmente, la participación de otros competidores y la capacidad de entrada o expansión de estos últimos en un mercado relevante, a través de cualquier medio ajeno a su propia competitividad o eficiencia. 2.- Las conductas de uno o varios operadores económicos con poder de mercado, que les permitan aumentar sus márgenes de ganancia mediante la extracción injustificada del excedente del consumidor. 3.- Las conductas de uno o varios operadores económicos con poder de mercado, en condiciones en que debido a la concentración de los medios de producción o comercialización, dichas conductas afecten o puedan afectar, limitar o impedir la participación de sus competidores o perjudicar a los productores directos, los consumidores y/o usuarios. [...] 10.- La incitación, persuasión o coacción a terceros a no aceptar, limitar o impedir la compra, venta, movilización o entrega de bienes o la prestación de servicios a otros. [...] 15.- La implementación de prácticas exclusorias o prácticas explotativas. [...] 22.- Aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica. [...]”; “**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. 44.- Atribuciones del Superintendente.-** Son atribuciones y deberes del Superintendente, además de los determinados en esta Ley: 1. Conocer y resolver de forma de motivada en última instancia sobre las infracciones establecidas en la ley y aplicar las sanciones pertinentes. 2. Conocer y resolver de forma motivada los recursos que se interpusieren respecto de actos o resoluciones conforme lo previsto por esta Ley y su Reglamento. [...]”; “**Art. 48.- Normas generales.-** [...] La carga de la prueba corresponderá a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, sin perjuicio de las pruebas aportadas por el denunciante y el denunciado [...].”; “**Art. 57.- Archivo de la denuncia.-** Si el órgano de sustanciación considera satisfactorias las explicaciones del denunciado, o si concluida la investigación no existiere mérito para la prosecución de la instrucción del procedimiento, mediante resolución motivada ordenará el archivo de la denuncia.”; “**Art. 67.- Recurso de Apelación o Jerárquico.-** Los actos administrativos emitidos en virtud de la aplicación de esta Ley podrán ser elevados al Superintendente de Control de Poder de Mercado mediante recurso de apelación, que se presentará ante éste. También serán susceptibles de recurso de apelación actos administrativos en los que se niegue el recurso ordinario y horizontal de reposición [...]”

La Ley Orgánica de Facilitación de las Exportaciones y Transporte Acuático, LOFETA, establece:

“**Art. 13.-** En el transporte acuático internacional desde y hacia el Ecuador, se cumplirá el principio de reciprocidad efectiva y se atenderá a lo establecido en las convenciones de transporte por agua de las que el Ecuador sea parte.; “**Art. 14.-** Entiéndese por

reciprocidad efectiva el acceso que naves extranjeras tienen para el transporte de la carga de importación y exportación que el Ecuador genera, en las mismas condiciones de acceso que se conceda a naves de bandera ecuatoriana o a naves fletadas u operadas por las compañías navieras nacionales, por parte del respectivo país extranjero. El Consejo Nacional de la Marina Mercante y Puertos podrán establecer transitoriamente restricciones contra empresas o buques de bandera de terceros países, cuando los países de contraparte las impongan a las naves de propiedad, fletadas u operadas por empresas navieras ecuatorianas. En todo caso, no se afectará la libre competencia en el transporte marítimo de exportación.”; “Art. 15.- La reserva de carga para hidrocarburos, salvo el principio de reciprocidad antes indicado y los convenios para el transporte acuático, será total y se asignará exclusivamente a empresas navieras nacionales, estatales o mixtas, en las cuales el Estado tenga una participación de por lo menos el 51% del capital social.”

La Ley de Hidrocarburos prevé:

“Art. 66.- El transporte marítimo de hidrocarburos y derivados deberá efectuarse preferentemente en naves de bandera nacional, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Reserva de Carga y en la Ley General de Tráfico Marítimo, y considerando la competencia internacional.”

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

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

El Instructivo de Gestión Procesal Administrativa –IGPA prevé:

“Art. 8.- PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR INICIADO POR DENUNCIA.- La denuncia será ingresada en la Secretaría General o ante su delegado en la Intendencia Regional, quién mediante el Sistema de Gestión Procesal de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, remitirá a la Intendencia General Técnica para que esta a su vez, direcciona al órgano de investigación competente a fin de que en el término de diez (10) días abra un expediente, avoque conocimiento y califique la denuncia. Realizada la calificación pueden presentarse los siguientes casos: a) Si la denuncia cumple con los requisitos previstos en el artículo 54 de la Ley, el órgano de investigación competente procederá a correr traslado al presunto o presuntos responsables con la denuncia para que en el término de quince (15) días contados a partir de la notificación, presenten las explicaciones que consideren necesarias, las mismas que serán ingresadas en la Secretaría General o ante su delegado en la Intendencia Regional, quien remitirá a la Intendencia respectiva. Fenecido el término para la presentación de explicaciones, el órgano de investigación competente, en el

término de diez (10) días, procederá a pronunciarse mediante resolución motivada respecto del inicio del procedimiento de investigación o del archivo de la denuncia”;

“Art. 52.- CONTENIDO Y PROCEDIMIENTO DEL RECURSO DE APELACIÓN.- El recurso de apelación será interpuesto ante el Superintendente, conforme al Art. 67 de la LORCPM, por el operador económico, dentro del término de veinte (20) días contados desde su notificación con la expedición del acto administrativo, en la Secretaría General o a la que haga sus veces en las Intendencias Zonales. a. La Secretaria General o la que haga sus veces en las Intendencias Zonales, enviará el recurso de apelación al Intendente o Presidente de la CRPI, según corresponda, quien incorporará al expediente el escrito del recurso en el término de tres (3) días y lo remitirá mediante providencia al Superintendente. b. El Superintendente en el término de cinco (5) días de recibido el expediente del inferior, avocará conocimiento del recurso y verificará si este ha sido presentado dentro del término legal; en caso de ser extemporánea su presentación, en la primera providencia lo negará sin análisis alguno; caso contrario, el Superintendente correrá traslado a las partes para que en el término de tres (3) días presenten alegaciones motivadas; c. Este recurso será resuelto y notificado en el plazo de sesenta (60) días, contados desde el día que el Superintendente avoque conocimiento del mismo. Esta resolución podrá ser objeto de aclaración o ampliación, sea de oficio o a petición de parte; y, d. El recurso de apelación será con efecto devolutivo y resuelto por el Superintendente de conformidad con la LORCPM. De lo resuelto por el Superintendente no habrá recurso alguno salvo el de aclaración o ampliación. El contenido del recurso de apelación deberá contener al menos lo siguiente: 1. Identificación del acto administrativo que genera la vulneración de derechos de las partes; 2. Invocación de la norma constitucional, legal o reglamentaria presuntamente inobservada; 3. La pretensión; 4. Casillero electrónico asignado por la SCPM o casillero judicial o un correo electrónico; y, 5. La firma del representante legal del operador económico y de su abogado defensor.”

El **Decreto Ejecutivo 1117** publicado en el Registro Oficial 681 de 12 de abril de 2012, señala:

“Art. 2.- El objeto social de la Empresa Pública Flota Petrolera Ecuatoriana -EP FLOPEC comprende: La transportación de hidrocarburos por vía marítima desde y hacia los puertos nacionales y extranjeros; prestación de servicios de transporte comercial, marítimo y fluvial de hidrocarburos y sus derivados; y demás actividades relacionadas. Para el cumplimiento de su objeto la Empresa Pública Flota Petrolera Ecuatoriana -EP FLOPEC-, podrá celebrar todos los actos y contratos civiles, mercantiles, laborales y de cualquier otra naturaleza que sean permitidos por las leyes ecuatorianas y que directa o indirectamente se relacionen con su objeto.”

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

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

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 evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado [...] 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 Competencia Económica, como un organismo técnico de control, entre cuyas potestades legales consta la de sustanciar procedimientos administrativos -entre otros- para prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado acorde al procedimiento previsto en la LORCPM y su reglamento de aplicación. Por otro lado, la Constitución de la República del Ecuador impone que cada entidad estatal debe actuar conforme a las atribuciones que le otorga el marco normativo, pues la carta constitucional reza:

“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.”

Atendiendo al objeto y ámbito de aplicación de la LORCPM por los cuales este organismo técnico de control debe salvaguardar la efectiva competencia en el mercado, como ya se ha señalado, evitando, previniendo, corrigiendo, eliminando y sancionando el abuso de operadores económicos con poder de mercado; en concordancia con la sección I del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado –RLORCPM-, en la que consta el presupuesto de que cuando uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general recaerán en infracción a la Ley no siendo las conductas susceptibles de exoneración alguna.

Una vez realizadas la citadas precisiones, cabe señalar que, de la revisión del escrito que contiene el recurso de apelación que se atiende, y en cuidado al problema jurídico a tratarse, la

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”

impugnación será atendida con base en los presupuestos planteados por el apelante observando el cumplimiento de parámetros técnicos y legales a fin de atender respecto de la validez del procedimiento administrativo y la del acto administrativo recurrido.

En el recurso de apelación, el impugnante manifiesta que el procedimiento administrativo y por ende la Resolución de 23 de marzo de 2023, emitida por la INICAPMAPR debe ser dejada sin efecto debido a que en ella existe:

- Errónea determinación del mercado relevante en dos sentidos, por un lado, por la indebida exclusión del derivado *fuel oil*; y por otro, incompleta definición del mercado geográfico por la indebida exclusión del transporte desde el Ecuador; y,
- Erróneo análisis conductual al desconocerse criterios para la determinación del poder de mercado.

Determinados como han sido los presupuestos de la Resolución de 23 de marzo de 2023 emitida por la INICAPMAPR dentro del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICAPMAPR-1-2023 y los postulados del presente recurso de apelación, con el fin de desarrollar los puntos marcados como problema jurídico a resolverse, impera la necesidad de revisar el análisis contenido en el acto administrativo impugnado, que en su parte pertinente señala:

Del mercado relevante:

“[...] el mercado producto es el transporte marítimo de derivados de hidrocarburos [...]

*[...] el Ecuador, a excepción de fuel oil el cual no es objeto de los contratos analizados, no exporta derivados de hidrocarburos, por tanto, no corresponde, al menos en el presente expediente, analizar el transporte **desde** Ecuador, tomando en consideración que el producto materia del conflicto es la transportación marítima de derivados de hidrocarburos **hacia** el Ecuador (el resaltado pertenece al original) [...]*”

[...] el período a priori, comprendería desde el 27 de agosto de 2022 hasta la actualidad. Por cuanto, el 27 de agosto de 2022, es la fecha en la cual se da el rechazo de la primera nominación, y ya que, hasta donde se tiene conocimiento, al momento, FLOPEC EP no habría permitido ingresar los productos de TARTAN OIL, incluso bajo protesto, la posible conducta se estaría desarrollando hasta la actualidad [...]

[...] se concluye que el mercado relevante es: el transporte marítimo de derivados de hidrocarburos, hacia el Ecuador, desde el 27 de agosto de 2022 hasta la actualidad [...]

Del poder de mercado:

[...] EP FLOPEC no excede los umbrales para que exista un indicio de una posición dominante a través de las cuotas de participación. Por tanto, no se cumpliría el literal a) del artículo 8 de la LORCPM [...]

[...] EP FLOPEC actúa en un mercado regulado en el cual el Estado, a través de diversa normativa, al parecer habría otorgado derechos exclusivos al operador económico, lo expuesto ocurriría a través de la Ley de Facilitación de las Exportaciones y Transporte Acuático, en sus artículos 14 y 15 [...] EP FLOPEC al ser la única empresa pública que tiene por objeto la transportación de hidrocarburos por vía marítima desde y hacia puertos nacionales y extranjeros, sería la beneficiaria de dicha exclusividad. Por lo cual, resulta claro que en el presente caso existe una barrera de entrada de tipo legal.

*[...] Pese a las barreras de entrada existentes en el presente mercado; de las cuotas de participación y de la información pública del Banco Central, es claro que dichas barreras de entrada han sido superadas, dando como resultado la entrada probable, oportuna y suficiente de competidores. Lo expuesto se ve refrendado por la poca capacidad de la flota de EP FLOPEC para transportar hacia el Ecuador derivados de crudo [...] Por lo cual [...] incluso frente a una barrera de entrada de tipo legal, otras empresas podría contrarrestar el poder de mercado, en el caso de que EP FLOPEC lo ostentaría, lo cual se ve especialmente refrendado, por cuanto, más del 60% de la cuota de mercado **no pertenece al denunciado** (el resaltado pertenece al original) [...]*

[...] no se cuenta con indicios que permitan suponer que EP FLOPEC ostentaría posición de dominio en el mercado relevante determinado [...]

Del abuso del poder de mercado:

[...] debido, principalmente, a las cuotas de participación, no existirían indicios de que EP FLOPEC, ostente una posición de dominio, es decir, no existiría la configuración del elemento estructural para la existencia de un abuso de poder del mercado. [...]

[...] la posición de dominio es el elemento estructural sine qua non para la configuración del abuso de poder de mercado. Toda vez que un operador económico no puede abusar de una posición que no tiene. [...]

[...] Por lo expuesto, si bien no existirían indicios del cometimiento de un abuso de posición de dominio, el conflicto jurídico propuesto en el presente caso reviste de un carácter especial pues trata sobre el comportamiento de un operador que actúa en un mercado regulado y existe por mandato legal como una empresa pública. Cuya gestión en la prestación del servicio de transporte marítimo de hidrocarburos es analizada por las partes desde puntos de vista opuestos. [...]

[...] el conflicto demanda claridad en cuanto a si existe o no restricción a la competencia en el mercado en cuestión, situación que es completamente legítima siempre y cuando como se ha indicado, se observen los procedimientos dispuestos en la LORCPM vigente desde su publicación en el Registro Oficial Suplemento No. 555 el 13 de octubre de 2011, en particular lo dispuesto en el artículo 28 de la mencionada Ley [...] Lo cual, a criterio de esta Autoridad, quiere decir que cualquier interpretación o criterio expedido por una Autoridad Pública o incluso la Asamblea Nacional no pueden abstenerse de las

disposiciones contenidas en la LORCPM. Cabe aclarar que dicha situación concatenaría con el análisis de la presunta exclusividad en la prestación del servicio de transporte marítimo de hidrocarburos, entendida por FLOPEC.”

8.1.- De la presunta errónea definición del mercado relevante

- Indebida exclusión del derivado de *fuel oil*; y,
- Errónea definición del mercado geográfico por la indebida exclusión del transporte desde el Ecuador.

A criterio del operador económico apelante, el acto administrativo no contiene una correcta definición del mercado relevante por los aspectos que se desarrollan en este apartado.

En primer lugar, resulta pertinente señalar que, del mercado relevante propuesto por el operador económico TARTAN OIL LLC en la denuncia presentada: “*transporte marítimo internacional de hidrocarburos desde y hacia puertos del Ecuador*”, la INICAPMAPR lo segmentó a transporte de derivados de hidrocarburos. Además, pese a ser un derivado de hidrocarburo, excluyó al *fuel oil* en razón de que éste no sería objeto de los contratos celebrados entre TARTAN OIL LLC y PETROECUADOR. Finalmente, respecto al aspecto geográfico, el mercado relevante definido por la INICAPMAPR abarcó únicamente el transporte hacia Ecuador y no desde y hacia el Ecuador, debido a que, a criterio de dicha Intendencia, a excepción del *fuel oil*, Ecuador no exporta derivados de hidrocarburos.

Frente a lo expuesto, el operador económico TARTAN OIL LLC, en su recurso de apelación, indicó que excluir al *fuel oil* del mercado relevante es un error ya que resulta ilógico prescindir de un derivado específico cuando se considera que el mercado relevante es el transporte de derivados de hidrocarburos. Además por ser el derivado *fuel oil* la única exportación de hidrocarburos en Ecuador, no tendría sentido que se excluya del análisis al transporte de derivados desde el mencionado país.

Con las precisiones que anteceden, sobre este punto impugnado por el operador económico, se precisa en este acto administrativo revisar si las consideraciones de la INICAPMAPR para definir el mercado relevante son correctas o no. Los dos puntos planteados por el operador económico TARTAN OIL LLC en su recurso de apelación: indebida exclusión del derivado de *fuel oil* y errónea definición en su componente geográfico por la indebida exclusión del transporte desde el Ecuador, serán analizados conjuntamente en las líneas que constan a continuación.

Dentro de las consideraciones del acto administrativo impugnado, cabe destacar que la INICAPMAPR llegó a la conclusión de que exportadores e importadores de crudo y derivados no pueden demandar el servicio de transporte marítimo de hidrocarburos y derivados a través de barcos que no sean especializados en ese tipo de transporte. También es importante notar la clasificación de los buques que transportan hidrocarburos que se desprende de la Resolución de 23 de marzo de 2023, con lo que se concluyó que aquellos buques que transportan crudo no suelen ser usados para transportar derivados, mientras que buques más livianos transportan sólo derivados pues aunque tengan la capacidad de transportar crudo, generalmente no lo hacen debido a los elevados costos que genera realizar una limpieza a fondo de los tanques.

Tal estudio permitió a la INICAPMAPR concluir que no existe sustitución por parte de la demanda a través de buques que no sean especializados para el transporte de derivados, pues los buques que transportan crudo y derivados no son sustitutos, lo cual impide que el mercado contemple el transporte de derivados de hidrocarburos. Además permitió llegar a la conclusión de que, teniendo en cuenta las características especiales y los altos costos de los buques que transportan cada tipo de producto ya sea crudo o derivados, desde el lado de la oferta, los buques de transporte de hidrocarburos tampoco son sustitutos entre sí. De esta forma, la INICAPMAPR concluyó que el mercado de producto es el transporte marítimo de derivados de hidrocarburos.

A dicho análisis se le sumó el estudio del mercado geográfico. El criterio de la INICAPMAPR, -partiendo del estudio con el que concluyó que el crudo y los derivados de hidrocarburos no son sustitutos, por tanto son mercados distintos, y tomando en consideración que el producto materia del conflicto es el transporte marítimo de derivados de hidrocarburos hacia el Ecuador- es que no correspondía analizar el transporte desde Ecuador, por cuanto el país no exporta derivados de hidrocarburos a excepción de *fuel oil* mismo que no es objeto de los contratos analizados.

Ahora, cabe analizar si esa separación del transporte de crudo y de derivados en mercados distintos es correcta, o si por el contrario, como establece el apelante, existe sustituibilidad entre los medios utilizados para el transporte de crudo y de derivados, por ser los mismos buques los que transportan crudo y derivados y que los argumentos de la INICAPMAPR son contradictorios e insuficientes para separar ambos mercados.

Es necesario tomar en cuenta distintos factores para la definición del mercado de producto. A criterio de esta autoridad, eso es precisamente lo que hizo la INICAPMAPR al definir el mercado relevante, lo cual se encuentra sustentado por la Comisión Europea, cuyo borrador de la nueva forma para la definición del mercado de referencia, menciona algunos de estos factores y recomienda una indagación sobre las restricciones competitivas de la industria y la existencia de costos relacionados con cambiar la demanda hacia posibles sustitutos.

La resolución impugnada acertadamente diferenció el transporte de derivados y crudo como mercados separados considerando la realidad de la industria que se explica en los siguientes puntos:

- Debido al manejo del producto o a las características del buque, EP FLOPEC no transporta crudo y derivados en un mismo buque.
- En Ecuador no hay buques que transporten crudo y derivados. El mercado muestra preferencias por parte de las navieras en segmentar buques para crudo de buques para derivados.
- Los costos que enfrentarían los operadores económicos para implementar logística que permitan emplear un mismo buque para transportar tanto crudo como derivados serían elevados, es así que no existe tal práctica en el país.
- La coyuntura actual no contempla la posibilidad de que en el corto y mediano plazo se modifique la forma de transportar crudo y derivados y las características de los buques.

En adición, cabe pronunciarse respecto del alegato que el operador económico TARTAN OIL LLC plantea sobre la postura de la INICAPMAPR, en que habría reconocido la sustituibilidad entre buques de transporte de crudo y derivados. Al respecto, la Resolución de 23 de marzo de 2023 menciona:

“[...] Una vez especificado el tipo de transporte materia de análisis, se procede a explicar cómo se clasifican los buques que transportan hidrocarburos. Esta clasificación se da a través del peso muerto, conocido como Flexible Market Scale, donde, cada buque es diferenciado por su tamaño.²⁶ Asimismo, la diferenciación por tamaño se encuentra detallada en la descripción del producto “buque petrolero” de acuerdo al CPC 49312.00.002 en el Ecuador.²⁷ Adicionalmente, se debe considerar que los buques que están destinados a transportar petróleo crudo y fuel oil, son tanques de gran capacidad, mientras que aquellos buques para transportar derivados ya refinados del petróleo como nafta, gasolina, kerosene, etc, suelen ser de menor tamaño.²⁸

Es decir, los buques que transportan crudo no suelen ser usados para transporte de derivados, mientras que buques más livianos, transportan sólo derivados, que aunque tengan la posibilidad de transportar crudo, los costos se elevan en razón de que es necesario realizar una limpieza a fondo de los tanques, cosa que comúnmente no se lo hace.²⁹ [...]”

En este marco, se observa que el acto impugnado planteó una diferenciación técnica respecto de los buques que transportan crudo y *fuel oil*, frente a los que transportan derivados. Dicha categorización fue fundamentada a partir de la clasificación de buques graneleros en escala de AFRA (Average Freight Rate Assessment)³, de la nomenclatura empleada por el Instituto de Estadísticas y Censos del Ecuador⁴, así como de literatura empírica aportada por el órgano sustanciador⁵ y a partir de la información provista por los operadores involucrados⁶. Así, el argumento del operador económico TARTAN OIL LLC, de que el Informe SCE-DS-18-2023, se contradice con la Resolución de 23 de marzo de 2023, respecto al análisis de la sustituibilidad entre buques de crudo y derivados, carece de fundamento toda vez que el pronunciamiento respecto de ambos productos no se basó en un examen de sustitutos, sino por la diferencia técnica de los buques que los transportan; siendo que el informe se alinea a la postura contenida en el acto administrativo.

Por otro lado, en la alegación concerniente a que la limpieza de los buques no implicaría un esfuerzo considerable o un obstáculo insalvable en sí, es necesario señalar que si bien dicha consideración fue tomada en cuenta tanto en la Resolución de 23 de marzo de 2023, como en el

³ «Classification tankers by deadweight — Shipshub», acceso 6 de marzo de 2023, <https://shipshub.com/article/1801-1.html>.

⁴ Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, «SISTEMA INTEGRADO DE CONSULTAS DE CLASIFICACIONES Y NOMENCLATURAS», accedido 7 de marzo de 2023, https://aplicaciones2.ecuadorencifras.gob.ec/SIN/co_metal.php?id=49312.00.02

⁵ Guillermo Gadea, «Los buques tanque y su clasificación», Instituto Argentino del Petróleo y el Gas, accedido 2 de marzo de 2023, <http://biblioteca.iapg.org.ar/>.

⁶ Expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-1-2023: ID 267923. Anexo 499871 EP FLOPEC.

Informe SCE-DS-18-2023, el análisis de dicho argumento por sí solo, constituye un ejercicio incompleto de los desarrollos planteados por los documentos citados anteriormente. El acto administrativo impugnado, por una parte, incorpora criterios adyacentes al mercado de transporte marítimo analizado, como son las especificaciones técnicas de buques previamente citadas, la normativa planteada en el Acuerdo de Marpol⁷, así como las respuestas provistas por el operador económico FLOPEC en el cuestionario de 20 de marzo de 2023 que, además de distinguir técnicamente las especificaciones de los buques de crudo, frente a los de derivados, en la parte pertinente, señala:

“EP FLOPEC no transporta crudo, y limpios en un mismo buque, ya que se considera que el manejo del producto y las características del Buque son distintas para su (SIC) conservación y transportación del mismo, además hay clausulas donde los armadores no permiten transportar limpios y sucios en un mismo buque, por más que se descontamine un buques para transportar otro tipo de producto la cañerías quedan sucias.”

En el presente estudio, es preciso añadir que, además de los costos de limpieza, existen diferencias técnicas entre los buques en cuestión. Con base en doctrina internacional, las características de los productos sobre su uso previsto y las preferencias generales de los clientes son patrones adecuados de análisis de la sustituibilidad de la demanda, es así que, efectivamente, actualmente el combinar crudo y derivados en un mismo buque no es una práctica común o regular del mercado ecuatoriano. Es así que el propio apelante ha señalado que hoy en día, tanto el mercado naviero ecuatoriano, como el regional, no cuentan con buques cuya tecnología permita transportar crudo y sus derivados, de forma efectiva, por lo que nuevamente se destaca que la agregación de los mercados de crudo y derivados, en uno solo, es improbable.

Sobre la exclusión de *fuel oil* en la definición del mercado relevante contenido en el acto impugnado, es importante tomar en cuenta lo que prescribe la LORCPM en su artículo 5:

Art. 5. “[...] El mercado del producto o servicio comprende, al menos, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos [...]”

Así, por un lado, el derivado *fuel oil*, al no ser parte de la relación contractual entre TARTAN OIL y PETROECUADOR, no es parte de la conducta denunciada. Por otro lado, la definición del mercado geográfico debe contemplar el acceso de los clientes en diferentes áreas geográficas a proveedores reales y potenciales del bien, por tanto no existe mérito para incluir el derivado *fuel oil* dentro del mercado analizado.

En este sentido, el análisis del derivado *fuel oil* realizado en la Resolución de 23 de marzo de 2023, versa sobre la delimitación del mercado geográfico. En este sentido, dicho ejercicio se refiere a la imposibilidad de que en el corto, mediano y largo plazo TARTAN OIL pueda importar dicho derivado al Ecuador. Similar ejercicio fue propuesto dentro del Informe SCE-DS-18-2023,

⁷ Jaime Rodrigo de Laurreca, «Seguridad Marítima en Buques Petroleros», s. f., 14, <https://upcommons.upc.edu/bitstream/handle/2117/3020/Seguridad%20Buques%20Petroleros.pdf>.

puesto que como éste cita, los flujos comerciales y patrón de envíos del mercado geográfico definido muestran que Ecuador es un exportador neto del derivado en cuestión⁸, concentrando dicho transporte únicamente bajo la gestión de FLOPEC. En este sentido, la definición planteada por la Intendencia, no solo hace hincapié en la ausencia de *fuel oil* dentro de la conducta investigada, sino también en la imposibilidad de que el mismo sea sustituto de los derivados importados a gestión de TARTAN OIL, por cuanto Ecuador es exportador neto de este derivado y además, dicho flujo comercial es manejado únicamente por FLOPEC, siendo cualquier escenario secundario improbable, al menos en el corto y mediano plazo.

8.2.- Respecto al supuesto erróneo análisis sobre la existencia de poder de mercado (Sobre la alegación de desatender criterios para la determinación del poder de mercado)

Una vez fijado que la determinación de mercado relevante realizada en la Resolución de 23 de marzo de 2023 es correcta, cabe revisar el segundo presunto error del acto impugnado, esto es el análisis sobre la existencia de poder de mercado.

En el recurso de apelación, TARTAN OIL señala que dicha resolución yerra al no tomar en cuenta criterios clave establecidos en el artículo 8 de la LORPCM para determinar la existencia de poder de mercado y limitar su análisis exclusivamente en la participación de mercado de FLOPEC. Indica que se debe haber considerado lo siguiente:

- a) En cuanto a la participación en el mercado, ésta puede haber sido infravalorada; además, en conjunto con otros criterios, podía haberse concluido que FLOPEC tiene poder de mercado, puesto que el 30% de la participación resultaría suficiente para concluir aquello.
- b) Sobre las barreras de entrada, existe un análisis insuficiente respecto de las barreras legales, ya que no profundiza sobre el poder de mercado e incidencia de la conducta de FLOPEC en el mercado. La reserva de carga para hidrocarburos le otorga poder para imponerse como la única opción en toda la contratación del servicio de transporte desde y hacia Ecuador, por lo que puede prescindir de competidores pero no puede prescindir de las obligaciones contractuales con ellos.
- c) Respecto al comportamiento reciente, FLOPEC tiene exclusividad para el transporte marítimo de hidrocarburos, por tanto existe un monopolio legal. El comportamiento reciente de FLOPEC se refleja en un intervencionismo en potestades estatales en perjuicio de la competencia en el mercado relevante.
- d) En relación a otros criterios, FLOPEC se niega a aprobar nominaciones de buques de terceros por parte de los usuarios o consumidores cuando no cumplen sus condiciones comerciales, por tanto existe la posibilidad de restringir en forma sustancial el abastecimiento en el mercado relevante. Además, no existe disputabilidad del mercado, ya que solo una empresa decide quien opera o no en el mercado.

⁸ Vid. Banco Central del Ecuador, Cifras del Sector Petrolero Ecuatoriano 2022 <https://www.bce.fin.ec/informacioneconomica/sector-real>.

Por otro lado, de la resolución impugnada se desprende que la INICAPMAPR señaló lo siguiente:

- a) Sobre las cuotas de participación, FLOPEC no excede los umbrales para que exista un indicio de una posición dominante a través de cuotas de participación, puesto que no supera el 35% del mercado.
- b) En lo que respecta a barreras de entrada, existen barreras legales ya que FLOPEC actúa en un mercado regulado, por tanto la normativa, específicamente la Ley de Facilitación de las Exportaciones y Transporte Acuático le ha otorgado derechos exclusivos. En relación a las barreras estructurales, los costos hundidos son elevados pero los competidores son empresas internacionales por lo que dichas barreras han sido superadas; es decir, existe la entrada probable, oportuna y suficiente de competidores.
- c) En cuanto al comportamiento reciente: éste y la barrera legal no inciden en el mercado debido a que las cuotas de participación de FLOPEC no alcanzan el 35% y hay presiones competitivas por parte de competidores por la baja capacidad de flota.

Para abordar las alegaciones de TARTAN OIL, teniendo en cuenta lo que refleja la resolución impugnada, es pertinente citar algunas normas relevantes. En primer lugar, el artículo 7 de la LORCPM define al poder de mercado como “[...] *la capacidad de los operadores económicos para influir significativamente en el mercado. Dicha capacidad se puede alcanzar de manera individual o colectiva. Tienen poder de mercado u ostentan posición de dominio los operadores económicos que, por cualquier medio, sean capaces de actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes, proveedores, consumidores, usuarios, distribuidores u otros sujetos que participen en el mercado. [...]*” Por otro lado, el artículo 8 del mismo cuerpo normativo establece criterios para determinar si un operador económico tiene poder de mercado en un mercado relevante. Finalmente, el artículo 9 de dicha Ley estipula que “[...] *Se entenderá que se produce abuso de poder de mercado cuando uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general. [...]*”.

Así se observa que en efecto, tal como sostiene el apelante, para determinar si un operador económico tiene poder de mercado, no basta con fijarse en las cuotas de participación, sino que debe atenderse otros los criterios del artículo 8 de la LORCPM.

En el caso que se revisa, es importante tener en cuenta que FLOPEC ejerce facultades legales; de este modo, dicha empresa pública tiene derechos exclusivos del transporte de hidrocarburos por vía marítima y debe cumplir la normativa respecto al mercado en el que opera. Cabe traer a colación el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador que impone a entes estatales el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de los fines del Estado. Así, como sostiene el criterio del Procurador General del Estado de 28 de marzo de 2023 contenido en el oficio 1504, corresponde a FLOPEC establecer las condiciones de prestación del servicio de transporte marítimo de crudo e hidrocarburos (Art. 14 Ley de Facilitación de las Exportaciones y del Transporte Acuático - LOFETA) cuando se aplique el principio de reciprocidad efectiva como excepción a la reserva de carga de hidrocarburos (Art. 15 LOFETA). Es decir, FLOPEC

no es independiente de la normativa del sector y tiene la obligación de establecer las condiciones comerciales para cuando competidores operen en el sector.

Si bien, la participación en el mercado no es el único elemento para considerar que un operador ostenta poder de mercado, la resolución impugnada por TARTAN OIL no falla en motivación debido a que sí analizó los criterios del artículo 8 de la LORCPM.

Esta autoridad considera que la INICAPMAPR ha sido clara y su análisis es acertado en establecer que:

- Sí hay una barrera legal, pues FLOPEC no tiene la capacidad de operar prescindiendo de sus competidores, pero ésta se ve superada por la poca capacidad de flota de FLOPEC.
- La participación en el mercado de FLOPEC no excede del 35%, por tanto no se cumple el literal a) del artículo 8 de la LORCPM.
- FLOPEC tiene la obligación de imponer condiciones porque debe cumplir normativa sectorial.
- FLOPEC no está en capacidad de operar prescindiendo de competidores por su baja capacidad de flota, con lo que la barrera legal se ve superada.

Sobre los argumentos presentados por el operador económico apelante respecto la determinación del poder de mercado, es necesario acotar que si bien TRATAN OIL insiste en que la Resolución de 23 de marzo de 2023 centra su atención en el análisis de cuotas de participación, conforme se desprende de los documentos mencionados, el análisis de poder de mercado empleó otros parámetros tales como análisis de barreras de entrada, comportamiento reciente, entre otros. En este punto, es necesario recalcar un hecho puntual: todas las condiciones operativas señaladas por el operador económico TARTAN OIL constan dentro del documento de “Condiciones Comerciales Específicas respecto del Servicio de Transporte Marítimo de Hidrocarburos y sus Derivados que brinda la Empresa Publica Flota Petrolera Ecuatoriana EP FLOPEC”, amparadas tanto por la Constitución de la República del Ecuador, como por normativa sectorial subyacente, e incluso resoluciones de la Corte Constitucional. En este sentido, el actuar de FLOPEC se rige directamente por el cumplimiento de estas condiciones, descartando toda independencia de mismo frente a su competencia. A este hecho particular, se le suma que la dinámica normativa de este sector, corresponde un ámbito de regulación de sectores estratégicos, el cual excede ampliamente las atribuciones de la SCE.

En este sentido, la estructura del mercado en análisis refiere, conforme se desprende de los hallazgos de la Resolución de 23 de marzo de 2023 y el análisis provisto en el Informe SCE-DS-18-2023, a la estructura de un mercado regulado, por sobre un esquema oligopólico o monopolístico. Finalmente, si bien el operador TARTAN OIL señala la existencia de acuerdos de asociación, e incluso de integraciones de tipo vertical, de la revisión de toda la información expuesta en el presente expediente, no se evidencia ningún elemento que permita corroborar tal hecho.

Por todo lo expuesto, esta autoridad concuerda con la INICAPMAPR en que no existen indicios de existencia de poder de mercado en el mercado de referencia determinado, y considera que la motivación respecto a la existencia de poder de mercado por parte de FLOPEC en la denuncia presentada es adecuada y suficiente, siendo pertinente y congruente con la orden de archivo.

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 el artículo 44, numerales 1 y 2, y el artículo 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta Autoridad, **RESUELVE: UNO.- RECHAZAR** el recurso de apelación planteado por el operador económico TARTAN OIL S.A., en contra de la Resolución de 23 de marzo de 2023 emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, dentro del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICAPMAPR-1-2023; **DOS.- RATIFICAR** la Resolución de 23 de marzo de 2023 emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, dentro del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICAPMAPR-1-2023. **TRES.-** 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 creyeran 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 el presente auto: **i)** Al operador económico **TARTAN OIL LLC.**, en los correos electrónicos: **dramirez@bustamantefabara.com;** **dcastelo@bustamantefabara.com** y **edavila@bustamantefabara.com;** **ii)** Al operador económico **Empresa Pública Flota Petrolera Ecuatoriana EP FLOPEC**, en los correos electrónicos: **legal@flopec.com.ec;** **g.general@flopec.com.ec;** **ehidalgo@flopec.com.ec;** **lilyroldan@me.com** y **mhectorp@yahoo.es** y **iii)** A la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado Acuerdos y Prácticas Restrictivas.-

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

Econ. Carolina Alejandra Lozano Haro
SUPERINTENDENTE DE COMPETENCIA ECONÓMICA (s)

Abg. Claudia Pontón Caamaño
SECRETARIA DE SUSTANCIACIÓN