



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

Expediente No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-001-2021

RESOLUCIÓN

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO. INTENDENCIA NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE ABUSO DEL PODER DE MERCADO, ACUERDOS Y PRÁCTICAS RESTRICTIVAS.- Quito D.M., 07 de enero del 2022, a las 08h40. **VISTOS.-** En mi calidad de Intendente Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, de conformidad con la acción de personal SCPM-INAF-DNATH-0170-2019-A, que rige desde el 20 de mayo de 2019, en conocimiento del expediente de investigación SCPM-IGT-INICAPMAPR-001-2021, y en uso de mis facultades legales y administrativas, emito las siguientes **ORDENES PROCESALES:**

PRIMERA: PIEZAS PROCESALES QUE SE AGREGAN AL PRESENTE EXPEDIENTE.- Agréguese al expediente:

- 1.1. El Informe de Investigación Preliminar SCPM-INICAPMAPR-DNICAPR-2021-027 de 22 de diciembre de 2021, suscrito por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Acuerdos y Prácticas Restrictivas, signado con el ID de trámite 220850.
- 1.2. Agréguese al expediente y téngase en cuenta los archivos multimedia, signados con número de trámite ID 220884, que contienen los documentos firmados electrónicamente, y que en el momento procesal oportuno fueron agregados al expediente investigativo, dando cumplimiento a lo dispuesto en la disposición segunda, de la resolución No. SCPM-DS-2020-27, de 13 de julio de 2020.

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), en concordancia con el artículo 3 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (RALORCPM), de oficio se declara con el carácter de confidencial el CD con anexo ID 406088 en el que, constan todos los documentos y/o anexos firmados electrónicamente, declarados con el carácter de confidencial, en el momento procesal oportuno.

SEGUNDA: COMPETENCIA.- De conformidad con lo establecido en el artículo 213 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con lo ordenado en el artículo 53 de la LORCPM, lo dispuesto en los artículos 54, 55 y 63 del RALORCPM; y, los artículos 21 y 22 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM, así como el artículo 10, numeral 1.2.2.3.2 del Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la SCPM (Resolución No. SCPM-DS-2019-62), se declara la competencia de esta autoridad para emitir la presente resolución.



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

CUARTA: IDENTIFICACIÓN DE LOS OPERADORES ECONÓMICOS INVESTIGADOS.- En el presente expediente administrativo, se identifica a continuación a los operadores económicos investigados:

- 4.1. **EMPRESA PÚBLICA DE HIDROCARBUROS DEL ECUADOR EP PETROECUADOR:** Sociedad, con RUC 1768153530001, cuya actividad económica constante en el Servicio de Rentas Internas es, "*Producción de Hidrocarburos Crudos en estado gaseoso (Gas Natural), extracción de condensados, drenaje y separación de las fracciones líquidas, desulfurización de gas*"; domiciliado en la provincia de Pichincha, ciudad de Quito, Iñaquito, Alpallana E8-86 y Av. 6 de Diciembre y los correos electrónicos elena.pinos@eppetroecuador.ec; oswal.garcia@eppetroecuador.ec; y, luis.gordon@eppetroecuador.ec., señalados mediante Oficio Nro. PETRO-PAT-2021-0070-O, de 09 de noviembre de 2021, ingresado por ventanilla virtual de la SCPM, con fecha 09 de noviembre de 2021, a las 12h46, signado con el ID de trámite 214648.
- 4.2. **HISPANA DE SEGUROS S.A.:** compañía con RUC 0991295542001, cuya actividad económica constante en el Servicio de Rentas Internas es, "*Concertación de contratos de anualidades y pólizas de seguros de vida, seguros de invalidez y seguros de doble indemnización (tengan o no un componente importante de ahorro)*"; domiciliado en la ciudad de Guayaquil, provincia Guayas, parroquia Tarquí, Av. Las Lomas 302 y calle Primera, su representante legal es José Luis Santos Boloña.

QUINTA: FUNDAMENTOS DE HECHO Y ACTUACIONES PROCESALES.-

- 5.1. Mediante oficio SCPM-IGT-INICAPMAPR-2020-094, de 26 de noviembre de 2020, la INICAPMAPR, solicitó al operador económico HISPANA DE SEGUROS, información respecto el proceso de contratación pública No. LS-EPP-2019256-3-20.
- 5.2. Mediante oficio SCPM-IGT-INICAPMAPR-2020-095 de 26 de noviembre de 2020, la INICAPMAPR, solicitó al operador económico SEGUROS SUCRE S.A., copias simples en formato físico o digital de las ofertas técnicas y económicas presentadas dentro del proceso de contratación pública No. LS-EPP-2019256-3-20.
- 5.3. Mediante oficio SCPM-IGT-INICAPMAPR-2020-097, de 26 de noviembre de 2020, la INICAPMAPR, solicitó al operador económico LATINA DE SEGUROS C.A., información respecto el proceso de contratación pública No. LS-EPP-2019256-3-20.
- 5.4. Mediante oficio Nro. SSC-DT-014-2020, y anexos, de 27 de noviembre de 2020, firmado por el Abg. Cristian Carpio Carpio, Gerente General de SEGUROS SUCRE, ingresado el 30 de noviembre de 2020 a las 09h48; y, signado con el ID de trámite 178102, puso en conocimiento de la Intendencia, la documentación del proceso de contratación pública LS-EPP-2019256-3-20.



- 5.5. Mediante oficio Nro. LAT-L-311-2020, de 30 de noviembre de 2020, firmado conjuntamente por Carlos Carvajal Maridueña y Pedro Hallón Rodríguez, Apoderados Especiales de LATINA DE SEGUROS C.A., ingresado el 03 de diciembre de 2020 a las 13h53 y signado con el ID de trámite 178569, remitió a la SCPM, información del proceso de contratación pública LS-EPP-2019256-3-20.
- 5.6. Mediante oficio S/N, de 03 de diciembre de 2020, firmado por el Abogado Felix Salame Aguirre, Presidente de HISPANA DE SEGUROS, ingresado el 07 de diciembre de 2020 a las 11h08 y signado con el ID de trámite 178853, remitió la documentación del proceso de contratación pública LS-EPP-2019256-3-20 y la Resolución No. DD-EPP-2019256-3-20.
- 5.7. Mediante oficio Nro. 21714-CCI-OSC-2020, firmado electrónicamente por el Econ. Gonzalo Maldonado, Gerente General Subrogante de EP PETROECUADOR, ingresado el 30 de diciembre de 2020 a las 17h44 y signado con el ID de trámite 180914, remitió la documentación del proceso de contratación pública LS-EPP-2019256-3-20.
- 5.8. Mediante oficio SCPM-IGT-INICAPMAPR-2020-103, de 10 de diciembre de 2020, la INICAPMAPR, solicitó a la Empresa Pública Petroecuador EP, información respecto de la Resolución No. PGG-2020267 y la oferta técnica y económica presentada de manera conjunta por HISPANA DE SEGUROS S.A., y LATINA SEGUROS C.A.
- 5.9. Por intermedio del informe No. SCPM-INICAPMAPR-DNICAPR-2020-034, de 29 de diciembre de 2020, la DNICAPR recomendó lo siguiente:
- “7.1. Iniciar una investigación a fin de recabar indicios sobre la posible existencia de un acuerdo vertical entre los operadores económicos investigados, conforme el artículo 11, numeral 21 de la LORCPM, sin perjuicio de ampliar el marco de la investigación respecto de otras conductas anticompetitivas.*
- 7.2. Debido a que el numeral 21 del artículo 11 de la LORCPM, establece como supuesto normativo que las actuaciones de la administración se hayan realizado con inobservancia de las disposiciones del sistema nacional de contratación pública con el propósito de favorecer a uno o varios operadores económicos, resulta necesario considerar los pronunciamientos que a futuro emitan la Contraloría General del Estado, Procuraduría General del Estado u otros órganos judiciales, para determinar las actuaciones y grados de responsabilidad de los funcionarios públicos que habrían actuado dentro de los dos procesos de contratación pública emprendidos por PETROECUADOR EP”.*
- 5.10. En providencia de 08 de marzo de 2021, a las 15h00, la INICAPMAPR agregó el informe No. SCPM-INICAPMAPR-DNICAPR-2020-034, de 29 de diciembre de 2020, la autorización de la Intendencia General Técnica, respecto de la apertura de la investigación; y, dispuso el inicio de la etapa de investigación preliminar por el término de 180 días.
- 5.11. Por intermedio de la providencia de 16 de marzo de 2021, a las 13h00, la INICAPMAPR, agregó la siguiente información: i) El oficio SSC-DT-014-2020 y anexos, de 27 de noviembre de 2020, remitidos por el operador económico SEGUROS SUCRE S.A.; ii) Oficio LAT-L-01-311-2020 y anexos, de 30 de noviembre de 2020, remitido por el operador económico LATINA DE SEGUROS C.A.; iii) Oficio S/N y anexos, de 03 de diciembre de 2020, remitido por el operador económico HISPANA DE SEGUROS C.A.; iv) Oficio Nro. 21714-CCI-OSC-2020 y anexos, de 21 de diciembre de 2020, remitidos por PETROECUADOR EP; y,



v) Oficio Nro. PETRO-PGG-2020-0965-O, de 31 diciembre de 2020 y anexos, remitidos por PETROECUADOR EP.

- 5.12. Mediante la providencia de 18 de marzo de 2021 a las 12h56, la INICAPMAPR, solicitó informes de los procedimientos de contratación pública LS-EPP-2019256-1-20; LS-EPP-2019256-2-20; LS-EPP-2019256-3-20; y, PGG-2020267-0001, a la Contraloría General Del Estado y Procuraduría General del Estado, que se hayan generado en el ámbito de sus competencias.
- 5.13. Por medio de la providencia de 21 de abril de 2021, a las 16h25, la INICAPMAPR agregó: i) El plan de trabajo de la investigación preliminar, elaborado por la DNICAPR, mismo que fue declarado confidencial; ii) El oficio No.13316 y anexo, de 29 de marzo de 2021, remitido por la Procuraduría General del Estado; iii) El oficio 0755-DNP-202, y anexo, de 13 de marzo de 2021, remitido por la Contraloría General del Estado; y solicitó información de los procedimientos de contratación pública LS-EPP-2019256-1-20; LS-EPP-2019256-2-20; LS-EPP-2019256-3-20; y, PGG-2020267-0001, al Consejo de la Judicatura; Servicio Nacional de Contratación Pública; y, a la Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador EP Petroecuador, en el marco de las competencias de cada entidad.
- 5.14. Por medio de la providencia de 23 de abril de 2021, a las 12h00, la INICAPMAPR suspendió los términos del presente expediente, en virtud de la Resolución No. SCPM-DS-2021-14, de 22 de abril de 2021, suscrita por el Dr. Danilo Sylva Pazmiño, Superintendente de Control del Poder de Mercado.
- 5.15. La providencia de 21 de mayo de 2021, a las 12h00, la INICAPMAPR reanudó el cómputo de los términos del expediente, en virtud de la Resolución No. SCPM-DS-2021-14, de 22 de abril de 2021, suscrita por el Dr. Danilo Sylva Pazmiño, Superintendente de Control del Poder de Mercado, desde la fecha de expedición de la providencia; y, dispuso agregar el Oficio No. SERCOP-SDG-2021-0434-O de 10 de mayo de 2021 suscrito por el Dr. Gustavo Araujo, Subdirector General del SERCOP, ingresado en la misma fecha a las 20h11, signado con el número de trámite 193354.
- 5.16. Por medio de la providencia de 04 de junio de 2021, a las 15h30, la INICAPMAPR, solicitó: i) al Consejo Nacional de la Judicatura, los procesos judiciales, cuyas partes procesales sean Petroecuador EP; Hispana de Seguros S.A.; Seguros Latina C.A.; y, Seguros Sucre S.A., durante el periodo comprendido entre el 01 de julio de 2019, hasta 21 de abril de 2021; ii) a la Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador EP Petroecuador, una copia simple del contenido íntegro del expediente del examen especial ejecutado por auditoria interna, titulado: "*procesos de contratación de pólizas de seguros de todo riesgo petrolero, responsabilidad civil marítima y responsabilidad civil no marítima, a las actuaciones posteriores derivadas de estas*"; y, los criterios de evaluación de los procesos de contratación investigados; iii) a la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación, información respecto de las vinculaciones filiales que pudieran existir entre los socios y accionistas de los investigados; y, iv) al SERCOP, un informe de Riesgos respecto de los operadores económicos investigados y los procesos de contratación pública analizados.
- 5.17. Por intermedio de la providencia de 09 de julio de 2021, a las 10h20, la INICAPMAPR agregó la siguiente la siguiente información: i) Oficio No. DIGERCIC-CG8.DSIR-2021-



1618-O, de 15 de junio de 2021, cuyo anexo fue declarado confidencial; y, ii) Oficio No. SERCOP-SDG-2021-0567-OF y anexos de 22 de junio de 2021

- 5.18. Mediante la providencia de 08 de septiembre de 2021, a las 10h05 la INICAPMAPR solicitó a: i) Contraloría General del Estado, una copia certificada del examen especial ejecutado titulado: *“procesos de contratación de pólizas de seguros de todo riesgo petrolero, responsabilidad civil marítima y responsabilidad civil no marítima, a las actuaciones posteriores derivadas de estas (...)”*; ii) Consejo Nacional de la Judicatura, los procesos, cuyas partes procesales sean Petroecuador EP, Hispana De Seguros S.A., Seguros Latina C.A., y Seguros Sucre S.A., durante el periodo comprendido entre el 01 de julio de 2019, hasta 08 de septiembre de 2021; y, iii) a la Empresa de Hidrocarburos del Ecuador EP Petroecuador, una copia simple del contenido íntegro del expediente del examen especial ejecutado titulado *“procesos de contratación de pólizas de seguros de todo riesgo petrolero, responsabilidad civil marítima y responsabilidad civil no marítima, a las actuaciones posteriores derivadas de estas”*; y los criterios para la evaluación de las ofertas presentadas dentro de los procesos de contratación pública LS-EPP-2019256-1-20; LS-EPP-2019256-2-20; LS-EPP-2019256-3-20; y, PGG-2020267-0001.
- 5.19. La providencia de 24 de septiembre de 2021, a las 11h30, la INICAPMAPR agregó el oficio Nro. PETRO-PGG-2021-1668-O y anexos, de 13 de septiembre de 2021, suscrito por el Ing. Pablo Luna, Gerente General (s) de la Empresa de Hidrocarburos del Ecuador EP Petroecuador, ingresado el 14 de septiembre de 2021, a las 11h16, signados con el número de trámite 207277; y, solicitó a: i) Empresa de Hidrocarburos del Ecuador EP Petroecuador, los criterios para la evaluación de las ofertas presentadas dentro de los procesos de contratación pública LS-EPP-2019256-1-20; LS-EPP-2019256-2-20; LS-EPP-2019256-3-20; y, PGG-2020267-0001; y, ii) al Consejo Nacional de la Judicatura, los procesos, cuyas partes procesales sean Petroecuador EP; Hispana de Seguros S.A.; Seguros Latina C.A.; y, Seguros Sucre S.A., durante el periodo comprendido entre el 01 de julio de 2019, hasta el 24 de septiembre de 2021.
- 5.20. La providencia de 27 de octubre de 2021, a las 12h48, la INICAPMAPR agregó al expediente los siguientes documentos: i) el Memorando CJ-DNGP-2021-5156-M, de 29 de septiembre de 2021, del Consejo de la Judicatura, signado con el ID de trámite 209065 y anexos, mismo que fue declarado confidencial; ii) El oficio No. 01463-DNPyEI-PSyEI-2021 y anexo, de la Contraloría General del Estado, de 28 de septiembre de 2021, signado con el ID de trámite 209132; iii) El oficio PETRO-PGG-2021-1833-O, de la Empresa de Hidrocarburos del Ecuador EP Petroecuador, de 12 de octubre de 2021, signado con el ID de trámite 210080; y, adicionalmente solicitó información respecto de la medida cautelar propuesta en contra de la EP PETROECUADOR, que recayó en la Unidad Judicial Sur Penal con sede en el cantón Guayaquil, provincia de Guayas a la Empresa Pública de Hidrocarburos PETROECUADOR EP, y a la Unidad Judicial Sur Penal con Sede en el Cantón Guayaquil.
- 5.21. La providencia de 30 de noviembre de 2021, a las 11h32, la INICAPMAPR agregó al expediente los siguientes documentos: i) La razón de extracción de documentación de fecha 28 de octubre de 2021, y anexo digital, signado con el ID de trámite 211570; y, ii) el Oficio No. PETRO-PAT-2021-0070-O, y anexos remitidos por la Empresa Pública de Hidrocarburos Petroecuador EP, signados con el ID de trámite 214648 y tomó en cuenta para futuras notificaciones los correos electrónicos elena.pinos@eppetroecuador.ec;



oswal.garcia@eppetroecuador.ec; y, luis.gordon@eppetroecuador.ec.

- 5.22. Informe de investigación preliminar SCPM-INICAPMAPR-DNICAPR-2021-027, de 22 de diciembre de 2021, elaborado por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Acuerdos y Prácticas Restrictivas, en el que se concluyó y recomendó lo siguiente:

"(...) CONCLUSIONES

- 10.1. *La presente investigación se la realizó para identificar indicios del presunto cometimiento de prácticas colusorias verticales desarrolladas en el ámbito de la contratación pública LS-EPP-2019256-3-20, por PETROECUADOR EP e HISPANA DE SEGUROS S.A.*
- 10.2. *El mercado relevante preliminar estaría delimitado al proceso de contratación pública LS-EPP-2019256-3-20, cuyo servicio adquirido se identificó con el código a través de su código CPC 713340313, durante el periodo comprendido entre 15 de septiembre de 2020 hasta 01 de diciembre de 2020. La cuantificación del mercado relevante considera el monto adjudicado dentro del proceso en cuestión, que finalmente fue declarado desierto. Con esta consideración, el mercado relevante preliminarmente definido alcanzaría un monto de USD 54,8 millones (...)*
- 10.3. *En virtud que el numeral 21 del artículo 11 de la LORCPM, señala que para la existencia de un acuerdo vertical, deberán existir prácticas desarrolladas al margen de la ley, y con base en los pronunciamientos del Tribunal de Garantías Penales con sede en la parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, dentro de la acción de protección No. 17250-2020-00111, y el recurso de apelación dictado en el juicio No. 17203-2020-05317 por parte de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, la SCPM no cuenta con la potestad legal de emitir un pronunciamiento contrario, y debe sujetarse a lo resuelto por los jueces competentes. (...)*

(...) RECOMENDACIONES

- 11.1. *De conformidad con el análisis realizado por los miembros de la DNICAPR, se recomienda, que el presente informe sea elevado a conocimiento de la INICAPMAPR.*
- 11.2. *Por lo antes expuesto, y en relación a lo dispuesto en los artículos 53 y 57 LORCPM, y los artículos 62 y 63 del RALORCPM, la DNICAPR recomienda el archivo del expediente administrativo No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-001-2021, amparada en las sentencias dictadas en la acción de protección del proceso No. 17250-2020-00111 y la apelación de la acción de protección dentro del proceso No. 17203-2020-05317, por no haber identificado indicios que permitan presumir el cometimiento de la prácticas tipificadas en el numeral 21 del artículo 11 de la LORCPM, por parte de PETROECUADOR EP e HISPANA DE SEGUROS S.A.*

SEXTA: BASE NORMATIVA QUE AMPARA LA RESOLUCIÓN.- Con base a la descripción de los hechos expuestos dentro del presente procedimiento, es pertinente la enunciación de normas legales que guardan relación con lo descrito, es así que:

- 6.1. Constitución de la República del Ecuador, artículos 76 numerales 2 y 7 literal 1); 82; 213; y, 226. (Publicado en el Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008, última reforma 25 enero de 2021).
- 6.2. Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, artículos 1; 2; 11 numeral 21, y 57. (Publicado en el Registro Oficial Suplemento 555, de 13 de octubre de 2011).
- 6.3. Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de



Mercado, artículos 1; 4; 54; 55 y, 63 (Decreto Ejecutivo 1152, publicado en el Registro Oficial 697, de 07 de mayo de 2012, última reforma 01 diciembre de 2020).

- 6.4. Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, artículos 21 numeral 1, y 22. (Resolución de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado 1, publicado en Registro Oficial Suplemento 374, 20 de enero de 2021.

SÉPTIMA: OBJETIVO DE LA INVESTIGACIÓN.-

- ⁽¹⁾ La presente investigación tiene como finalidad el efectuar un análisis de todos los indicios que la autoridad recopiló a lo largo del desarrollo de la fase de investigación preliminar, para determinar si existen presunciones razonables sobre la configuración o no la conducta tipificada dentro del artículo 11 numeral 21 de la LORCPM, y su relación con los presuntos responsables del cometimiento de las mismas detallados en esta resolución.
- ⁽²⁾ Los hallazgos contenidos en la presente resolución utilizan como base fuentes de acceso público, y la información requerida a instituciones públicas y a operadores económicos, de conformidad con los elementos que obran en el expediente. Por lo que, cualquier inconsistencia o contradicción que exista en la información, es de exclusiva autoría y responsabilidad de la persona natural o jurídica, o entidad pública que haya generado y/o remitido la información. Esta Intendencia de conformidad con la LORCPM, el Código Orgánico Administrativo y la Ley Orgánica para la Optimización y Eficiencia de Trámites Administrativos, utiliza las fuentes públicas para validar la información que obra en el expediente.

OCTAVA: DETERMINACIÓN DEL MERCADO RELEVANTE.-

8.1. Aspectos introductorios

- ⁽³⁾ La definición del mercado relevante constituye el punto de partida para las investigaciones que busquen evaluar las condiciones de competencia. Según la Comisión Europea, la delimitación del mercado relevante, permite: “(...) *determinar y definir los límites de la competencia entre empresas, así como establecer el marco dentro del cual (...) se aplica la política de competencia*”¹; así mismo el principal objetivo es: “(...) *determinar de forma sistemática las limitaciones que afrontan las empresas (...) desde el punto de vista de la competencia*”.
- ⁽⁴⁾ El artículo 5 de la LORCPM, manda: “[...] *la Superintendencia de Control del Poder de Mercado determinará para cada caso el mercado relevante [...]*”. Con el objetivo de analizar la estructura de un mercado, y el alcance, real o potencial, de las conductas de los operadores económicos en el mismo, de ser aplicable al tipo de conducta anticompetitiva analizada, la LORCPM dispone que se debe definir, por un lado, el mercado del producto o servicio, así como el mercado geográfico, y las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado.

¹ Comisión de la Unión Europea, *Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia*, <https://bit.ly/2YJxvfa>.



- ¹⁵ De forma concordante, la Resolución No. 011 de 23 de septiembre de 2016, emitida por la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, referente a la “*Guía respecto a los Métodos de Análisis de Mercados Relevantes*” (en adelante Resolución No. 011), señala que el mercado relevante se determina mediante la definición del mercado del producto o servicio, y el mercado geográfico.

8.2. Delimitación de mercado relevante en contratación pública

- ¹⁶ En lo que concierne a una investigación sobre actos anticompetitivos, la delimitación del mercado relevante tiene como objetivo identificar las presiones competitivas que enfrenta un participante en el mercado, así como el impacto de su comportamiento en la competencia². Específicamente, el análisis de potenciales acuerdos y prácticas restrictivas incluye la definición del mercado relevante con el objetivo de analizar cómo funciona y cómo se comporta la competencia bajo el acuerdo³.
- ¹⁷ No obstante, el hecho de que la delimitación del mercado relevante se inscriba bajo las directrices del Sistema Nacional de Contratación Pública (SNCP), definidas por la LOSNCP⁴, como “(…) *el conjunto de principios, normas, procedimientos, mecanismo y relaciones organizadas orientadas al planeamiento, programación, presupuestos, control administración y ejecución de las contrataciones realizadas por las entidades contratantes (…)*”; denota especificidades que limitan la aplicación de las metodologías incluidas en la Resolución No. 011 para el presente caso.
- ¹⁸ Conforme se detallará a continuación, la delimitación del mercado relevante partirá de una caracterización cualitativa^{5,6}, considerando argumentos lógicos que incluyen el análisis de las especificaciones técnicas de los productos y la determinación de la Clasificación Central de Productos (CPC) del proceso de contratación, metodología aplicable en el derecho de competencia. Al respecto, los autores Davis y Garcés señalan:

“Antes de que consideremos enfoques cuantitativos para la definición de mercado, vale la pena enfatizar que mucho del tiempo para la definición del mercado recae en por lo menos en parte en evaluación cualitativa. En efecto, la evaluación cualitativa es universalmente el punto de partida de cualquier ejercicio de definición de mercado. Claramente, por ejemplo, es probable que no sea necesario hacer ningún análisis formal de mercado para llegar a la conclusión de que el precio del helado no será sensible al precio de los martillos. De hecho, si dichas valoraciones cualitativas no fueran posibles, sería necesario hacer una gran cantidad de trabajo en cada investigación para revisar cada posibilidad – una imposibilidad tomando en cuenta los niveles de recursos actuales en la mayoría de autoridades (…)

El análisis cualitativo a veces puede ser suficiente para definir satisfactoriamente el mercado relevante, de hecho, a veces es necesario confiar puramente en análisis cualitativo. Dicho esto, un análisis más explícitamente cuantitativo de los datos del mercado será frecuentemente muy útil para informar y

² OCDE, *Exámenes de mercado en México: Un manual del secretariado de la OCDE*, <https://bit.ly/3iqvzjF>.

³ Viktoria Robertson, *Competition law’s innovation factor: the relevant market in dynamic contexts in the EU and the US*, Hart studies in competition law, volume 23 (Oxford, UK ; New York, NY: Hart Publishing, 2020).

⁴ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Registro Oficial Suplemento 395, de 04 de agosto de 2008.

⁵ Peter Davis & Eliana Garcés, *Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis*, Princeton: University Press, 2010.

⁶ Siniša Milošević et al., “Pricing Benchmark in Market Definition: Theoretical Background and Practical Application”, en *Competition Authorities in South Eastern Europe: Building Institutions in Emerging Markets*, ed. Boris Begović y Dušan V. Popović, Contributions to Economics (Cham: Springer International Publishing, 2018), 173-88, https://doi.org/10.1007/978-3-319-76644-7_10.



complementar nuestros juicios en ésta área”.

- ^[9] Si bien la Resolución No. 11 determina varias metodologías cuantitativas para analizar variaciones y el comportamiento de precios para delimitar el mercado relevante, por las especificidades del procedimiento de contratación pública materia de análisis, su aplicación tiene restricciones. Por ejemplo, la definición de mercado de producto, por medio de la aplicación del test SSNIP (“*small but significant and non-transitory increase in price*” o prueba del monopolista hipotético), puede resultar difícil o improcedente en mercados caracterizados por procedimientos de contratación pública por dos razones: la primera, es que los precios se fijan individualmente para cada contrato; y, la segunda razón, es que no hay un precio específico el cual deba ser objeto del análisis de incremento ya que la competencia ocurre simultáneamente en lugar de secuencialmente⁷.
- ^[10] Lo mismo sucedería con las metodologías cuantitativas de elasticidad precio de la demanda o correlación de precios para la definición del mercado de producto. Si bien las definiciones tradicionales de mercado de producto se basan en el análisis de una respuesta transitoria de la demanda frente a cambios pequeños en el precio, esta respuesta transitoria no ocurre en los mercados de contratación pública ya que el número de observaciones es limitado por la naturaleza única y baja frecuencia de algunos procesos, lo que dificulta analizar el comportamiento de los compradores frente a un aumento en el precio⁸.
- ^[11] Por lo tanto, en concordancia con lo detallado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) que reconoce que factores no relacionados con el precio pueden ayudar a identificar la extensión tanto de la sustituibilidad de la demanda como también la sustituibilidad de la oferta en mercados caracterizados por procesos de contratación pública⁹, para fines de la presente investigación, el análisis cualitativo ha sido suficiente para delimitar el mercado relevante.
- ^[12] En general, cuando se trata de un mercado de contratación pública que puede ser sujeto de prácticas restrictivas a la competencia, según la OCDE, cada proceso de contratación pública puede ser un mercado relevante en sí mismo¹⁰. La principal razón radica en que cualquier proceso de contratación pública con suficiente presión competitiva podría disciplinarse por sí mismo, sin embargo, cuando existe manipulación éste podría ser “monopolizado” por los participantes de la práctica anticompetitiva.
- ^[13] Otra de las razones por las que el mercado relevante puede ceñirse a cada proceso de contratación pública en sí mismo¹¹, es que un mercado que se asocia con procesos de contratación pública o “*bidding processes*” presenta ciertas características que lo distinguen de otro tipo de mercados¹². Si bien los procesos de contratación pública pueden llevarse a cabo bajo una amplia variedad de

⁷ OCDE. *Competition and Procurement*. Key Findings. 2011.

⁸ Office of Fair Trading. *Markets with bidding processes*. Economic Discussion Paper. 2007.

⁹ OCDE. *Competition and Procurement*. Key Findings. 2011.

¹⁰ OECD, “Competition in Bidding Markets”, *OECD Journal: Competition Law and Policy* 10, n.o 1 (12 de abril de 2010): 69-151, <https://doi.org/10.1787/clp-10-5kmhbp8sgs6>.

¹¹ OFT, “Markets with Bidding Processes”, Report, OFT’s Economic Discussion Paper Series (DotEcon Ltd, 2007), <https://www.dotecon.com/assets/images/biddingmarkets.pdf>.

¹² Paul Klemperer, “Bidding Markets”, *Journal of Competition Law & Economics* 3, No. 1 (1 de marzo de 2007): 1-47, <https://doi.org/10.1093/joclec/nhl017>.



formas¹³, los requisitos legales y técnicos¹⁴ son los que influyen significativamente en la definición del mercado relevante porque son los que definen entre otras cosas: el presupuesto referencial, las reglas de competencia, los productos o servicios a contratar y, los criterios de sustitución entre ellos.

- ¹⁴) Esencialmente, una característica que distingue al mercado de contratación pública de otros tipos de mercados es la determinación de las especificaciones técnicas de los bienes o rubros requeridos; o, los términos de referencia (TDR) para servicios, por las entidades contratantes¹⁵. Esta característica convierte al mercado de contratación pública en un mercado exclusivo, en el que la entidad contratante es la única fuente de demanda de un producto, servicio, u obra¹⁶. Específicamente, la exclusión ocurre cuando existe la posibilidad de descalificar a aquellos oferentes que incumplan con los requisitos legales y técnicos dentro de un proceso de contratación pública¹⁷.
- ¹⁵) Por lo expuesto, los requisitos legales (contratación pública) y técnicos, independientemente de la naturaleza del producto, servicio, u obra en sí considerado, vuelven a cada objeto de contratación específico para cada entidad contratante, ya que, de no ser por estos requisitos, el mismo producto, servicio, u obra podría destinarse para diferentes alternativas y podría definirse un mercado relevante más amplio¹⁸. De esta manera, se genera, por un lado, una demanda específica, y por el lado de la oferta, una presión competitiva limitada por la concurrencia únicamente de proveedores que estén en la capacidad de cumplir con la misma. Estas particularidades se ven exacerbadas cuando el objeto de los procesos de contratación pública se lleva a cabo de forma infrecuente.
- ¹⁶) Otras razones que influyen en que la delimitación del mercado relevante sean los procesos de contratación pública en sí mismos son las siguientes: la competencia comienza de nuevo para cada proceso y para cada entidad contratante, es decir, el resultado de un proceso de contratación pública es independiente del resultado de cualquier otro proceso llevado a cabo por la entidad contratante; y existe un alto costo de oportunidad en cada proceso porque un solo oferente será el adjudicatario y porque el valor de los contratos podría ser significativamente mayor con respecto a los ingresos promedio de un proveedor. Por lo cual, las condiciones de competencia son homogéneas para todos los participantes que participan en un proceso de contratación pública específico, pero cambiarán de proceso en proceso.
- ¹⁷) Por todo lo dicho, los criterios para determinar a cada uno de los procesos de contratación pública como un mercado independiente, están relacionados y determinados por el tipo de procedimiento de contratación pública sobre la base de las circunstancias particulares de los mismos¹⁹. De tal manera que, la correcta identificación de las características que enmarcan a cada procedimiento de

¹³ En Ecuador, se contemplan los procedimientos de régimen común (subasta inversa electrónica, catálogo electrónico, licitación, cotización, entre otros) y régimen especial (bienes y servicios únicos, repuestos y accesorios, entre otros).

¹⁴ Entiéndanse como requisitos legales y técnicos a la LOSNCP, su reglamento general, resoluciones del SERCOP, y los pliegos.

¹⁵ SERCOP, Codificación y actualización de las resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública, Registro Oficial Edición Especial 245.

¹⁶ Albert Sanchez-Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, 2nd Edition (Hart Publishing, 2015).

¹⁷ Thai, *International Handbook of Public Procurement*.

¹⁸ Sanchez-Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules*.

¹⁹ Pál Szilágyi, "Bidding Markets and Competition Law in the European Union and the United Kingdom - Part 1", SSRN Scholarly Paper (Rochester, NY: Social Science Research Network, 23 de abril de 2009).



contratación pública, como la naturaleza del producto, su grado de diferenciación, y la frecuencia, proporcionarán la información necesaria para delimitar el mercado relevante²⁰.

- ^[18] En materia de acuerdos verticales en contratación pública, resulta relevante considerar que las decisiones sobre el diseño del proceso de contratación pueden generar situaciones susceptibles a direccionar y concentrar la contratación con el afán de favorecer injustificadamente a uno o varios operadores económicos, pudiendo afectar la participación por parte de otros oferentes.
- ^[19] Bajo este contexto el mercado relevante se ha circunscrito al proceso de contratación pública específico objeto de investigación, metodología aplicada y establecida también por otras autoridades de competencia a nivel internacional^{21,22}. Esta delimitación también se encuentra amparada en las sentencias que se han emitido respecto del desarrollo del proceso de licitación No. LS-EPP-2019256-3-20, y su relación con los indicios planteados *a priori* en el informe No. SCPM-INICAPMAPR-DNICAPR-2020-034.

8.3. Descripción del tipo de procedimiento de contratación pública utilizado para la adquisición de los productos en el mercado relevante

- ^[20] De los elementos procesales constantes en el expediente de investigación signado con el número SCPM-IGT-INICAPMAPR-001-2021 se colige que la presunta infracción se habría dado principalmente en el procedimiento de *Licitación de seguros*, en el cual se identificó indicios de acciones que podrían infringir lo establecido en el artículo 11 numeral 21 de la LORCPM.
- ^[21] La LOSNCP en el Capítulo III denominado “*Licitación*”, establece lo siguiente:

“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.”

Art. 49.- De las Fases Preparatoria y Precontractual.- La fase preparatoria de todo procedimiento licitatorio comprende la conformación de la Comisión Técnica requerida para la tramitación de la licitación así como la elaboración de los pliegos. La fase precontractual comprende la publicación de la convocatoria, el procedimiento de aclaraciones, observaciones y respuestas, contenidos y análisis de las ofertas, informes de evaluación hasta la adjudicación y notificación de los resultados de dicho procedimiento. Las fases preparatoria y precontractual se regularán en el Reglamento de esta Ley.”

²⁰ Comisión Nacional de la Competencia (CNC), Resolución EXPTE. S/0226/10, *Licitaciones De Carreteras*.

²¹ Tribunal de Defensa de la Competencia (TDLC), SENTENCIA N° 165/2018, *Licitaciones de ampollas convocadas por Cenabast*.

²² Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 70230 de 3 de noviembre de 2020, Caso “*Extintores Banco Agrario de Colombia*”.



[221] El RLOSNC²³ en el Capítulo VIII denominado “*Contratación de Seguros*”, establece lo siguiente:

“Art. 107.- Contratación de seguros.- Para la contratación de seguros, las entidades contratantes previstas en el artículo 1 de la Ley observarán cualquiera de los siguientes procedimientos: 1. El de régimen especial de contratación directa prevista en los artículos 98 y siguientes de este Reglamento, en el caso de que las proveedoras sean empresas cuyo capital está integrado en el cincuenta por ciento o más con recursos públicos; 2. El procedimiento de licitación, para los casos no incluidos en el número anterior. El SERCOP podrá regular los requisitos, términos y demás condiciones que se observarán en estos procedimientos.”

8.4. Mercado de producto o servicio

[221] En el segundo inciso del artículo 5 de la LORCPM, se establece: “*El mercado de producto o servicio comprende, al menos el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos*”. (Negrilla es propia)

[241] La forma de codificación de los bienes y servicios demandados para los procedimientos de contratación pública es mediante la Clasificación Central de Productos (CPC). La codificación CPC es un sistema utilizado a nivel internacional, así como por el SERCOP, que permite estandarizar a los bienes y servicios de acuerdo a sus características y propiedades físicas para contar con categorías homogéneas, exhaustivas y mutuamente excluyentes²⁴. Los bienes y servicios que son demandados por las entidades contratantes pueden ser categorizados bajo un código CPC a nivel de 5 dígitos o a un nivel más desagregado dentro de códigos CPC a nivel de 9 dígitos o más. Por lo que es responsabilidad de la entidad contratante verificar si los bienes, servicios y obras objeto de la contratación que pretende ejecutar y/o adquirir, forman parte del listado de CPC, y el código que se adecuaría más a sus necesidades²⁵.

[251] Con el objetivo de identificar la codificación utilizada para la adquisición de los bienes y/o servicios en el procedimiento de contratación pública materia de análisis de la presente investigación, se realiza el análisis a continuación.

8.4.1. Procesos de contratación pública para la contratación de pólizas de seguros de todo riesgo petrolero, responsabilidad civil marítima y no marítima

[261] La identificación de los procesos de contratación pública, llevados a cabo, para la contratación de pólizas de seguros de todo riesgo petrolero, responsabilidad civil marítima y no marítima se realizó con base en el análisis de la información remitida por parte de PETROECUADOR EP y SERCOP en los trámites 180914, 193354, y 210080, información que fue validada con la información que se encuentra de manera pública en el SOCE.

[271] En la presente sección se explicará de forma general los diferentes procesos de contratación y actuaciones administrativas, para la contratación de la “*Pólizas de seguros de todo riesgo petrolero, responsabilidad civil marítima y responsabilidad civil no marítima de la Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador EP PETROECUADOR*”, sin embargo, el análisis se

²³ Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Registro Oficial Suplemento 588, de 12 de mayo de 2009.

²⁴ SERCOP, <https://bit.ly/3D6qXZr>.

²⁵ SERCOP, <https://bit.ly/3mcvIJI>.



enfocará en el proceso de contratación pública No. LS-EPP-2019256-3-20, sobre el cual se identificaron los indicios de un presunto acuerdo colusorio vertical, y que deben ser confirmados o desvirtuados.

^[28] El objeto de contratación de los procesos según las especificaciones técnicas se centró en la adquisición de los siguientes servicios:

- Póliza Todo Riesgo Petrolero (TRP): Incluye las coberturas de Incendio y Líneas Aliadas, Rotura de Maquinaria; Sabotaje y Terrorismo, conforme a la descripción de coberturas y límites asegurados²⁶ para un valor asegurable de USD 5.954.734.357,29.
- Póliza de Responsabilidad Civil (RC): Incluye Predios, Labores y Operaciones de la EP PETROECUADOR y como sus intereses aparezcan, conforme a la descripción de coberturas y límites asegurados²⁷ para un valor asegurable de USD 50.000.000 en cada póliza de responsabilidad civil marítima y no marítima.

^[29] Además, las pólizas cubren a terceros (tanto personas naturales como jurídicas) que pudieren verse afectados en un siniestro.

^[30] Como se puede observar en el Gráfico 1, la línea de tiempo para la adquisición del mismo servicio ha pasado por la publicación de cinco procesos y dos tipos de procedimientos de contratación pública desde el 24 de marzo de 2020. Así también, el presupuesto referencial ha sufrido variaciones por tres ocasiones. En un primer momento, disminuyó en menos del 1% respecto al primer proceso, posteriormente sufrió un aumento del 37%, hasta el proceso que fue publicado el 15 de septiembre de 2020, y finalmente el de 02 de diciembre de 2020, con una disminución del 6% respecto al último publicado²⁸.

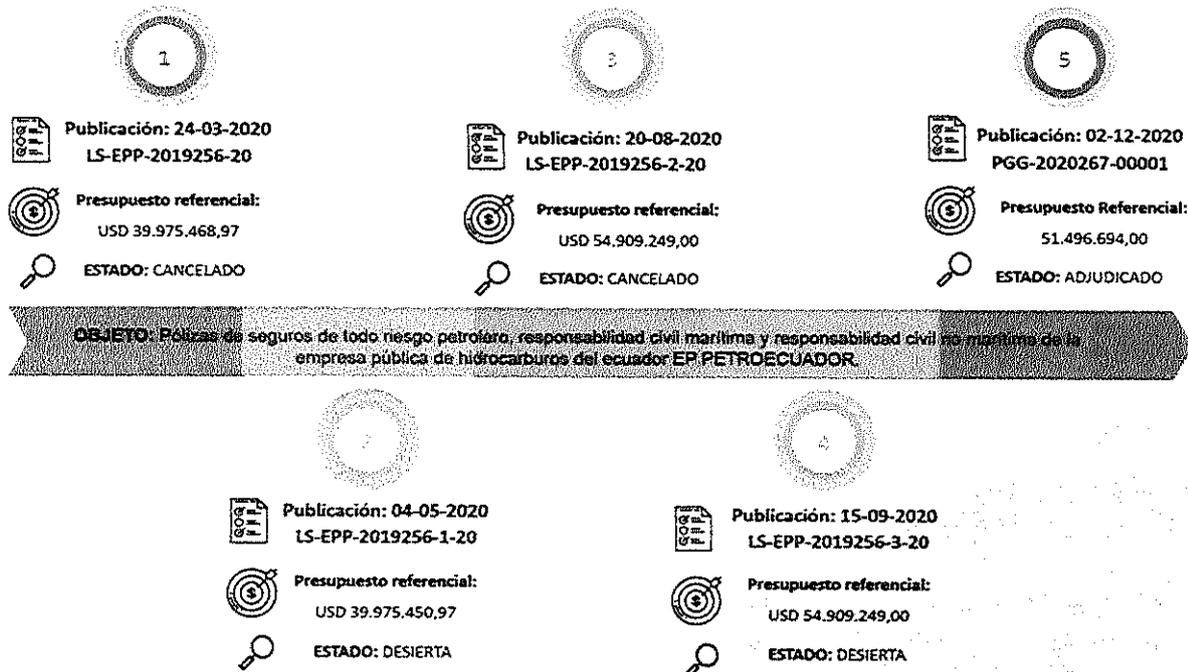
²⁶ Especificados en las condiciones técnicas de los pliegos.

²⁷ Ibidem.

²⁸ SERCOP, <https://bit.ly/3xhJPUB>.



Gráfico 1. Línea de tiempo para la contratación de pólizas de seguro de todo riesgo petrolero, responsabilidad civil marítima y no marítima



Fuente: SOCE - SERCOP
Elaborado por: DNICAPR

^[31] Al respecto, el 15 de enero de 2021 a través de Resolución Nro. PETRO-PGG-2021-0002-RSL²⁹ se señaló lo siguiente:

“Acoger la recomendación del señor Procurador de la institución y declarar la NULIDAD DE PLENO DERECHO de la Resolución No. PGG 20202267 de 02 de diciembre de 2020 y subsiguiente reformativa a dicha resolución, que declaró en emergencia la Integridad y Seguridad de las personas, bienes y operaciones de la EMPRESA PÚBLICA DE HIDROCARBUROS DEL ECUADOR EP PETROECUADOR, que derivó en el procedimiento de contratación por emergencia, mediante la cual se contrató los seguros de: Todo Riesgo Petrolero y Responsabilidad Civil Marítima y No Marítima, a fin de asegurar y respetar los principios de contratación pública establecidos en el artículo 288 de la Constitución de la República y en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública.”

^[32] Además, el 20 de julio de 2021 a través de Resolución Nro. PETRO-PGG-2021-0211-RSL el proceso PGG-2020267-00001 fue “restablecido”³⁰.

^[33] Tomando en cuenta las consideraciones anteriores, conforme lo señalado en la Tabla 1, el servicio se encontró asociado a un código CPC a nivel de 9 dígitos que corresponde a un servicio no normalizado, cuyas características o especificaciones técnicas no pueden llegar a estandarizarse u homologarse; y en consecuencia dichas características o especificaciones no llegan a ser

²⁹ PETROECUADOR EP, <https://bit.ly/3r4nhF6>.

³⁰ EL UNIVERSO, “Hispana y Latina asumirán aseguramiento de Petroecuador, a partir del 4 de agosto”, <https://bit.ly/3xgBsrH>.



homogéneas y comparables en igualdad de condiciones³¹.

Tabla 1. Características de las pólizas de seguro de todo riesgo petrolero, responsabilidad civil marítima y no marítima³²

CPC	Bien/Obra/Servicio	Presupuesto Referencial Total (USD)	Monto Adjudicado (USD)
713340313	SEGURO TODO RIESGO PETROLERO	54.909.249,00	54.808.414,24

Fuente: SOCE – SERCOP. PETROECUADOR EP

Elaborado por: DNICAPR

- ³⁴ Conforme los datos antes expuestos, la Tabla 1 resume las características del servicio que fue objeto del proceso de contratación que conformaría el mercado de producto en el que se circunscriben las acciones de los operadores económicos que son materia de investigación en el presente proceso administrativo.
- ³⁵ Es necesario señalar que pese a que fue necesario llevar a cabo cinco procesos de contratación pública para la adquisición de pólizas de seguro de todo riesgo petrolero, responsabilidad civil marítima y no marítima, el mercado de producto estaría conformado por las características y particularidades del proceso de contratación pública No. LS-EPP-2019256-3-20³³ cuyo objetivo fue la adquisición del servicio previamente descrito. En ese sentido, para la cuantificación del “mercado de producto” será tomado en cuenta únicamente este proceso con el presupuesto referencial establecido y el monto adjudicado, pese a ser posteriormente declarado desierto³⁴.
- ³⁶ En este contexto, se puede establecer que el mercado del producto no podría ser ampliado a otros bienes o servicios que no se encuentren establecidos en los documentos precontractuales pertinentes, ni a otros bienes o servicios que no se hallen acordes al objeto del contrato o que afecten al presupuesto referencial previamente estipulado en los procesos de contratación pública en los que han coincidido los operadores económicos materia de investigación³⁵.

8.4.2. Sustitución de la demanda y de la oferta

- ³⁷ Con respecto al análisis de sustitución de la demanda y de la oferta, la Resolución No. 011 dispone lo siguiente:

“Artículo 5. Criterios de análisis. - Para la determinación del mercado de producto o servicio, se debe hacer una evaluación técnica que comprenda al menos un análisis de sustitución de la demanda, y un análisis de sustitución de la oferta y competencia potencial.”

³¹ SERCOP, <https://bit.ly/3oVKtTu>.

³² Proceso LS-EPP-2019256-3-20 adjudicado el 12 de noviembre de 2020 mediante resolución No. ADJ-LS-EPP-2019256-3-20 y posteriormente declarado desierto el 01 de diciembre de 2020 mediante resolución No. DD-EPP-2019256-3-20.

³³ Proceso de contratación pública para la adquisición de pólizas de seguro de todo riesgo petrolero, responsabilidad civil marítima y no marítima en el que se encontraron posibles indicios del cometimiento de infracciones al artículo 11, numeral 21 de la LORCPM, por la posible existencia de un acuerdo vertical entre los operadores económicos investigados.

³⁴ SOCE, <https://bit.ly/3qhgkyC>. En el SOCE consta la siguiente descripción: “Coforme (sic) de recomendación de declaratorio de desierto formulado por la Comisión Técnica (sic) en memorando No. 335-FIN-2020”.

³⁵ De acuerdo al “Estudio de mercado para la Definición del Presupuesto Referencial” de 08 de julio de 2020, PETROECUADOR EP señaló que de la búsqueda efectuada en los procesos de contratación realizados en el SERCOP no se encontraron adjudicaciones equivalentes dado el alcance y particularidades del requerimiento.



^[38] Respecto de la sustitución de la demanda, la Resolución No. 011 señala en el artículo 6, lo siguiente: “(...) *el análisis de sustitución de la demanda implica determinar todos aquellos bienes que el consumidor o usuario considere como sustitutos del producto o servicio materia de análisis (...)*”.³⁶

^[39] De forma concordante, la Resolución No. 011, define a la “Sustitución de la Oferta” y “Competencia Potencial” como:

“(...) El análisis de sustitución de la oferta implica determinar todos aquellos bienes ofertados por operadores económicos, denominados potenciales competidores, quienes ante incrementos en precios del producto o servicios materia de análisis, podrían fabricarlo y comercializarlo en un periodo de tiempo tal que no suponga ajustes significativos de activos materiales e inmateriales, y sin incurrir en costos cuantitativos (...)”.

^[40] El artículo 5 de la LORCPM manda en su inciso cuarto:

“[...] 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. [...]” (énfasis fuera de texto).

^[41] Respecto a los compradores y vendedores que participan en el mercado, se pueden identificar dos mercados: el sector público y el sector privado. Considerando que la dinámica competitiva en el mercado de contratación pública está caracterizada por compradores (entidades contratantes) que pertenecen al sector público y vendedores que pertenecen al sector privado, a continuación, se capturan con precisión los criterios que serán tomados en cuenta para cada uno de ellos.

8.4.3. Características particulares de la demanda

^[42] Todos los procedimientos de contratación pública se encuentran regulados al amparo de lo establecido en la LOSNCP y normas conexas. Los compradores en los procesos de contratación pública comprende los organismos y dependencias de las funciones del Estado, organismos electorales, de control y regulación, entidades que integran el Régimen Seccional Autónomo, entre otras detalladas en el artículo 1 de la LOSNCP. Todas estas entidades contratantes componen la demanda potencial. Por su parte, la demanda efectiva corresponde a las entidades contratantes que efectivamente adquieren los bienes o servicios en los procesos de contratación que componen el mercado relevante a través de la compra pública.

^[43] Del mismo modo, es necesario tomar en cuenta, el artículo 2 del Decreto Ejecutivo 315, expedido el 06 de abril de 2010, mediante el cual se creó la Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador PETROECUADOR EP, que dispone lo siguiente:

“Art. 2.- El objeto principal de EP PETROECUADOR, es la gestión del sector estratégico de los recursos naturales no renovables, para su aprovechamiento sustentable, conforme a la Ley Orgánica de Empresas Públicas y la Ley de Hidrocarburos, para lo cual intervendrá en todas las fases de la actividad hidrocarburífera con excepción de las fases de exploración y explotación, bajo condiciones

³⁶ Resolución 011 de la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y control del Poder de Mercado (2016). 23 de septiembre 2016. Registro Oficial 885 de 18 de noviembre de 2016.



de preservación ambiental y de respeto de los derechos de los pueblos (...)»³⁷”.

- ^[44] Adicionalmente, el artículo 1 del Reglamento de Contratación de Petroecuador y sus Empresas Filiales, que dispone:

*“Art. 1.- OBJETO Y ÁMBITO.- Este reglamento tiene por objeto regular el sistema de contratación de PETROECUADOR y sus empresas filiales, para la ejecución de obras, la adquisición de bienes y la prestación de servicios, sean estos en forma individual o integrada, incluidos los de consultoría, seguros, arrendamiento mercantil y otros permitidos por las leyes, de acuerdo con lo que disponen los artículos 10 de la Ley Especial de la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, PETROECUADOR, y sus empresas filiales, 17 y 93 de la Ley de Hidrocarburos y 22 del Reglamento Sustitutivo al Reglamento General a la Ley de la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, PETROECUADOR y sus empresas filiales. Se exceptúa la comercialización externa de hidrocarburos”*³⁸.

- ^[45] Cabe indicar también que mediante el Decreto Ejecutivo No. 723 publicado en el Registro Oficial Suplemento No 483, de 8 de mayo de 2019, dispuso:

*“Artículo 1.- Disponer dar inicio al proceso de fusión entre la Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador, EP PETROECUADOR y la Empresa Pública de Exploración y Explotación de Hidrocarburos “PETROAMAZONAS EP”, en una sola empresa pública de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica de Empresas Públicas y la Constitución de la República”*³⁹.

- ^[46] Conforme lo indicado, se evidencia que la entidad encargada para la ejecución de obras, la adquisición de bienes y la prestación de servicios, incluidos los de consultoría, seguros arrendamiento mercantil y otros permitidos por el ordenamiento jurídico vigente, conforme el objeto de la Ley Especial de la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, es PETROECUADOR EP.

8.4.4. Características particulares de la oferta

- ^[47] Los vendedores potenciales en este mercado lo conforman las personas naturales o jurídicas, ya sea de manera individual o a través de asociaciones o consorcios legalmente constituidos, que estén habilitadas en el Registro Único de Proveedores (RUP). Es importante indicar que un vendedor potencial es aquel proveedor u operador económico que cumple con los requisitos previamente mencionados, y que, además, se encuentran en la capacidad de ofertar los bienes o servicios que se encuentre demandando la entidad contratante. De esa manera, estaría ejerciendo presión competitiva.
- ^[48] Por su parte, la oferta efectiva está conformada por los proveedores que participaron y/o fueron adjudicados en los procesos de contratación pública para la venta al Estado del servicio en los que coincidieron en su participación los operadores económicos materia de investigación.
- ^[49] De la información obtenida del SERCOP y plasmada en el gráfico 2, se observa el contraste entre los proveedores invitados y los proveedores que decidieron ofertar dentro de los procesos de

³⁷ Decreto Ejecutivo No. 315, expedido el 06 de abril de 2010, Suplemento del Registro Oficial No. 171 de 14 de abril de 2010.

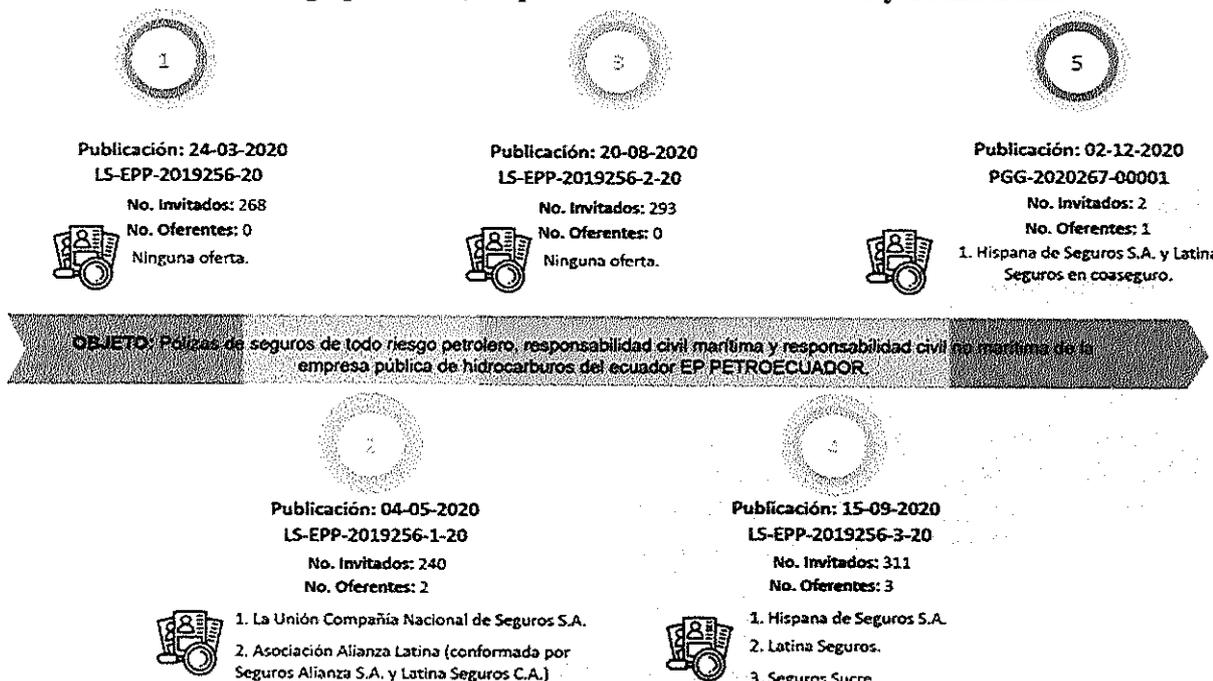
³⁸ Decreto Ejecutivo No 652, expedido el 19 de octubre de 2007, Registro Oficial 194, última reforma 03 de septiembre de 2009.

³⁹ Decreto Ejecutivo No. 723, expedido el 08 de mayo de 2019, Suplemento del Registro Oficial No. 483 de 08 de mayo de 2019.



contratación pública. Desde el segundo proceso de contratación pública, el operador económico LATINA SEGUROS S.A. ha sido parte de los proveedores que presentaron ofertas de participación. El máximo número de oferentes fueron 3 y se presentaron en el proceso signado No. LS-EPP-2019256-3-20. Las invitaciones del proceso en situación de emergencia PGG-2020267-00001 se realizaron de manera directa⁴⁰.

Gráfico 2. Línea de tiempo de ofertas presentadas para la contratación de pólizas de seguro de todo riesgo petrolero, responsabilidad civil marítima y no marítima



OBJETO: Pólizas de seguros de todo riesgo petrolero, responsabilidad civil marítima y responsabilidad civil no marítima de la empresa pública de hidrocarburos del Ecuador EP PETROECUADOR.

Fuente: SOCE - SERCOP
Elaborado por: DNICAPR

^{150]} Para el presente análisis será considerada la demanda y oferta efectiva con base en la capacidad de participación en el proceso LS-EPP-2019256-3-20. De manera que, se considera únicamente a los compradores y vendedores, que coincidieron y/o participaron, como indicios de una posible configuración o no de conductas tipificadas dentro de la LORCPM.

^{151]} Dado que se presume la existencia de una conducta restrictiva de la competencia, en lo principal respecto a las actuaciones realizadas por la Comisión Técnica encargada de evaluar las ofertas técnicas y económicas presentadas dentro del proceso LS-EPP-2019256-3-20, el mercado de producto se encontraría preliminarmente delimitado al proceso de contratación signado No. LS-EPP-2019256-3-20 que comprende los servicios clasificados a nivel de CPC a 9 dígitos, 713340313 siendo “*SEGURO TODO RIESGO PETROLERO*”.

⁴⁰ Mediante oficios No. 20583-CCI-OSC-2020 y No. 20617-CCI-OSC-2020 se realizó la invitación para la presentación de ofertas dirigida a las empresas LATINA SEGUROS Y REASEGUROS C.A., e HISPANA DE SEGUROS S.A.



8.5. Mercado geográfico

- ^[52] El inciso tercero del artículo 5 de la LORCPM, establece: “(...) *El mercado geográfico comprende el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante (...)*”.
- ^[53] Los operadores económicos que participaron en el mercado de producto analizado, se encontraron localizados en la provincia del Guayas, en la ciudad de Guayaquil.
- ^[54] En el proceso LS-EPP-2019256-3-20, la convocatoria estuvo abierta para proveedores nacionales o extranjeros, que se encuentren habilitados en el Registro Único de Proveedores, legalmente capaces de contratar a nivel nacional.
- ^[55] En ese sentido, para efectos de la presente investigación, y por la aplicación del procedimiento de contratación pública utilizado en la adquisición de los servicios enmarcados dentro del mercado de producto se ha identificado el mercado geográfico como de carácter nacional.

8.6. Mercado Temporal

- ^[56] La Junta de Regulación de la LORCPM define al Mercado Temporal como “[...] *el momento del tiempo en el cual se produce el intercambio productivo y comercial del producto o servicio sujeto materia de análisis, y en el que resulta probable que los operadores económicos ejerzan su poder de mercado [...]*”.
- ^[57] Una vez se ha analizado el mercado de producto y geográfico, la temporalidad de la investigación se ve delimitada tanto por la fecha en la que se publicó el proceso y la fecha en la cual el proceso LS-EPP-2019256-3-20 fue declarado desierto. Por lo tanto, el periodo de análisis estaría comprendido entre 15 de septiembre de 2020 hasta 01 de diciembre de 2020.

NOVENA: ANÁLISIS DEL MERCADO RELEVANTE.-

- ^[58] Con base en las consideraciones anteriores, el mercado relevante preliminar estaría delimitado a la adquisición de los servicios identificados a través de su código CPC 713340313, correspondiente al proceso de contratación pública: 1) LS-EPP-2019256-3-20, donde se presumen indicios sobre la posible existencia de un acuerdo vertical entre los operadores económicos investigados, conforme el artículo 11 numeral 21 de la LORCPM durante el periodo comprendido entre 15 de septiembre de 2020 hasta 01 de diciembre de 2020.
- ^[59] Dadas las consideraciones anteriores, se puede observar a continuación, la desagregación del mercado relevante, cuya cuantificación considera, el monto adjudicado del proceso de contratación objeto de la investigación, que ascendió a USD 54,8 millones⁴¹, ya que a pesar de haber sido declarado como desierto, el mismo, en su momento, habría sido adjudicado en beneficio de uno de los oferentes, con se presume el cometimiento de la infracción.

⁴¹ SOCE, Acta No. ADJ-LS-EPP-2019256-3-20 del 12 de noviembre de 2020. Acceso: <https://bit.ly/3ega018>.



Tabla 2. Monto adjudicado en mercado relevante (miles de USD)

ENTIDAD	CPC N9	DESCRIPCIÓN CPC N9	PROVEEDOR ADJUDICADO*	VALOR ADJUDICADO (USD)
EP PETROECUADOR	713340313	SEGURO TODO RIESGO PETROLERO	HISPANA DE SEGUROS S.A.	54.808.414
TOTAL				54.808.414

* Nota: Se considera al proveedor adjudicado, previo a la declaratoria de desierto.

Fuente: SOCE - SERCOP
Elaborado por: DNICAPR

DÉCIMA.- MARCO TEÓRICO SOBRE LOS ACUERDOS Y PRÁCTICAS RESTRICTIVAS:

¹⁶⁰¹ En materia de acuerdos y prácticas restrictivas, dentro del derecho de competencia se encuentran prohibidas las denominadas conductas colusorias (cualquier tipo de pacto contrario a la libre competencia), las mismas que comprenden, con carácter general, los acuerdos, las prácticas concertadas entre empresas (operadores económicos) y las decisiones adoptadas por las asociaciones de empresas, con la existencia de dos o más voluntades que tengan por objeto o produzcan el efecto de impedir, restringir, distorsionar o falsear la competencia.

¹⁶¹¹ El acuerdo colusorio, es definido por la doctrina europea de la siguiente manera:

"Las actuaciones más perjudiciales para la libre competencia son aquellas conductas o prácticas mediante las cuales varias empresas se ponen de acuerdo o actúan coordinadamente para no competir o para restringir en algún modo la competencia entre ellas. A este conjunto de conductas se las conoce como <colusorias>".⁴²

¹⁶²¹ De lo anteriormente indicado, la prohibición de las conductas colusorias en nuestra legislación se encuentra tipificada en el artículo 11 de la LORCPM, en los siguientes términos:

"Art. 11.- Acuerdos y prácticas prohibidas.- Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, y en general todos los actos o conductas realizados por dos o más operadores económicos, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general. [...]" (Negrilla fuera del texto).

¹⁶³¹ De la redacción del artículo precedente se establece que existen tres (3) requisitos para la configuración de un acuerdo colusorio y que por tanto amerita su análisis, estos son: (i) existencia de dos o más operadores económicos conforme los parámetros señalados en el artículo 2 de la LORCPM; (ii) el acuerdo tenga como objeto o efecto, real o potencial, que la competencia se vea impedida, restringida o falseada, o afecte a otros bienes jurídicos protegidos por la LORCPM; y, (iii) que la eventual restricción a la competencia haya o pueda producir efectos en el mercado

⁴² Juan Signes, Isabel Fernández y Mónica Fuentes. *Derecho de la Competencia*. (Madrid: Arazandi S.A., 2013), p. 105, 106.



nacional⁴³, por lo que la inexistencia de uno de los elementos, deviene en que no se configure una conducta anticompetitiva a la luz del artículo 11 de la LORCPM^{44,45}.

DÉCIMA PRIMERA: ANÁLISIS DE LA PRESUNTA CONFIGURACIÓN DE LA CONDUCTA PRESCRITA EN EL ARTÍCULO 11 NUMERAL 21 DE LA LORCPM

11.1. Existencia de dos o más operadores económicos

^[64] Mediante el Informe No. SCPM-INICAPMAPR-DNICAPR-2020-034, de 29 de diciembre de 2020, la DNICAPR recomendó lo siguiente:

“7.1.- Iniciar una investigación a fin de recabar indicios sobre la posible existencia de un acuerdo vertical entre los operadores económicos investigados, conforme el artículo 11, numeral 21 de la LORCPM, sin perjuicio de ampliar el marco de la investigación respecto de otras conductas anticompetitivas

7.2.- Debido a que el numeral 21 del artículo 11 de la LORCPM, establece como supuesto normativo que las actuaciones de la administración se hayan realizado con inobservancia de las disposiciones del sistema nacional de contratación pública con el propósito de favorecer a uno o varios operadores económicos, resulta necesario considerar los pronunciamientos que a futuro emitan la Contraloría General del Estado, Procuraduría General del Estado u otros órganos judiciales, para determinar las actuaciones y grados de responsabilidad de los funcionarios públicos que habrían actuado dentro de los dos procesos de contratación pública emprendidos por PETROECUADOR EP (...)”.

^[65] Destacando la existencia de indicios sobre la presunta configuración de un acuerdo vertical por la adjudicación del proceso No. LS-EPP-2019256-3-20 por parte de PETROECUADOR EP a HISPANA DE SEGUROS S.A. por el valor de cincuenta y cuatro millones ochocientos ocho mil cuatrocientos catorce con 24/100 (USD 54.808.414,24) sin IVA.

^[66] Mediante la providencia de 08 de marzo de 2021, a las 15h00, la INICAPMAPR acogió en su totalidad el informe No. SCPM-INICAPMAPR-DNICAPR-2020-034, agregó la autorización de la Intendencia General Técnica, respecto de la apertura de la investigación; y, dispuso el inicio de la etapa de investigación preliminar. Por lo que corresponde evaluar si PETROECUADOR EP e HISPANA DE SEGUROS S.A. son considerados operadores económicos conforme el régimen de competencia ecuatoriano.

⁴³ Ibidem, 105, 106. Jones Alison y Suffrin Brenda. *EU Competition Law*. (Oxford: Oxford University Press, 2014), 124 - 126.

⁴⁴ Resoluciones de la INICAPMAPR referentes: expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-007-2020, resolución de 07 de septiembre de 2020, a las 16h15; expediente SCPM-IGT-006-2020, resolución de 07 de septiembre de 2020, a las 17h15; SCPM; expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-013-2020, resolución 04 de diciembre de 2020, a las 17h10.

⁴⁵ Ecuador, *Guía para la Investigación de Acuerdos y Prácticas Restrictivas*, Superintendencia de Control del Poder de Mercado, 2021. 19 – 24.



¹⁶⁷¹ La Unión Europea señala que se estará frente a un operador económico^{46, 47} cuando se cumplan los siguientes presupuestos: (i) cualquier entidad que ejerza una actividad económica⁴⁸ con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación y, por otro lado, que, (ii) la actividad *in quaestio* sea llevada a cabo de forma autónoma⁴⁹.

¹⁶⁸¹ Por tanto en el derecho de competencia, dentro del caso *J.C.J. Wouters y otros contra Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha dejado sentado como precedente que "(...) el concepto de empresa comprende, en el contexto del Derecho de la competencia, cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación"⁵⁰.

¹⁶⁹¹ Respecto del concepto de actividad económica, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha definido sus rasgos característicos, siendo estos, los siguientes:

"La oferta de bienes y servicios en el mercado⁵¹ y, (ii) que dicha actividad puede ser llevada a cabo en principio, por una empresa privada con el objetivo de obtener ganancias⁵²; entendiéndose inclusive que si la empresa privada ha incurrido en pérdidas, resulta irrelevante para la configuración de la actividad económica"⁵³.

¹⁷⁰¹ En el presente expediente el involucrado en calidad de operador económico es HISPANA DE SEGUROS S.A., que es una compañía anónima creada bajo las leyes societarias del Ecuador, constituida con fines de lucro, indistintamente de si ha logrado durante su creación ganancias o pérdidas, obligado a llevar contabilidad, y su objetivo principal sería generar ingresos económicos por actividades en el mercado de venta de pólizas de seguros, además cuenta con RUP, por lo que se encuentra facultado a participar en procesos de contratación pública, ofertando bienes o servicios, de acuerdo a las necesidades de los organismos y entidades públicas o estatales.

¹⁷¹ En lo que concierne al concepto jurídico de empresa, el artículo 14 del Código de Comercio, prescribe que la empresa es "(...) la unidad económica a través de la cual se organizan elementos personales, materiales e inmateriales para desarrollar una actividad mercantil determinada"⁵⁴.

⁴⁶ STJUE, *Klaus Hofner y Fritz Elser c. Macroton GmbH*. Case-41/90. ECLI:EU:C:1991:16, parf. 21.

⁴⁷ Para efectos del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) la definición de empresa o *undertaking*, es aplicable tanto para el artículo 101 como al artículo 102, por tal motivo, es admisible citar casos de abuso de posición dominante donde se establece con claridad este concepto. Véase: Whish Richard & Bailey David. *Competition Law*. (Oxford: Oxford University Press, 2018), 83.

⁴⁸ Para una definición y características de actividad económica, véase: Okeoghene Odudu. *The Boundaries of EC Competition Law: The Scope of Article 81*. (Oxford: Oxford University Press, 2006), 45 - 47. A saber: La noción de empresa o *undertaking* ha ido delimitándose, es decir, tiene un concepto autónomo en el derecho de la competencia de la UE. La jurisprudencia de la Unión Europea no se enfoca en si la empresa tiene o no ánimo lucrativo, ni distingue en función de su carácter público o privado, o al hecho de que tenga personalidad jurídica, estableciendo una definición funcional (*functional approach*) para catalogarlo como empresa.

⁴⁹ Luis Ortiz Blanco, et al., *Manual de Derecho de la Competencia*. (Madrid: Tecnos, 2008), 64 - 70.

⁵⁰ STJUE, *J.C.J. Wouters y otros contra Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*. Case-309/99. ECLI:EU:C:2002:98, parf. 46.

⁵¹ STJUE, *Firma Ambulaz Glockner vs Landkreis Sudwestpfalz*. Case-475/99, ECLI:EU:C:2001:284, parf. 19; STJUE, *Commission vs Italy*. Case35/96, ECLI:EU:C:1998:303, parf. 36 y, STJUE, *FENIN vs Commission*. Case C-205/03, ECLI:EU:C:2006:453, parf. 25

⁵² STJUE, *Albany International BV vs Stichting Bedrijfspensionenfonds Textielindustrie*. Case-67/96, ECLI:EU:C:1999:430 parf. 311; STJUE, *Pavlov vs Stichting Bedrijfspensionenfonds Medische Specialisten*. Case C-180-184/98, ECLI:EU:C:2000:428, parf. 201.

⁵³ Cfr. Jones Alison y Sufrin Brenda. *EU Competition Law*. 127 - 133.

⁵⁴ Código de Comercio. Registro Oficial Suplemento 497de 29 de mayo de 2019.



doctrinariamente, para Joaquín Garrigues, la empresa es una organización de factores de la producción (capital, naturaleza y trabajo) con el fin de obtener ganancias ilimitadas⁵⁵.

¹⁷² En este contexto, aterrizando en el Derecho de Defensa de la Competencia, dentro del caso J.C.J. *Wouters y otros contra Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha dejado sentado como precedente que, “(...) el concepto de empresa comprende, en el contexto del Derecho de la competencia, cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación”⁵⁶.

¹⁷³ De lo anteriormente referido, la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 315, establece que:

“El Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas.

Las empresas públicas estarán bajo la regulación y el control específico de los organismos pertinentes, de acuerdo con la ley; funcionarán como sociedades de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión, con altos parámetros de calidad y criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales.

*Los excedentes podrán destinarse a la inversión y reinversión en las mismas empresas o sus subsidiarias, relacionadas o asociadas, de carácter público, en niveles que garanticen su desarrollo. Los excedentes que no fueran invertidos o reinvertidos se transferirán al Presupuesto General del Estado*⁵⁷”.

¹⁷⁴ Por su parte, la Ley Orgánica de Empresas Públicas⁵⁸, en su artículo 4, manda:

“Las empresas públicas son entidades que pertenecen al Estado en los términos que establece la Constitución de la República, personas jurídicas de derecho público, con patrimonio propio, dotadas de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión. Estarán destinadas a la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y en general al desarrollo de actividades económicas que corresponden al Estado”.

¹⁷⁵ En concordancia con el artículo 48 que establece:

“Constituye patrimonio de las empresas públicas todas las acciones, participaciones, títulos habilitantes, bienes tangibles e intangibles y demás activos y pasivos que posean tanto al momento de su creación como en el futuro”, y artículo 39 que estipula: “Las empresas públicas deberán propender que a través de las actividades económicas que realicen se generen excedentes o superávit, los que servirán para el cumplimiento de los fines y objetivos previstos en el artículo 2 de esta Ley”. (Negrilla fuera del texto).

⁵⁵ Joaquín Garrigues. *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I. (Bogotá: Temis, 1987), 162- 165.

⁵⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 19 de febrero de 2002, asunto C-309/99. J.C.J. *Wouters y otros contra Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, paraf 46.

⁵⁷ Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

⁵⁸ Ley Orgánica de Empresas Públicas. Registro Oficial No. 48 de 16 de octubre de 2009.



- ⁷⁶⁾ Adicionalmente el Decreto Ejecutivo No. 315 expedido el 06 de abril de 2010 publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 171 de 14 de abril de 2010, reformado mediante Decreto Ejecutivo No. 1351-A, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 860 de 2 de enero del 2013, mediante el cual se crea la “Empresa Pública de Hidrocarburos EP PETROECUADOR”, señala:

“Art. 2.- El objeto principal de EP PETROECUADOR, es la gestión del sector estratégico de los recursos naturales no renovables, para su aprovechamiento sustentable, conforme a la Ley Orgánica de Empresas Públicas y la Ley de Hidrocarburos, para lo cual intervendrá en todas las fases de la actividad hidrocarburífera con excepción de las fases de exploración y explotación, bajo condiciones de preservación ambiental y de respeto de los derechos de los pueblos.

Para el cumplimiento de su objeto podrá, constituir filiales, subsidiarias, unidades de negocio, o celebrar convenios de asociación, uniones transitorias, alianzas estratégicas, consorcios, empresas de coordinación u otras de naturaleza similar, con alcance nacional e internacional, y en general, celebrar todo acto o contrato permitido por las leyes ecuatorianas, que directa o indirectamente se relacionen con su objeto, con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, públicas o privadas”⁵⁹.

- ⁷⁷⁾ En efecto, por mandato constitucional y legal, la empresa pública PETROECUADOR EP, está facultada para realizar actividades económicas dentro del ámbito de sus atribuciones y para cumplir sus fines legalmente establecidos.
- ⁷⁸⁾ Conforme la normativa legal vigente y sobre todo con base en la Ley Orgánica de Empresas Públicas, por mandato constitucional y legal, la empresa pública PETROECUADOR EP, está facultada para realizar actividades económicas dentro del ámbito de sus atribuciones y para cumplir sus fines legalmente establecidos. Por lo tanto, en el caso en cuestión, es un operador económico a la luz del régimen de competencia ecuatoriano, y por tanto debe subsumir sus actuaciones en apego a la LORCPM y consecuentemente es sujeta de control por parte de la SCPM.
- ⁷⁹⁾ En conclusión, tanto HISPANA DE SEGUROS, como PETROECUADOR EP, cumplirían con los requisitos establecidos en el artículo 2 de la LORCPM, y por tanto pueden ser sujetos de control por parte de la SCPM.

11.2. Concurrencia de voluntades

- ⁸⁰⁾ El segundo requisito para la configuración de un acuerdo colusorio es la concurrencia o concordancia de voluntades de por lo menos dos operadores económicos, independientemente de su forma de manifestación, siempre y cuando constituya la fiel expresión de dichas voluntades⁶⁰.
- ⁸¹⁾ Por su parte, el TJUE, dentro de la sentencia emitida en el caso seguido por la *Comission vs. Anic Partecipazioni*, que en su parte pertinente manifestó: “(...) para que exista acuerdo a efectos del apartado 1 del artículo 85 [101.1] del Tratado, basta con que las empresas de que se trate hayan expresado su voluntad común de comportarse de una determinada manera en el mercado (...)”⁶¹.

⁵⁹⁾ Decreto Ejecutivo No. 315, expedido el 06 de abril de 2010, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 171 de 14 de abril del 2010.

⁶⁰⁾ STJUE. Bayer/ Comisión (T-41/96) apartado 69.

⁶¹⁾ STJUE, *Comission vs Anic Partecipazioni*. C-49/92, 08 de julio de 1999.



¹⁸²¹ Para una mejor comprensión la sala de competencia del Tribunal de Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual (INDECOPI) del Perú, ha manifestado dentro del caso “SOAT”: “[...] la palabra “acuerdo” no se refiere exclusivamente a contratos como fuente de obligaciones, sino más bien a todo un género de actos en los que una de las partes se obliga a limitar su libertad de acción respecto a la otra, con la finalidad última de restringir la competencia [...]”⁶².

11.2.1. Análisis de los indicios recabados en el expediente

¹⁸³ En la presente sección se procederá al análisis de la información recabada por este órgano de investigación que permitirá dilucidar la posible existencia o no de elementos para presumir un acuerdo colusorio contrario al numeral 21 del artículo 11 de la LORCPM.

- **Del Oficio No. 13316, de 29 de marzo de 2021, remitido por la Procuraduría General del Estado.**

¹⁸⁴ Mediante providencia de 18 de marzo de 2021, la INICAPMAPR, solicitó a la Procuraduría General del Estado, remitir todos los informes respecto de los procesos licitatorios antes señalados. La respuesta remitida por la Procuraduría General del Estado, manifestó lo siguiente:

“Procedimiento de Licitación de Seguros No. LS-EPP-2019256-20, para la contratación de “POLIZAS DE SEGUROS DE TODO RIESGO PETROLERO, RESPONSABILIDAD CIVIL, MARÍTIMA Y RESPONSABILIDAD CIVIL NO MARÍTIMA DE LA EMPRESA PÚBLICA DE HIDROCARBUROS DEL ECUADOR EP PETROECUADOR”, siendo el estado del proceso CANCELADO

Procedimiento de Licitación de Seguros No. LS-EPP-2019256-2-20, para la contratación de “POLIZAS DE SEGUROS DE TODO RIESGO PETROLERO, RESPONSABILIDAD CIVIL MARÍTIMA Y RESPONSABILIDAD CIVIL NO MARÍTIMA DE LA EMPRESA PÚBLICA DE HIDROCARBUROS DEL ECUADOR EP PETROECUADOR”, siendo el estado del proceso CANCELADO.

Procedimiento de Licitación de Seguros No. LS-EPP-2019256-3-20, para la contratación de “PÓLIZAS DE SEGUROS DE TODO RIESGO PETROLERO, RESPONSABILIDAD CIVIL MARÍTIMA Y RESPONSABILIDAD CIVIL NO MARÍTIMA DE LA EMPRESA PÚBLICA DE HIDROCARBUROS DEL ECUADOR EP PETROECUADOR”, siendo el estado del proceso DECLARADO NULO; y,

Resolución No. PGG 20202267-0001 de 2 de diciembre de 2020, mediante la cual el Gerente General de EP PETROECUADOR resolvió declarar en situación de emergencia la contratación de seguros petroleros. Este instrumento fue posteriormente declarado nulo, mediante Resolución No. PETRO-PGG-2021-0002-RSI, de 15 de enero de 2021, suscrita por el Gerente General de la EP PETROECUADOR.

De la revisión efectuada en los archivos que reposan en la Procuraduría General del Estado, se verifica que no se ha iniciado control legal a los procedimientos antes citados y tampoco se encuentran previstos en nuestro Plan Anual de Control 2021, actualmente en ejecución”.

⁶² Resolución 224-2003/TDC-INDECOPI del 16 de junio de 2003



¹⁸⁵⁾ En tal sentido, respecto a la información que consta en los archivos de la Procuraduría General del Estado, no existiría un informe respecto del procedimiento de contratación pública analizado, ya que el mismo no se encontraría previsto en su Plan Anual de Control.

- **Del Oficio No.0755-DNP-2021, de 13 de abril de 2021, remitido por la Contraloría General del Estado.**

¹⁸⁶⁾ Mediante providencia de 18 de marzo de 2021, la INICAPMAPR, solicitó a la Contraloría General del Estado, remitir todos los informes emitidos respecto al proceso de contratación pública LS-EPP-2019256-3-20, ente de control que manifestó lo siguiente:

“Al respecto, con memorando No. 1219-DNPEyEl-GiSyE 2021 de 31 de marzo de 2021, ingresado en esta Dirección el 09 de abril del mismo año, la ingeniera Martha Suárez Granja, Directora Nacional de Planificación Estratégica y Evaluación Institucional de la Contraloría General del Estado, Informa “(...) de la revisión efectuada por la Dirección Nacional de Planificación Estratégica y Evaluación Institucional, a los sistemas de información institucionales administrados por la unidad, se establece que la Unidad de Auditoría Interna de la Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador EP PETROECUADOR se encuentra efectuando un examen especial “(...) a los procesos para la contratación de las pólizas de seguros de Todo Riesgo Petrolero, Responsabilidad Civil Marítima y Responsabilidad Civil No Marítima, a las actuaciones posteriores derivadas de éstas (...)”, por el periodo comprendido entre el 1 de septiembre de 2019 y 19 de febrero de 2021.

¹⁸⁷⁾ Por tal razón, se evidencia que se habría realizado un examen especial a los procesos para la contratación de las pólizas de seguros de Todo Riesgo Petrolero, Responsabilidad Civil Marítima y Responsabilidad Civil No Marítima, el mismo que será analizado en líneas posteriores.

- **Del Oficio SERCOP-SDG-2021-0434-OF, de 10 de mayo de 2021, remitido por el SERVICIO NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA SERCOP.**

¹⁸⁸⁾ Mediante providencia de 21 de abril de 2021, la INICAPMAPR, solicitó al SERCOP, remitir el Informe de Riesgos de los procesos de contratación pública LS-EPP-2019256-1-20; LS-EPP-2019256-2-20; LS-EPP-2019256-3-20; y, PGG-2020267-0001. Entidad que remitió la siguiente información:

Tabla 3. Operadores económicos que participaron de los procesos de contratación pública identificados

CÓDIGO	ESTADO	PROVEEDOR	
		PROVEEDOR	RUC
LS-EPP-2019256-1-20	Desierta	SEGUROS SUCRE S.A.	0990064474001
		LATINA SEGUROS Y REASEGUROS C.A.	0991311637001
		LA UNIÓN COMPAÑÍA NACIONAL DE SEGUROS S.A.	0990035113001
LS-EPP-2019256-2-20	Cancelado	SEGUROS ALIANZA S A	1790551350001
LS-EPP-2019256-3-20	Desierta	-	-
		SEGUROS SUCRE S.A.	0990064474001
		HISPANA DE SEGUROS S.A.	0991295542001
PGG-2020267-00001	Finalizada	LATINA SEGUROS Y REASEGUROS C.A.	0991311637001
		HISPANA DE SEGUROS S.A./LATINA SEGUROS C.A.	0991295542001 0991311637001

Elaborado por: DNICAPR
Fuente: ID de trámite 193354



^[89] En tal sentido, se evidencia que de los procesos de contratación pública analizados, en los que se registraron varios proveedores oferentes, fueron declarados desiertos (LS-EPP-2019256-1-20; y, LS-EPP-2019256-3-20), por otro lado, del proceso LS-EPP-2019256-2-20, no se obtuvo registro de las ofertas, debido a que el mismo fue cancelado; y, finalmente, el proceso PGG-2020267-00001, al haberse efectuado en situación de emergencia, se presenta únicamente los adjudicados para el proceso. Sin embargo, como se ha indicado en secciones previas, esta investigación se enfocará en el proceso LS-EPP-2019256-3-20, debido a que fue en este proceso que se identificaron posibles indicios de presuntas irregularidades que podrían desembocar en infracciones del artículo 11 de la LORCPM.

- **El Oficio Nro. DIGERCIC-CGS.DSIR-2021-1618-O, de 15 de junio de 2021, remitido por la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación.**

^[90] Mediante providencia de 04 de junio de 2021, la INICAPMAPR, solicitó a la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación un informe de vinculaciones filiales, respecto de las siguientes personas naturales: a) Ricardo Xavier Merino Avendaño (Gerente General de PETROECUADOR EP); b) Gonzalo Maldonado Albán (Gerente de Comercio Internacional PETROECUADOR EP) c) José Luis Santos Boloña (Representante Legal de Hispana de Seguros S.A.); d) María Verónica Cárdenas Vásquez (Accionistas de Hispana de Seguros S.A.); e) Félix Alfonso Salame Aguirre (Accionista de Hispana de Seguros S.A.); f) Heriberto Nicéforo Orces Mendoza (Accionista de Seguros Sucre S.A.); g) Luis Felipe Cornejo Hidalgo (Accionista de Seguros Sucre S.A.); y, h) Leonidas Efraín Plaza Verduga (Accionista de Seguros Sucre S.A.); Entidad pública que remitió el Informe de Filiación F04V03-PRO-GIR-CLD-001, y manifestó lo siguiente:

“Una vez verificados los sistemas informáticos de la DIGERCIC, se puede evidencia que entre los señores: MERINO AVENDAÑO RICARDO XAVIER con NUI: 0801809526, MALDONADO ALBAN GONZALO FRANCISCO con NUI: 1706458153, SANTOS BOLOÑA JOSE LUIS con NUI: 0911767838, CARDENAS VASQUEZ MARIA VERONICA con NUI: 1714864988, SALAME AGUIRRE FELIX ALFONSO con NUI: 0908356520, ORCES MENDOZA HERIBERTO NICEFORO con NUI: 0900418641, CORNEJO HIDALGO LUIS FELIPE con NUI: 0900612367, PLAZA VERDUGA LEONIDAS EFRAIN con NUI 0900641812, no se encuentran parentesco alguno”.

(Negrilla no corresponde al texto original)

^[91] Con base en el Oficio Nro. DIGERCIC-CGS.DSIR-2021-1618-O, las personas naturales antes señaladas no cuentan con vinculación de parentesco, lo que no permitiría presumir la existencia de vínculos de consanguinidad y/o afinidad entre los funcionarios jerárquicos de PETROECUADOR EP, y los accionistas de HISPANA DE SEGUROS S.A., y SEGUROS SUCRE S.A., antes señalados.

- **Del Oficio Nro. PETRO-PGG-2021-1668-O, de 13 de septiembre de 2021, remitido por la EMPRESA PÚBLICA DE HIDROCARBUROS DEL ECUADOR.**

^[92] Mediante providencia de 08 de septiembre de 2021, la INICAPMAPR, solicitó a la Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador EP PETROECUADOR remitir copias simples del contenido íntegro del expediente del examen especial ejecutado por la auditoría interna a los *“procesos de contratación de pólizas de seguros de todo riesgo petrolero, responsabilidad civil marítima y responsabilidad civil no marítima, a las actuaciones posteriores derivadas de estas”*, dentro del



período de tiempo comprendido entre el 1 de septiembre de 2019 al 19 de febrero de 2021, ante lo cual EP PETROECUADOR, manifestó lo siguiente: “Al respecto, se hace conocer que existe el Informe DNA 5-0038-2021, cuyo contenido se puede obtener ingresando en la página web de la Contraloría General del Estado (...)”, mismo que será analizado a continuación.

- **Del Informe DNA 5-0038-2021, remitido como anexo del oficio No. 01463-DNPyEI-PSyEI-2021, de 28 de septiembre de 2021.**

¹⁹³¹ Mediante providencia de 08 de septiembre de 2021, la INICAPMAPR, solicitó a la Contraloría General del Estado, remitir el Informe DNA 5-0038-2021, respecto del Proceso de Licitación LS-EPP-2019256-3-20, para la contratación de Pólizas de Seguros de Todo Riesgo Petrolero y Responsabilidad Civil Marítima y No Marítima; del cual se desprende, los siguientes puntos:

“Conclusiones:

El Gerente General Subrogante de la EP PETROECUADOR... resolvió iniciar el Proceso Precontractual de Licitación LS-EPP-2019256-3-20, para la contratación de las Pólizas de Seguros de Todo Riesgo Petrolero y Responsabilidad Civil Marítima y No Marítima con un presupuesto referencial de 54 909 249.00 USD.

Los miembros de la Comisión Técnica del Proceso de Licitación de Seguros LS-EPP-2019256-3-20, realizaron la corrección aritmética de las ofertas económicas de LATINA SEGUROS C.A., y SEGUROS SUCRE S.A., incrementando el 15.82% y 15.47%, respectivamente; por lo que, la oferta de HISPANA DE SEGUROS, pasó a ser la más baja... lo que motivó reclamos de los oferentes.

El Gerente General, Subrogante de la EP PETROECUADOR, en cumplimiento de la Resolución de la Jueza Constitucional, ante la acción de protección presentada por LATINA SEGUROS C.A., resolvió dejar sin efecto la adjudicación y designó una nueva Comisión Técnica, para que califique las ofertas; los que recomendaron la declaratoria de desierto del proceso de licitación, que fue acogida por el Gerente General... a cinco días del vencimiento de las pólizas que mantenía con SEGUROS SUCRE S.A.

El Gerente General, Subrogante de la EP PETROECUADOR, con Resolución PGG-2020267, de 02 de diciembre de 2020, declaró en situación de emergencia, por 60 días... y dispuso contratar las pólizas de TRP y RC para superar la emergencia.

El Gerente General Subrogante de la EP PETROECUADOR, mediante resoluciones anuló la declaratoria de emergencia y la adjudicación al coaseguro conformado por LATINA SEGUROS C.A., e HISPANA DE SEGUROS S.A., por lo que ésta última presentó una medida cautelar en contra de la Empresa Pública, que fue conocida y aceptada por el Juez de la Unidad Judicial Sur Penal con sede en el cantón Guayaquil, provincia Guayas, quien ordenó la suspensión inmediata de todos los efectos de las resoluciones de nulidad y del oficio de notificación de la nulidad de la adjudicación (...).

El Gerente General, Subrogante de la EP PETROECUADOR, solicitó al Gerente General de SEGUROS SUCRE S.A., confirmar la ampliación de la cobertura provisional de 120 días, a partir del 07 de diciembre de 2020 (...).

Hechos Subsecuentes

Los Jueces de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte



Provincial de Justicia de Pichincha el 26 de marzo de 2021⁶³, aceptaron la apelación presentada por la EP PETROECUADOR a la acción de protección interpuesta por LATINA SEGUROS C.A., y resuelta en primera instancia por la Jueza de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la parroquia Mariscal Sucre comunicada por el Procurador de la Empresa Pública el 30 de noviembre de 2020, por lo que, negaron la acción de protección y las medidas cautelares dictadas inicialmente a la acción de protección planteada por esta aseguradora, por la corrección aritmética de su oferta realizada por los miembros de la primera Comisión Técnica, así:

“(...) Como lo señalamos anteriormente, la comisión técnica tiene derecho a verificar y revisar las ofertas técnicas, de acuerdo a la adjudicación o no de un proceso; como al momento de presentar conceptos generales de seguros que es la prima y que es la tasa, estos conceptos está en la Ley General de Seguros, en contratación pública de seguros no existen valores unitarios, el contrato de seguros, es una prima neta de la prestación, que es la póliza y la prima, valor asegurado es el monto de asegurado, la tasa es el porcentaje que aplica la compañía de seguros y da el precio total, hay una sola fórmula de cálculo para el valor total del contrato. En la especie lo que hizo Latina de Seguros aplicó un ramo de responsabilidad civil a favor de PETROECUADOR, solicitando dos coberturas, la primera responsabilidad marítima y no marítima, una vez que hace ese análisis los que tomen el dato en el 7.9 este debía ser multiplicado por el valor asegurado, por la marítima que es 50 millones y no marítima es de 50 millones y una tasa de 7.9., para el cálculo de la prima teniendo que multiplicar la tasa por el monto asegurado.- La oferta por tanto, tiene dos ramos, divididos en responsabilidad marítima y no marítima, y el valor asegurado. Al haberse presentado en estas circunstancias un error aritmético de acuerdo a las potestades de la comisión técnica, procedieron a la corrección de la oferta, por tanto, procedieron a dar cumplimiento a la normativa de contratación pública de Seguros. Por todo lo expuesto, no existe violación a la seguridad jurídica, ya que se ha observado la norma pertinente para estos casos (...) ACEPTA el recurso de apelación interpuesto por el señor abogado a nombre de EP PETROECUADOR, y por considerar que en el presente caso no existe vulneración alguna de los derechos constitucionales alegados por los accionantes revocando la sentencia subida en grado se niega la acción de protección y medidas cautelares planteadas por los señores... en calidad de Apoderados Especiales de LATINA DE SEGUROS (...)”⁶⁴.

(Negrilla no corresponde al texto original)

¹⁹⁴ Es necesario aclarar que la Contraloría General del Estado en el informe analizado, no habría evidenciado irregularidades derivadas de la celebración del proceso de contratación pública LS-EPPP-2019256-3-20, ni tampoco de la “corrección aritmética”, que llevó a que la oferta presentada por HISPANA DE SEGUROS, sea la más baja dentro del proceso, y manifestó lo siguiente:

“(...) Los miembros de la Comisión Técnica del Proceso de Licitación de Seguros LS-EPP-2019256-20, realizaron la corrección aritmética de las ofertas económicas de LATINA SEGUROS C.A., y SEGUROS SUCRE S.A., incrementando el 15.82% y 15.47% respectivamente; por lo que, la oferta de HISPANA DE SEGUROS, pasó a ser la más baja, recomendando su adjudicación, misma que fue acogida por el Gerente General Subrogante, lo que motivó reclamos de oferentes, quienes presentaron acciones de protección que fueron resueltas por los Jueces Constitucionales”.

⁶³ Apelación a la acción de Protección. Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha. Proceso No. 17203-2020-05317.

⁶⁴ Contraloría General del Estado, Examen especial a los procesos para la contratación de las pólizas de seguro de Todo Riesgo Petrolero, Responsabilidad Civil, Marítima y Responsabilidad Civil, No Marítima, a las actuaciones posteriores derivadas de éstas, en la EMPRESA PÚBLICA DE HIDROCARBUROS DEL ECUADOR EP PETROECUADOR, por el periodo comprendido entre el 01 de septiembre de 2020 y el 19 de febrero de 2021, ID 209132, p. 37.



¹⁹⁵ En tal sentido, se evidencia que la corrección aritmética realizada por la comisión técnica fue realizada dentro de sus competencias, sin embargo, la misma determinó la presentación de acciones de protección propuestas por los oferentes que serán analizados más adelante en este documento.

▪ **Del Memorando-CJ-DNGP-2021-2156-M, de 29 de septiembre de 2021.**

¹⁹⁶ Mediante providencia de 24 de septiembre de 2021, la INICAPMAPR, solicitó al CNJ, remitir un listado de todos los procesos judiciales en materias: constitucionales, penales y/o contencioso administrativas, en las que dos o más de las siguientes compañías PETROECUADOR EP, HISPANA DE SEGUROS S.A., LATINA SEGUROS C.A., Y/O SEGUROS SUCRE S.A., conste como parte procesal, sea en calidad de demandado o demandante.

¹⁹⁷ Ante dicha solicitud, el CNJ, remitió a la SCPM un listado que contiene todos los procesos judiciales, en materia constitucional, penal y contenciosa administrativa, en los que al menos 2 de los investigados fuere parte procesal, dentro del periodo comprendido entre el 1 de julio de 2019, hasta la fecha de petición.

¹⁹⁸ Y en virtud, de la información remitida por el CNJ, la INICAPMAPR identificó los siguientes procesos derivados del proceso de contratación pública LS-EPPP-2019256-3-20:

a. De la Acción de Protección No. 17203-2020-05317, presentada por Latina de Seguros C.A., en contra de Petroecuador EP.

El presente proceso corresponde a una acción de protección y medida cautelar presentada por LATINA DE SEGUROS, respecto del Proceso de contratación pública LS-EPP-2019256-3-20, para la contratación de “PÓLIZAS DE SEGUROS DE TODO RIESGO PETROLERO, RESPONSABILIDAD CIVIL MARÍTIMA Y RESPONSABILIDAD CIVIL NO MARÍTIMA DE LA EMPRESA PÚBLICA DE HIDROCARBUROS DEL ECUADOR EP PETROECUADOR”, en el que la Unidad Judicial de Familia, Niñez y Adolescencia con sede en la Parroquia Mariscal Sucre del Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha, resolvió lo siguiente:

“(…) (S)e acepta parcialmente la acción de protección presentada por GUSTAVO HENRY VALLEJO BEDOYA y RAUL MARCELO NIETO CARPIO, en su calidad de Apoderados Especiales de LATINA DE SEGUROS C.A., en contra del Magister. Ricardo Merino Avendaño en su calidad de Gerente General de PETROECUADOR EP, y los señores Johnny Alejandro Castillo Vivar, profesional designado por la máxima autoridad Presidente, Gabriela Lisbeth Terán Jiménez, Delegada del Titular del Área Requirente, y Lisbeth Estefanía Suárez Aragundi, Profesional objeto de la Contratación, todos miembros de la Comisión Técnica del procedimiento de contratación de seguros, número LS-EPP-2019256-3-20 respecto de la contratación de, “PÓLIZAS DE SEGUROS DE TODO RIESGO PETROLERO, RESPONSABILIDAD CIVIL MARÍTIMA Y RESPONSABILIDAD CIVIL NO MARÍTIMA DE LA EMPRESA PÚBLICA DE HIDROCARBUROS DEL ECUADOR EP PETROECUADOR”: [1] Se declara vulnerado el derecho constitucional a la seguridad jurídica, establecido en el Art. 82 de la CR, en la garantía de transparencia y no discrecionalidad en la contratación pública; específicamente en la valoración subjetiva con la que se ha calificado la oferta de los accionantes en el citado proceso, previo a la emisión del Informe de Recomendación Procedimiento LS-EPP-2019256-3-20 [2] y, como MEDIDA DE REPARACIÓN se dispone: [2.1] Retrotraer el proceso al estado de la etapa precontractual de convalidación de errores, verificación y calificación de ofertas, que es en la que se generó la



vulneración del derecho Constitucional, que fundó el posterior Informe; [2.2] La entidad accionada EP PETROECUADOR, proceda de manera inmediata a la conformación de una nueva Comisión Técnica, para efectos de cumplir lo ordenado, tomando el proceso de Licitación en la fase señalada. [3] Una vez ejecutoriada esta sentencia, remítase a la Corte Constitucional conforme lo dispone el artículo 86.5 de la Constitución de la República del Ecuador (...)”.

Adicionalmente, PETROECUADOR EP, presentó una apelación a la sentencia de 04 de diciembre de 2020, sobre la acción de protección y medida cautelar antes indicada, y en virtud de la misma la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, mediante sentencia de 26 de marzo de 2021, resolvió lo siguiente:

“(...) La oferta por tanto, tiene dos ramos, divididos en responsabilidad marítima y no marítima, y el valor asegurado. Al haberse presentado en estas circunstancias un error aritmético, de acuerdo a las potestades de la comisión técnica, procedieron a la corrección de la oferta, por tanto, procedieron a dar cumplimiento a la normativa de contratación pública de Seguros. Por todo lo expuesto, no existe violación a la seguridad jurídica, ya que se ha observado la norma pertinente para estos casos.

(...) este Tribunal Ad quem, por unanimidad, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, ACEPTA el recurso de apelación interpuesto por el señor abogado Luis Felipe Gordón P., a nombre de EP PETROECUADOR, y por considerar que en el presente caso no existe vulneración alguna de los derechos constitucionales alegados por los accionantes, revocando la sentencia subida en grado se niega la acción de protección y medidas cautelares planteadas por los señores Gustavo Henry Vallejo Bedoya y Raúl Marcelo Nieto Carpio, en calidad de Apoderados Especiales de LATINA DE SEGUROS (...)”.

(Negrilla no corresponde al texto original)

b. De la Acción de Protección No. 17250-2020-00111, presentada por SEGUROS SUCRE S.A., en contra de PETROECUADOR EP.

El presente proceso corresponde a una acción de protección presentada por SEGUROS SUCRE S.A., en contra de una funcionaria de PETROECUADOR EP que conformó la comisión técnica del Proceso de contratación pública LS-EPP-2019256-3-20, para la contratación de “*PÓLIZAS DE SEGUROS DE TODO RIESGO PETROLERO, RESPONSABILIDAD CIVIL MARÍTIMA Y RESPONSABILIDAD CIVIL NO MARÍTIMA DE LA EMPRESA PÚBLICA DE HIDROCARBUROS DEL ECUADOR EP PETROECUADOR*”, recayendo la competencia en el Tribunal de Garantías Penales con sede en la Parroquia Ñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, Provincia Pichincha.

El 24 de noviembre de 2020, se llevó a cabo la audiencia de la acción de protección presentada por SEGUROS SUCRE S.A., en la que el Tribunal de Garantías Penales, dispuso:

“(...)” (D)ecларar improcedente la acción de Seguros Sucre por cuanto solicitaron a través de la acción de protección la aplicación de una norma específica en materia de contratación pública, estableciendo que ésta no es la vía idónea para hacer esas reclamaciones. Asimismo, señalaron que no existe vulneración a ningún derecho constitucional y que lo realizado por la Comisión Técnica se debió a un error aritmético de la oferta de Seguros Sucre, por lo que su actuación se enmarcó dentro



de lo establecido en el artículo 159 de la Resolución No. 0072-2016 del SERCOP (...)”⁶⁵. (Negrilla no corresponde al texto original)

En virtud de lo antes expuesto, el Tribunal en su sentencia de 11 de febrero de 2021, manifestó lo siguiente:

“(…) Rechaza por falta de procedencia la acción de protección interpuesta por el Dr. MARCO VINICIO LANDÁZURI ALVAREZ, como Procurador Judicial de Cristian Leonardo Carpio Carpio, y en su condición de Gerente General y como tal Representante Legal de SEGUROS SUCRE S.A., como accionante, en contra de: SONIA ANGÉLICA DE LA VEGA VELÁSQUEZ, funcionaria de EP Petroecuador y secretaria de la Comisión Técnica del proceso de licitación con código LS-EPPP-2019256-3-20(...)”.

- ^[99] Continuando con lo aseverado, es imperativo tomar en consideración que esta entidad de control, no es competente para pronunciarse respecto a la validez jurídica del acto administrativo y se sujeta a los pronunciamientos emitidos por las entidades de control o jueces competentes.

11.2.2. Análisis del presunto acuerdo.-

- ^[100] La doctrina en el Derecho de Competencia, reconoce la existencia tanto de acuerdos horizontales, como verticales. En el primer caso, se trata de acuerdos entre empresas ubicadas en el mismo nivel de la cadena del producto o servicio, o de productos similares o sustitutos. Por su parte, los acuerdos verticales son aquellos que se suscriben entre empresas ubicadas en posiciones diferentes dentro de la cadena productiva⁶⁶.

- ^[101] En este punto cabe contextualizar que, el presente análisis versa sobre un supuesto acuerdo colusorio de tipo vertical, es decir, entre dos operadores económicos ubicados en eslabones distintos de la cadena productiva o distributiva, por tanto, el presunto acuerdo investigado se da entre un comprador (la entidad contratante) y un vendedor (el proveedor del servicio). Para entender aún más lo dicho, el TJUE sobre la referida conducta investigada menciona:

“Las restricciones verticales son aquellas que aparecen en las relaciones establecidas por empresas que operan en planos económicos diferentes (generalmente pero en ningún caso exclusivamente, las relaciones entre un productos y su red de distribución). Incluyen en términos generales la imposición de los precios de venta de los productos o servicios, la limitación geográfica del territorio donde operan los distribuidores, la comercialización en exclusiva, la asignación de clientela y las ventas asociadas”⁶⁷.

- ^[102] Dentro del caso concreto que se investiga, es necesario tomar en cuenta el numeral 21 del artículo 11 de la LORCPM, que dispone:

“Los acuerdos entre proveedores y compradores, al margen de lo que establece la ley, que se puedan

⁶⁵ Contraloría General del Estado, Examen especial a los procesos para la contratación de las pólizas de seguro de Todo Riesgo Petrolero, Responsabilidad Civil, Marítima y Responsabilidad Civil, No Marítima, a las actuaciones posteriores derivadas de éstas, en la EMPRESA PÚBLICA DE HIDROCARBUROS DEL ECUADOR EP PETROECUADOR, por el período comprendido entre el 01 de septiembre de 2020 y el 19 de febrero de 2021, ID 209132, p. 16

⁶⁶ San Miguel-Giralt, Johannes, *Contratación pública y colusión. Derecho de competencia frente al derecho administrativo*, 135 Universitas, 377-420 (2017). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj135.cpcd>.

⁶⁷ José María Jiménez. *Restricciones verticales: Algunas cuestiones y nuevos problemas*. Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia, No. 201, junio/julio, Madrid: Edit. Einsa, 1999, 36.



dar en compras públicas que direccionen y concentren la contratación con el afán de favorecer injustificadamente a uno o varios operadores económicos”. (Negrilla es propia)

- [103] Cabe manifestar que del informe de Contraloría No. DNA 5-0038-2021, no se evidenció información alguna que permita presumir alguna clase de direccionamiento derivado del error aritmético y recalcado realizado por la Comisión Técnica, que tenga por objeto eliminar competidores y direccionar la adjudicación del proceso de contratación pública LS-EPP-2019256-3-20.
- [104] Es necesario indicar también, que la CGE en la elaboración del informe No. DNA 5-0038-2021, no señaló haber hallado alguna irregularidad proveniente del procedimiento de contratación pública materia de análisis, o la predeterminación de responsabilidades civiles, administrativas, o penales en contra de los funcionarios de PETROECUADOR EP relacionados con los procesos de contratación.
- [105] Del mismo modo, el Tribunal de Garantías Penales con sede en la parroquia Ñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, dentro de la acción de protección No. 17250-2020-00111, iniciada por SEGUROS SUCRE S.A., dispuso que *“no existe vulneración a ningún derecho constitucional y que lo realizado por la Comisión Técnica se debió a un error aritmético de la oferta de Seguros Sucre”*, y en virtud de lo indicado rechazó la acción de protección.
- [106] Continuando con lo manifestado, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, ante la apelación presentada por PETROECUADOR EP, mediante la sentencia de 26 de marzo de 2021 en el proceso No. 17203-2020-05317, resolvió aceptar el recurso presentado y en consecuencia dictaminó que *“en el presente caso no existe vulneración alguna de los derechos constitucionales alegados por los accionantes, revocando la sentencia subida en grado se niega la acción de protección y medidas cautelares planteadas por los señores Gustavo Henry Vallejo Bedoya y Raúl Marcelo Nieto Carpio, en calidad de Apoderados Especiales de LATINA DE SEGUROS”*.
- [107] Por otro lado, como lo establece textualmente el numeral 21 del artículo 11 de la LORCPM, para que exista un acuerdo vertical la colusión deberá tratarse de actuaciones *“al margen de lo que establece la ley”*, en tal razón, la disposición propuesta en el párrafo anterior, corresponde a un acto administrativo que por haber sido emitido por la autoridad competente gozaría de presunción de legitimidad, al respecto el artículo 68 del ERJAFE, manifiesta: *“Los actos administrativos se presumen legítimos y deben cumplirse desde que se dicten y de ser el caso, se notifiquen, salvo los casos de suspensión previstos en este estatuto”*, disposición aplicable a los órganos y entidades que integran la Administración Pública Central e Institucional y que dependen de la Función Ejecutiva.
- [108] Adicionalmente, es necesario tomar en cuenta el artículo 104 del Código Orgánico Administrativo, que indica lo siguiente:
- “Art. 104.- Nulidad. Es válido el acto administrativo mientras no se declare su nulidad. El acto administrativo puede ser anulado total o parcialmente. La declaración de nulidad puede referirse a uno, varios o a todos los actos administrativos contenidos en un mismo instrumento”.*



[109] Por lo tanto, los actos administrativos emitidos por la autoridad competente cuentan con el deber de cumplimiento de los administrados, salvo que hayan sido declarados nulos, por lo que de no existir una declaración de autoridad competente que deje sin efecto el acto administrativo en cuestión, este gozaría de legalidad y ejecutoriedad. Al respecto, el tratadista argentino Roberto Dromi manifiesta:

“(...) la suposición de que el acto fue emitido conforme a derecho, dictado en armonía con el ordenamiento jurídico. Es una resultante de la juridicidad con que se mueve la actividad estatal. La legalidad justifica y avala la validez de los actos administrativos, por eso crea la presunción de que son legales, es decir, se los presume válidos y que respetan las normas que regulan su producción”⁶⁸.

[110] Por lo expuesto, el análisis de la INICAPMAPR se remitirá a lo manifestado por los jueces competentes respecto a la no vulneración de un derecho de rango constitucional y por tanto, a la no determinación de indicios sobre responsabilidad administrativa por parte de la Comisión Técnica, que permiten desvirtuar la presunción de un concurso de voluntades.

11.3. Conductas anticompetitivas por su objeto

[111] Este punto no será abordado por esta autoridad debido a que no se han encontrado méritos para presumir la existencia de indicios de un acuerdo colusorio por parte de los investigados, por lo que es jurídicamente improcedente evaluar si el presunto acuerdo es por objeto o efecto conforme el artículo 11 de la LORCPM.

DÉCIMA SEGUNDA: RESOLUCIÓN.- Dado el momento procesal, los hechos y piezas procesales constante en el expediente administrativo, así como, el informe de investigación Preliminar SCPM-INICAPMAPR-DNICAPR-2021-027, esta autoridad administrativa al amparo de lo establecido en el artículo 53 de la LORCPM, en concordancia con el artículo 63 del RALORCPM y el artículo 22 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (Resolución No. SCPM-DS-2019-62), **RESUELVE:**

PRIMERO.- Acoger en su totalidad el informe de investigación preliminar SCPM-INICAPMAPR-DNICAPR-2021-027 de 22 de diciembre de 2021, elaborado por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Acuerdos y Prácticas Restrictivas.

SEGUNDO.- Ordenar el ARCHIVO del expediente signado con el número SCPM-IGT-INICAPMAPR-001-2021, toda vez que se ha agotado el trámite correspondiente establecido dentro de la normativa legal, sin que se hayan encontrado elementos que ameriten la prosecución de la investigación sobre la posible infracción del numeral 21 del artículo 11 de la LORCPM.

Por cuanto durante la sustanciación del presente expediente, no se ha encontrado elementos de convicción que permitan corroborar los indicios del presunto cometimiento de una colusión en contratación pública generado dentro del procedimiento de contratación pública LS-EPP-2019256-3-20, en consideración a lo resuelto por el Tribunal de Garantías Penales con sede en la parroquia

⁶⁸ Dromi Roberto, *Derecho Administrativo*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, p. 225.



Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, dentro de la acción de protección No. 17250-2020-00111, y el recurso de apelación dictado en el juicio No. 17203-2020-05317 por parte de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha.

TERCERO.- Notifíquese a la Intendencia General Técnica con el contenido de la presente Resolución.

CUARTO.- Continúe actuando como Secretario de Sustanciación el Abg. Juan Fernando Narváz, dentro del presente expediente administrativo. **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.-**

Econ. María Alejandra Eguez Vásquez

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

