

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- Quito, 4 de mayo de 2015, las 16h10.- **VISTOS:** El Superintendente de Control del Poder del Mercado designó al abogado Juan Emilio Montero Ramírez, Presidente de la Comisión, al doctor Agapito Valdez Quiñonez, Comisionado; y, al doctor Marcelo Ortega Rodríguez, Comisionado, mediante los actos administrativos correspondientes. En lo principal, por corresponder al estado procesal del expediente el de resolver, para hacerlo se considera:

PRIMERO.- COMPETENCIA.- La Comisión de Resolución de Primera Instancia es competente para resolver el presente expediente de investigación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante LORCPM), en concordancia con el artículo 71 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante Reglamento de la LORCPM).

SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL.- El presente proceso para la imposición de sanciones por la comisión de acuerdos y prácticas prohibidas ha sido tramitado de conformidad con las disposiciones contenidas tanto en la LORCPM como en el Reglamento de la LORCPM, observando las garantías constitucionales del debido proceso puntualizadas en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, por tanto no existe error, vicio o nulidad que declarar, que hubiere influido en la decisión del presente expediente, razón por la cual, se declara expresamente su validez.

TERCERO: ANTECEDENTES.-

3.1. Investigación preliminar.- Mediante Oficio Nro. MIPRO-SC-2012-0557-OF de 23 de agosto de 2012, la doctora María Teresa Lara Z., Subsecretaria de Competencia y Defensa del Consumidor Autoridad Ecuatoriana de Competencia, luego de las consideraciones de hecho y de derecho resuelve en lo principal: “[...] *Iniciar de oficio la Investigación Preliminar No. 005-Subcomp-2012 por presuntas prácticas anticompetitivas previstas en los numerales 6 y 21 del artículo 11 de la LORCPM, en contra de los operadores económicos Jorge Franklin Hinojosa Arteaga y FRANKIMPORT CIA. LTDA*”.

3.2. Investigación formal.- Mediante providencia que contiene el auto resolutivo de 14 de junio del 2013, a las 09h00, notificada la misma fecha, el doctor Santiago Salinas Jaramillo, Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (E), luego de varias consideraciones, resuelve en lo principal: “[...] *Disponer de manera inmediata se inicie la investigación formal del Expediente N° SCPM-007-2013, de conformidad con lo establecido en el artículo 56 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado [...]*”.

3.3. Informe de resultados.- Con providencia de 31 de julio del 2014, a las 11h00, el Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, corre traslado a los operadores investigados FRANKIMPORT CIA.LTDA.; Jorge Franklin Hinojosa Arteaga; PETROECUADOR EP, y al Procurador General del Estado con la formulación de cargos, para que den contestación y deduzcan excepciones

3.4.- Término de prueba.- Mediante providencia de 29 de agosto de 2014, a las 16h30, el Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas Encargado, 

dispone la apertura del término de prueba por el término de (60) sesenta días de conformidad con el artículo 59 de la LORCPM.

3.5.- Informe Final.- Mediante memorando Nro. SCPM-IIAPMAPR-006-2015-M de 5 de enero de 2015, suscrito por el doctor Alexis Jurado Vaca, Intendente de Investigación de Abuso del Poder de Mercado. Acuerdos y Prácticas Restrictivas, remitió a esta Comisión el informe final dentro del expediente Nro. SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-007.

CUARTO.- ALEGACIONES ADUCIDAS POR LOS INTERESADOS.-

4.1.- Alegaciones formuladas por la Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador EP PETROECUADOR.-

Mediante escrito sin fecha recibido por esta Superintendencia el 19 de agosto de 2014, contesta y se exceptiona de la formulación de cargos manifestando:

1.- A la presunta práctica restrictiva vertical de la EP PETROECUADOR.- Se exceptiona con los siguientes fundamentos de derecho: a) Sobre el direccionamiento injustificado por parte de la EP PETROECUADOR, en la fase de preguntas y respuestas a favor de FRANKIMPORT CIA.LTDA., señala que: *"[...] la EP PETROECUADOR, DESCONOCE, la identidad del proveedor que realiza las preguntas, pues este sistema no revela el nombre del oferente, precisamente, para garantizar la imparcialidad y transparencia de las contestaciones que se brindan [...]"*. Además señala que: *"[...] La comisión técnica AMPLIO el rango del alto de la bota NO CAMBIÓ las especificaciones técnicas, pues el uso de la "o" como conjunción disyuntiva, implica alternativa entre dos opciones; en este caso, se aceptaba que el calzado tenga la caña de 10 pulgadas o de 11 pulgadas. [...]"*. En palabras más sencillas, el alto de la bota y del botín, no implica un cambio sustancial en las especificaciones. Es decir que el objeto de la compra de un contrato de calzado de seguridad, es precisamente, que tenga una punta que cumpla con la norma ASTM F2413, que proteja los pies de los trabajadores.

2.- Sobre la falta de sustento para la descalificación de la mayoría de oferentes, para beneficiar de este modo a FRANKIMPORT CIA.LTDA., señalan que: *"[...] todas las muestras presentadas por los oferentes fueron enviadas a la Escuela Politécnica Nacional, para que sean evaluadas en su laboratorio de esfuerzos y vibraciones [...]"* para de esta manera verificar que las muestras enviadas por los oferentes cumplan con la norma exigida en los pliegos correspondientes [...]. Esto demuestra que, la descalificación a los oferentes, tuvo sustento técnico, fácilmente comprobable y no respondió, a ningún afán de favorecer a un oferente [...].

3.- Sobre la ganancia excesiva del oferente adjudicado, FRANKIMPORT CIA.LTDA., y la afectación al mercado que esto conlleva, señala que: *"[...] El presupuesto referencial depende del estudio de mercado realizado a través de las proformas obtenidas localmente (conforme al tipo de proceso de compra) las cuales evidencian el valor que el bien a adquirirse tiene en el mercado nacional [...]"* La ganancia del 100% que según datos obtenidos dentro de esta investigación, habría obtenido, FRANKIMPORT CIA.LTDA., al comparar los costos unitarios del calzado, entre el valor de lo importado por ésta y lo facturado a la empresa pública, tampoco es de responsabilidad de la EP PETROECUADOR, pues, y en aplicación a la normativa de contratación pública (artículo 46 de la LOSNCP), las entidades contratantes tiene la obligación de contratar empresas nacionales para

la adquisición de bienes, que no sean parte del régimen especial. Dicho en otras palabras, la EP PETROECUADOR, debe contratar con proveedores que presenten ofertas nacionales y evitar la contratación directa, pues esto sería evadir los procedimientos precontractuales establecidos en la Ley, a pesar de que, realizar la importación del calzado de seguridad (como se hacía antes de la vigencia de la LOSNCP), seguramente evitaría un “alto margen de ganancia” de los oferentes [...]”.

4.2.- Alegaciones formuladas por el operador económico FRANKIMPORT CÍA LTDA.-

Mediante escrito de 20 de agosto de 2014, a las 12h10, manifiesta:

“2.- *Inexistencia de práctica restrictiva, ya que la adjudicación del contrato de FRANKIMPORT dentro del proceso de subasta electrónica 087-291-2011 no fue producto de direccionamiento de la entidad pública [...] El competidor BOLIVAR INTERNACIONAL SUPPLY BIS S.A. no pudo concluir su participación en ese proceso porque fue descalificado por circunstancias imputables a ese concursante, dado que su código no estaba habilitado por la autoridad tributaria [...]. La aceptación de la bota de seguridad de 10” y no de 11” conforme estaba en los pliegos de la subasta, tampoco constituye un hecho que revela su direccionamiento [...] esa es la posición que EP PETROECUADOR ya ha manifestado, en otros procesos de subasta electrónica, en que FRANKIMPORT CÍA. LTDA no resultó adjudicado [...] en consecuencia la eliminación del oferente por razones imputables a éste, por incumplimiento de normas que regían los procesos de contratación y la aceptación por parte de la contratante, de que el producto de (botas de seguridad) fuera de 10” y no de 11”.*

En relación a la autonomía comercial entre FRANKIMPORT CÍA.LTDA., y el señor Franklin Hinojosa Arteaga, señala que: “[...] *ha presentado una oferta de botas de seguridad marca WOLVERINE fabricadas por la compañía WOLVERINE WORLD WIDE LLC domiciliada en [...] Estados Unidos de América, [...] FRANKIMPORT CÍA.LTDA., no representa otra compañía en la distribución y venta de calzado de seguridad. Bajo esta consideración jurídica su oferta presentada en la subasta electrónica inversa No. 087-291-2001 es autónoma y no tiene relación con otra u otras*”.

Finalmente alega inexistencia de afectación al mercado del calzado de seguridad por cuanto el calzado de dotación materia de investigación son bienes importados y la composición del mercado de este producto, las cantidades importadas antes y después de la subasta inversa electrónica de 2011 no muestran afectación que menoscabe o afecte a la competencia en el territorio ecuatoriano.

4.3.- Alegaciones formuladas por la Procuraduría General del Estado.-

Mediante escrito de 21 de agosto de 2014 manifiesta entre otras las siguientes alegaciones:

“2.1.- *Respecto a la infracción contemplada en el numeral 6 del Art. 11 de la LORCPM, señala que los errores ortográficos y de puntuación que presentan las ofertas presentadas por FRANKIMPORT CIA.LTDA, y Franklin Hinojosa, así como la existencia de pluralidad de ofertas, y que la puja del proceso de subasta inversa materia de esta investigación fueron realizadas por los citados proveedores, son situaciones ajenas a la EP PETROECUADOR. 2.2.- “[...] ambos proveedores se presentaron como independientes, es decir como persona jurídica el primero y natural el segundo con RUC y RUP distintos, situación además no es de responsabilidad de EP PETROECUADOR”.* ✓

2.3.- “[...] la puja dentro del proceso de Subasta Inversa, fue realizada por los citados proveedores desde una misma dirección IP lo que denotaría comunicación [...] situación completamente ajena a EP PETROECUADOR [...]”.

Respecto a la infracción contemplada en el numeral 21 del Art. 11 de la LORCPM, señala que a la afirmación de que las respuestas a las preguntas realizadas por los proveedores denotan un direccionamiento de la EP PETROECUADOR, se considere que en estos procesos la entidad contratante desconoce la identidad de quien realiza la pregunta; así también manifiesta que sobre las actas de calificación y los informes técnicos que no tienen justificación sustentada de la descalificación, los oferentes fueron descalificados por no cumplir varios requisitos de ley. Que para afirmar que mediante fotos se evidencia que no cumplen con lo señalado en los pliegos, se debe realizar un examen de los bienes, pues no basta con la comparación de una fotografía.

4.4.- Alegaciones formuladas por JORGE FRANKLIN HINOJOSA ARTEAGA.-

No presenta excepciones conforme consta en providencia de 29 de agosto de 2014 a las 16h30, que en su parte pertinente indica: “[...] JORGE FRANKLIN HINOJOSA ARTEAGA no ha presentado excepciones dentro del término que se ha concedido, se continuará con la sustanciación del expediente en rebeldía del mencionado operador [...]”.

QUINTO.- PRUEBAS PRESENTADAS POR LOS INTERESADOS Y SU VALORACIÓN.-

5.1.- Prueba presentada por la Intendencia de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas.- Mediante providencia de 01 de diciembre del 2014, a las 09h30, dispone: “[...] reproduzcase del expediente las siguientes piezas procesales como prueba de parte de la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas.

- a. Comunicación de 09 de diciembre de 2011 del proveedor IMPRECEAR CIA. LTDA., dirigida al Instituto Nacional de Contratación Pública, en la que se presenta observaciones al proceso de contratación de Subasta Inversa Electrónica No. SIE-EPP-087-291-2011.
- b. Escrito y anexos presentados por PETROECUADOR EP de 19 de octubre de 2012, mediante el cual se remite copias certificadas de todo el proceso de contratación pública: SIE-EPP-087-291-2011, incluidas las ofertas presentadas.
- c. Copia certificada de PETROECUADOR del oficio No. INCOP-SDG-2012-0369-OF de 17 de enero de 2012, que en su parte conclusiva indica: “(...) la Entidad Contratante debía analizar la conexión existente entre ambas ofertas y consecuentemente tomar la decisión correspondiente al caso”.
- d. Informe de investigación preliminar del expediente 007-2013 con fecha 08 de mayo de 2013 presentado por el Econ. Carlos Chavarría, Director Nacional de Investigación de Acuerdos y Prácticas Restrictivas (E) en ese entonces, mediante el cual se concluye que: “(...) las observaciones realizadas al proceso de contratación pública SIE-EPP-087-291-2011, objeto de la presente investigación, permiten suponer la comisión de las prácticas anticompetitivas tipificadas en los numerales 6 y 21 del artículo 11 de la LORCPM [...]”.

- e. Escrito y anexos presentados por PETROECUADOR EP con fecha 25 de junio de 2013, mediante el cual remite acta de calificación s/f e informes s/f elaborados por la Comisión Técnica de PETROECUADOR EP en relación al proceso precontractual No. SIE-EPP-087-291-2011.
- f. Escrito de Petroecuador y anexos, recibido en Secretaría General el 03 de julio de 2013.
- g. Oficio de 18 de julio de 2013, del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, mediante el cual remite información en versión digital (confidencial) de las declaraciones aduaneras de importación encontradas de FRANKIMPORT CIA. LTDA. y Jorge Franklin Hinojosa.
- h. Arteaga con fecha de ingreso entre el 01 de enero de 2009 y el 17 de julio de 2013, Escrito de Petroecuador EP de 22 de julio de 2013, mediante el cual se remitió la siguiente información: i) copias certificadas de las actas de entrega recepción parcial y total con la descripción técnica del producto entregado; y, ii) copias certificadas de la evaluación de las ofertas presentadas con el detalle de las especificaciones técnicas que no cumplieron los participantes descalificados.
- i. Oficio No. INCOP-CNAJ-2013-0321-OF y anexos del Instituto de Compras Públicas de 25 de julio de 2014, mediante el cual el INCOP remite la siguiente información: i) detalle de los procesos de Subasta Inversa Electrónica adjudicados y por adjudicarse en los que PETROECUADOR EP consta como entidad contratante y, FRANKIMPORT CIA. LTDA y Jorge Franklin Hinojosa Arteaga consta como participantes para el período enero de 2009 a julio de 2013; y, ii) detalle de la direcciones IP de las cuales hayan descargado documentación.
- j. Oficio de 30 de julio de 2013 del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, mediante el cual el SENA E aclara que Jorge Franklin Hinojosa Arteaga no ha realizado importaciones en el período correspondiente a enero de 2009 hasta julio de 2013.
- k. Oficio No. INCOP-DNRAU-2013-0662-OF de 05 de agosto de 2013 con anexo (CD); 12.- Oficio S/N de 14 de agosto de 2013 de EcuaneT.
- l. Informe de resultados, suscrito por el doctor Santiago Salinas Jaramillo, ex Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, del Expediente No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-007 y anexos.
- m. Mediante providencia de 21 de enero de 2014, a las 10h00, se dispuso que se practique una pericia cuyo objeto es realizar un análisis informático forense con el fin de determinar el origen de las comunicaciones digitales y la coincidencia de direcciones IP como de proveedores de servicio de internet para los oferentes calificados para la puja del proceso de contratación pública por subasta inversa electrónica No. SIE-EPP-087-291-2011, para lo cual se designa como perito al señor ingeniero Pedro Caicedo.- Pericia que fue practicada, y mediante oficio s/n de 07 de febrero del 2014, a las 13h49, presenta su respectivo informe pericial, que en su parte medular concluye que: *de la información entregada por el INCOP y la empresa ECUANET, "[...] los proveedores del Estado JORGE FRANKLIN HINOJOSA ARTEAGA Y FRANKIMPORT CIA. LTDA., utilizaron el mismo proveedor de servicio de internet (ISP) [...] que utilizaron las misma red la misma dirección IP, esto es el mismo lugar, oficina, departamento, casa o edificio durante el periodo de puja"*.

- n. Mediante providencia de 24 de noviembre del 2014, a las 16h30, se dispone la práctica de una pericia cuyo objeto es el análisis documentológico de las ofertas de los operadores económicos que participaron en la puja del proceso de contratación pública por subasta inversa electrónica No. SIE-EPP-087-291-2011, designándose como perito al doctor Edison Hernández Yunda, integrante del Departamento de Criminalística de la Policía Nacional. Presentó su informe mediante oficio 001-EHY-12-2014, ingresado el 10 de diciembre de 2014, presenta su informe pericial y se designa como perito al Teniente Marco Pazmiño en calidad de perito del Departamento de Criminalística de la Policía Nacional, pericia que fue practicada por el perito designado, quien mediante oficio 874 – 2014-IF-DCP, ingresado el 11 de diciembre de 2014, presenta su informe pericial.
- o. Mediante providencia de 09 de diciembre de 2014, a las 17h00, se agrega al expediente los siguientes documentos: “[...] Oficio No. *IESS-UPACP-2014-45132-O y anexos físicos presentados por el responsable del proceso de afiliación y aportes del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social*; c) Oficio No.- *2594-RMCQ-2013, presentado por el Registrador Mercantil de Quito* [...]; d) Oficio No. *SCV-IRQ-SG-SRS-2014-7273-30867* [...]; e) *Certificación No. 0031788* [...]; f) Oficio No. *DIGERCIC-DIC-2014-0570 y anexos físicos* [...]; g) *Certificaciones suscritas por el Secretario General de la Superintendencia de Compañía y Valores*; h) Oficio Nro. *12040-ANT-SG-2014* [...]”.
- p. Mediante providencia de 11 de diciembre de 2014 a las 11h40, se agrega al expediente los Informes Periciales por una parte el documentológico No. 001-EHY-12-2014, suscrito por el Dr. Edison Hernández Yunda y el Informe Pericial Informático Forense No. 270-2014-IF-DCP, suscrito por el Dr. Marco Aurelio Pazmiño Montaluisa.
- q. Informe final de la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, contenido en el informe No. SCPM-IIAPMAR-001-2015 de 5 de marzo del 2015 y suscrito por el doctor Alexis Jurado Vaca Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (E).

5.2.- Prueba presentada por la Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador EP PETROECUADOR.- Mediante escrito de 08 de octubre de 2014 a las 15h10 solicita como prueba a su favor la siguiente:

- a. Se considere como prueba a su favor las excepciones presentadas por EP PETROECUADOR.
- b. Impresión del Sistema Oficial de Contratación Pública, estado de proceso: “*Entrega de Propuesta*” en el que se comprueba que, entidad contratante al leer la(s) pregunta(s) desconoce que proveedor las realizó, ya que el sistema no revela el nombre del oferente. La identidad del oferente aparece una vez concluye el proceso.
- c. Norma NRF-008-PEMEX-2007 CALZADO INDUSTRIAL DE PIEL PARA PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES.
- d. Procedimiento: selección, uso y mantenimiento de equipos de protección individual /EPI y ropa de trabajo de la Normativa Interna de la EP PETROECUADOR.

- e. Normas INEN 1914, 1920:2013 y 1926 CALZADO DE TRABAJO Y SEGURIDAD REQUISTOS, Numeral 6 Definiciones y Numeral 8.2.5. Altura del Calzado: normativa con base en la cual se realizó la calificación de las muestras enviadas por los oferentes.
- f. Informes técnicos realizados por la Escuela Politécnica Nacional, Laboratorio de Análisis de Esfuerzos y Vibraciones.
- g. Normas ASTM F 2412-05 y ASTM F 2413-05 y punzonamiento según normas ASTM F 2412-05 y UNE-EN-12568.
- h. Comunicación de BOLIVAR INTENATIONAL SUPPLY BIS S.A. del 9 de enero del 2012. 8.- Acta de convalidación de errores suscrita por la comisión de calificación designada.
- i. Nota aclaratoria de 8 de noviembre de 2011, presentada por VIRTUALWORK S.A. que indicaba que la muestra estaba incompleta.
- j. Como se puede observar en el de varios procesos de subasta inversa electrónica no se obtienen un porcentaje definido. En el caso de haber un solo oferente para la puja se procede a negociar con el mismo y por ley se inicia la negociación con el 5% mínimo de base y algunas veces el proveedor acepta rebajarse más del 5%.
- k. El presupuesto referencial debe basarse en la oferta y la demanda del mercado nacional, razón por la cual anexa proforma actualizadas para visualizar la oferta que existe en este tipo de bien.
- l. Proformas, la certificación presupuestaria y la inclusión del valor obtenido en el PAC, siendo estos los documentos habilitantes par que la máxima autoridad inicie el proceso de contratación.
- m. Impresión del portal de compras públicas del proceso de contratación SIE-ORN-022-2011, realizada por la empresa Río Napo para la dotación del calzado de seguridad para el año 2011. El precio por unidad fue de aproximadamente USD. 174.
- n. Impresión del portal de compras públicas del proceso de contratación SIE-PEC-023-111-2009 realizado por la ex Petroecuador, para la dotación de calzado de seguridad para el año 2009. El precio por unidad fue de aproximadamente USD: 91, 51 (sin impuestos).
- o. Adicionalmente adjuntan estados financieros y balance general de la EP PETROECUADOR correspondiente a los años 2010, 2011, 2012.
- p. Que se reproduzca como prueba de su parte la documentación presentada el 2 de octubre del 2013.
- q. Adicionalmente indica textualmente: “/[...] / lo que correspondía era, precisamente se notifique con un nuevo término probatorio y no con la formulación de cargos. En consecuencia existe un error evidente en la sustanciación del presente expediente administrativo, que de no corregirse reforzará la figura de la caducidad del término de 180 días que tiene el ente de control para realizar la investigación, considerando que ésta inició el 27 de diciembre de 2011”.

5.3.- Prueba presentada por JORGE FRANKLIN HINOJOSA ARTEAGA.- Mediante escrito de 20 de noviembre de 2014, presentó la siguiente prueba a su favor:

- a. *“Que se reproduzca del proceso administrativo todo lo que me sea favorable, especialmente el escrito de contestación de 9 de septiembre del año presente.* ✕

- b. *Que se tenga por impugnada por ilegal, la prueba que presenten los demás sujetos del presente procedimiento, por extemporánea o indebidamente actuada.*
- c. *Que se agregue el oficio dirigido por la compañía WEINBRENER SHOE COMPANY, fabricante de las botas de seguridad marca THORGOOD, que certifica que la representación exclusiva de dicha compañía en Ecuador corresponde al Señor Franklin Hinojosa Arteaga.*
- d. *Que se remita un oficio a la compañía WOLVERINE WORLD WIDE LLC domiciliada en Rockford Michigan 9341 Courtland N.E., Estados Unidos de América, fabricante de las botas de seguridad marca WOLVERINE, a fin de establecer si mi persona, Franklin Hinojosa Arteaga ha ejercido o ejerce la representación comercial de esa compañía en Ecuador. [...].*
- e. *Que se dirija un oficio a la EMPRESA PÚBLICA DE HIDROCARBUROS EP PETROECUADOR a fin de que certifique el nombre del fabricante y la marca de botas de seguridad a que representó el oferente, Franklin Hinojosa Arteaga, por sus propios y personales derechos en la subasta electrónica inversa subasta electrónica inversa (sic) No. 087-291-2011, que es materia de investigación por parte de esta Superintendencia”.*

SEXTO: FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO.-

6.1.- FUNDAMENTOS DE HECHO.-

- 6.1.1. Hechos que motivaron el inicio de la investigación.-** El operador económico IMPRECEAR CIA. LTDA. mediante comunicación dirigida al Instituto Nacional de Contratación Pública –INCOP– de 09 de diciembre de 2011, presenta observaciones al proceso de contratación de Subasta Inversa Electrónica No. SIE-EPP-087-291-2011, en la que Petroecuador EP contrató la provisión de botas para trabajo.

Con Oficio Nro. INCOP-DE-2011-2921-OF. de 27 de diciembre de 2011, suscrito por el ingeniero Raúl Eduardo Martínez Burbano, Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Contratación Pública (S), estableciendo previamente la competencia de la Subsecretaría de Competencia y Defensa del Consumidor del Ministerio de Industrias y Productividad, de conformidad con el Decreto Ejecutivo No. 1614 publicado en el Registro Oficial 558 de 27 de marzo de 2009, y las Decisiones 616 y 608 de la Comunidad Andina, remite “[...] *la comunicación del Proveedor IMPRECEAR CIA LTDA., de 09 de diciembre de 2011 con la que presenta observaciones al proceso de contratación de Subasta Inversa Electrónica No. SIE-EPP-087-291-2011, respecto a la relación entre dos de los proveedores que participaron en la puja [...]*”.

- 6.1.2. Inicio de investigación preliminar.-** Mediante Oficio Nro. MIPRO-SC-2012-0557-OF de 23 de agosto de 2012, la doctora María Teresa Lara Z., Subsecretaría de Competencia y Defensa del Consumidor Autoridad Ecuatoriana de Competencia, luego de las consideraciones de hecho y de derecho resuelve en lo principal: “[...] *Iniciar de oficio la Investigación Preliminar No. 005-Subcomp-2012 por presuntas*

prácticas anticompetitivas previstas en los numerales 6 y 21 del artículo 11 de la LORCPM, en contra de los operadores económicos Jorge Franklin Hinojosa Arteaga y FRANKIMPORT CIA. LTDA [...]".

- 6.1.3. Investigación formal.-** Mediante providencia que contiene el auto resolutivo de 14 de junio del 2013, a las 09h00, el Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (E), resolvió: "[...] *Disponer de manera inmediata se inicie la investigación formal del Expediente N° SCPM-007-2013, de conformidad con lo establecido en el artículo 56 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado [...]*".

Como partes de este procedimiento de investigación, actuaron los siguientes operadores económicos: **FRANKIMPORT CIA. LTDA.-** Compañía con número de RUC 1792024846001; **Jorge Franklin Hinojosa Arteaga.-** Presidente y accionista de FRANKIMPORT CIA. LTDA., con el 50% de participación, según información de la Superintendencia de Compañías. Persona natural con número de RUC 1700572637001, de nombre comercial "FRANK"; y, **EP Petroecuador.-** Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador EP PETROECUADOR, con número de RUC 1768153530001.

- 6.1.4. Informe de resultados.-** Dentro de esta etapa de investigación, el Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado emitió el informe de resultados incluyendo la formulación de cargos, dentro del cual se concluyó que:

"[...] 7.- De los hechos analizados y las conclusiones precedentes, se establece que de forma clara, unívoca, y concordante, [...]

a. Proveedores FRANKIMPORT CIA.LTDA. ;y, señor Jorge Franklin Hinojosa Arteaga como presuntos responsables de la conducta contemplada en el Artículo 11 numeral 6 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado: cuya conducta es acuerdos o prácticas concertadas entre proveedores, en la presentación de ofertas o buscando asegurar en beneficio propio o de otro proveedor u oferente, en una licitación; y, sugiere que los proveedores investigados han concertado la presentación de sus ofertas con el objeto o efecto de impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia; y,

b. Proveedores FRANKIMPORT CIA.LTDA., señor Jorge Franklin Hinojosa Arteaga; y, entidad contratante PETROECUADOR EP, como presuntos responsables de la conducta contemplada en el Artículo 11 numeral 21 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado cuya conducta es acuerdos o prácticas concertadas entre proveedor(es) y comprador que direccionen la contratación con el fin de favorecer injustificadamente a uno o varios oferentes [...]".

- 6.1.5. Informe final.-** En el cual la Intendencia de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas concluye que: X

“[...] 8.1.- En base a los elementos de prueba que obran del expediente, así como los elementos expuestos en el presente informe final, se establece que los operadores económicos JORGE FRANLIN HINOJOSA ARTEAGA como persona natural, y, FRANLIMPORT Cía. Ltda. en calidad de persona jurídica, han adecuado su conducta a la hipótesis descrita el numeral 6 del artículo 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, falseando la competencia en la presentación de ofertas y en la etapa de puja del proceso de contratación pública Nro. SIE-EPP-087-291-2011; y consecuentemente incurriendo en una infracción muy grave descrita en el al (sic) literal a), numeral 3 del artículo 78 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

8.2.- De conformidad a lo establecido en el artículo 77 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, se determina como sujetos infractores y a quienes se les deberá imponer una multa, a los operadores económicos:

- Jorge Franklin Hinojosa Arteaga, como persona natural.
- Frankimport Cía Ltda., como persona jurídica.
- Y a los servidores de EP PETROECUADOR: Ing. Rommel Valverde Mora, Presidente de la Comisión; Ing. Pablo Lizano Núñez, Miembro de la Comisión de Evaluación Técnica, así como al Ing. Mauricio Larrea O., Gerente de Seguridad, Salud y Ambiente así como el Ing. Richard Chamba T., Subgerente de Gestión de Abastecimientos de EP PETROECUADOR.”

6.2.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.-

6.2.1. Constitución de la República del Ecuador.-

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

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.

2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada. [...]

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.

b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.

c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones. [...]

h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.

j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.

k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.

l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos”.

Art. 66, numerales 15, 25 y 26, garantizan “[...] el derecho a desarrollar actividades económicas, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental [...] el derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características [...] el derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental [...]”.

Art. 304, numeral 6 establece que la política comercial tendrá como objetivo “[...] evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado [...]”.

Art. 335 impone al Estado las obligaciones de regular, controlar e intervenir, “[...] cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas [...] definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional y establecer los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio u oligopolio privado o de abuso de posición de dominio en el mercado, así como otras prácticas de competencia desleal [...]”.

Art. 336, determina que “[...] El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley.”

6.2.2. Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado – LORCPM.-

Art. 1 “El objeto de la presente ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas [...]”.

Art. 2 “Están sometidos todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que lo agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional [...]”.

Art. 4 los lineamientos que se aplicarán para la regulación y formulación de política pública en la materia del mismo cuerpo legal, son: “[...] 1. El reconocimiento del ser humano como sujeto y fin del sistema económico; 2. La defensa del interés general de la sociedad, que prevalece sobre el interés particular; y, 5. El derecho a desarrollar actividades económicas y la libre concurrencia de los operadores económicos al mercado [...]”.

Art. 11 constituyen 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.” entre otras, las siguientes conductas:

“[...] 6. Los actos u omisiones, acuerdos o prácticas concertadas y en general todas las conductas de proveedores u oferentes, cualquiera sea la forma que adopten, cuyo objeto o efecto sea impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia ya sea en la presentación de ofertas y posturas o buscando asegurar el resultado en beneficio propio o de otro proveedor u oferente, en una licitación, subastas públicas u otras establecidas en las normas que regulan la contratación pública, o en procesos de contratación privados abiertos al público; y,

21. Los acuerdos entre proveedores y compradores, al margen de lo que establece la ley, que se pueden dar en las compras públicas que direccionen y concentren la contratación con el afán de favorecer injustificadamente a uno o varios operadores económicos [...]”.

6.2.3. Reglamento para la Aplicación a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.-

Art. 1 *“[...] El presente reglamento tiene por objeto establecer las disposiciones reglamentarias necesarias para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado [...]”*

Art. 4 *“[...] La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, para determinar el carácter restrictivo de las conductas y actuaciones de los operadores económicos, analizará su comportamiento caso por caso, evaluando si tales conductas y actuaciones, tienen por objeto o efecto, actual o potencialmente, impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o atentar contra la eficiencia económica [...]”.*

Art. 8 *“Se presumirá que tienen por objeto impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, [...] todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, y en general cualquier acto o conducta realizados por dos o más operadores económicos, competidores, reales o potenciales, que directa o indirectamente: [...]”*

4. También están sujetos a la presunción establecida en este artículo los actos u omisiones, acuerdos o prácticas concertadas y en general todas las conductas de proveedores u oferentes, cualquiera sea la forma que adopten, ya sea en la presentación de ofertas y posturas o buscando asegurar el resultado en beneficio propio o de otro proveedor u oferente, en una licitación, concursos, remates, ventas al martillo, subastas públicas u otros establecidos en las normas que regulen la contratación pública, o en procesos de contratación privados abiertos al público [...]”.

6.2.4. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.-

Art. 4 garantiza que *“[...] se observarán los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional.”*

Art. 42 prescribe *“Para la realización de concursos públicos y contratación por lista corta, la dependencia, entidad u organismo respectivo conformará, en cada caso, una Comisión Técnica que tome a su cargo y responsabilidad el llevar adelante los procesos previstos para cada concurso, la que deberá actuar de conformidad con los pliegos aprobados para el efecto. De ser necesario se podrá conformar una o más subcomisiones de apoyo a la Comisión Técnica. Corresponde a la*

máxima autoridad de cada dependencia o entidad que convoque al concurso de consultoría, aprobar en armonía con esta Ley y su Reglamento general, los Pliegos, Términos de Referencia, presupuesto referencial y demás documentos del concurso. Son atribuciones de la Comisión Técnica, calificar, seleccionar y negociar con los consultores oferentes.

En determinados casos, debido a la complejidad y magnitud de los trabajos de consultoría requeridos, la máxima autoridad de la Institución podrá convocar a procesos de precalificación de consultoría o presentación de manifestaciones de interés. El Reglamento a la presente Ley establecerá las normas para viabilizar estos procesos”.

Art. 49 determina.- “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”.

Art. 99 inciso tercero determina: “La máxima autoridad de la entidad, así como los funcionarios o servidores de la misma que hubieren intervenido en cualquiera de las etapas de los procedimientos precontractuales de preparación, selección, contratación así como en la ejecución misma de los contratos serán personal y pecuniariamente responsables por el incumplimiento de las disposiciones de esta Ley, sin perjuicio, de ser el caso, de la responsabilidad penal a que hubiere lugar”.

SÉPTIMO.- IDENTIFICACIÓN DE LAS NORMAS O PRINCIPIOS VIOLADOS Y LOS RESPONSABLES Y DECLARACIÓN DE LA INFRACCIÓN.- De lo expuesto, la conducta antijurídica de responsabilidad imputadas a los operadores económicos FRANKIMPORT CÍA LTDA. y Jorge Franklin Hinojosa Arteaga se encuentran tipificadas en el numeral 6 del artículo 11 de la LORCPM¹, norma que fue violada por los operadores económicos FRANQUIMPORT CÍA LTDA y Jorge Franklin Hinojosa Arteaga, por cuanto sustituyeron los riesgos de la competencia por una cooperación entre ellos, existiendo una acción simulada entre los dos operadores económicos que pertenecen al mismo grupo económico; es decir que, la evidencia de la coordinación y las cooperaciones necesarias para la práctica concertada eran en realidad acciones de un solo operador económico, con las que **falsearon y distorsionaron la competencia**.

OCTAVO.- LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA PRESENTADA POR LAS PARTES.- En atención de lo manifestado supra, considerando las alegaciones formuladas por las partes y la prueba actuada en el presente procedimiento administrativo se determina que:

¹ “Los actos u omisiones, acuerdos o prácticas concertadas y en general todas las conductas de proveedores u oferentes, cualquiera sea la forma que adopten, cuyo objeto o efecto sea impedir, restringir, **falsear o distorsionar la competencia**, ya sea en la presentación de ofertas y posturas o buscando asegurar el resultado en beneficio propio o de otro proveedor u oferente, en una licitación, concursos, remates, ventas al martillo, subastas públicas u otros establecidos en las normas que regulen la contratación pública, o en procesos de contratación privados abiertos al público”

8.1.- El mercado relevante.- El presente apartado presenta la evaluación requerida para determinar el mercado relevante dentro del expediente de investigación No. SCPM-IIAPMAPR-007-2013, en el cual se estudia presuntos comportamientos ilícitos relacionados al proceso de subasta inversa electrónica SIE-EPP-087-297-2011. Para tal efecto, se tomará en consideración el artículo 5 de la LORCPM el cual señala que el mercado relevante deberá considerar “[...] *al menos, el mercado de producto o servicio, el mercado geográfico y las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado [...]*”. Dada la naturaleza del caso, se tendrá en cuenta además lo estipulado en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (en adelante LOSNCP), puesto que muestra los lineamientos específicos para la elaboración de los pliegos de un concurso de subasta inversa, así como del procedimiento mismo de contratación.

8.1.1. Consideraciones para la determinación del mercado relevante.- En base a lo expresado *supra*, se parte analizando la interrelación entre las normas de contratación pública y las de control del poder de mercado. Para esto, se considera necesario tener en cuenta las siguientes particularidades:

- Según señala la LOSNCP en sus artículos 18 y 47, el operador económico que desee participar en cualquier proceso de contratación pública, a cargo del Servicio Nacional de Contratación Pública (actual SERCOP – previamente INCOP), deberá contar con un número de Registro Único de Proveedor (RUP). Adicionalmente, el operador económico deberá estar habilitado en el portal de compras públicas, tal como lo señala el artículo 62 del mismo cuerpo legal.
- El espacio de tiempo en cual las empresas que hayan sido habilitadas pueden ofertar sus productos y/o servicios estará definido por lo establecido en los pliegos elaborados por la entidad contratante para el proceso de compra específico. Dichos pliegos delimitan entre otros factores, las fechas máximas para presentación de ofertas. En caso de que una empresa no haya presentado su oferta a tiempo, ésta no podrá participar en las siguientes etapas del proceso de contratación.
- Los productos y/o servicios a ser ofertados deberán cumplir de forma imperativa con todas las especificaciones técnicas y económicas establecidas en los pliegos publicados por la entidad contratante; de igual manera, en caso de no cumplir con dichas especificaciones, una empresa no podrá participar en las siguientes etapas del proceso de contratación, como lo establece el artículo 47 del Reglamento para la Aplicación de la LOSNCP. Un proceso de contratación pública tiene características particulares que resultan en un trato distinto de la materia económica.
- Dado que la entidad contratante señala condiciones específicas del producto y/o servicio a ser contratado, se entiende que la demanda de dicho producto será inelástica: asimismo, no se puede establecer sustitutos para el producto y/o servicio a ser contratado, puesto que las empresas interesadas en participar en las

siguientes etapas del proceso de contratación deberán remitirse exclusivamente a todos los requerimientos incluidos en los pliegos.

8.1.2. Mercado de producto.- En relación al mercado de producto o servicio, el artículo 5 de la LORCPM señala que dicho mercado “[...] comprende, al menos, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; los costos de la sustitución; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución.”. Para este caso en particular, se puede establecer que el objeto investigado es un producto, el mismo que está delimitado por los pliegos de la contratación.

En concreto, el producto objeto del proceso de subasta inversa electrónica SIE-EPP-087-297-2011, ha sido descrito en los pliegos como “*Calzado de Seguridad 2010-2011*”, bajo las especificaciones técnicas constantes en dicho documento.

En relación a los posibles sustitutos no es posible señalar sustitutos para este producto, ya que un operador económico que llegare a ofertar un producto distinto a lo establecido, sería descalificado. De la misma manera, en relación a las preferencias de clientes, en este caso es EP PETROECUADOR quien publica lo que requiere contratar a través de los pliegos, por lo cual se concluye nuevamente que no se puede considerar otros productos que no sean los estipulados en dichos pliegos.

Por lo expuesto se define como mercado relevante de producto al *mercado relevante*, “*Calzado de Seguridad 2010-2011*”, con las condiciones técnicas especificadas en los pliegos respectivos al proceso de subasta inversa electrónica SIE-EPP-087-297-2011.

8.1.3. Mercado geográfico.- En relación al mercado geográfico, el artículo 5 de la LORCPM establece que éste “[...] comprende el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, los costos de transporte, las modalidades de venta y las barreras al comercio existentes.” Teniendo en cuenta el contexto bajo el cual se desenvuelve este caso, al no existir sustitutos para el producto estudiado, es necesario referirse nuevamente a los pliegos emitidos por EP PETROECUADOR para el proceso de subasta inversa electrónica No. SIE-EPP-087-297-2011.

En tal sentido, la convocatoria para dicho proceso ha sido de carácter nacional, y cualquier operador económico nacional o extranjero, domiciliado o con representación legal en el Ecuador, está facultado a participar en el proceso de contratación, siempre y cuando se rija a las condiciones específicas mencionadas ✕

supra. Por los motivos expuestos, el mercado geográfico para el presente caso comprende a todo el territorio nacional.

8.2.- Del análisis de la(s) conducta(s) investigada(s).-

Las infracciones a la competencia que se analizaron en el presente procedimiento administrativo corresponden a las conductas tipificadas en los numerales 6 y 21 del artículo 11 de la LORCPM.

Respecto a la conducta tipificada en el numeral 6 del artículo 11 de la LORCPM, en concordancia con lo establecido en el numeral 4 del artículo 8 del Reglamento para la Aplicación de la LORCPM, se presume que dicha conducta tiene por objeto impedir, restringir, distorsionar y falsear la competencia, afectando negativamente la eficiencia económica o el bienestar general; por tanto dicha conducta se excluye de la aplicación de la Regla de Mínimis, de conformidad a lo establecido en el artículo 9 del Reglamento para la Aplicación de la LORCPM.

Así, el cargo imputado y que amerita la prosecución de la instrucción del procedimiento es la práctica restrictiva horizontal² entre los oferentes FRANKIMPORT CIA. LTDA. y Jorge Franklin Hinojosa Arteaga en el mercado relevante de ámbito nacional *“contrataciones públicas de calzado de seguridad bajo la modalidad de subasta inversa electrónica”*. El presente criterio se denomina la regla *“per se”*, que aplica únicamente a aquellas prácticas que por su naturaleza anticompetitivas resultan ilegales de pleno derecho.

*“De acuerdo con la jurisprudencia norteamericana, este sistema se utiliza para analizar todos aquellos acuerdos y prácticas cuya naturaleza y efecto resultan tan evidentemente anticompetitivos, que no se necesita realizar un elaborado estudio de la industria respectiva para concluir que son ilegales, motivo por el cual se considera que son ilegales Per se”.*³

8.2.1. Factores que sustentan la comisión de la conducta tipificada en el numeral 6 del artículo 11 de la LORCPM.- En este acápite se analiza los factores que sustentan la comisión de la conducta tipificada en el numeral 6 del artículo 11 de la LORCPM por parte de los oferentes FRANKIMPORT CÍA. LTDA. y quien ejerce o ejercía el cargo de presidente de la compañía, la persona natural Jorge Franklin Hinojosa Arteaga.

8.2.1.1. Del proceso competitivo en el mercado de referencia.- Dentro del mercado relevante señalado, el cual se refiere específicamente al proceso de subasta inversa electrónica SIE-EPP-087-2011, se observa que FRANKIMPORT CIA. LTDA. y JORGE FRANKLIN HINOJOSA ARTEAGA fueron los únicos operadores económicos participantes de la etapa de puja, observando que:

² Se entiende por práctica restrictiva horizontal toda práctica concertada entre dos o más operadores económicos pertenecientes al mismo eslabón productivo, es decir, que producen, venden, distribuyen o importan el mismo bien y/o servicio, i.e., empresas competidoras.

³ Dr. Andrés Guerrero Pardo, Derecho de Competencia en <http://www.monografias.com/trabajos14/derecho-competencia/derecho-competencia.shtml>

- a. Del Proceso de Contratación Nro. SIE-EPP-087-291-2011.-** La Empresa Pública de Hidrocarburos –EP PETROECUADOR – ante la necesidad de adquirir calzado de seguridad, dio inicio al proceso de contratación por subasta inversa electrónica signado con el Nro. SIE-EPP-087-291-2011 el 24 de octubre del 2011, cuyo precio referencial fue de USD \$ 2.637.500.

En este proceso de contratación pública presentaron las ofertas los siguientes proveedores: BOLIVAR INTERNATIONAL SUPPLY BIS S.A.; FRANKIMPORT CIA. LTDA.; PETROPARTS S.A.; IMPRECEAR CIA. LTDA.; ABRACOL S.A.; Alexander Bladimir Ruiz Cajas; IMPODISOF S.A.; Jorge Franklin Hinojosa Arteaga; y, VIRTUALWORK S.A., de los cuales fueron calificados los siguientes: BOLIVAR INTERNATIONAL SUPPLY BIS S.A.; FRANKIMPORT CIA. LTDA.; y, Jorge Franklin Hinojosa Arteaga, de conformidad con el informe técnico presentado por la Comisión designada por la entidad contratante.

El proceso de puja inició el 16 de noviembre de 2011, debiendo participar los tres oferentes antes mencionados; sin embargo, al momento de iniciar la puja se descalificó a BOLIVAR INTERNATIONAL SUPPLY BIS S.A. en razón de que no se encontraba habilitado por el Servicio de Rentas Internas.

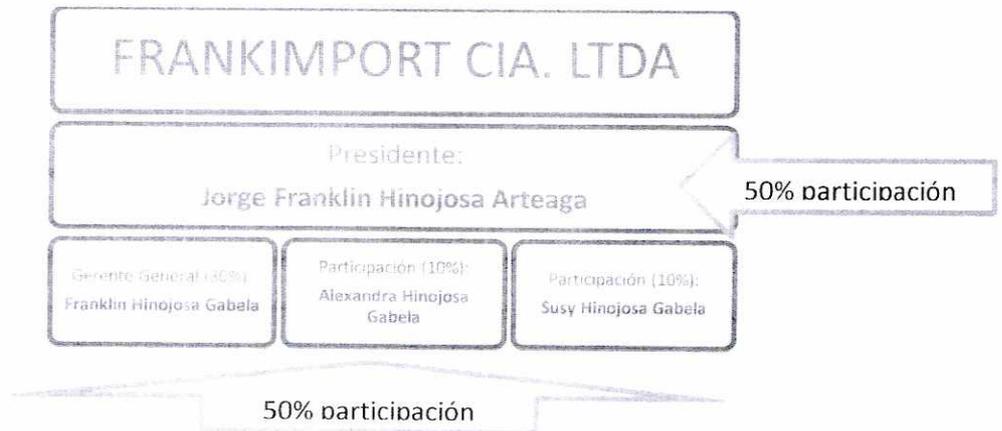
Al continuar dentro del proceso de contratación FRANKIMPORT CIA. LTDA., y Jorge Franklin Hinojosa Arteaga, y concluida la etapa de puja, la contratación fue adjudicada a FRANKIMPORT CIA. LTDA., por un valor de USD \$ 2'571,075. Es decir, el resultado de la subasta inversa fue una rebaja del precio referencial de 2,51%, inclusive inferior al descuento mínimo de 5% que exige el numeral 4 del artículo 47 del Reglamento para la aplicación de la LOSNCP, para los casos de un único oferente habilitado al proceso de puja.

- b. De la vinculación entre la persona jurídica FRANKIMPORT CÍA. LTDA., y la persona natural Jorge Franklin Hinojosa Arteaga.-** La Tabla 01 muestra la vinculación entre los oferentes FRANKIMPORT CIA. LTDA., y Jorge Franklin Hinojosa Arteaga, mismos que presentaron ofertas por separado para el proceso de contratación por Subasta Inversa Electrónica Nro. SIE-EPP-087-291-2011; y resultaron los únicos oferentes habilitados en el proceso de puja.

Tabla 01. Vinculación entre la persona jurídica FRANKIMPORT CÍA. LTDA., y la persona natural Jorge Franklin Hinojosa Arteaga.

FRANKIMPORT CIA. LTDA. (Persona Jurídica)	Jorge Franklin Hinojosa Arteaga (Persona Natural)
RUC N° 1792024846001	RUC N° 1700572637001
Actividad Comercial: Actividades de confección y fabricación de toda clase de ropa, especialmente ropa de trabajo.	Actividad Comercial: Fabricación de prendas de vestir para trabajo y uniformes

ropa para protección industrial. ropa de cuero.	
--	--



Fuente: Servicio de Rentas Internas – Superintendencia de Compañías⁴.

Elaboración: Dirección Nacional de Investigación de Acuerdos y Prácticas Restrictivas.

De los resultados mostrados en la Tabla 01, se colige la existencia de vínculos jurídicos y financieros entre los proveedores investigados, en virtud de que: **i)** Jorge Franklin Hinojosa Arteaga –proveedor participante como persona natural– es presidente de la compañía FRANKIMPORT CIA. LTDA.; y, **ii)** Jorge Franklin Hinojosa Arteaga es propietario del 50% de participaciones de FRANKIMPORT CIA. LTDA.

Adicionalmente, según se desprende de la copia certificada del acta de convalidación de la Gerencia de Seguridad, Salud y Ambiente de EP PETROECUADOR, a foja 000734 del expediente, se observa que quien entregó la oferta por parte de JORGE FRANKLIN HINOJOSA ARTEAGA responde al nombre de “*Joselito Sánchez*” y según certificaciones del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, constante en foja 2814 del expediente se desprende que el señor Joselito Weismuller Sánchez Ulcuango laboró para JORGE FRANKLIN HINOJOSA ARTEAGA desde el mes de agosto de 2006 hasta diciembre de 2012, y para el operador económico FRANKIMPORT CIA LTDA., desde enero de 2012 hasta octubre de 2014; este hecho es importante toda vez que según las direcciones constantes en los pliegos tanto FRANKIMPORT CIA LTDA., como JORGE FRANKLIN HINOJOSA ARTEAGA responden a una misma ubicación.

A foja 746 que obra del expediente, consta copia certificada de la Gerencia de Seguridad, Salud y Ambiente de EP PETROECUADOR, oficio No. INCOP-SDG-2012-0369-0F de 17 de enero de 2012 del Instituto Nacional de Contratación Pública, que en su parte pertinente indica: “[...] *la Entidad Contratante debía analizar la conexión existente entre ambas ofertas y consecuentemente tomar la decisión correspondiente al caso*”.

⁴ Información remitida por la Superintendencia de Compañías, agregada al expediente a foja 000013 y 000016.

Asimismo, a foja 747 consta copia certificada del memorando No. 209-DABS-2012 de EP PETROECUADOR en su parte pertinente, se indica: “(...) *se considera que no existe ningún tipo de irregularidad y si bien puede existir relación entre los dos oferentes (...)*”. (La negrilla no corresponde al texto). Es decir que EP PETROECUADOR tuvo conocimiento de esta relación.

A foja 628 del expediente administrativo consta copia certificada de la Factura de FRANKIMPORT CÍA. LTDA de la factura No. 001-001-000006071 de 09 de agosto de 2012, consta en la parte inferior derecha el correo electrónico: “franklin2000@andinanet.net”, así como los números telefónicos constantes en la citada factura son los mismos que se precisan en los formularios Nos. 1, 2, 3, 4 dentro del proceso de subasta inversa electrónica **SIE-EPP-087-291-2011**.

Conforme a la foja No. 1043 del expediente administrativo consta el certificado de experiencia del operador económico FRANKIMPORT CÍA LTDA., en el que llama por sobremanera la atención que en el mismo figura el nombre de la competencia, es decir, compañía FRANK, este nombre es el mismo que aparece en el logotipo del formulario No. 1 del oferente JORGE FRANKLIN HINOJOSA ARTEAGA.

Mediante oficio No. INCOP-CNAJ-2013-0321-OF de 24 de julio de 2013, documento que obra del expediente de fojas 1639 a 1641, se expone el detalle de las direcciones IP de las que se descargó la documentación y/o participación en el proceso de contratación de Subasta Inversa Electrónica No. SIE-EPP-087-291-2011, en el que se puede destacar:

PROCESO DE PUJA
DIRECCIÓN IP
186.4.137.145 (oferta inicial FRANKIMPORT CÍA LTDA)
186.4.137.145 (oferta inicial HINOJOSA ARTEAGA JORGE FRANKLIN)
186.4.137.145 (oferta final HINOJOSA ARTEAGA JORGE FRANKLIN)
186.4.137.145 (oferta final FRANKIMPORT CÍA LTDA)

Se advierte que a foja 2821 del expediente consta el certificado No. C310605915001 del Registro de la Propiedad del Distrito Metropolitano de Quito, en su parte pertinente, se indica: “[...] *venden a favor de los cónyuges señores JORGE FRANKLIN HINOJOSA ARTEAGA y MARÍA DEL CARMEN GABELA ALARCÓN, el inmueble compuesto de terreno y edificaciones, ubicado en la Avenida República número diez y siete ochenta y dos, situado en la parroquia BENALCAZAR, de este cantón [...]*”. Dicho inmueble corresponde con la dirección establecida por los oferentes en los formularios entregados en el proceso de subasta inversa electrónica SIE-EPP-087-291-2011.

- c. Del comportamiento de los oferentes vinculados en procesos de contratación pública.-** El hecho que la persona jurídica FRANKIMPORT CÍA. LTDA. y la persona natural JORGE FRANKLIN HINOJOSA ARTEAGA cuenten con un Registro Único de Contribuyentes distinto por cada uno y hayan presentado una oferta cada uno en el proceso de contratación, supone la existencia de autonomía ^x

comercial, lo que permitió ocultar y disimular la vinculación societaria y financiera de los proveedores presuntamente independientes.

El Consejo de Competencia de la República Francesa⁵, señala que en los casos en los que se constatan nexos jurídicos y financieros entre dos o más oferentes; y exista autonomía comercial, se aplicarán los siguientes criterios respecto al comportamiento de los oferentes en procesos de contratación pública:

I) Cuando dos o más oferentes en un proceso de contratación tengan nexos jurídicos y financieros entre ellos; pero dispongan de autonomía comercial, resulta lícito el hecho de presentar **ofertas distintas**, independientes, sin conexión oculta, competitivas y que por consecuencia no sean resultado de una concertación o acuerdo entre las partes.

II) Dos o más oferentes en un proceso de contratación que tengan nexos jurídicos y financieros entre ellos; pero que dispongan de autonomía comercial, resulta lícito el hecho de renunciar a dicha autonomía en procesos de contratación y concertar para decidir cuál será el oferente que presentará la oferta, o concertar sobre las condiciones de la misma; con la condición de no presentar más de una **única oferta**.

III) Por otro lado, cuando dos o más oferentes tengan nexos jurídicos entre ellos, la presentación de varias ofertas manifiesta la autonomía comercial de los oferentes que las presentan y la independencia de dichas ofertas.

Sin embargo, si estas ofertas se han presentado en concertación entre las partes, las mismas no se considerarán independientes; y por tanto, el acto resulta ilícito e implica una infracción al numeral 6 del artículo 11 de la LORCPM, **pues el mismo acto tiene por objeto falsear la competencia**, afectando negativamente la eficiencia económica y particularmente el ahorro de recursos públicos utilizados para la contratación.

Por lo tanto, el hecho que de la dirección IP se haya descargado documentación y/o participación en el proceso de contratación de Subasta Inversa Electrónica No. SIE-EPP-087-291-2011, implica que inexorablemente **hubo comunicación** entre los oferentes FRANKIMPORT CIA. LTDA. y JORGE FRANKLIN HINOJOSA ARTEAGA, en el proceso de subasta inversa electrónica No. SIE-EPP-087-291-2011, según copia certificada del oficio No. INCOP-CNAJ-2013-0321-OF de 24 de julio de 2013, documento que obra del expediente en fojas 1639 a 1641.

d. Aspectos adicionales que ratifican la adecuación de los operadores investigados en la comisión de la conducta prohibida.- Los oferentes para poder participar en

⁵ Décision n° 03-D-07 du 4 février 2003 relative à des pratiques relevées lors de la passation de marchés d'achat de panneaux de signalisation routière verticale par des collectivités locales.

el proceso de subasta inversa electrónica Nro. SIE-EPP-087-291-2011 tuvieron conocimiento de los pliegos de la contratación y debían completar los formularios correspondientes, los cuales tenían que ser presentados a la empresa contratante PETROECUADOR EP previo a la calificación de las ofertas.

En las fojas 1009 a 1009 se aprecia el formulario 1 referente a “*Carta de Presentación y Compromiso*”, los oferentes declararon: “[...] *que la oferta la hace en forma independiente y sin conexión oculta con otra u otras personas, compañías o grupos participantes en este procedimiento de Subasta Inversa Electrónica y que, en todo aspecto, la oferta es honrada y de buena fe. Por consiguiente, asegura no haber vulnerado y que no vulnerará ningún principio o norma relacionada con la competencia libre, leal y justa; así como declara que no establecerá, concertará o coordinará –directa o indirectamente, en forma explícita o en forma oculta– posturas, abstenciones o resultados con otro u otros oferentes [...]*”. Es decir que, FRANKIMPORT CIA. LTDA., y Jorge Franklin Hinojosa Arteaga aceptaron las condiciones establecidas para la contratación, declarando haber realizado la oferta en forma independiente; sin embargo, como se mostró en el acápite anterior *supra* estos dos oferentes tienen una clara y evidente conexión así como vinculación entre sí.

A fin de determinar que los escritos presentados por los operadores económicos FRANKIMPORT CÍA LTDA., y Jorge Franklin Hinojosa guardan relación entre sí, se llevó a cabo un peritaje documentológico, signado con el Nro. 001-EHY-12-2014, suscrito por el doctor Edison Hernández Yunda, quien concluye: “[...] *5.2.- QUE, EN EL PIE DE PÁGINA DE LOS PLIEGOS DOCUMENTOS PRESENTADOS POR LAS DOS EMPRESAS FRANKIMPORT CÍA LTDA. Y JORGE FRANKLIN HINOJOSA, PRESENTAN UNA IMPRESIÓN MATRICIAL CUYO TEXTO CORRESPONDE A UNA MISMA DIRECCIÓN ENTRE SÍ.- 5.3.- QUE AL ANÁLISIS DE LOS NÚMEROS OBRANTES EN EL PIE DE FIRMA DE LA PÁGINA 14, ESTOS, PRESENTAN CARACTERÍSTICAS GRÁFICAS Y MORFOLÓGICAS SIMILARES DEMOSTRADAS GRÁFICAMENTE EN EL ACÁPITE ANTERIOR. 5.4.- QUE AL ANÁLISIS GRAFOTÉCNICO DE LA FIRMA Y RÚBRICA OBRANTE SOBRE EL TEXTO QUE SE LEE: Ing. Franklin Hinojosa A. DEL DOCUMENTO ACTA DE ENTREGA Y RECEPCIÓN ENTRE PETROECUADOR Y LA EMPRESA FRANKIMPORT; COTEJADA CON LA FIRMA Y RÚBRICA OBRANTE SOBRE EL TEXTO QUE SE LEE: Franklin Hinojosa Arteaga DEL DOCUMENTO DE PRESENTACIÓN DE LA EMPRESA JORGE FRANKLIN HINOJOSA- A FOJA 3; PRESENTAN CARACTERÍSTICAS MORFOLÓGICAS SIMILARES ENTRE SÍ, EN VIRTUD DE QUE, DICHA PERSONA SUSCRIBE PARA LA EMPRESA FRANKIMPORT CÍA LTDA. COMO PRESIDENTE Y PARA LA EMPRESA JORGE FRANKLIN HINOJOSA, LO SUSCRIBE COMO GERENTE PROPIETARIO [...]*”.

Finalmente, de fojas 002312 a 002313 se constata que el ingeniero Pedro Caicedo realizó el peritaje informático “[...] *a fin de determinar el origen de las comunicaciones digitales y la coincidencia de direcciones IP como de proveedores*” X

de servicio de internet para los oferentes calificados para la puja del proceso de contratación pública por subasta inversa electrónica No. SIE –EPP-087-091-2011 [...]” y concluyó que “[...] los proveedores del Estado JORGE FRANKLIN HINOJOSA ARTEAGA Y FRANKLIMPORT CÍA LTDA., utilizaron el mismo proveedor de servicio de internet (ISP) y [...] la misma red la misma dirección IP, esto es el mismo lugar, oficina, departamento, casa o edificio durante el periodo de puja [...]”.

8.2.2. Determinación sobre la comisión de la práctica restrictiva tipificada en el numeral 21 del artículo 11 de la LORCPM.- A fin de determinar la existencia de acuerdos entre el comprador Petroecuador EP y el proveedor FRANKIMPORT CÍA LTDA., se consideran los siguientes elementos:

- a. Consta de fojas 694 a 733 copia certificada del “Acta de Calificación de Participantes para la Adquisición de Calzado de Seguridad”, en la que la Comisión Técnica integrada por: “Ing. Paulo Lizano Núñez, Ing. Efrén Monteverde Núñez e Ing. Rommel Valverde Mora”, realizaron el análisis técnico de las ofertas impresas presentadas por los oferentes IMPRECEAR CIA. LTDA., ABRACOL S.A., IMPODISOF S.A., PETROPARTS S.A., JORGE FRANKLIN HINOJOSA, FRANKIMPORT CIA LTDA., ALEXANDER BLADIMIR RUIZ CAJAS (PIGE), y VIRTUALWORK S.A.; y, en el numeral III de dicho documento la Comisión acepta como válidas las ofertas presentadas por las empresas BIS S.A., JORGE FRANKLIN HINOJOSA y FRANKIMPORT CÍA LTDA.
- b. A fojas 674 se aprecia el Formulario No. 5 presentado por el oferente FRANKIMPORT CÍA. LTDA., en el cual consta como accionista el ciudadano Jorge Franklin Hinojosa Arteaga de cédula 1700572637, con un porcentaje de participación del 50%, hecho que en principio no le permitiría alcanzar mayoría en la Junta General de Socios; sin embargo, según oficio No. DIGERCIC-DIC-2014-0570 de 08 de diciembre de 2014 de la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación (fs. 2823) se adjunta anexo que contiene datos de filiación del ciudadano FRANKLIN ANDRÉS HINOJOSA GABELA (fs. 2827), se evidencia que el padre del referido ciudadano es JORGE FRANKLIN HINOJOSA, lo que permite concluir que para adopción de decisiones societarias, el resto de accionistas (hijos) se adhieren al 50% (del padre).
- c. Por otra parte, los integrantes de la Comisión Técnica revisaron el certificado de experiencia del oferente FRANKIMPORT CÍA. LTDA., (fs.1043) lo cual ratifica la existencia del vínculo entre los dos oferentes, por lo que al amparo de lo previsto en el artículo 54 del Reglamento a la Ley Orgánica de Contratación Pública la responsabilidad de verificar el contenido de la veracidad de los formularios del proceso SIE-EPP-087-291-2011, recae en “Ing. Paulo Lizano Núñez, Ing. Efrén Monteverde Núñez e Ing. Rommel Valverde Mora”, miembros de la Comisión Técnica para este proceso de contratación pública.

Con los elementos constantes en el expediente, se evidencia la existencia de una inobservancia por parte de los miembros integrantes de la Comisión Técnica: “Ing. Paulo Lizano Núñez, Ing. Efrén Monteverde Núñez e Ing. Rommel Valverde Mora”, quienes a través de su participación directa dieron la posibilidad de la práctica de la conducta antijurídica investigada por parte de los operadores económicos JORGE FRANKLIN HINOJOSA ARTEAGA como persona natural, y FRANKIMPORT Cía. Ltda., dentro del proceso de contratación SIE-EPP-087-291-2011 realizado por la empresa contratante EP PETROECUADOR.

- d. La entrega recepción de la mercadería en la que se lee: “Cantidad, Bota, de cuero engrasado caña alta de **10”** de alto, con puntera de acero, cumple las normas ASTM [...] nótese que en los pliegos se requirieron botas de **11”**”, se manifiesta que se las recibía porque la norma de EP Petroecuador permitía esa variación, pero la contratante debió establecer ese rango de tamaño en las especificaciones técnicas previas al proceso de contratación, de este modo se excluye del proceso de contratación a los operadores económico que eventualmente podrían tener esa mercadería, sin embargo este particular se aclara en las preguntas que realiza FRANKIMPORT S.A. dentro del proceso de contratación pública y este proceso es abierto y tienen acceso los demás operadores económicos.

- 8.2.3. De los hechos analizados y las conclusiones precedentes, se establece que el operador económico Petroecuador y la Comisión Técnica conformada por: Ing. Rommel Valverde Mora, Presidente de la Comisión; Ing. Paulo Lizano Núñez, Miembro de la Comisión de Evaluación Técnica; Ing. Efrén Monteverde Núñez, Miembro de la Comisión de Evaluación Técnica, servidores de EP PETROECUADOR, habrían coadyuvado de modo directo y de manera injustificada para que los operadores económicos investigados adecuen su conducta a la comisión de la práctica restrictiva tipificada en el numeral 21 del artículo 11 de la LORCPM.

De lo manifestado en este acápite es necesario concluir que para que exista competencia debe haber concurrencia en el mercado como supuesto fáctico, entendiéndose como concurrencia en materia de competencia como la situación de empresas que rivalizan en el mercado ofreciendo o demandando un mismo producto o servicio, situación que en el presente caso no ha ocurrido, por cuanto de la investigación se desprende que existió cooperación y coordinación entre los operadores económicos FRANKIMPORT CÍA. LTDA., y Jorge Franklin Hinojosa Arteaga.

En el acuerdo los operadores económicos sustituyeron los riesgos de la competencia por una cooperación entre ellas, evidenciándose la coordinación y las cooperaciones necesarias para la práctica concertada, siendo en realidad acciones de un solo operador económico que al presentarse como lo hicieron, **falsearon y distorsionaron la competencia**. Por tanto el concepto fundamental es que cada*

operador debe determinar su política comercial de manera independiente, y esto no ocurrió, perfeccionándose la infracción contenida en el numeral 6 del artículo 11 de la LORCPM.

También, del mismo proceso investigativo se concluye que existió una práctica concertada en la relación de Petroecuador EP con FRANKIMPORT CÍA. LTDA., entendiéndose como práctica concertada: Aquellas conductas anticompetitivas que se derivan de una identidad de comportamientos que no se explican de manera **natural** por la propia estructura o las condiciones de competencia del mercado y que por ello, inducen a pensar en la existencia de acuerdos tácitos o formas de coordinación entre los operadores económicos que no pueden ser expresamente probadas. Para estos casos, es legítimo aplicar las pruebas sobre la base de las presunciones; de este modo los indicios unívocos, concordantes y conexos como: la falta de descalificación de los oferentes FRANKIMPORT CÍA. LTDA., y Jorge Franklin Hinojosa Arteaga, a pesar de que los miembros de la Comisión Técnica conocían de esa situación; la aceptación por parte de Petroecuador EP, de la propuesta y de la recepción de la mercadería que FRANKIMPORT CÍA. LTDA., ofertó y entregó: las botas de caña de 10", que no cumplen con la especificación técnica del tamaño de la caña que es de 11", requisito determinado en las bases de concurso, situación que excluyó a otros oferentes del mercado, incluyendo a los mismos descalificados; es usual que en este tipo de contrataciones el oferente baje la cotización en un 5% del valor del contrato, sin embargo EP Petroecuador aceptó tan solo un 2,5% de rebaja; y, la demora de casi dos meses en la entrega de la mercadería al comprador.

Son muchos indicios que se convierten en la presunción de la comisión de la infracción establecida en el numeral 21 del artículo 11 de la LORCPM. Sin embargo de lo manifestado, el numeral 21 del artículo 11 de la LORCPM, no cumple con la regla "*per se*" de la competencia, es decir no se sanciona a los operadores económicos por la sola infracción cometida, por el contrario en este caso es aplicable la regla "*de la razón*", regla que obliga a determinar el daño que se ha realizado en el mercado relevante.

La regla de la razón se aplica en las relaciones verticales de comercio, es decir entre productores y comercializadores o distribuidores, incluyendo a las relaciones entre compradores y vendedores; y, para el caso del numeral 21 del artículo 11 de la LORCPM, expresamente manifiesta a "*Los acuerdos entre proveedores y compradores, al margen de lo que establece la ley, que se pueden dar en compras públicas que direccionen y concentren la contratación [...]*".

En el caso en análisis, si verificamos los efectos del mercado entre los operadores económicos oferentes vemos que, de los siete (7) oferentes, cuatro quedaron descalificados por el informe técnico de la Escuela Politécnica Nacional, entidad que realizó un examen de resistencia a las botas ofertadas, siendo descalificados

IMPODISOF S.A., RUIZ CAJAS ALEXANDER BLADIMIR, COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL ABRACOLS.A., y PETROPARTS S.A., quedando habilitados tan solo tres empresas, como las oferentes de las botas más resistentes: FRANKIMPORT Cía. Ltda.; Jorge Franklin Hinojosa Arteaga; y, Bolívar Internacional Supply Biss S.A., esta última registró problemas con el SRI el día mismo en el que debía subir la información, por lo que no pudo hacerlo, razón por la que quedaron los operadores económicos FRANKIMPORT CÍA LTDA y JORGE FRANKLIN HINOJOSA ARTEAGA, como finalistas en la fase de calificación en este proceso de contratación.

En documentos, la descalificación de los operadores económicos es formal y no se encuentra que se haya perjudicado el mercado de oferentes en el proceso de contratación pública, más allá de los indicios de presunto direccionamiento en el trámite e contratación. De otro lado, respecto de los usuarios de los productos contratados, los trabajadores de EP PETROECUADOR, se encuentran usando las botas contratadas y no se evidencia del expediente reclamos en la calidad de los productos, por lo que, no existiendo efectos nocivos en el mercado, tanto de oferentes como de usuarios, no procede la imputación a EP PETROECUADOR como infractor al numeral 21 del artículo 11 la LORCPM.

La Intendencia de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, en su Informe Final imputa a los funcionarios de la Comisión Técnica y administrativos, Ing. Rommel Valverde Mora, Presidente de la Comisión; Ing. Paulo Lizano Núñez, Miembro de la Comisión de Evaluación Técnica; Ing. Efrén Monteverde Núñez, Miembro de la Comisión de Evaluación Técnica, encargados del proceso de adquisición de las botas up supra, se encuentra que, no se les formuló cargos expresamente, en el Informe de Resultados, lo que atentó a sus derechos fundamentales garantizados por el artículo 76 de la Constitución de la República.

Adicionalmente, se excluyen de la presente imputación a los servidores administrativos y a los miembros de la Comisión Técnica toda vez que no se ajustan a lo dispuesto por el segundo inciso del artículo 77 de la LORCPM, que en su texto manifiesta: *“A los efectos de la aplicación de esta Ley, la actuación de un operador económico es también imputable a los operadores o personas que la **controlan**, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas.”*. Considerando además que en materia de competencia la norma citada establece quiénes pueden ser sujetos infractores, y sólo puede hacerse extensivo a las personas u operadores que la **CONTROLAN** el control solamente se extiende a los socios, representantes legales, holdings o compañías tenedoras de acciones y no así a una Comisión Técnica conformada por técnicos y analistas institucionales. Sin embargo de ello, esta Resolución será reenviada a la Contraloría General del Estado para que determine las responsabilidades de orden administrativo, civil o penal, si fuere del caso. X

NOVENO.- DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DE INFRACCIÓN Y RESPONSABILIDAD QUE CORRESPONDA A SUS AUTORES.- Del análisis realizado en la presente resolución, sobre la base del Informe final dentro del expediente Nro. SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-007, remitido por el doctor Alexis Jurado Vaca, Intendente de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, mediante memorando Nro. SCPM-IIAPMAPR-006-2015-M de 5 de enero de 2015 y en atención de la prueba presentada en este procedimiento administrativo, se advierte, y esta Comisión de Resolución de Primera Instancia así lo declara, que el operador económico FRANKIMPORT S.A. y Franklin Hinojosa Arteaga **falsearon y distorsionaron la competencia** en la presentación de ofertas y en la etapa de puja del proceso de contratación pública SIE-EPP-087-291-2011, infringiendo la norma contenida en el numeral 6 del artículo 11 de la LORCPM.

DÉCIMO.- SANCIÓN.- En aplicación del literal c) del artículo 79 de la LORCPM, que establece: *“La Superintendencia de Control del Poder de Mercado impondrá a las empresas u operadores económicos, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellos que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley, las siguientes sanciones: [...] c) Las infracciones muy graves con multa de hasta el 12% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa.”*, ésta Comisión sanciona a la persona jurídica FRANKIMPORT CÍA LTDA., y a la persona natural Jorge Franklin Hinojosa **al pago del 12% del volumen total del negocios dentro del mercado relevante**, por cuanto sustituyeron los riesgos de la competencia por una cooperación entre ellos, existiendo una acción simulada entre los dos operadores económicos que pertenecen al mismo grupo económico, es decir que la coordinación y las cooperaciones necesarias para la práctica concertada eran en realidad acciones de un solo operador económico.

DÉCIMO PRIMERO.- CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN.- Base Normativa.- Para la determinación del importe de la multa, la LORCPM establece en su artículo 80: *“Criterios para la determinación del importe de las sanciones.- El importe de las sanciones se fijará atendiendo, entre otros, a los siguientes criterios: a) La dimensión y características del mercado afectado por la infracción. b) La cuota de mercado del operador u operadores económicos responsables. c) El alcance de la infracción. d) La duración de la infracción. e) El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos. f) Los beneficios obtenidos como consecuencia de la infracción. g) Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurran en relación con cada una de las empresas u operadores económicos responsables.*

De su lado los artículos 95 y siguientes del Reglamento para la Aplicación de la LORCPM, claramente señalan: *“Cálculo del importe de las multas.- El importe de las multas establecidas en el artículo 79 de la Ley será fijado por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, atendiendo a los criterios establecidos en el artículo 80 y siguientes del mismo cuerpo normativo, y según la metodología siguiente: 1) La Superintendencia determinará la base para el cálculo del importe de la multa para cada operador económico o asociación, unión o agrupación de operadores económicos. 2) La Superintendencia multiplicará el importe de base en función de la duración de la conducta. 3) La Superintendencia ajustará el importe de base total incrementándolo o reduciéndolo en base a una evaluación global de las circunstancias pertinentes.”*

Art. 96.- Base para el cálculo del importe de la multa.- La base para el cálculo del importe de la multa se fijará en referencia al volumen de negocios realizado en el mercado o mercados relevantes afectados por la infracción investigada.-

Con el fin de determinar la base para el cálculo del importe de la multa, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado tendrá en cuenta, entre otros, la dimensión y características del mercado afectado por la infracción; la cuota de mercado del operador u operadores económicos responsables; el alcance de la infracción; el efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos; los beneficios obtenidos como consecuencia de la infracción.- De conformidad con las circunstancias de la infracción y la gravedad de la misma, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá establecer la base para el cálculo del importe de la multa en relación al volumen de negocios total en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.

El artículo 96.- Base para el cálculo del importe de la multa.- La base para el cálculo del importe de la multa se fijará en referencia al volumen de negocios realizado en el mercado o mercados relevantes afectados por la infracción investigada.- Con el fin de determinar la base para el cálculo del importe de la multa, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado tendrá en cuenta, entre otros, la dimensión y características del mercado afectado por la infracción; la cuota de mercado del operador u operadores económicos responsables; el alcance de la infracción; el efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos; los beneficios obtenidos como consecuencia de la infracción.- a) Para el caso de la persona jurídica FRANKIMPORT CÍA. LTDA., y de la persona natural Jorge Franklin Hinojosa Arteaga el volumen de negocios (monto adjudicado) en el mercado relevante afectado (proceso de contratación Nro. SIE-EPP-087-291-2011) ascendió a **USD 2.571.075,00**.

Factores ponderadores de la Base del Importe de multa para FRANKIMPORT CÍA LTDA y persona natural Jorge Franklin Hinojosa Arteaga.

Nombre del Indicador	Valor del indicador
Parámetros de competencia - PC	
Naturaleza del sector o mercado objeto de la investigación	Si es Sector estratégico o priorizado
	No afecta a los derechos constitucionales
Creación de barreras estratégicas de entrada o salida en el sector o mercado objeto de investigación	Crea barreras estratégicas
Objeto de la infracción	Tiene objeto anticompetitivo
Cobertura geográfica de la Infracción	Ámbito Nacional

Efecto de la infracción	Efecto real sobre la competencia
Concurrencia de infracciones	La conducta conlleva a más de una infracción

Circunstancias Agravantes	Aplica
La comisión reiterada de infracciones tipificadas en la presente Ley	No
La adopción de medidas para imponer o garantizar el cumplimiento de las conductas ilícitas.	No
Persistencia de la infracción después de que la SCPM inicie una investigación	No
La falta de colaboración u obstrucción de la labor inspectora, sin perjuicio de la posible consideración como infracción independiente, según lo previsto en el artículo 78 numeral 1, literal g de la LORCPM.	No
La posición de responsable o instigador de la infracción.	Sí
Circunstancias Atenuantes	Aplica
La realización de actuaciones tendientes a reparar el daño causado.	No
La realización de actuaciones que pongan fin a la infracción.	No
La colaboración activa y efectiva con la Superintendencia de Control del Poder de Mercado llevada a cabo fuera de los supuestos de exención y de reducción del importe de la multa regulados en los artículos 83 y 84 de esta Ley.	No
La no aplicación efectiva de las conductas prohibidas.	No
Motivado por Instituciones públicas (estímulo)	Sí
Presión ejercida por otras empresas	No

DÉCIMO SEGUNDO.- DECISIÓN: La Comisión de Resolución de Primera Instancia en uso de sus atribuciones contempladas en el artículo 61 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del

Poder de Mercado, en concordancia con el artículo 71 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado,

RESUELVE:

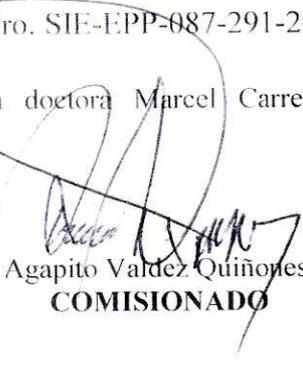
1. Acoger parcialmente el Informe Nro. SCPM-IIAPMAPR-001-2015 de 05 de enero de 2015, suscrito por el doctor Alexis Jurado Vaca en su calidad de Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (I), en lo principal el análisis, conclusiones y recomendaciones que determinan que: *“los operadores económicos JORGE FRANKLIN HINOJOSA ARTEAGA como persona natural, y FRANKIMPORT Cía. Ltda., en calidad de persona jurídica, han adecuado su conducta a la hipótesis descrita en el numeral 6 del artículo 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, falseando la competencia en la presentación de ofertas y en la etapa de puja del proceso de contratación pública Nro. SIE-EPP-087-291-2011.”*
2. Imponer al operador económico FRANKIMPORT CÍA. LTDA. y a la persona natural Jorge Franklin Hinojosa Arteaga la multa sancionadora de **TRESCIENTOS OCHO MIL QUINIENTOS VEINTE Y NUEVE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US\$ 308.529,00)** por cuanto se comprobó, en el presente procedimiento administrativo, que adecuaron su conducta a la infracción establecida en el numeral 6 del artículo 11 de la LORCPM, **falseando y distorsionando la competencia** en la presentación de ofertas y en la etapa de puja del proceso de contratación pública SIE-EPP-087-291-2011.
3. Ordenar al operador económico FRANKIMPORT CÍA. LTDA. y a la persona natural Jorge Franklin Hinojosa Arteaga que la multa sancionadora sea pagada dentro del **término de quince (15) días** contados a partir de la notificación de la presente Resolución, para cuyo efecto deberá depositar éstos valores económicos en la cuenta corriente del Banco del Pacífico Nro. 7445261 a nombre de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Pago que deberá ser comunicado a esta Comisión.
4. Se dispone que a través de la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, se remita la presente Resolución a la Contraloría General del Estado para su conocimiento y, de considerarlo procedente, realice un examen especial de auditoría para determinar responsabilidades de orden administrativa, civil o penal de los servidores públicos que actuaron en el proceso de contratación pública Nro. SIE-EPP-087-291-2011 llevado a cabo por EP Petroecuador.
5. Medida correctiva.- A efectos de restablecer el proceso competitivo en el mercado relevante de este caso, y en concordancia con el último inciso del artículo 11 de la LORCPM, se dispone como medida correctiva que se remitan copias certificadas a la oficina de sorteos de la Corte Provincial de Pichincha a efectos de que se radique la competencia en uno de los señores jueces de lo civil del citado distrito judicial para

que una vez evacuado el trámite de ley, de ser procedente, se sirva declarar la nulidad de pleno derecho del proceso de contratación Nro. SIE-EPP-087-291-2011.

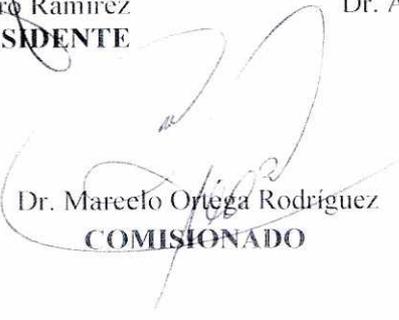
Actúe en calidad de Secretaria de esta Comisión la doctora Marcel Carrera Montalvo.
NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.-*



Abg. Juan Emilio Montero Ramirez
COMISIONADO PRESIDENTE



Dr. Agapito Valdez Quiñones
COMISIONADO



Dr. Marcelo Ortega Rodriguez
COMISIONADO