

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

Expediente No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-0011-2019

**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., a 23 de septiembre de 2019 a las 17h15, **VISTOS.-** En mi calidad de
Intendente Nacional de Investigación y Control de Abuso de 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, dentro del
expediente de investigación signado con el número SCPM-IGT-INICAPMAPR-0011-
2019, en uso de mis facultades legales y administrativas, emito las siguientes ordenes
procesales: **PRIMERA.- COMPETENCIA:** En virtud de lo dispuesto en los artículos
213 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE), 53 y 56 de la Ley Orgánica
de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM); 57 del Reglamento de
aplicación de la LORCPM y 11, numeral 11.2.3 del Estatuto Orgánico de Gestión
Organizacional por Procesos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado,
la suscrita autoridad es competente para dictar la presente Resolución. **SEGUNDA.-
VALIDEZ PROCESAL:** Revisado que ha sido el expediente administrativo No. SCPM-
IGT-INICAPMAPR-0011-2019, no se encuentran vicios de procedimiento que puedan
generar nulidad procesal ni solemnidades sustanciales en la presente fase de
investigación, por lo que se declara su validez. **TERCERA.- ANTECEDENTES
PROCESALES:** Dentro del expediente administrativo que se sustancia, se han realizado las
siguientes actuaciones procesales: **3.1.** Mediante escrito y anexos, ingresados a la Secretaría
General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el 23 de julio de 2019 a
las 13h28 y signada con número de trámite ID 138474, suscrito conjuntamente por José
Ignacio Holguín Castro y José Urizar Espinosa, se presenta una denuncia por parte del
operador económico AUTOS Y SERVICIOS DE LA SIERRA AUTOSIERRA S.A., en
contra del operador económico FISUM S.A., por presunto Abuso de Poder de Mercado; **3.2.**
Con providencia de 06 de agosto de 2019 a las 17h05, se dispuso solicitar al operador
económico AUTOS Y SERVICIOS DE LA SIERRA AUTOSIERRA S.A., complete su
denuncia en el término de tres (3) días, por no cumplir los requisitos del artículo 54 de la
Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado; y, conocer la excusa
presentada por el Abg. Bernardo Maya, Director Nacional de Investigación y Control de
Abuso de Poder de Mercado, por encontrarse inmerso en la causal tercera del artículo 86 del
Código Orgánico Administrativo; **3.3.** En resolución de 14 de agosto de 2019 a las 17h15,
se resolvió agregar el escrito del operador económico AUTOS Y SERVICIOS DE LA
SIERRA AUTOSIERRA S.A., ingresado el 13 de agosto de 2019 a las 15h52, y signado con
número de trámite ID 140366, mediante el cual aclara y completa su denuncia, y en virtud
del mismo correr traslado, al operador económico FISUM S.A., para que en el término de
quince (15) días, remita sus explicaciones, de acuerdo a lo establecido en el artículo 55 de la
Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Adicionalmente, se aceptó la
excusa presentada por el Abg. Bernardo Maya, Director Nacional de Investigación y Control
de Abuso de Poder de Mercado, y designó al Abg. Francisco Riofrio, para que ejerza las

funciones de Director Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, específicamente para el expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-0011-2019; 3.4. Mediante providencia de 20 de septiembre de 2019 a las 15h30, se dispuso agregar los escritos presentados por los operadores económicos AUTOS Y SERVICIOS AUTOSIERRA S.A., FISUM S.A., y por la SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS VALORES Y SEGUROS; así como las explicaciones presentadas por el denunciado FISUM S.A.

CUARTA.- IDENTIFICACIÓN DE LOS OPERADORES ECONÓMICOS INVOLUCRADOS: Al amparo de lo dispuesto por el artículo 62 literal a) del Reglamento a la LORCPM, se identifica los operadores económicos que hacen parte de la presente investigación:

4.1) OPERADOR ECONÓMICO DENUNCIANTE.- AUTOS Y SERVICIOS DE LA SIERRA AUTOSIERRA S.A., en adelante (AUTOSIERRA), con número de RUC 1890141818001, es una Compañía Anónima, debidamente constituida en la República del Ecuador, la cual tiene su domicilio en la provincia de Tungurahua, regulada por la Ley de Compañías, legalmente constituida mediante escritura pública otorgada el 25 de noviembre de 1997¹, su objeto social es: *“Actividades de compraventa, consignación, permuta, distribución, importación y exportación de vehículos automotores y afines”*²;

4.2) OPERADOR ECONÓMICO DENUNCIADO.- FISUM S.A., con número de RUC 01900347370001, es una Compañía Anónima, debidamente constituida en la República del Ecuador, la cual tiene su domicilio en la provincia del Azuay, regulada por la Ley de Compañías, legalmente constituida mediante escritura pública otorgada el 10 de abril de 2008³, su objeto social es: *“Fabricación, elaboración, transformación, acabado, mantenimiento, reparación, readecuación, y procesamiento de partes, piezas, repuestos, accesorios, máquinas, materiales, insumos y materias primas para el sector industrial, agroindustrial, pequeña industria y artesano o la prestación de servicios necesarios para realizar las actividades señaladas. La compañía podrá importar, exportar, comercializar y distribuir todos los materiales, materias primas, insumos, equipos y maquinarias, que fueren necesarios para el cumplimiento de su actividad principal”*⁴. **QUINTA.- DE LA DENUNCIA Y LAS EXPLICACIONES.- 5.1. El contenido de la denuncia: 5.1.1.**

Mercado Relevante: En la denuncia se presentan las siguientes puntualizaciones, el denunciante inicia definiendo los mercados en los cuales se estarían cometiendo las presuntas prácticas anticompetitivas: *“[...] Mercado Mayorista: Mercado de aprovisionamiento al por mayor de vehículos livianos nuevos como autos, camionetas y SUVs en el territorio ecuatoriano para su posterior venta o suministro de estos por parte del importador a su cadena de concesionarios, es decir, el mercado en el que operan los importadores y ensambladores de distintas marcas de vehículos en el Ecuador. Este sería el mercado relevante aguas arriba. El Grupo Almacenes Juan Eljuri participa en este mercado a través de FISUM S.A., y otras compañías que lo conforman [...]. Mercado Minorista: Mercado de aprovisionamiento al por menor de vehículos livianos nuevos como son autos, camionetas y SUVs en el territorio ecuatoriano para su posterior venta o suministro por parte del concesionario al consumidor final”*. Continúa el denunciante afirmando: *“[...]El denunciado, Grupo Almacenes Juan Eljuri, cuyo abuso fue/es instrumentado a través de*

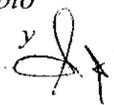
¹ Información obtenida del Portal Web de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. <https://appscvsmovil.supercias.gob.ec/portaldeinformacion>. [consultado 2019/09/20]

² Escritura Pública de constitución de compañía, AUTOS Y SERVICIOS DE LA SIERRA AUTOSIERRA S.A.

³ Información obtenida del Portal Web de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. <https://appscvsmovil.supercias.gob.ec/portaldeinformacion>. [consultado 2019/09/20]

⁴ Escritura Pública de constitución de compañía, FISUM S.A.

FISUM S.A., cuenta con poder de mercado en ambos mercados, aguas arriba y aguas abajo, sin embargo, las conductas anticompetitivas denunciadas se dan por el abuso de su poder de mercado en el mercado aguas arriba, aplicando a sus relaciones comerciales con el denunciante, opera en el mercado aguas abajo, con quien mantuvo una relación contractual de distribución hasta [REDACTED] [...]”; **5.1.2. Sobre la relación contractual que existió entre los operadores económicos:** La relación contractual que existió entre los agentes económicos sería el punto de partida de la denuncia por lo que, el denunciante señala: “La relación contractual entre el denunciado y mi representada se dio sobre la base de la distribución de vehículos Volkswagen de pasajeros (vehículos livianos) que concedió la denunciada a mi representada, [...]. Al respecto de esta situación, la doctrina establece que cuando existen este tipo de relaciones comerciales, sin perjuicio de que el denunciado cuenta con poder de mercado en un mercado amplio (en este caso cuenta con poder de mercado tanto en el mercado amplio como en el reducido), en base a la restricción generada por el contrato comercial, se produce lo que se conoce como la teoría del contratante obligatorio [...]”; **5.1.3. Del poder de mercado que ostentaría el denunciado:** Para sustentar la competencia de esta autoridad sobre los elementos de la denuncia, el denunciante hace mención al posible poder de mercado que tendría el denunciado, y menciona: “[...] El Grupo Almacenes Juan Eljuri cuenta con poder de mercado en el mercado relevante de suministro al por mayor de vehículos livianos nuevos como son autos, camionetas y SUVs en el territorio ecuatoriano, al tener a su cargo por lo menos 8 marcas que se importan y distribuyen en el Ecuador entre ellas, algunas de las marcas con mayor presencia en el mercado, como lo son Hyundai, Kia y Ford, así como una cantidad importante de concesionarios de múltiples marcas en el mercado aguas abajo, [...]”, con lo cual, en enuncios posteriores, menciona la presencia de posición de dominio de FISUM S.A., al ser una de las compañías que compone el grupo Almacenes Juan Eljuri, en el mercado relevante denunciado para los fines propios de definición de prácticas anticompetitivas enmarcadas en el artículo 9 de la Ley Orgánica de Control del Poder de Mercado; **5.1.4. Descripción de la conducta denunciada:** El operador económico denunciante carga la presunta comisión de conductas anticompetitivas por parte del agente económico FISUM S.A. de la siguiente manera: “[...] La cláusula sexta del contrato entre AUTOSIERRA Y FISUM, [...], establece lo siguiente: **SEXTA: FORMA DE PAGO.-** El concesionario debe tener vigentes avales por [REDACTED] conforme forecast establecido, los cuales estarán habilitados previo el retiro de las unidades. Los avales presentados deben ser emitidos por un banco local con calificación [REDACTED]. Los plazos de pago serán conforme las políticas vigentes a la fecha de facturación. En efecto, conforme al primer párrafo de la cláusula sexta, hasta [REDACTED] dicha disposición en general se aplicó de manera correcta, es decir, AUTOSIERRA, en cumplimiento de su obligación, mantuvo en todo momento avales vigentes que respaldaron un promedio de 2 meses de compras a FISUM, emitidos por instituciones financieras que cumplen con el requisito del segundo párrafo de la cláusula transcrita. FISUM oportunamente devolvía los avales vencidos los cuales eran inmediatamente reemplazados por avales con nuevos periodos de vigencia. Por otra parte, en virtud de lo establecido en el tercer párrafo de la cláusula transcrita, generalmente durante la relación comercial, FISUM, emitió facturas a AUTOSIERRA por sus pedidos con un vencimiento de [REDACTED] hasta [REDACTED] en ningún momento de FISUM requirió a AUTOSIERRA, el prepago por vehículos o repuestos, esto en virtud de que siempre se mantuvo vigentes los avales requeridos contractualmente. A partir de inicios de 2017, FISUM unilateralmente cambió las reglas de juego, apartándose de lo claramente establecido por el contrato, y



consecuentemente, cometiendo las infracciones tipificadas en los números 11, 13 y 23 del artículo 9 de la LORCPM. [...], [P]ues constituyen: (i) una fijación de manera unilateral e injustificada nuevas condiciones de las garantías requeridas para la compra venta de vehículos, (ii) una subordinación de manera unilateral e injustificada de la entrega de vehículos a la aceptación de condiciones de pago sin precedentes en la industria, en la relación comercial o el contrato, y (iii) una imposición de condiciones injustificadas a un comprador al requerir prestaciones suplementarias no relacionados con la presentación principal (pues AUTOSIERRA en todo momento cumplió con sus obligaciones de pago y de garantizar sus pedidos con los avales emitidos)". Con respecto a la conducta denunciada contemplada en el artículo 9 numeral 7, señala: "A lo largo de la relación comercial entre FISUM y AUTOSIERRA, el plazo de vencimiento común de las facturas emitidas por FISUM a AUTOSIERRA fue de 30 días, habiendo también algunas 60 o 90 días; no conocemos la practica en este sentido de FISUM S.A., frente a sus demás concesionarios. [...]. En atención a lo anterior, es evidente que, al otorgar condiciones comerciales distintas a competidores en situaciones equivalentes, en particular, distintos plazos de vencimiento en sus facturas comerciales, y, de confirmarse discriminación en la imposición de obligaciones exageradas en cuanto a los avales y el requerimiento de prepago por vehículos y repuestos, FISUM ha incurrido en la conducta descrita en el artículo 9 numero 7 de la LORCPM. Esta conducta no solo causa perjuicios a mi representada, sino que genera potenciales daños y perjuicios a la estructura competitiva del mercado, lo cual, a su vez genera un riesgo de afectaciones a los consumidores"; **5.1.5. Sobre el mercado temporal en el cual se habría cometido las presuntas prácticas anticompetitivas:** El denunciante indica: "La duración de la conducta denunciada supra fue llevada a cabo por parte de FISUM a partir de enero de 2017 hasta diciembre de 2018 de manera activa, una vez que AUTOSIERRA dio por terminado el contrato con FISUM por repetidos incumplimientos de la última; sin perjuicio de que las conductas denunciadas cesaron de forma activa el 31 de enero de 2019, al terminar el contrato entre FISUM y Volkswagen, como consecuencia de la pérdida de FISUM de la distribución de los vehículos Volkswagen de la línea de pasajeros, [...]"; **5.1.6. Afectación al mercado y al bienestar general:** En su denuncia AUTOS Y SERVICIOS DE LA SIERRA AUTOSIERRA S.A., establece que la afectación sería: "(i) FISUM demoró la entrega a mi representada de 7 vehículos modelo Tiguan, que fueron facturados y pagados por mi representada el 29 de diciembre de 2018, y que fueron entregados el 23 de mayo de 2019; la demora en la entrega de los vehículos resultó en un perjuicio para los consumidores y el mercado, la entrega de los mismos a los clientes que a su vez ya habían pagado, demoró 5 meses, [...], (ii) Adicionalmente, el 31 de enero de 2019 FISUM ejecutó los avales [REDACTED] entregados por mi representada sin que existan en ese momento cuentas por pagar vencidas por mi representada, pues, si bien, al momento existían cuentas por pagar por parte de mi representada a FISUM por un total de [REDACTED] dichas cuentas por pagar no se encontraban vencidas. [...], (iii) Finalmente, el 9 de julio de 2019, FISUM ejecutó el [REDACTED] por [REDACTED] [REDACTED] que debió devolver a mi representada meses atrás, sin que exista ninguna deuda pendiente o cuenta por cobrar de mi representada hacia FISUM, [...]". De esta manera con los antecedentes expuestos, el denunciante concluye: "[...], si bien el perjuicio directo de esta situación se da en contra de mi representada, se genera un sinnúmero de perjuicios indirectos para el consumidor; la falta de entrega de vehículos a AUTOSIERRA por parte de FISUM retrasó su entrega a los consumidores, y, la infundada negativa de devolución de los avales bancarios (y posterior cobro injustificado) genera costos

financieros que se comparten con el consumidor, perjudicándolo. Las conductas denunciadas así mismo generan un riesgo de desabastecimiento de los vehículos ligeros de marca Volkswagen y los repuestos correspondientes en el mercado, al poner a mi representada en una situación financiera vulnerable y precaria, lo cual perjudica a los consumidores, al concesionario, y a la marca".

5.2. De las explicaciones: 5.2.1. Sobre el Poder de Mercado: El operador económico denunciado FISUM S.A., sobre las acusaciones efectuadas en su contra por el denunciante, enuncia: "[...] FISUM S.A., no tiene poder de mercado, es más, el mercado automotriz ecuatoriano es un mercado competitivo donde ningún operador ostenta poder de mercado [...]. FISUM S.A., no tiene capacidad alguna de actuar en el mercado con INDEPENDENCIA y PRESCINDIENDO de las acciones de sus competidores y clientes. [...] [P]ara que un operador económico esté en posición dominante debe tener participación en el mercado de cierta importancia. Junto a ese dato hay que tomar en consideración otros factores sobre el mercado y el operador económico en cuestión. Ahora bien, cuanto mayor es la participación en el mercado, menor va siendo, por regla general, la trascendencia de los restantes factores, y por el contrario, cuanto menor es la participación de mercado, se incrementa el análisis y la correlación del resto de factores. De manera que, al llegar a cuotas de mercado especialmente altas, ese dato puede justificar por si solo la consideración de que existe una posición dominante, pero no de que ostente PODER DE MERCADO SUFICIENTE E INDEPENDIENTE [...]". Con esa base, sobre la posible existencia de Poder de Mercado imputable al Grupo Económico Almacenes Juan Eljuri, el denunciado manifiesta: "[...] En efecto, para ser considerada relación matriz – filial en Derecho de la competencia o lo que para nuestro caso es la LORCPM [...] debe darse la situación de que la sociedad matriz y su filial formen parte de una misma unidad económica y en consecuencia forman una sola empresa, [...]. Hemos descartado técnicamente y aplicando las reglas previstas en la normativa de competencia la existencia de un "Grupo Económico Almacenes Juan Eljuri" en el sector automotriz. Sin embargo, hemos de insistir en que, aun si esta sumatoria procediere, no existe poder de mercado en el sector automotriz ecuatoriano [...]";

5.2.2. Mercado Relevante: Sobre el mercado relevante, el denunciado presenta un estudio económico jurídico elaborado por ALVARADO Y ASOCIADOS CONSULTORES, denominado "Caracterización del mercado automotriz nacional en materia de competencia económica: Análisis de Cuotas de mercado, concentración y dominancia de los diferentes operadores económicos 2015 – 2019", en el cual se expone: "[...] 1. Que el mercado automotriz ecuatoriano se caracteriza por ser competitivo, 2. Que el mismo está compuesto por al menos tres mercados relevantes de producto, a saber, automóviles, SUV y camiones, 3. El mercado de automóviles es moderadamente concentrado, con tendencia a la desconcentración, 4. El mercado de SUV es desconcentrado, con tendencia a una aún mayor desconcentración, 5. EL mercado de camiones es moderadamente concentrado, con indicadores estables, 6. La marca CHEROLET, distribuida por OMNIBUS BB, lidera el mercado de automóviles pero aun así no llega a ostentar poder de mercado independiente, 7. Ningún operador económico ostenta poder de mercado en el sector automotriz, 8. La marca VW a través del operador económico FISUM S.A., es operador residual con una cuota de mercado bajísima (2.85%) y enfrenta al menos a veinte y siete competidores directos y diez indirectos";

5.2.3. Las conductas denunciadas: En relación a las conductas denunciadas, el operador económico FISUM S.A., replica las mismas, señalando: "[...] Veremos que las actuaciones que el denunciante considera "abusivas", no son sino conductas que reflejan de hecho la existencia de un mercado competitivo y que, de existir controversia, esta es una controversia contractual



sujeta a la Cláusula Arbitral prevista en el Contrato. [...] En primer lugar, porque FISUM S.A., no ha infringido norma alguna, pero, adicionalmente, porque es justamente FISUM S.A., la víctima de los actos desleales de AUTOSIERRA e IMPOVENTURA. [...] Para imputar una conducta de abuso de poder de mercado o supuestas prácticas monopólicas es INDISPENSABLE identificar que el imputado haya obtenido RENTAS MONOPÓLICAS, es decir, beneficios económicos o estructurales que no habría podido obtener en base a sus méritos. [...]. [C]onforme demuestra el Análisis que adjuntamos, el denunciante ha incrementado sus [REDACTED] y sus [REDACTED] por lo que no puede hablarse de un efecto exclusorio o anticompetitivo relacionado al requerimiento y/o ejecución de avales que, como se ha explicado, son plenamente lícitos [...]". Por lo anterior, el denunciado concluye: "[...] no existe una teoría sobre el daño, menos aún, una teoría sobre el daño a la competencia, el bienestar general o los consumidores en los términos que exige la LORCPM en el texto de la denuncia, lo cual abona a nuestra posición: todas las reclamaciones de AUTOSIERRA contra FISUM S.A., son de índole contractual y le competen a un Tribunal Arbitral [...]".

SEXTA.- ANÁLISIS DEL CASO: En el estado actual de la causa, conforme a lo establecido en el Art. 56 de la LORCPM, corresponde determinar la existencia de presunciones del cometimiento de una infracción y, en consecuencia, la pertinencia de iniciar una investigación. Por consiguiente, estando dentro del término establecido, corresponde a esta Autoridad analizar los elementos que constan dentro del expediente administrativo, a fin de dilucidar si existen indicios de lo siguiente: **1) Poder de mercado de uno o más operadores económicos y 2) El cometimiento de la conducta anticompetitiva.**

6.1.- Mercado relevante: El artículo 5 de la LORCPM, señala que para una determinación del mercado relevante se debe considerar el mercado de producto o servicio y el mercado geográfico, en el que se produce la conducta o sus efectos. En ese sentido, previo a determinar la existencia de indicios de poder de mercado, es fundamental analizar, de forma preliminar, cuáles podrían ser el o los mercados relevantes donde se realiza la conducta presuntamente abusiva;

6.1.1. Mercado de Producto: De acuerdo al artículo 5 de la LORCPM, el mercado de producto comprende, al menos, el bien materia de la conducta investigada y sus sustitutos, asimismo, es necesario considerar que el objetivo principal de la definición del mercado relevante es identificar de manera sistemática las limitaciones competitivas que enfrentan las empresas involucradas⁵, de este modo, se observa que los hechos denunciados giran en torno a la relación entre el operador económico FISUM S.A., proveedor al por mayor de vehículos de marca Volkswagen – Segmento de pasajeros (operador denunciado) y sus concesionarios (distribución al por menor), por lo que, el mercado de producto se enmarca en la distribución al por mayor de vehículos de pasajeros, por lo expuesto, es preciso considerar las definiciones dadas en la Norma NTE INEN – ISO 3833:2008 referente a la definición de Vehículo Motorizado: “3.1 Vehículo motorizado (término p)Cualquier vehículo motorizado que tenga cuatro o más ruedas, el cual no está soportado por rieles y que normalmente se usa para:-Transportar personas o artículos [...]”. En relación a la definición de autos de pasajeros, dicha Norma señala: “Un vehículo motorizado (3.1) el cual, por cuenta de su diseño y características, se considera principalmente para llevar personas y sus equipajes y/o artículos, y el cual tiene disponible un máximo de nueve asientos, incluyendo el del conductor [...]”. En cuanto a los modelos de vehículos específicos objeto de la denuncia, si bien dentro del escrito de denuncia no se

⁵ Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, párrafo 2. (1997)

señalan los mismos, refiriéndose de forma general a los vehículos del segmento de pasajeros, se destaca que de acuerdo a los anexos presentados en la denuncia, dichos modelos son: i) Polo; ii) Jetta; iii) Beetle; iv) Pasat; v) Golf; vi) Tiguan; vii) Virtus; viii) Amarok, los mismos que, según el listado de Vehículos Homologados, publicado por la Dirección de Regulación de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial Homologación Vehicular, cuentan con un Certificado Único de Homologación a nombre del representante de marca FISUM S.A.⁶, dichos modelos de vehículos están clasificados en:

Marca de Vehículos	Tipos
Polo	Hatchback
	Sedan
Jetta	Sedan
Beetle	Coupe
Passat	Sedan
Golf	Hatchback
Tiguan	Utilitario
Virtus	Sedan
Amarok	Camioneta

En base a lo expuesto, considerando la fase procesal en la cual se encuentra la presente investigación, el mercado de producto preliminarmente identificado es: la comercialización al por mayor de vehículos nuevos (segmento de pasajeros); **6.1.2. Mercado Geográfico:** En relación al mercado geográfico⁷, es necesario considerar que de acuerdo al escrito de denuncia y a la página Web de la marca Volkswagen se observa de forma general que el mismo cuenta con concesionarios en las principales provincias del Ecuador, tales como Guayas, El Oro, Pichincha, Tungurahua, Chimborazo, Imbabura, Azuay, Manabí⁸ por lo que se puede determinar *a priori* que el mercado geográfico correspondería a nivel nacional; **6.1.3. Marco Temporal:** Puesto que de acuerdo al escrito de denuncia las presuntas conductas anticompetitivas denunciadas se realizaron a partir de enero de 2017 y culminaron en el mes de diciembre de 2018 en donde el operador económico AUTOSIERRA dio por terminado el contrato con FISUM, se puede concluir preliminarmente que el marco temporal se enmarca dentro del periodo comprendido entre enero de 2017 y diciembre de 2018; **6.1.4. Delimitación preliminar del mercado relevante:** Bajo lo expuesto, se delimita, para efectos del presente análisis, como mercado relevante a la comercialización al por mayor de vehículos nuevos (segmento de pasajeros), a nivel nacional, teniendo en cuenta el marco temporal comprendido entre enero de 2017 hasta diciembre de 2018; **6.1.- Poder de**

⁶ Información tomada de DIRECCIÓN DE REGULACIÓN DE TRANSPORTE TERRESTRE, TRÁNSITO Y SEGURIDAD VIAL, Listado de Vehículos Homologados de fechas: 2 de agosto de 2017; <https://bit.ly/2m7aWjX>; 10 de diciembre de 2018 <https://bit.ly/2ktn4eV>; 15 de enero de 2019 <https://bit.ly/2k9tUO>.

⁷ El artículo 5 de la L.ORCPM en relación al mercado geográfico señala: “El mercado geográfico comprende el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. 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”.

⁸ Información recabada de la página oficial de Volkswagen Ecuador, <https://bit.ly/2k1N5q2>.

mercado: De acuerdo a lo señalado anteriormente el mercado en el que se han desarrollado las presuntas conductas anticompetitivas denunciadas corresponde a la comercialización al por mayor de vehículos nuevos (segmento de pasajeros), de este modo, es importante mencionar que el literal a) del artículo 8 de la LORCPM señala: “*Determinación del Poder de Mercado.- Para determinar si un operador económico tiene poder de mercado en un mercado relevante, debe considerarse, entre otros, uno o varios de los siguientes criterios:* a) *Su participación en ese mercado, de forma directa o a través de personas naturales o jurídicas vinculadas, y su posibilidad de fijar precios unilateralmente o de restringir, en forma sustancial, el abastecimiento en el mercado relevante, sin que los demás agentes económicos puedan, en la actualidad o en el futuro, contrarrestar ese poder*”. En ese sentido, el artículo 28 de la Resolución No. 011, expedida por la Junta de Regulación de la LORCPM, señala que: “*Para calcular las cuotas de mercado se deberá utilizar datos relativos a una o más de las siguientes variables: a) Volumen de negocios de conformidad con el artículo 5 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado [...] d) Unidades comercializadas [...]*”. Por lo señalado, para fines de la presente investigación, considerando la etapa procesal en la que se encuentra, la cual tiene como objetivo determinar la existencia de indicios de poder de mercado, se toma en cuenta el número de unidades comercializadas por los operadores económicos en el mercado nacional como la cuota de mercado. En ese sentido, de acuerdo a la información constante de la base de datos del Servicio de Rentas Internas (SRI), desde el año 2015 hasta el año 2018⁹, los vehículos de la marca Volkswagen (segmentos: automóviles; suv; y, camionetas) han registrado las siguientes cuotas del total de vehículos nuevos comercializados a nivel nacional:

TABLA 1. CUOTAS DE PARTICIPACIÓN VOLKSWAGEN

TIPO DE VEHÍCULO	2015	2016	2017	2018
AUTOMÓVIL	3,81%	1,86%	2,37%	1,91%
CAMIONETA	0,65%	0,54%	2,61%	3,31%
JEEP	0,34%	0,10%	0,08%	0,92%
TOTAL	1,73%	1,09%	1,75%	1,88%

Fuente: Servicio de Rentas Internas

Elaborado: Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado Acuerdos y Prácticas Restrictivas.

Por lo expuesto, se observa que las cuotas de participación de los vehículos de marca Volkswagen, no superan el 3,81%, lo cual no evidencia un indicio de poder de mercado individual; sin embargo, es necesario analizar a profundidad, conforme a lo establecido en el artículo 17 de la LORCPM y los artículos 7 y 11 del su Reglamento de Aplicación, la existencia de operadores económicos vinculados al operador económico FISUM S.A., a fin determinar si dicho operador, en conjunto con las empresas vinculadas ostentan poder de

⁹ Información constante en la página del SRI, <https://www.sri.gob.ec/web/guest/matriculacion-vehiculos>, recuperado 19/09/2019; se tomó como referencia el número de vehículos vendidos, desde el año 2015 hasta el 2018, de acuerdo a la variable “Fecha de registro de Venta”.

mercado dentro del mercado relevante analizado, conforme lo establecido en la LORCPM.

SÉPTIMA: 7.1.- De las conductas: El abuso de poder de mercado y/o de posición de dominio: El derecho de competencia contempla dentro de las conductas contrarias a esta, la existencia de un comportamiento abusivo por parte de un agente económico que ostente una posición dominante dentro de un mercado relevante. Este comportamiento -por lo general- implica el ejercicio de una conducta unilateral dirigida a determinar aspectos inherentes al funcionamiento del mercado. Para efectos de análisis, se parte por determinar en qué situaciones se produce el abuso de dominio, para comprender el alcance y contenido de la infracción. En ese sentido es importante rescatar lo que la doctrina señala: un agente económico abusa de su posición de dominio cuando su comportamiento: a) tiene como efecto reducir aún más la escasa competencia existente en el mercado que domina; b) impide que se genere una competencia efectiva; c) perjudica desproporcionadamente a las empresas o a los consumidores que dependan de la dominante (conductas explotadoras de la posición de dominio); y, en todo caso, d) La conducta del dominante no está basada en la competencia por eficiencia¹⁰. En ese contexto, los elementos que configuran la existencia del abuso de posición dominante del artículo 9 de la LORCPM son tres: la posición de dominio, el contexto de un mercado relevante y la concreción del abuso. Para los efectos de análisis, y a fin de fundamentar los considerandos de la presente resolución, es oportuno rescatar, en cuanto a la posición de dominio, el criterio conceptual que el Tribunal de Defensa de la Competencia español mantiene, señalando: “[...] *La posición de dominio de un operador económico en un mercado determinado expresa su aptitud para modificar provechosamente, respecto de la situación de competencia, el precio o cualquier otra característica del producto. El que un operador tenga esa aptitud dependerá de que se beneficie de una serie de circunstancias que cabe resumir en poder e independencia en el mercado, en grado suficiente como para poder adoptar sus comportamientos sin tomar en consideración las posibles reacciones de los competidores o los usuarios, y, de esta manera, ser capaz de modificar en su provecho el precio u otras características del bien o servicio*”¹¹. Con esa base ¿existen presunciones de esos elementos en la conducta denunciada? Se parte por mencionar que en cualquiera de los dos enfoques que se puede tratar el abuso de dominio posicional anticompetitivo, se debe atender a la naturaleza misma de la relación que rige sobre el presunto dominante y el agente al que le perjudican sus actuaciones. Dentro del expediente administrativo se encuentra que el denunciante y el denunciado mantienen una relación contractual, escenario dentro del cual -en alegación del presunto perjudicado- se cometen las conductas descritas en los numerales 7, 11, 13 y 23 del artículo 9 de la LORCPM, situación presuntamente evidenciable en contraste a la relación que con otros competidores tiene el agente dominante. En atención a esa relación, los elementos que configuran la posición de dominio y el valor relativo que debe darse a cada uno de ellos sobre la relación contractual, se esgrime -a criterio de esta autoridad- con el siguiente escenario: **1.** El Poder económico e independencia de comportamiento suficiente en la relación contractual por el “distribuidor” frente al “concesionario”, puede ser determinante para un abuso de mercado, que requiere analizarse bajo la lupa del derecho de competencia en atención a las condiciones de venta del producto, incluidos precio, forma de pago y condiciones de compra-venta, y el rol del agente económico que depende de la relación para continuar con el giro de su negocio, si los efectos se replican y/o se generan también fuera

¹⁰ Peter Ulmer. En Alfaro Águila-Real, 2006, p. 197.

¹¹ RTDC, de 27 de julio de 2000, Propiedad intelectual audiovisual, Exp. 465/99

+

8

del negocio jurídico que existe entre partes; **2.** La capacidad de modificar las condiciones comerciales: para lo cual el operador dominante debe estar en una posición tal respecto de los competidores, proveedores y clientes, que haga posible desarrollar una estrategia anticompetitiva con éxito, atendiendo al respecto al mercado relevante definido; y, **3.** Los resultados obtenidos de la conducta, lo que implica que las condiciones del mercado y la posición relativa del operador económico dominante en ellas han de ser tales que aseguren, en el largo plazo, la consecución de rentas extraordinarias. Como es evidente, el abuso de la posición de dominio depende de la determinación de los criterios legales y económicos que definen la efectiva existencia de la dominancia, para lo cual existe una amplia gama de factores determinantes, haciéndose necesario realizar un doble análisis respecto del operador económico y del mercado en el que actúa. El análisis del agente económico persigue medir su fuerza competitiva y comercial en términos absolutos, esto es, sin compararla con la situación de los competidores o con la estructura general del mercado, que para efectos del estado del expediente administrativo, con los elementos objetivos con los que cuenta de los actos de proposición de los operadores económicos, se entiende justificado en cuanto la relación contractual (en el estricto sentido delimitante de esta, y la teoría del “abuso de posición dominante contractual” a tratarse más adelante). Ahora bien, en cuanto a los criterios determinantes de la dominancia a partir del análisis de la estructura y el comportamiento del mercado, buscando evaluar la fuerza competitiva del operador económico en términos relativos, se tiene que -en aras a concluir con todo lo anteriormente señalado- la operatividad de los criterios que determinan la dominancia no tiene una consideración jerárquica o simultánea, lo que significa que debe analizarse la aplicación de los criterios al caso en concreto en función de las características estructurales de la relación comercial (y en el presente caso, la contractual) entre los agentes económicos en particular; siendo necesario ahondar en el análisis de esa relación, para investigar las particularidades fuera de esta, para en un contraste, en conjunto, poder pronunciarse sobre el régimen de competencia (es decir, abuso de posición de dominio contractual y de mercado en conjunto). Recordemos que una modalidad singular del abuso de dominio es -con sustento en la privilegiada libertad económica de que goza la empresa dominante- sobrepasar los límites normales del ejercicio del derecho para obtener ventajas de las transacciones, carentes de justificación, que no habría podido obtener en caso de una competencia practicable y suficientemente eficaz; lesionando directamente los intereses de terceros o el interés general al que atiende el sistema de defensa de la competencia, cuando en esa relación contractual puede -en potencia- cambiar las relaciones comerciales de más operadores económicos, pues se produce en relaciones típicamente verticales, en las cuales en riesgo del régimen competitivo, la discriminación generada se produce a partir de la capacidad de decisión de la empresa para dirigir sus estrategias y desarrollar sus políticas comerciales en el sector que domina y en el cual operativante no está presente (eslabón de concesionarios), a fin de adquirir rentabilidad, pero en contra del comportamiento real del mercado por mera decisión anticompetitiva. **7.2.-** Para analizar si un comportamiento empresarial es constitutivo de abuso de posición de dominio, y por lo tanto está prohibido, se debe determinar el mercado relevante afectado; si en este mercado existe posición de dominio de un agente económico o de varios; y si el comportamiento de la empresa o empresas en posición de dominio puede ser calificado de explotación abusiva de dicha posición. Siendo complejo distinguir un abuso prohibido de una conducta normal o razonable, la cuestión valorativa permite analizar la finalidad perseguida por la empresa que ejerce la posición abusiva de dominio, el efecto que ha tenido la conducta en el mercado, y la normalidad o carácter leal conforme el tráfico

comercial y la relación con el agente y/o agentes perjudicados. Con lo dicho, el expediente administrativo tiene enfoque de análisis a los numerales 7, 11, 13 y 23 del artículo 9 de la LORCPM, que se encuadran en las llamadas conductas de discriminación explotativas, ante las cuales, para que exista un acto discriminatorio no basta con que se conceda un tratamiento diferente, pues toda discriminación presupone un trato desigual, pero no todo trato diferencial conlleva una discriminación; el punto determinante ha de buscarse en si esa conducta tiene implicaciones fuera de la relación bilateral entre los operadores involucrados en la conducta. En este tipo de conductas, generalmente, el operador económico en posición dominante no necesariamente tiene interés en reducir la competencia en un nivel distinto de la cadena de distribución, pudiendo más bien, estar interesado en obtener la mayor ventaja posible -sin que medien justificaciones objetivas- de los consumidores y de los sujetos en situación de dependencia respecto a él. Toda vez que el análisis bajo el derecho de la competencia se efectúa fuera de la relación comercial (o efectos al mercado, bienestar general, consumidor, etc.), ha de hacerse mención especial a la existencia de la figura denominada “abuso de posición dominante contractual”. La doctrina -en su mayoría- ha definido la posición dominante en relación con el mercado y no con el contrato; y al respecto, se tiene claro el concepto de posición dominante en el mercado, ahora bien, la posición dominante contractual hace alusión a un operador que tiene -en una relación jurídica- una posición de superioridad frente a la otra, determinando que habrá abuso cuando aprovecha tal situación para obtener una ventaja excesiva o impropia. El abuso de posición dominante se da al interior de un contrato, de un negocio jurídico, a diferencia de la posición dominante en el mercado, que se predica de un ámbito más amplio y se refiere a la relación entre un sujeto poderoso y una pluralidad de sujetos más débiles (consumidores, proveedores, etc.)¹². Sin embargo, la doctrina del derecho de la competencia resalta que en materia de posición dominante debe distinguirse la que se presenta en el mercado de la que tiene ocurrencia en el contrato. Así pues, la segunda tiene lugar cuando un agente económico tiene sede en una condición jurídico económica que -dadas las especiales características del caso- sitúa a uno de los contratantes en condiciones de superioridad en la relación jurídica, tanto en su celebración como en su ejecución. Empero, esta posición de dominio hace referencia a las propias condiciones contractuales que, por acción o por omisión, con detrimento del equilibrio económico de la contratación, afecta a la contraparte exclusivamente. Recordemos que la posición de dominio no se sanciona de manera automática o por su sola existencia, lo que se sanciona por parte del ordenamiento antitrust es cuando la parte que ostenta la posición dominante la utiliza para afectar a la competencia (pretende evitar o corregir actos de discriminación contra los intervinientes más débiles: competidores, proveedores, consumidores, etc., y otras acciones e intentos de dañar a esos terceros que conviven con el agente dominante en un mercado determinado), lo cual frente a casos en los que solo fortalece la posición en la relación contractual y no se encuentra replica de esas condiciones fuera del negocio jurídico, no representa abuso bajo los términos del artículo 9 de la LORCPM, justamente porque la desviación del principio de la buena fe contractual, la desnaturalización o desequilibrio de la relación contractual, el detrimento o perjuicio en contra del adherente al esquema contractual, y la existencia de atribuciones exorbitantes en favor del predisponente del esquema contractual son situaciones que se analizan en ramas distintas al derecho de la competencia, con la estricta excepción de que aquellas sean

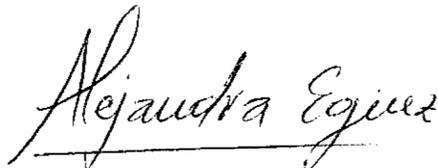
¹² Rengifo, Ernesto (2004). Del Abuso del Derecho al Abuso de la Posición Dominante Bogotá, Universidad Externado de Colombia. P. 409-412

injustificadas y afecten a todo el sistema contractual (fuera del equilibrio subjetivo o cualitativo del contrato) y no únicamente al sistema contractual del consumo (dentro del negocio jurídico). De esto último, la doctrina ha diferenciado tres conceptos disímiles acerca del abuso de dominio contractual, en el que –dentro del contrato- existen las cláusulas impuestas abusivamente, las cláusulas abusivas por razón de su contenido y el abuso en el ejercicio de derechos derivados de una cláusula¹³, donde tiene relevancia para el objeto de la LORCPM cuando no haga referencia al equilibrio subjetivo o cualitativo del contrato, es decir al contenido contractual o el equilibrio económico dentro de este, puesto que no impide, restringe, falsea o distorsiona la competencia, o afectaría negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general; dado que la posición de dominio no depende exclusiva o meridianamente de relaciones jurídicas, sino que depende siempre de una apreciación económica y de la estructura del mercado, a manera de interdependencia entre la delimitación del mercado relevante y la comprobación sobre la existencia de la posición dominante. En razón de ello, la posición de dominio contractual no observa el mercado, sino la relación comercial entre dos partes, donde para nada operan las normas de oferta y demanda, ni la posición de las partes dentro del entorno de mercado, donde el abuso contractual se presenta en el contenido del contrato cuando la parte dominante genera situaciones ventajosas para sí y las usa en desmedro de la contraparte; **7.3.-** Las conductas denunciadas, se basan principalmente en dos hechos: a) Requerimiento por parte del operador económico FISUM S.A. hacia AUTOSIERRA que:

y, b) FISUM requirió a AUTOSIERRA avales por montos muy superiores a los establecidos contractualmente. En tal virtud, de la revisión del expediente administrativo, la verdad procesal demuestra que, de los operadores económicos con los que mantiene relación comercial el denunciado, existe un comportamiento análogo en el negocio jurídico en particular, no resultando evidenciable que los elementos conductuales denunciados puedan ser comprobados, o que de ellos esta autoridad cuente con presunciones que le permitan subsumirlos a los numerales 7, 11, 13 y 23 del artículo 9 de la LORCPM; **7.4.-** Por todo lo anterior, no encontrando elementos que frente a las conductas denunciadas permitan prever un presunto abuso de posición dominante de mercado, sino más bien una posible dominancia de variada índole, de dictar o fijar los contenidos contractuales en un negocio concreto y específico, que podría generar perjuicios en la relación comercial y contractual existente entre los operadores económicos AUTOSIERRA Y FISUM, que se genera independientemente de la posible posición dominante frente al mercado en general y el mercado relevante preliminar materia de análisis, sino respecto de la relación jurídica, esta autoridad considera que no existen indicios que permitan a partir del negocio jurídico prever un presunto abuso de una posición de dominio respecto de los literales 7, 11, 13 y 23 del artículo 9 de la LORCPM, toda vez que de los actos de proposición y del análisis que compete a esta autoridad, no se estaría irrumpiendo contra el objeto de la Ley Orgánica de la materia, pudiendo las conductas denunciadas responder a ramas distintas a las del Derecho de la Competencia, que –justamente- se encuentran dirigidas a preservar el buen funcionamiento comercial, la defensa de los consumidores, así como los intereses contractuales; y, con ellas se pretende que no se traspasen los límites a la competencia fijados por las buenas conductas comerciales, la buena fe civil/mercantil, etc., que no competen a esta autoridad. **OCTAVA.-RESOLUCIÓN:** Por

¹³ CÁRDENAS MEJÍA, J. (2008). Justicia y abuso contractual. Citado en Mantilla Espinosa & Ternera Barrios, Los Contratos en el Derecho Privado. Bogotá, Universidad del Rosario –Legis. P. 38.

las consideraciones expuestas en los ordinales anteriores, al no existir presunciones del cometimiento de una posible conducta de Abuso del Poder de Mercado; y, conforme lo establece el Art. 56 y 57 de la LORCPM, esta Autoridad **RESUELVE: PRIMERO:** Ordenar el archivo de la denuncia presentada por el operador económico AUTOS Y SERVICIOS DE LA SIERRA AUTOSIERRA S.A., dentro del expediente No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-0011-2019. **SEGUNDO.-** Notifíquese con la presente resolución a los operadores económicos AUTOS Y SERVICIOS DE LA SIERRA AUTOSIERRA S.A., y FISUM S.A. **TERCERO.-** Comuníquese mediante memorando el archivo del expediente administrativo No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-EXP-0011-2019 a la Intendencia General Técnica, una vez que se encuentre en firme la presente Resolución. **CUARTO.-** Continúe actuando el Abg. Camilo Sánchez como Secretario Ad-hoc dentro del presente expediente investigativo.- **CÚMPLASE y NOTIFÍQUESE.-**



Econ. María Alejandra Egüez Vásquez

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

