



EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

Órgano de Resolución:	Superintendencia de Control del Poder de Mercado.
Órgano de origen:	Comisión de Resolución de Primera Instancia - CRPI
Expediente de origen:	SCPM-CRPI-016-2022
Expediente Apelación:	SCPM-INJ-22-2022
Denunciante / Recurrente:	LAMINADOS Y TEXTILES LAMITEX S.A.
Denunciado:	CHAIDE Y CHAIDE S.A.

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- Quito, DM, 09 de febrero de 2023, a las 10h40.- Doctor Danilo Sylva Pazmiño, en mi calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado, conforme la acción de personal No. SCPM-INAF-DNATH-328-2018 de 06 de noviembre de 2018, cuya copia certificada consta agregada al expediente, en conocimiento del Expediente Administrativo SCPM-INJ-22-2022, el cual atiende el Recurso de Apelación interpuesto por el operador económico LAMINADOS Y TEXTILES LAMITEX S.A., en contra de la Resolución de 02 de noviembre de 2022, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia –CRPI-, dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-016-2022; en uso de mis facultades legales, dispongo:

PRIMERO.- VALIDEZ PROCESAL.-

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

SEGUNDO.- LEGALIDAD DEL RECURSO. -

El señor Marco Vinicio Polo Reyes, en calidad de Gerente y representante legal del operador económico LAMINADOS Y TEXTILES LAMITEX S.A., mediante escrito ingresado en la ventanilla virtual de la Secretaría General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado [en adelante SCPM], el 01 de diciembre de 2022 a las 08h48 con número de trámite ID. 259348 presentó recurso de apelación en contra de la Resolución de 02 de noviembre de 2022, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-016-2022; recurso del cual esta autoridad avocó conocimiento con providencia de 12 de diciembre de 2022.

Luego de haber sido completado el recurso de apelación, conforme lo dispuesto en la providencia de 12 de diciembre de 2022, mediante providencia de 22 de diciembre de 2022, a las 16h15, una vez que fue debidamente verificado que la impugnación cumplió con los requisitos formales y sustanciales establecidos en el artículo 52 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado -IGPA, como son el principio de oportunidad, procedencia del recurso y debida fundamentación, se dispuso la admisión a trámite del recurso de apelación.

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

TERCERO. - ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO.-

El acto administrativo que se impugna es la Resolución de 02 de noviembre de 2022, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-016-2022, que resolvió:

“[...] PRIMERO.- ORDENAR el archivo de la investigación dentro del expediente No. SCPM-CRPI-16-2022, en contra del operador CHAIDE Y CHAIDE S.A., por las presuntas conductas de abuso de poder de mercado contenidas en los numerales 1 y 20 del artículo 9 de la LORCPM [...]”

CUARTO. - PRETENSIÓN CONCRETA DEL RECURRENTE.-

El operador económico LAMINADOS Y TEXTILES LAMITEX S.A. [LAMITEX], en su escrito de apelación, en el apartado 4, señala:

“[...] INTERPONGO RECURSO DE APELACIÓN ante el señor Superintendente de Control del Poder de Mercado, de la Resolución dictada el 2 de noviembre de 2022, a las 13h32, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, en adelante CRPI, y notificada en la misma fecha, dentro del expediente No. SCPM-CRPI-016-2022, a efectos de que se revoque y se deje sin efecto el citado acto administrativo [...] y consecuentemente revoque y sancione a CHAIDE por infringir lo previsto en el artículo 9 numerales 1, y 20 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado [...]”

Pretensión por medio de la cual el recurrente solicita se deje sin efecto el acto administrativo contenido en la Resolución de 02 de noviembre de 2022 a las 13h32, que dispone el archivo de la denuncia presentada por el operador económico LAMITEX por las prácticas tipificadas en los numerales 1 y 20 del artículo 9 de la LORCPM, presuntamente cometidas por el operador económico CHAIDE Y CHAIDE S.A. [CHAIDE], en consecuencia, la reversión de la resolución emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia [CRPI], y la sanción a dicho operador económico.

En la forma de exposición del escrito que contiene el recurso de apelación que se atiende y en el escrito que lo completa, el recurrente estructura su impugnación en la falta de aplicación del artículo 9, numerales 1 y 20 de la LORCPM, manifestando que el denunciado ostenta posición dominante en el mercado relevante y que la implementación de precios mínimos de reventa es injustificada; y, fundamenta el error de la CRPI en la no identificación de una afectación real en el mercado, consecuencia de la injustificada fijación de precios de reventa y en la falta de sanción al efecto potencial de la conducta.

Postulados que se transcriben en el siguiente texto:

De la conducta:

“[...] CHAIDE crea un mecanismo para impedir que los DISTRIBUIDORES AUTORIZADOS apliquen descuentos mayores a favor del consumidor.

Estas condiciones causan, de hecho, una barrera al crecimiento de los competidores, por medio de la coerción a los distribuidores a no adquirir productos de LAMITEX u otros competidores [...]

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

En el caso de CHAIDE & CHAIDE, dicha empresa ha admitido expresamente implementar descuentos y rebates de fidelización.

Además, la propia CRPI ha admitido su existencia y falta de justificación. La conducta se ha probado no solamente mediante los convenios de distribución, sino también mediante comunicados [...], en los que consta la obligación de respetar un precio mínimo de reventa exigido por CHAIDE”.

“De la Resolución dictada el 2 de noviembre de 2022, a las 13h32, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, en adelante CRPI se ha INOBSERVADO LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 9 NUMERALES 1 Y 20 DE LA LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO [...].”

“La inobservancia al numeral 20 del artículo 9 de la LORCPM de la Resolución dictada el 2 de noviembre de 2022, a las 13h32 radica que para que se configure legalmente el tipo contenido en el numeral 20 del artículo 9 de la LORCPM exige la concurrencia de ciertos elementos: a) uno de carácter estructural consistente en la posición dominante del operador económico; y, b) un elemento conductual consistente en la fijación de precios de reventa, con la condición de que dicha fijación resulte injustificada”.

De la fijación injustificada de precios mínimos:

“[...] Se desprende también de la Resolución del 2 de noviembre de 2022 dictada por la CRPI, por un lado que CHAIDE ostenta posición dominante en el mercado relevante (par. 457) y que a criterio de la propia CRPI la implementación de los precios mínimos de reventa de CHAIDE a sus distribuidores se encuentran plenamente probados y que son INJUSTIFICADOS (pár. 461) y que NO SON PROPORCIONALES. (pár. 462), encontrándose configurado el tipo previsto en el artículo 9 d la LORCPM, numeral 20. (El énfasis pertenece al texto original)

“[...] si CHAIDE, al poseer poder de mercado ha incurrido en conductas restrictivas como es el caso de la fijación injustificada de precios de reventa, que eviten o limiten la posibilidad de los competidores, y que estas conductas no respondan a su propia competitividad o eficiencia, SE HA CONFIGURADO UNA INFRACCIÓN”.

Resulta indiferente como erróneamente analiza la CRPI de la Resolución hoy impugnada si los competidores ofrecen precios más bajos por los colchones en el mercado para medir “probabilidades de afectación de los consumidores” o cuando pretende revisar - además de manera muy criticable – la temporalidad “relativamente corta (cinco meses o menos)”, cuando lo único en base al principio de legalidad a discutirse es si la fijación de precios de reventa era JUSTIFICADA O NO, pero queda por demás claro que tanto para la INICAPMAPR como para la misma CRPI es un hecho no controvertido y que existe fijación de precios de reventa injustificado.”

Del efecto potencial:

“[...] La CRPI en la comparación de precios promedio de venta en el año 2019 con el precio mínimo de reventa no identifica “un efecto real en el mercado”, [...] habiendo dicha CRPI



EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

establecido en la misma Resolución hoy impugnada que existe una fijación injustificada de precios de reventa a los distribuidores de CHAIDE.

Sin embargo, así no hubiera identificado ese efecto real en el mercado, la LORCPM sanciona el efecto potencial en el mercado y resulta claramente probado que dicha CHAIDE fijó precios de reventa injustificadamente a sus distribuidores por un espacio de más de cinco meses [...]

[...] en el caso BANRED-RTC COONECTA sancionó la potencialidad de simples negociaciones, que no llegaron a aplicarse, ni aceptarse, que no generaron derechos, ni obligación alguna [...]

Resulta inaceptable que en este caso con una temporalidad de 5 meses y medio de aplicación de conductas anticompetitivas por parte de CHAIDE le parezca a la CRPI “poco tiempo” y no genere ni “efectos reales, ni potenciales” y en la misma línea sancione a otro operados económico por una potencialidad que nunca aplicó.

[...] es un hecho NO CONTROVERTIDO que existió la implementación de precios de reventa injustificados por CHAIDE a sus distribuidores claramente probados por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas y ratificados por la CRPI de la propia Resolución impugnada, con lo cual se trata de una conducta claramente tipificada en la LORCPM, sujeta a sanción. Bajo el supuesto no consentido por parte de mi representada que se estuviera sancionando una potencialidad, la propia LORCPM le faculta así a hacerlo [...]

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

QUINTO. - PROBLEMA JURÍDICO A TRATARSE. -

Conforme la exposición del operador LAMITEX en el recurso de apelación interpuesto, se establece como problema jurídico a tratarse, el determinar si, en valoración de los hechos denunciados y las constancias procedimentales efectuada por la CRPI, existió un yerro de apreciación y aplicación normativo del artículo 9, numerales 1 y 20 de la LORCPM, respecto de la adecuación de la conducta, en evaluación del aspecto sancionatorio en el Expediente Administrativo SCPM-CRPI-016-2022.

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

SEXTO. - CONSTANCIA PROCESAL.-

De la revisión de los recaudos procesales constantes en el expediente administrativo objeto de análisis, así como del expediente en el que se sustancia el presente recurso, se destacan como principales constancias procesales las que se detallan a continuación:

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

a) Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICAPMAPR-014-2020:

Las constancias procesales que se anotan son las que se consideran relevantes para el presente análisis, lo que no quiere decir que no se haya revisado el expediente administrativo en su integridad:

1. Denuncia presentada por el operador económico LAMITEX el 02 de octubre de 2020, identificado con el trámite No. 172288, en contra del operador económico CHAIDE Y CHAIDE por el presunto cometimiento de conductas de abuso de poder de mercado, tipificadas en los numerales 1, 10, 19 y 20 del artículo 9 de la LORCPM;
2. Escrito presentado el 20 de octubre de 2020 identificado con el trámite No. 174044, por medio del cual LAMITEX completó y aclaró la denuncia;
3. Providencia de 22 de octubre 2020 mediante la cual se avocó conocimiento del expediente y se dispuso correr traslado con la denuncia al operador económico CHAIDE Y CHAIDE;
4. Escrito de 18 de noviembre de 2020 con el cual el operador económico CHAIDE Y CHAIDE presentó sus explicaciones;
5. Resolución de 03 de diciembre de 2020, a las 17h05 por medio de la cual la INICAPMAPR dispuso el inicio de la investigación en contra del operador económico CHAIDE Y CHAIDE por el plazo de hasta ciento ochenta (180) días;
6. Resolución de 25 de junio de 2021, a las 11h35 por medio de la cual la INICAPMAPR resolvió prorrogar el plazo de la investigación por hasta ciento ochenta días (180) adicionales;
7. Informe de Resultados No. SCPM-INICAPMAPR-DNICAPM-020 de 23 de diciembre de 2021, con el cual la Dirección Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado (DNICAPM), en lo principal, concluyó que CHAIDE Y CHAIDE ostentaría posición de dominio en el mercado de fabricación y distribución, al por mayor y menor, de colchones a nivel nacional en el período 2019-2022 y que CHAIDE Y CHAIDE habría abusado de su poder de mercado a través del establecimiento de precios mínimos de reventa injustificados en las comunicaciones enviadas a sus distintos distribuidores, constituyendo violación a lo prescrito en los numerales 1 y 20 del artículo 9 de la LORCPM;
8. Resolución de 23 de diciembre de 2021, a las 17h10, por medio de la cual, la INICAPMAPR resolvió acoger el Informe de Resultados No. SCPM-INICAPMAPR-DNICAPM-020 realizado por la DNICAPM y formular cargos en contra del operador económico CHAIDE Y CHAIDE como presunto responsable del cometimiento de conductas de abuso de poder de mercado, conforme lo prescrito en los numerales 1 y 20 del artículo 9 de la LORCPM, así como disponer la elaboración del informe por la presunta ocurrencia de la infracción tipificada en la letra h, numeral 2 del artículo 78 de la misma Ley;

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

9. Providencia de 20 de enero de 2022, a las 11h25, con la que la INICAPMAPR dispuso la apertura del término probatorio por sesenta (60) días prorrogables por un término de treinta (30) días adicionales;
10. Providencia de 18 de abril de 2022, a las 15h52, por medio de la cual la INICAPMAPR dispuso prorrogar el término probatorio por treinta (30) días adicionales;
11. Providencia de 03 de junio de 2022, a las 10h14, por medio de la cual la INICAPMAPR dispuso dar por terminado el término probatorio el día 02 de junio de 2022;
12. Providencia de 23 de junio de 2022, a las 17h12, por medio de la cual la INICAPMAPR dispuso agregar y tomar en cuenta el Informe Final No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-013 emitido el mismo día.

b) Expediente Administrativo SCPM-CRPI-016-2022:

Las constancias procesales que se anotan son las que se consideran relevantes para el presente análisis, lo que no quiere decir que no se haya revisado el expediente administrativo en su integridad:

1. Memorando SCPM-IGT-INICAPMAPR-DNICAPM-2022-065 de 23 de junio de 2022 por medio del cual la INICAPMAPR remitió a la CRPI la providencia de 23 de junio de 2022, a las 17h12, así como el Informe Final No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-013;
2. Providencia de 27 de junio de 2022, a las 09h24, por medio de la cual la CRPI avocó conocimiento de la causa contenida en el Expediente Administrativo SCPM-CRPI-016-2022 y trasladó el Informe Final a los operadores LAMITEX y CHAIDE Y CHAIDE;
3. Escrito presentado el 08 de julio de 2022, por medio del cual el operador económico LAMITEX expuso sus alegatos;
4. Escrito presentado el 12 de julio de 2022, por medio del cual el operador económico CHAIDE Y CHAIDE expuso sus alegatos;
5. Memorando SCPM-IGT-INICAPMAPR-DNICAPM-2022-163 de 28 de julio de 2022, por medio del cual la INICAPMAPR remitió el Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-014 de 28 de julio de 2022, referente al cálculo de la propuesta de sanción;
6. Razón sentada por la Secretaria Ad-hoc de la CRPI, respecto al desarrollo de la audiencia pública, llevada a cabo por vía telemática el 05 de agosto de 2022;
7. Escrito y anexo presentados el 16 de agosto de 2022, las 15h19, por medio del cual el operador económico CHAIDE Y CHAIDE expuso los principales argumentos de su defensa;

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

8. Providencia de 18 de octubre de 2022, mediante la cual la CRPI dispuso a la INICAPMAPR remita un informe de las actuaciones complementarias y piezas procesales constantes den el expediente No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-014-2022 que le han permitido fundamentar su posición sobre los efectos reales o potenciales de las conductas investigadas;
9. Memorando SCPM-IGT-INICAPMAPR-DNICAPMAPR-2022-260 de 21 de octubre de 2022, por medio del cual la INICAPMAPR remitió el Informe de actuaciones complementarias No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-024 de 21 de octubre de 2022;
10. Providencia de 24 de octubre de 2022, a las 17h14, por medio de la cual la CRPI dispuso remitir el Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-024 a los operadores económicos LAMITEX y CHAIDE Y CHAIDE;
11. Escrito presentado el 26 de octubre de 2022, por medio del cual el operador económico LAMITEX señaló que no tiene observaciones respecto al contenido del Informe de actuaciones complementarias No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-024;
12. Escrito presentado el 27 de octubre de 2022, por medio del cual el operador económico CHAIDE Y CHAIDE expuso sus alegatos respecto al contenido del Informe de actuaciones complementarias No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-024;
13. Resolución de 02 de noviembre de 2022, a las 13h32 emitida por la CRPI.

c) Expediente Administrativo SCPM-INJ-22-2022:

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

1. Escrito presentado por el señor Marco Vinicio Polo Reyes, en calidad Gerente y representante legal del operador económico LAMITEX ingresado el 01 de diciembre de 2022, a las 08h48, con número de trámite ID. 259348, mediante el cual presentó recurso de apelación en contra de la Resolución de 02 de noviembre de 2022, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-016-2022;
2. Providencia de 12 de diciembre de 2022, por medio de la cual la autoridad avocó conocimiento del Recurso de Apelación y dispuso al operador económico LAMITEX completarlo;
3. Escrito presentado por el operador económico LAMITEX el 19 de diciembre de 2022, a las 10h55, con número de trámite ID. 260670, por medio del cual completó el recurso de apelación;
4. Providencia de 22 de diciembre de 2022, a las 16h15, por medio de la cual, en lo principal se admitió a trámite el recurso de apelación y se dispuso correr traslado con el recurso de apelación al operador económico CHAIDE y CHAIDE;



EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

5. Escrito presentado por el operador económico LAMITEX el 23 de diciembre de 2022, a las 16h30, con número de trámite ID. 261117, por medio del cual dio cumplimiento a la disposición tercera de la providencia de 22 de diciembre de 2022;
6. Escrito presentado por el operador económico CHAIDE Y CHAIDE el 28 de diciembre de 2022, a las 17h24, con número de trámite ID. 261327, por medio del cual presentó sus alegaciones;
7. Providencia de 30 de diciembre de 2022, a las 14h25, por medio de la cual, en lo principal se requirió al representante legal del operador económico CHAIDE Y CHAIDE justifique documentadamente la calidad en la que comparece y ratifique la intervención de los abogados;
8. Escrito presentado por el representante legal del operador económico CHAIDE Y CHAIDE el 04 de enero de 2023, a las 15h42, con número de trámite ID. 261689, por medio del cual dio por cumplido lo dispuesto en providencia de 30 de diciembre de 2022;
9. Escrito presentado por el operador económico CHAIDE Y CHAIDE el 04 de enero de 2023, a las 15h46, con número de trámite ID. 261691, por medio del cual remitió de forma física del nombramiento de su representante legal;
10. Providencia de 06 de enero de 2023, a las 09h05, por medio de la cual, en lo principal se concedió copias solicitadas, se designó al economista Carl Pfistermeister en calidad de especialista técnico dentro del expediente y se convocó a audiencia pública, misma que se llevaría a efecto el 13 de enero de 2022;
11. Escrito presentado por el operador económico CHAIDE Y CHAIDE el 09 de enero de 2023, a las 13h17, con número de trámite ID. 262090, por medio del cual solicitó el diferimiento de la audiencia;
12. Providencia de 12 de enero de 2023, a las 09h30, por medio de la cual, en lo principal se dispuso el diferimiento de la audiencia convocada mediante providencia de 06 de enero de 2023, fijándose como nueva fecha el 16 de enero de 2023;
13. Escrito presentado por el operador económico CHAIDE Y CHAIDE el 12 de enero de 2023, a las 14h44, con número de trámite ID. 262439, por medio del cual solicitó un nuevo diferimiento de la audiencia;
14. Providencia de 13 de enero de 2023, a las 15h15, por medio de la cual, en lo principal se dispuso el diferimiento de la audiencia convocada mediante providencia de 06 de enero de 2023, fijándose como nueva fecha el 18 de enero de 2023;
15. Escrito presentado por el operador económico LAMITEX el 16 de enero de 2023, a las 10h21, con número de trámite ID. 2625889, por medio del cual solicitó se señale nuevo día y hora para la realización de la audiencia;
16. Providencia de 16 de enero de 2023, a las 16h55, por medio de la cual, la autoridad señaló que resolverá el asunto en mérito de la verdad procesal del expediente administrativo por lo

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

que prescindiría de la audiencia y concedió el término de cuatro días a fin de que el especialista técnico presente un informe del caso;

17. Providencia de 19 de enero de 2023, a las 15h45, por medio de la cual, en lo principal se concedió copias simples solicitadas y se convocó a audiencia pública a celebrarse el 30 de enero de 2022;
18. Escrito y anexos presentados por el operador económico CHAIDE Y CHAIDE el 19 de enero de 2023, a las 17h19, con número de trámite ID. 262966, por medio del cual, entre otros, remitió documentación a ser considerada;
19. Providencia de 24 de enero de 2023, a las 11h55, por medio de la cual, en lo principal se agregó el Informe SCPM-DS-004-2023 de 20 de enero de 2023, remitido por el Econ. Carl Pfistermeister y se corrió traslado con el mismo a las partes;
20. Providencia de 27 de enero de 2023, a las 17h20, por medio de la cual, en lo principal se agregó de alegaciones al Informe SCPM-DS-004-2023 y se corrió traslado con los mismos al Econ. Carl Pfistermeister;
21. Providencia de 02 de febrero de 2023, a las 13h10, por medio de la cual, en lo principal, se dispuso correr traslado a las partes con el Informe presentado por el Econ. Carl Pfistermeister y se agregó al expediente y el disco magnético que contiene el audio y video de la audiencia de 30 de enero de 2023 y la razón de sentada por la Secretaria de Sustanciación, misma que certifica la celebración de la audiencia pública.

SÉPTIMO. - MARCO NORMATIVO APLICABLE. -

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

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

“Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”; “Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. [...] 2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada. [...] 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza. 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: [...]m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos”; “Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”; “Art. 173.- Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial”; “Art. 213.- Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano. Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley. [...]”; **“Art. 226.-** Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley [...]”; **“Art. 284.-** La política económica tendrá los siguientes objetivos: 1. Asegurar una adecuada distribución del ingreso y de la riqueza nacional. [...]; 8. Propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes.”; **“Art. 335.-** El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos. El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal.”; **“Art. 336.-** El Estado impulsará y velará por el comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, que minimice las distorsiones de la intermediación y promueva la sustentabilidad. El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley”.

La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado –LORCPM- manda:

“Art. 1.- Objeto.- El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible.”; **“Art. 2.-** Están sometidos a las disposiciones de la presente Ley todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que las agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional [...]”; **“Art. 3.-** Primacía de la realidad. - Para la aplicación de esta Ley la autoridad administrativa determinará la naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a su realidad y efecto económico. La forma de los actos jurídicos utilizados por los operadores económicos no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos. La costumbre o la costumbre mercantil no podrán ser invocadas o aplicadas para exonerar o eximir las conductas contrarias a esta Ley o la responsabilidad del operador económico”; **“Art. 5.-** Mercado relevante.- A efecto de aplicar esta Ley la Superintendencia de Control del Poder de Mercado determinará para cada caso el mercado relevante. Para ello, considerará, al menos, el mercado del producto o servicio, el mercado geográfico y las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado. El mercado del producto o servicio comprende, al menos, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, las

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; los costos de la sustitución”; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución. El mercado geográfico comprende el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, los costos de transporte, las modalidades de venta y las barreras al comercio existentes. La determinación del mercado relevante considerará las características particulares de los vendedores y compradores que participan en dicho mercado. Los competidores de un mercado relevante deberán ser equiparables, para lo cual se considerará las características de la superficie de venta, el conjunto de bienes que se oferta, el tipo de intermediación y la diferenciación con otros canales de distribución o venta del mismo producto”; “**Art. 7.- Poder de mercado.-** Es la capacidad de los operadores económicos para influir significativamente en el mercado. Dicha capacidad se puede alcanzar de manera individual o colectiva. Tienen poder de mercado u ostentan posición de dominio los operadores económicos que, por cualquier medio, sean capaces de actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes, proveedores, consumidores, usuarios, distribuidores u otros sujetos que participen en el mercado. La obtención o el reforzamiento del poder de mercado no atentan contra la competencia, la eficiencia económica o el bienestar general. Sin embargo, el obtener o reforzar el poder de mercado, de manera que impida, restrinja, falsee o distorsione la competencia, atente contra la eficiencia económica o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios, constituirá una conducta sujeta a control, regulación y, de ser el caso, a las sanciones establecidas en esta Ley”; **Art. 8.- Determinación del Poder de Mercado.-** Para determinar si un operador económico tiene poder de mercado en un mercado relevante, debe considerarse, entre otros, uno o varios de los siguientes criterios: a. Su participación en ese mercado, de forma directa o a través de personas naturales o jurídicas vinculadas, y su posibilidad de fijar precios unilateralmente o de restringir, en forma sustancial, el abastecimiento en el mercado relevante, sin que los demás agentes económicos puedan, en la actualidad o en el futuro, contrarrestar ese poder. b. La existencia de barreras a la entrada y salida, de tipo legal, contractual, económico o estratégico; y, los elementos que, previsiblemente, puedan alterar tanto esas barreras como la oferta de otros competidores. c. La existencia de competidores, clientes o proveedores y su respectiva capacidad de ejercer poder de mercado. d. Las posibilidades de acceso del operador económico y sus competidores a las fuentes de insumos, información, redes de distribución, crédito o tecnología. e. Su comportamiento reciente. f. La disputabilidad del mercado. g. Las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios; y, h. El grado en que el bien o el servicio de que se trate sea sustituible, por otro de origen nacional o extranjero, considerando las posibilidades tecnológicas y el grado en que los consumidores cuenten con sustitutos y el tiempo requerido para efectuar tal sustitución.”; “**Art. 9.- Abuso de Poder de Mercado.-** Constituye infracción a la presente Ley y está prohibido el abuso de poder de mercado. Se entenderá que se produce abuso de poder de mercado cuando uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general. En particular, las conductas que constituyen abuso de poder de mercado son: 1.- Las conductas de uno o varios operadores económicos que les permitan afectar, efectiva o potencialmente, la participación de otros competidores y la capacidad de entrada o expansión de estos últimos en un mercado relevante, a través de cualquier medio ajeno a su propia competitividad

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

o eficiencia [...] 20.- La fijación injustificada de precios de reventa”; “**Art. 41.- Resoluciones.-** Las resoluciones que emita la Superintendencia de Control del Poder de Mercado a través de sus órganos serán motivadas y de cumplimiento obligatorio para las entidades públicas y los operadores económicos.”; “**Art. 44.- Atribuciones del Superintendente.-** Son atribuciones y deberes del Superintendente,

además de los determinados en esta Ley: 1. Conocer y resolver de forma de motivada en última instancia sobre las infracciones establecidas en la ley y aplicar las sanciones pertinentes. 2. Conocer y resolver de forma motivada los recursos que se interpusieren respecto de actos o resoluciones conforme lo previsto por esta Ley y su Reglamento. [...]”; “**Art. 48.- Normas generales.-** [...] La carga de la prueba corresponderá a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, sin perjuicio de las pruebas aportadas por el denunciante y el denunciado [...].”; “**Art. 67.- Recurso de Apelación o Jerárquico.-** Los actos administrativos emitidos en virtud de la aplicación de esta Ley podrán ser elevados al Superintendente de Control de Poder de Mercado mediante recurso de apelación, que se presentará ante éste. También serán susceptibles de recurso de apelación actos administrativos en los que se niegue el recurso ordinario y horizontal de reposición [...]”; “**Art. 77.- Sujetos infractores.-** Serán sujetos infractores las personas naturales o jurídicas que incurran en las prohibiciones o ejecuten las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en esta Ley [...]”; “**Art. 79.- Sanciones.-** 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: [...] **b.** Las infracciones graves con multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa. **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 [...] El volumen de negocios total de las asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas u operador económico se determinará tomando en consideración el volumen de negocios de sus miembros. Además de la sanción prevista en el apartado anterior, cuando el infractor sea una persona jurídica y haya incurrido en infracciones muy graves, se podrá imponer una multa de hasta 500 Remuneraciones Básicas Unificadas a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión, según el grado de intervención o participación de dichos representantes o directivos en la determinación o ejecución de la práctica o conducta infractora. Quedan excluidas de la sanción aquellas personas que, formando parte de los órganos colegiados de administración, no hubieran asistido a las reuniones o hubieran votado en contra o salvado su voto. En caso de que no sea posible delimitar el volumen de negocios a que se refieren los literales a), b) y c) del primer inciso del presente artículo, las infracciones tipificadas en la presente Ley serán sancionadas en los términos siguientes: 1. Las infracciones leves con multa entre 50 a 2.000 Remuneraciones Básicas Unificadas. 2. Las infracciones graves con multa entre 2.001 a 40.000 Remuneraciones Básicas Unificadas. 3. Las infracciones muy graves con multa de más de 40.000 Remuneraciones Básicas Unificadas. La reincidencia se considerará circunstancia agravante, por lo que la sanción aplicable no deberá ser menor que la sanción precedente. La Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá imponer las multas de manera sucesiva e ilimitadamente en caso de reincidencia. En ese caso los umbrales del 8%, 10% y 12% del volumen de negocios total del infractor, relativos a todas sus actividades económicas correspondientes al ejercicio



EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

inmediatamente anterior al de imposición de la multa, establecidos en los literales a, b y c precedentes, no serán aplicables. De igual manera, si la Superintendencia determinare que los beneficios obtenidos como resultado de una conducta contraria a las disposiciones de la presente Ley son superiores a los umbrales del 8%, 10% y 12% del volumen de negocios total del infractor, o a los montos previstos en los números 1, 2 y 3 de este artículo, sancionará al infractor con un monto idéntico al de dichos beneficios, sin perjuicio de su facultad para sancionar la reincidencia establecida en el inciso precedente. Quien no suministrare a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado la información requerida por ésta o hubiere suministrado información incompleta o incorrecta, será sancionado con una multa de hasta 500 Remuneraciones Básicas Unificadas. La Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá ordenar desinvertir, dividir o escindir en los casos en los que determine que es el único camino para restablecer la competencia”; “**Art. 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 concurren en relación con cada una de las empresas u operadores económicos responsables.”; “**Art. 81.- Circunstancias Agravantes.-** Para fijar el importe de las sanciones se tendrán en cuenta además, entre otras, las siguientes circunstancias agravantes: a. La comisión reiterada de infracciones tipificadas en la presente Ley. b. La posición de responsable o instigador de la infracción. c. La adopción de medidas para imponer o garantizar el cumplimiento de las conductas ilícitas. d. 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.”; “**Art. 82.- Circunstancias Atenuantes.-** Para fijar el importe de la sanción se tendrán en cuenta además, entre otras, las siguientes circunstancias atenuantes: a. La realización de actuaciones que pongan fin a la infracción. b. La no aplicación efectiva de las conductas prohibidas. c. La realización de actuaciones tendientes a reparar el daño causado. d. 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.”; “**DISPOSICIONES GENERALES. Primera. - Jerarquía.** - [...] En lo no previsto en esta Ley se estará a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil, Código de Procedimiento Penal, Código de Comercio, Código Civil, Código Penal, Ley Orgánica de Servicio Público y las demás leyes y regulaciones aplicables.”

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

“**Art. 4.- Criterio general de evaluación.-** 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, el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios”;

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

El Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado –IGPA prevé:

“Art. 8.- PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR INICIADO POR DENUNCIA.- La denuncia será ingresada en la Secretaría General o ante su delegado en la Intendencia Regional, quién mediante el Sistema de Gestión Procesal de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, remitirá a la Intendencia General Técnica para que esta a su vez, direcciona al órgano de investigación competente a fin de que en el término de diez (10) días abra un expediente, avoque conocimiento y califique la denuncia. Realizada la calificación pueden presentarse los siguientes casos: a) Si la denuncia cumple con los requisitos previstos en el artículo 54 de la Ley, el órgano de investigación competente procederá a correr traslado al presunto o presuntos responsables con la denuncia para que en el término de quince (15) días contados a partir de la notificación, presenten las explicaciones que consideren necesarias, las mismas que serán ingresadas en la Secretaría General o ante su delegado en la Intendencia Regional, quien remitirá a la Intendencia respectiva. Fenecido el término para la presentación de explicaciones, el órgano de investigación competente, en el término de diez (10) días, procederá a pronunciarse mediante resolución motivada respecto del inicio del procedimiento de investigación o del archivo de la denuncia”; **“Art. 52.- CONTENIDO Y PROCEDIMIENTO DEL RECURSO DE APELACIÓN.-** El recurso de apelación será interpuesto ante el Superintendente, conforme al Art. 67 de la LORCPM, por el operador económico, dentro del término de veinte (20) días contados desde su notificación con la expedición del acto administrativo, en la Secretaría General o a la que haga sus veces en las Intendencias Zonales. a. La Secretaría General o la que haga sus veces en las Intendencias Zonales, enviará el recurso de apelación al Intendente o Presidente de la CRPI, según corresponda, quien incorporará al expediente el escrito del recurso en el término de tres (3) días y lo remitirá mediante providencia al Superintendente. b. El Superintendente en el término de cinco (5) días de recibido el expediente del inferior, avocará conocimiento del recurso y verificará si este ha sido presentado dentro del término legal; en caso de ser extemporánea su presentación, en la primera providencia lo negará sin análisis alguno; caso contrario, el Superintendente correrá traslado a las partes para que en el término de tres (3) días presenten alegaciones motivadas; c. Este recurso será resuelto y notificado en el plazo de sesenta (60) días, contados desde el día que el Superintendente avoque conocimiento del mismo. Esta resolución podrá ser objeto de aclaración o ampliación, sea de oficio o a petición de parte; y, d. El recurso de apelación será con efecto devolutivo y resuelto por el Superintendente de conformidad con la LORCPM. De lo resuelto por el Superintendente no habrá recurso alguno salvo el de aclaración o ampliación. El contenido del recurso de apelación deberá contener al menos lo siguiente: 1. Identificación del acto administrativo que genera la vulneración de derechos de las partes; 2. Invocación de la norma constitucional, legal o reglamentaria presuntamente inobservada; 3. La pretensión; 4. Casillero electrónico asignado por la SCPM o casillero judicial o un correo electrónico; y, 5. La firma del representante legal del operador económico y de su abogado defensor”.

OCTAVO. - ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO DE LA APELACIÓN. -

Conforme lo dispuesto en la Constitución de la República del Ecuador -CRE-¹, las Superintendencias son organismos técnicos de vigilancia y control de las actividades económicas, sociales y

¹ CRE. - “Art. 213.- Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano. Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley. [...]”

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general.

El artículo 1 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM) establece para el régimen de competencia ecuatoriano:

“El objeto de la presente Ley es [...] el control y regulación de las operaciones de concentración económica [...] buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible.”²

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

“Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.”

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

Una vez realizadas la citadas precisiones, cabe señalar que, de la revisión del escrito que contiene el recurso de apelación que se atiende, y en cuidado al problema jurídico a tratarse, la impugnación será atendida con base en los presupuestos planteados por el apelante observando el cumplimiento de parámetros técnicos y legales a fin de atender la validez del acto administrativo recurrido.

² LORCPM.- “Art. 1.- Objeto.- El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible”

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

En el recurso de apelación, el recurrente manifiesta que la Resolución de 02 de noviembre de 2022 a las 13h32, emitida por la CRPI debe ser dejada sin efecto debido a que, encontrándose configurado el tipo previsto en el artículo 9, numerales 1 y 20 de la LORCPM, como hecho no controvertido, la Comisión ha inobservado su aplicación, generando vulneración a los derechos del impugnante, por lo que cabe sancionar al operador económico CHAIDE Y CHAIDE por la conducta tipificada en el artículo antes señalado. Argumenta su solicitud de revocación, en los siguientes puntos:

1. Existe configuración del tipo previsto en el numeral 20 del artículo 9 de la LORCPM debido a que:
 - 1.1 CHAIDE Y CHAIDE ostenta posición dominante en el mercado relevante.
 - 1.2 La fijación injustificada de precios de reventa es un hecho no controvertido por estar probado y aceptado por la CRPI.
2. Existe configuración de la conducta prescrita en el numeral 1 del artículo 9 de la LORCPM por cuanto, el incurrir en la conducta del numeral 20 y ostentar posición dominante dentro del mercado relevante se traduce en recaer en la infracción prescrita en el numeral 1 del artículo 9 de la LORCPM.
3. El efecto potencial de la conducta denunciada, es sancionable bajo la LORCPM.

Determinados como han sido los presupuestos de la Resolución de 02 de noviembre de 2022 emitida por la CRPI dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-016-2022 y los postulados del presente recurso de apelación, con el fin de desarrollar los puntos marcados como problema jurídico a resolverse, impera la necesidad de revisar el análisis contenido en el acto administrativo impugnado, que en su parte pertinente señala:

Del mercado relevante:

“Los hechos denunciados se enfocan en acciones de abuso de poder de mercado, dentro del segmento de producción y distribución de colchones, en el cual participan las partes, por lo cual se restringe el mercado de producto a estos bienes.”

“[...] Los principales elementos que dificultan la sustituibilidad desde el lado de la oferta se relacionan a los gastos de implementación de la operación, así como la necesidad de una red de distribución que permita cubrir la demanda escala nacional de varios tipos de compradores de colchones [...]

[...] a pesar de la existencia de incentivos de rentabilidad económica dentro del mercado, no hay mérito para ampliar el mercado, dado que, tanto desde la demanda como desde la oferta, los productos no son sustituibles por otras alternativa.

El mercado de producto relevante para el presente caso se define como la producción y distribución, al por mayor y menor, de colchones.

[...] las conductas anticompetitivas investigadas habrían ocurrido y cesado en el mercado, en el período de marzo a 12 de agosto de 2019.

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

[...] el mercado relevante está compuesto la fabricación y distribución, al por mayor y al por menor, de colchones a nivel nacional.

Los datos indican claramente que, en el período de análisis, el operador económico investigado CHAIDE se presenta, consistentemente, como el operador económico líder del mercado [...]

[...] el mercado de fabricación y distribución, al por mayor y al por menos, de colchones a nivel nacional mantiene una estructura altamente concentrada, con una importante y consistente participación del operador líder CHAIDE, que lo caracteriza como empresa dominante. En consecuencia, sus acciones tendrán consecuencias trascendentales sobre el mercado relevante y sus concurrentes.

[...] la barrera que afectaría el ingreso o la expansión de competidores en el mercado de producción y distribución de colchones, al por mayor y menor es de tipo estructural y se trata de la existencia de costos hundidos por gastos de publicidad [...] las inversiones necesarias para implementación de la operación, así como el factor estratégico relacionado al canal de distribución pueden evaluarse como barreras en el presente caso.

[...] las inversiones necesarias para la viabilizarían [sic] del proyecto de entrada al mercado de producción de colchones se presentan como una importante barrera para las empresas, en consecuencia, la entrada será baja y en una magnitud insuficiente.

[...] los operadores económicos que decidan entrar al mercado en condiciones de competencia frente a las empresas establecidas deberán alcanzar una importante red de distribución al por mayor y menor a nivel nacional, y cubrir la misma de forma eficiente, lo que implica una restricción importante.

Los gastos en marketing, si bien son un elemento importante para la estabilización del negocio, no aseguran por si mismo que el proyecto sea viable [...]

De la existencia de poder de mercado

[...] el mercado relevante se ha caracterizado como altamente concentrado y con inestabilidad mínima.

[...] el operador económico investigado CHAIDE se ha presentado como líder consistente, con cuotas muy superiores a sus competidores y que rebasan un umbral de dominancia [...] Por lo que se concluye que el operador económico CHAIDE ostenta una posición de poder de mercado dentro del mercado relevante de fabricación y distribución, al por mayor y al por menor, de colchones, a nivel nacional. Configurándose el requisito estructural respecto al caso de abuso de poder de mercado.

De la conducta

[...] el carácter de evaluación para la determinación del carácter restrictivo de las conductas anticompetitiva en el marco de la Ley y su Reglamento son [sic] por objeto o por efecto, o atentar contra la eficiencia económica, el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios.

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

[...] el criterio de valoración de efectos actuales y efectos potenciales resultan [sic] plenamente aplicables para todos los tipos de conductas anticompetitivas que tengan lugar por abuso de poder de mercado contenidos en el artículo 9 de la LORCPM.

[...] como efecto potencial el que debe ser razonablemente previsible como consecuencia de la conducta investigada, sin que se pueda sustentar cualquier posible consecuencia, remota o improbable. En este sentido, el efecto actual o potencial de una conducta anticompetitiva debe tener como causa razonable atribuible a la conducta del agente económico investigado.

[...] No basta para la configuración de la infracción la mera existencia de la fijación de precios, por el contrario, esta autoridad debe analizar las razones objetivas señaladas por el operador económico que le permitan justificar el haber incurrido en la fijación del precio de reventa.

[...] el término injustificado no es aplicable únicamente para aquellos casos en que el operador económico no hubiere presentado una justificación de su conducta, por el contrario el término injustificado debe ser entendido en el sentido que la justificación no sea objetivamente suficiente para demostrar la necesidad y proporcionalidad de su realización.

[...] esta autoridad [...] considera que la fundamentación utilizada para justificar la implementación de una política de fijación de precios mínimos de reventa no demuestra que dicha fijación resulte imprescindible ni proporcional [...]

[...] no se ha identificado que exista una estructura de costos del dominante, de tal manera, que sea imposible competir con precios más bajos [...] por lo que para esta Comisión no existen los elementos necesarios para justificar razonablemente la causalidad del por qué la fijación de precios mínimos de reventa de CHAIDE a sus distribuidores tendría un potencial efecto exclusorio en la competencia inter marca al existir competidores directos que incluso fijan precios inferiores.

Del análisis de la conducta

[...] la configuración legal del tipo contenido en el numeral 20 del artículo 9 de la LORCPM exigen la concurrencia de ciertos elementos: a) uno de carácter estructural [...] y, b) un elemento conductual [...]

Respecto al elemento estructural [...] resulta probado que [...] el operador CHAIDE ostenta una posición dominante en el mercado relevante [...]

[...] con relación al elemento conductual [...] esta Comisión considera que la implementación de precios mínimos de reventa por CHAIDE a sus distribuidores se encuentra plenamente probada.

[...] esta Comisión [...] considera que resulta perfectamente posible aplicar el criterio de evaluación de efectos potenciales a los actos de abuso de poder de mercado [...] no obstante el efecto de la potencialidad de la conducta no puede ser de carácter meramente hipotético, remoto o improbable [...] el efecto potencialmente restrictivo de la conducta debe ser razonablemente previsible como consecuencia de los hechos investigados.

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

[...] en cada caso deberá analizarse la naturaleza de la infracción, la razonabilidad de su efecto, así como una clara relación de causalidad entre la conducta objeto de análisis y el potencial efecto anticompetitivo en el mercado.

[...] la fijación de lista de precios mínimos de reventa de carácter obligatoria en la distribución de productos tiene por finalidad que los distribuidores se vean impedidos o limitados de vender dicho producto en el mercado a un precio menor al fijado por el productor. Esta situación, a su vez, conllevaría [...] una limitación para los consumidores finales que se vería impedidos de acceder a dichos productos más bajos de los previamente fijados.

Otra consecuencia de la fijación de precios mínimos de reventa y su implementación en el mercado es obstaculizar una competencia de precios entre distribuidores quienes al querer atraer a sus consumidores se ven impedidos de ofertar precios inferiores en sus productos a los fijados previamente por el productor.

[...] el ejercicio realizado por la Intendencia permite identificar que por lo menos respecto de los distribuidores y productos analizados la conducta de fijación de precios mínimos de reventa no habría tenido un efecto real en el mercado.

[...] en el caso que un consumidor que acceda a un distribuidor de CHAIDE que además venda colchones de otros productores es posible que ante el incremento en el precio de los productos de CHAIDE, en virtud de la implementación de la lista de precios mínimos de reventa, pueda dirigir su intención de comprar a los colchones de otros fabricantes competidores de CHAIDE.

[...] Esta Comisión [...] no encuentra elementos que permitan identificar que la preferencia del consumidor se vea influida por otros factores –además del precio– como puede ser calidad, marca, garantías, entre otros–, por lo que la potencialidad de la conducta se encuentra restringida en la posibilidad de que el consumidor pueda conseguir en el mismo canal de distribución productos de la competencia a precios similares o inferiores.

[...] esta autoridad no considera que existan los elementos necesarios para probar adecuadamente la valoración de los efectos potencialmente anticompetitivos de la conducta investigada, en otros términos, esta CRPI no encuentra el efecto razonablemente previsible identificado por la Intendencia como consecuencia de la conducta investigada, ya que en virtud de que algunos de los competidores puedan verse afectados por la fijación de precios mínimos de reventa implementados en sus productos en el margen de tiempo analizado.

[...] esta Comisión no observa que los precios de los competidores tiendan al alza en la temporalidad de la conducta, tampoco se distingue una uniformidad en las actuaciones de los distribuidores respecto al precio de venta de los colchones analizados, por el contrario, se observa que existen operadores que en distintos meses vendieron colchones a precios superiores e inferiores a los contenidos en las listas de precios de CHAIDE dentro de la temporalidad de la conducta.

De ser extrapolada la muestra analizada por la Intendencia a la totalidad de distribuidores intra marca notificados no permite evidenciar el efecto potencial de la conducta en el mercado lo que sumado a una temporalidad relativamente corta (cinco meses o menos) no existen los elementos suficientes que permiten considerar como probable que la conducta

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

objeto de análisis pudiera generar una limitación a la competencia por precios entre distribuidores intra marca [...]"

De la transcripción de los pasajes correspondientes del acto administrativo impugnado, se hace evidente que el mismo, se aparta del criterio contenido en el Informe No. SCPM-INICAPMAPR-DNICAPM-020 de 23 de diciembre de 2021 y la Resolución de 23 de diciembre de 2021 a las 17h10, emitidos dentro del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICAPMAPR-014-2020 por parte de la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado y Prácticas Restrictivas (INICAPMAPR), con una valoración referente al estándar de evidencia procedimental para la imputación y sanción conductual.

Ahora bien, tomando en cuenta los argumentos establecidos en el recurso de apelación, la presente resolución analizará si en el acto administrativo de 02 de noviembre de 2022 a las 13h32, la CRPI valoró los hechos y el Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-014-2020, en correcta aplicación de la normativa para, con la debida motivación, tomar la decisión de ordenar el archivo de la investigación dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-16-2022.

A continuación se procede a analizar a profundidad los puntos que marcan la impugnación del apelante, reiterando que, para poder dar atención a los fundamentos impugnatorios del recurrente, se dividirá la estructura del recurso en seis (6) apartados: **8.1.** Hechos acreditados; **8.2.-** Determinación del objeto impugnatorio y parámetro de análisis; **8.3.** Las conductas de abuso de posición de dominio en la LORCPM; **8.4.** Valoración jurídica de los hechos acreditados; **8.5.** Análisis del fondo anticompetitivo a la luz del procedimiento administrativo sancionatorio; y, **8.6.** La conducta anticompetitiva cometida por el operador económico CHAIDE y CHAIDE.

Como un aspecto netamente introductorio al desarrollo de los apartados, se precisa que, la conducta objeto de análisis, es la definida como abuso del poder de mercado, y encontrándose tipificada en el artículo 9 de la LORCPM, que conforme fuese denunciada e investigada, recaería en la modalidad de los numerales 1 y 20 de referida norma.

Ahora bien, a fin de determinar la posible existencia de abuso del poder de mercado, en el marco de la LORCPM, la administración debe determinar la existencia de los requisitos estructurales y conductuales, y, en el caso en estudio, debe dejarse por sentado que, de la verdad procesal de los expedientes administrativos, por ser un elemento coincidente en toda conducta bajo el artículo 9 de la LORCPM, la posición de dominio del operado económico CHAIDE Y CHAIDE se encuentra comprobado y ratificado. Por lo que, en lo posterior este elemento se tendrá como base y fijado, efectuándose el análisis en el elemento conductual de los tipos legales de los numerales 1 y 20 de referido artículo.

Con la aclaración que antecede, a continuación constan detallados los hechos de los cuales no se hará un análisis por encontrarse debidamente probados y ratificados. Así mismo, se hace particular énfasis en que, los puntos referentes a la **determinación del mercado relevante, el marco teórico y la valoración probatoria** se ratifican del acto administrativo impugnado, y en consecuencia, de la postura plasmada por la INICAPMAPR en su informe de resultados y formulación de cargos, en medida de lo cual, al ratificarse como hechos acreditados por las partes procesales, serán anexos al

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

pronunciamiento de la presente, por no controvertidos. Aquellos elementos ajenos a los indicados, serán el objeto de revisión impugnatoria y de toma de decisión por parte de esta autoridad.

Por lo anterior, se cita como contenido y parte del presente acto administrativo, los puntos antes descritos, extraídos de la resolución de 02 de noviembre de 2022 a las 13h32, y que forman parte del fondo decisional de la presente resolución, expresados con fines de motivación:

9. DE LA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS QUE OBRAN EN EL EXPEDIENTE DE INVESTIGACIÓN

La CRPI, con la finalidad de valorar la prueba, tendrá en cuenta lo determinado en el numeral 5 del artículo 3 del IGPA de la SCPM, en concordancia con el numeral 4 del artículo 76 de la Constitución de la República, que establecen que únicamente la prueba que fuera pedida, ordenada y practicada conforme con los principios del debido proceso tendrán eficacia probatoria. Caso contrario, estas no poseerán valor probatorio alguno.

Se observará que todas las pruebas aportadas por los interesados consten en originales, fiel copias del original, copias certificadas, o en caso de documentos digitales y otras diligencias, serán incorporados con las formalidades que establece la Ley.

De la revisión del acervo documental del expediente No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-014-2020, se destaca que la INICAPMAPR, a través de providencia expedida el 20 de enero de 2022 a las 11h25, dispuso abrir el término probatorio por 60 días. Posteriormente, mediante providencia emitida el 18 de abril de 2022 a las 15h52, dispuso prorrogar la duración del periodo probatorio por un término de 30 días adicionales, contados a partir del fenecimiento del término original. Finalmente, por medio de providencia expedida el 03 de junio de 2022 a las 10h14, la INICAPMAPR cerró la fase de prueba. En este periodo la Intendencia reprodujo las pruebas listadas previamente.

*Como ya lo ha manifestado la CRPI en resoluciones previas, la prueba considerada será aquella que dirija al convencimiento de los hechos y circunstancias que se han planteado en la etapa de Investigación, y que estén directamente relacionadas con las conductas atribuidas al operador económico **CHAIDE**.*

La valoración de la prueba es la siguiente:

9.1 Informe de Resultados No. SCPM-INICAPMAPR-DNICAPM-020.

La prueba corresponde a la versión confidencial del Informe de Resultados No. SCPM-INICAPMAPR-DNICAPM-020 emitido por la Intendencia el 23 de diciembre de 2021, firmado en el expediente con Id. 220999. En este instrumento, reproducido en providencia de 03 de marzo de 2022, la INICAPMAPR concluyó y recomendó lo siguiente³:

³ Expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-014-2020. Informe de Resultados No. SCPM-INICAPMAPR-DNICAPM-020 de 23 de diciembre de 2021, firmado con Id. 220999, pág. 104-105.



EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

12. CONCLUSIONES

[340] Una vez concluido el plazo legal para la realización de la investigación y conforme lo expuesto y explicado en el presente informe, esta Dirección concluye que:

- a) El mercado relevante de la presente investigación corresponde a la fabricación y distribución, al por mayor y al por menor, de colchones a nivel nacional, conforme el análisis realizado a través de metodologías cualitativas y cuantitativas, desde la perspectiva de la sustituibilidad de la demanda y oferta. Conviene destacar, que conforme el análisis conductual realizado, se restringe el marco temporal, al periodo 2019 – 2020, periodo en el cual se ha constatado que se estaría cometiendo la infracción.
- b) El operador económico CHAIDE Y CHAIDE ostentaría posición de dominio en el mercado de fabricación y distribución, al por mayor y al por menor, de colchones, a nivel nacional en el periodo 2019-2020, debido a: i) su significativa cuota de mercado; ii) la estructura de mercado concentrada; y, iii) la existencia de barreras de entrada de tipo estructural y estratégicas, lo cual permite que el operador económico actúe con presidencia de sus competidores y consumidores:
- c) El operador económico CHAIDE Y CHAIDE habría abusado de su poder de mercado a través del establecimiento de precios de reventa injustificados en las comunicaciones enviadas a sus distintos distribuidores, constituyendo violación a lo prescrito en los numerales 1 y 20 del artículo 9 de la LORCPM.
- d) El supuesto abuso de poder de mercado del operador económico CHAIDE Y CHAIDE constituiría una violación grave conforme lo establecido en el numeral 2, literal b, del artículo 78 de la LORCPM.
- e) El operador económico CHAIDE Y CHAIDE habría entregado información engañosa o falsa a la INICAPMAPR, en cuanto a la existencia de fijación de precios de reventa, lo cual podría constituir una violación grave conforme lo establecido en el numeral 2, literal h, del artículo 78 de la LORCPM.

13. RECOMENDACIONES

[341] En tal sentido, por todo lo expuesto, esta Dirección recomienda:

- a) Proseguir con la etapa de sustanciación, para lo cual se recomienda FORMULAR CARGOS en contra del operador económico CHAIDE y CHAIDE S.A., conforme manda el artículo 58 de la LORCPM, 67 y 68 del RALORCPM y 10 del Instructivo de Gestión Administrativa de la SCPM.
- b) Se sancione al operador económico CHAIDE Y CHAIDE S.A., hasta con un 10% del volumen de sus negocios, conforme lo establecido en el artículo 79 de la LORCPM.
- c) Se requiera al operador económico CHAIDE Y CHAIDE S.A., como medidas correctivas: i) la realización de un programa de *compliance* en Derecho de Competencia, con especial énfasis en la responsabilidad especial de los operadores económicos dominantes; y, ii) que no establezca mecanismos de retaliación en contra de los distribuidores que presentaron las comunicaciones que establecían los precios mínimos de reventa.
- d) Se disponga realizar un Informe sobre la procedencia de la apertura de una investigación por el posible cometimiento de la infracción prescrita en el numeral 2, literal h, del artículo 78 de la LORCPM.

Por su aplicabilidad y el aporte en cuanto a insumos para el debido análisis, el contenido del informe se convierte en una herramienta fundamental para que la CRPI analice el caso bajo estudio y adopte una resolución. La prueba se califica como válida al cumplir los criterios de pertinencia, conducencia y utilidad.

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

9.2 Escrito presentado por el operador económico CHAIDE el 19 de enero de 2022.

La prueba anunciada y reproducida por la Intendencia, en providencia de 03 de marzo de 2022, se conforma por el escrito presentado por el operador económico **CHAIDE**, el 19 de enero de 2022 a las 15h52, contenido en trámite signado con Id. 223786. En el documento el operador investigado presenta excepciones a la formulación de cargos realizada por la INICAPMAPR en resolución de 23 de diciembre de 2021 y respecto al contenido del Informe de Resultados No. SCPM-INICAPMAPR-DNICAPM-2021-020.

La información presentada por el operador económico es pertinente, conducente y útil, ya que contiene los criterios por los cuales el operador investigado refuta la imputación de cargos e intenta justificar sus excepciones. Es importante señalar que **CHAIDE** reconoció el envío de listados de precios de reventa al canal de distribución, justifica su accionar y que la lista de los precios no habrían sido implementados. Conforme lo expuesto, la prueba se califica como útil, pertinente y conducente.

9.3 Escrito presentado por el operador económico CHAIDE el 10 de noviembre de 2020.

La pieza procesal corresponde al contenido del escrito entregado por el operador económico **CHAIDE**, el 10 de noviembre de 2020 a las 17h17, en trámite signado con Id. 176089 y sus anexos. La prueba fue reproducida por la Intendencia en providencia de 28 de abril de 2022.

El escrito contiene información solicitada por la Intendencia en el marco de actuaciones previas. Los datos corresponde a detalles de distribuidores, porcentajes de ventas por canales, descuentos y beneficios monetarios, así como detalle de relaciones comerciales. La información es pertinente, conducente y útil, ya que se refiere a las acciones desarrolladas por el operador económico **CHAIDE** en el desarrollo de sus actividades productivas, aspecto importante para el análisis de las conductas investigadas.

9.4 Escrito ingresado por CHAIDE el 02 de diciembre de 2021.

Con fecha 02 de diciembre de 2021 a las 09h59, en trámite signado con Id. 217888, el operador económico **CHAIDE** ingreso un escrito presentando información. El documento fue reproducido como prueba por parte de la INICAPMAPR en providencia de 28 de abril de 2022, en atención a la solicitud del operador económico **CHAIDE**, que en escrito de 19 de abril de 2022, signado con Id. 235148, señaló: “Tómese en cuenta como prueba a favor de **CHAIDE**, su escrito de 02 de diciembre de 2021 (sic), en el que se aclara en qué consisten los precios de lista enviados periódicamente a sus distribuidores”.

En este sentido la Intendencia consideró que, si bien el documento entrega información sobre terminología utilizada que sirve para entender cómo se estableció el precio mínimo de reventa, esta prueba no es suficiente para desacreditar los efectos anticompetitivos de las conductas investigadas por la propia Intendencia, criterio que es compartido por esta Comisión. Por lo que la prueba señalada por el operador económico no resulta pertinente, conducente o útil para probar lo aseverado por **CHAIDE**.

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

9.5 Escrito y anexos presentador por el operador económico CHAIDE el 12 de abril de 2022.

La prueba se conforma por el escrito y anexos presentados por el operador económico **CHAIDE**, el 12 de abril de 2022 a las 14h56, en trámite signado con Id. 234509. Esta pieza procesal fue reproducida como prueba mediante providencia de 28 de abril de 2022 por parte de la INICAPMAPR.

Su contenido se refiere a las comunicaciones enviadas mediante correo electrónico por la empresa **CHAIDE**, respecto a listas de precios de reventa, constan debidamente materializadas. En estas comunicaciones se habría establecido el sistema de precios como se indica:



Esta información se destina como prueba sobre la fijación de precios mínimos de reventa, sin considerar su aplicación efectiva. Por lo tanto, la información es pertinente, conducente, así como útil para normar el análisis de la CRPI.

9.6 Testimonio de [REDACTED]

La prueba se compone por el Acta y anexos, contenidos en trámite signado con Id. 234573, respecto a la diligencia de toma de testimonio sin juramento realizada al señor [REDACTED], en calidad de gerente de ventas e innovación, y sus abogados patrocinadores, la cual se llevó a cabo el 08 de abril de 2022, a las 08h50. La toma de testimonio fue reproducida como prueba testimonial en providencia de 28 de abril de 2022.

La prueba sirve como constancia del desarrollo de la diligencia y, a través de la información aportada por el testimonio, respecto de las estrategias comerciales aplicadas por el operador económico **CHAIDE** en cuanto al establecimiento del sistema de precios y descuentos para distribuidores, en especial respecto a la presunta falta de implementación de precios de reventa. Por tanto se califica como prueba pertinente, conducente, así como útil.

9.7 Testimonio de [REDACTED]

La prueba se compone por el Acta y anexos, contenidos en trámite signado con Id. 234575, respecto a la diligencia de toma de testimonio sin juramento realizada a [REDACTED], en calidad de jefe de ventas de la regional sierra, en compañía de sus abogados

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

patrocinadores, la cual se llevó a cabo el 08 de abril de 2022, a las 09h30. La toma de testimonio fue reproducida como prueba testimonial en providencia de 28 de abril de 2022.

La prueba sirve como constancia del desarrollo de la diligencia y, a través de la información aportada por el testimonio, respecto de las estrategias comerciales aplicadas por el operador económico **CHAIDE** en cuanto al establecimiento del sistema de precios y descuentos para distribuidores, en especial respecto a la presunta falta de implementación de precios de reventa. Por tanto se califica como prueba pertinente, conducente, así como útil.

9.8 Testimonio de [REDACTED]

La prueba se compone por el Acta y anexos, contenidos en trámite signado con Id. 234576, respecto a la diligencia de toma de testimonio sin juramento realizada al señor [REDACTED], quien se presentó en compañía de sus abogados patrocinadores, la actividad se llevó a cabo el 08 de abril de 2022, a las 10h59. La toma de testimonio fue reproducida como prueba testimonial en providencia de 28 de abril de 2022.

La prueba sirve como constancia del desarrollo de la diligencia y, a través de la información aportada por el testimonio, respecto de las estrategias comerciales aplicadas por el operador económico **CHAIDE** en el establecimiento del sistema de precios y descuentos para distribuidores, en especial respecto a la presunta falta de implementación de precios de reventa. Por tanto se califica como prueba pertinente, conducente, así como útil.

9.9 Testimonio de [REDACTED]

La prueba se trata del Acta y anexos, contenidos en trámite signado con Id. 234580, respecto a la diligencia de toma de testimonio sin juramento realizada a [REDACTED] acompañada de sus abogados patrocinadores, la cual se llevó a cabo el 08 de abril de 2022, a las 09h56. La toma de testimonio fue reproducida como prueba testimonial en providencia de 28 de abril de 2022.

A través de la información aportada por el testimonio, el operador económico presentó sus estrategias comerciales aplicadas en el establecimiento del sistema de precios y descuentos para distribuidores, así como respecto a la presunta falta de implementación de precios de reventa. La prueba se valora como pertinente, conducente, así como útil.

9.10 Testimonio de [REDACTED]

La prueba se conforma por el Acta y anexos, contenidos en trámite signado con Id. 234583, respecto a la diligencia de toma de testimonio sin juramento realizada al señor [REDACTED], acompañado de sus abogados patrocinadores, la cual se llevó a cabo el 08 de abril de 2022, a las 10h27. La toma de testimonio fue reproducida como prueba testimonial en providencia de 28 de abril de 2022.

La prueba se califica como pertinente, conducente y útil, pues agrega información de las estrategias comerciales aplicadas por el operador económico **CHAIDE** en el establecimiento del sistema de

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

precios y descuentos para distribuidores, en especial respecto a la presunta falta implementación de precios de reventa.

9.11 Testimonio de [REDACTED]

La pieza procesal se trata del Acta y anexos, contenidos en trámite signado con Id. 234590, respecto a la diligencia de toma de testimonio sin juramento realizada a [REDACTED] en calidad de Gerente Comercial, acompañado de su defensa, la cual se llevó a cabo el 11 de abril de 2022, a las 09h00. La toma de testimonio fue reproducida como prueba testimonial en providencia de 28 de abril de 2022.

La prueba sirve como constancia del desarrollo de la diligencia y, a través de la información aportada por el testimonio, respecto de las estrategias comerciales aplicadas por **CHAIDE** en el establecimiento de sistema de precios y descuentos para distribuidores, en específico respecto a la presunta falta de implementación de precios de reventa. Por tanto se califica la pieza procesal en su conjunto como prueba pertinente, conducente, así como útil.

9.12 Testimonio de [REDACTED]

La prueba reproducida por la Intendencia se trata del Acta y anexos, contenidos en trámite signado con Id. 234591, respecto a la diligencia de toma de testimonio sin juramento realizada al señor [REDACTED], en calidad de jefe zonal de ventas costa, la cual se llevó a cabo el 11 de abril de 2022, a las 09h36, en compañía de sus abogados patrocinadores. La toma de testimonio fue reproducida como prueba testimonial en providencia de 28 de abril de 2022.

La prueba se califica como válida, dado que el testimonio en cuestión aporta información de las estrategias comerciales aplicadas por **CHAIDE** en la integración del sistema de precios y descuentos para distribuidores, en especial respecto a la presunta falta de implementación de precios de reventa.

9.13 Testimonio de [REDACTED]

La prueba se compone por el Acta y anexos, contenidos en trámite signado con Id. 234594, respecto a la diligencia de toma de testimonio sin juramento realizada a [REDACTED], la cual se llevó a cabo el 11 de abril de 2022, a las 10h02, en compañía de sus abogados patrocinadores. La toma de testimonio fue reproducida por la Intendencia como prueba testimonial en providencia de 28 de abril de 2022.

La prueba sirve como constancia del desarrollo de la diligencia y, a través de la información aportada por el testimonio, respecto de las estrategias comerciales aplicadas por el operador económico **CHAIDE** en el establecimiento del sistema de precios y descuentos para sus distribuidores, en especial respecto a la falta de implementación de precios de reventa. Por su contenido, la prueba es pertinente, conducente, así como útil.

9.14 Testimonio de [REDACTED]

La INICAPMAPR reprodujo como prueba el Acta y anexos, contenidos en trámite signado con Id. 234598, respecto a la diligencia de toma de testimonio sin juramento realizada al señor [REDACTED]

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

██████████ y sus abogados patrocinadores, la cual se llevó a cabo el 11 de abril de 2022, a las 10h24. La toma de testimonio fue reproducida en providencia de 28 de abril de 2022.

La prueba califica como válida, dado que aporta información de las estrategias de **CHAIDE** en el establecimiento del sistema de precios y descuentos para sus distribuidores, en especial respecto a la presunta falta de implementación de precios de reventa.

9.15 Testimonio de ██████████

La prueba se compone del Acta y anexos, contenidos en trámite signado con Id. 234599, respecto a la diligencia de toma de testimonio sin juramento realizada a ██████████ el 11 de abril de 2022 a las 10h44, con acompañamiento de sus abogados patrocinadores. La toma de testimonio fue reproducida por la INICAPMAPR en providencia de 28 de abril de 2022.

El testimonio aporta información sobre las estrategias comerciales de la empresa **CHAIDE**, al establecer el sistema de precios y descuentos para sus distribuidores, en especial respecto a la presunta falta de implementación de precios de reventa. Consecuentemente, se califica como prueba pertinente, conducente, así como útil.

9.16 Testimonio de ██████████

La prueba se compone por el Acta y anexos, contenidos en trámite signado con Id. 234756, respecto a la diligencia de toma de testimonio sin juramento realizada al señor ██████████, en compañía de sus abogados patrocinadores, la cual se llevó a cabo el 13 de abril de 2022, a las 15h30. La toma de testimonio fue reproducida como prueba testimonial en providencia de 28 de abril de 2022.

La prueba aporta información de las estrategias comerciales aplicadas por el operador económico **CHAIDE** en el establecimiento del sistema de precios y descuentos para sus distribuidores al por mayor y al por menor, en especial se asegura que la implementación de precios de reventa no ocurrió. La pieza procesal en su conjunto se califica como pertinente, conducente y útil en el presente asunto.

9.17 Testimonio de ██████████

La INICAPMAPR reprodujo como prueba el Acta y anexos, contenidos en trámite signado con Id. 234798, respecto a la diligencia de toma de testimonio sin juramento realizada a ██████████, en calidad de jefe zonal del austro, el 12 de abril de 2022, a las 09h00, en concurrencia de sus abogados patrocinadores. La toma de testimonio fue reproducida por la Intendencia como prueba testimonial en providencia de 28 de abril de 2022.

En la prueba el colaborador de **CHAIDE** aporta información aportada de las estrategias comerciales de la empresa, al momento de fijar el sistema de precios y descuentos para sus distintos distribuidores, así como la presunta falta de implementación de precios de reventa. En consideración a su naturaleza y contenido la prueba es válida.

Otras pruebas que obran en el expediente

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

9.18 Escrito y anexo presentado por CHAIDE el 04 de mayo de 2022.

La Prueba, reproducida por la INICAPMAPR en providencia de 05 de mayo de 2022, corresponde al escrito y anexo presentados por el operador económico **CHAIDE** el 04 de mayo de 2022, a las 17h11, en trámite signado con Id. 236419 y Anexo Id. 436372.

La prueba de trata del INFORME SOBRE PRECIOS DE REVENTA EN EL MERCADO DE COLCHONES EN ECUADOR preparado por la consultora PROFITAS. Este informe presenta argumentos de carácter jurídico-económico sobre los cargos imputados a **CHAIDE** y respecto al mercado circundante. De la revisión de su contenido, la INICAPMAPR concluye que el informe no desvirtúa los hallazgos del órgano investigador.

La información provista por este elemento procesal se considera útil, pertinente y conducente, al dirigirse al análisis del mercado relevante como de la conducta investigada, en consecuencia, conforma una prueba válida.

9.19 Escrito presentado por LAMITEX el 20 de octubre de 2020.

El elemento probatorio se conforma por el escrito presentado por el operador económico **LAMITEX**, con fecha el 20 de octubre de 2020 a las 16h32, en trámite signado Id. 174044. A través del escrito y sus anexos, el operador económico **LAMITEX** completa y aclara la denuncia presentada en la SCPM el 02 de octubre de 2020. La prueba fue reproducida por la INICAPMAPR en providencia de 18 de mayo de 2022.

Dicha prueba trata respecto de cómo la fijación de precios de reventa constituiría una violación a los numerales 1 y 20 del artículo 9 de la LORCPM. **LAMITEX** considera que, respecto al numeral 1 del artículo 9, la práctica de la denunciada constituiría un abuso de poder del mercado por afectar real y potencialmente la expansión y entrada de competidores. Así como del numeral 20 del artículo 9, por cuanto, tendría como efecto que los distribuidores se vean impedidos de aplicar descuentos a favor del consumidor.

La información es pertinente, conducente y útil, ya que se refiere a los actos desarrollados por el operador económico **CHAIDE** en su estrategia de comercialización con el canal de distribución, aspecto importante para el análisis de las conductas investigadas.

9.20 Resolución emitida por la INICAPMAPR el 03 de diciembre de 2020.

La prueba corresponde a la Resolución de inicio de investigación, emitida por la Intendencia el 03 de diciembre de 2020 a las 17h05, signado en el expediente con Id. 179402. En este instrumento, reproducido en providencia de 18 de mayo de 2022, la INICAPMAPR consideró en su decisión esencialmente lo siguiente⁴:

⁴ Expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-014-2020. Resolución de 03 de diciembre de 2020 a las 17h05, signado con Id. 179402, pág. 40.



EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

Una vez expuestos los argumentos contrapuestos, nuevamente, esta Autoridad considera que las conductas expuestas pudiesen configurar varios tipos de abuso de posición de dominio a la vez. Lo que, *a priori*, pudiese ocurrir en el presente caso, y al igual que lo analizado sobre las conductas de los numerales 10 y 20 del artículo 9 de la LORCPM, Debiendo esta Autoridad verificar es si las condiciones comerciales impuestas por CHAIDE Y CHAIDE a sus distintos tipos de distribuidores a través de sus descuentos condicionales, son justificadas o si tienen o no efectos exclusorios en el mercado. Asimismo, se deberá comprobar la existencia o no de cláusulas de fijación de precios, de existir, si éstas tienen o no una justificación técnico-económica y si las mismas tienen o no efectos explotativos en los consumidores.

Por todo lo expuesto hasta el momento, y dado lo indicado en la verdad procesal del expediente, se considera que al momento no es posible descartar los indicios de la existencia de políticas comerciales que presuntamente podrían constituir abuso de poder de mercado bajo los preceptos inscritos en los numerales: 1, 10, 19, 20 y, 21 del artículo 9 de la LORCPM. Por lo cual esta Autoridad determina que los argumentos presentados por el denunciante y el denunciado deberán ser corroborados en una fase procesal posterior.

Considerando el análisis preliminar desarrollado por la INICAPMAPR, el contenido de esta pieza procesal la convierte en una herramienta fundamental para que la CRPI analice el caso bajo estudio y adopte una resolución.

9.21 Escrito presentado por CHAIDE el 12 de marzo de 2021.

La prueba se compone de dos partes complementarias entre sí, por un lado el escrito ingresado por parte del operador económico **CHAIDE** el 12 de marzo de 2021, a las 17h31, en trámite signado con Id. 188006. Por otra parte, el Extracto No Confidencial, signado con Id. 237657, realizado por parte de la INICAPMAPR sobre la información entregada en el Anexo Id. 341801 del mismo escrito. El escrito fue reproducido como prueba en providencia de 18 de mayo de 2022, mientras que el extracto no confidencial de su anexo, fue reproducido como prueba en providencia de 25 de mayo de 2022.

El extracto no confidencial refleja el contenido de la información aportada por **CHAIDE**, salvaguardando la confidencialidad de los datos originales, sin comprometer la validez del elemento probatorio.

El operador económico señaló en su escrito signado con Id. 235148 que esta prueba en conjunción con la cuestionario B anexo al escrito presentado por CHAIDE el 21 de octubre de 2021, permitirá a esta autoridad contrastar la aplicación de la política de precios de reventa para distribuidores.

De la revisión del documento, se puede verificar que contiene una lista de distribuidores de **CHAIDE**, lo que en conjunción con el cuestionario B adjunto al trámite signado con Id. 211040 que contiene entre otros los precios, ingresos, ventas y costos de importación y producción de colchones.

De la revisión de ambos cuestionarios esta Comisión no encuentra que en ellos consten los precios de reventa de los distribuidores a sus clientes o consumidores, por lo que no es posible inferir que del documento analizado se pueda determinar la existencia de la aplicación o no de la lista de precios mínimos de reventa. Por lo que la prueba señalada por el operador económico, si bien tiene datos objetivos, no resulta pertinente, conducente o útil para probar lo aseverado por **CHAIDE**.

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

Sin embargo, de lo indicado, la información constante en el cuestionario A, tiene información objetiva que fue utilizada por la Intendencia en su informe final y por esta Comisión en la presente resolución.

9.22 Escrito presentado por CHAIDE el 21 de octubre de 2021.

*La prueba se configura por: a) Escrito presentado por parte del operador económico **CHAIDE**, el 21 de octubre de 2021, a las 14h17, en trámite signado Id. 211040, respecto a la información solicitada en el cuestionario B; y, b) el Reporte Agregado y anexo, signados con Id. 238632, preparado por parte de la INICAPMAPR respecto de la información constante en el cuestionario B. El escrito fue reproducido como prueba en providencia de 18 de mayo de 2022, en tanto que el reporte agregado de su anexo se incorporó por la INICAPMAPR como prueba en su actuación de 01 de junio de 2022.*

El escrito y su anexo, corresponden a la entrega de la información solicitada por parte de la INICAPMAPR en el cuestionario B a productores de colchones, respecto de información relativa a precios, ingresos, ventas y costos de importación y producción. Elementos que son básicos en el análisis de mercado relevante, así como respecto a las conductas investigadas, en especial de los efectos anticompetitivos derivados de estas, y con respecto a la cuantificación de una sanción.

*No obstante, dicho cuestionario no contiene información respecto de las ventas de los distribuidores a sus clientes, por lo que no permite probar la aplicación o no de la lista los precios mínimos de reventa por los distribuidores de **CHAIDE**.*

*Por lo que la prueba señalada por el operador económico, si bien tiene datos objetivos, no resulta pertinente, conducente o útil para probar lo aseverado por **CHAIDE**.*

Sin embargo de lo indicado, la información constante en el cuestionario A, tiene información objetiva que fue utilizada por la Intendencia en su informe final y por esta Comisión en la presente resolución.

9.23 Escrito ingresado por el operador económico CHAIDE el 21 de diciembre de 2021.

*La prueba documental se compone del escrito ingresado por el operador económico **CHAIDE** el 21 de diciembre de 2021 a las 14h51, en trámite signado con Id. 220530, respecto a la entrega de la información del Cuestionario F. Así como por el anexo que contiene el extracto no confidencial de dicho cuestionario, el cual fue presentado por el propio operador económico el 27 de mayo de 2022 a las 17h17, en trámite signado con Id. 238151 y Anexo Id. 440304. Tanto el escrito como el extracto no confidencial de su anexo, fueron reproducidos como prueba por parte de la INICAPMAPR en providencia de 18 de mayo de 2022 y 31 de mayo de 2022, respectivamente.*

*La información provista por **CHAIDE** en el formulario F presenta datos de las políticas comerciales aplicadas por el operador económico a sus distribuidores autorizados, en específico, respecto a temas de asesoría y publicidad. El operador señala que la información serviría de justificación para la aplicación del esquema de precios de reventa.*

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

*La CRPI considera que el extracto no confidencial del cuestionario F refleja el contenido de la información reportada por **CHAIDE**, salvaguardando la confidencialidad de los datos originales y sin comprometer la validez del elemento probatorio. Por lo cual es un elemento válido.*

Por su naturaleza y contenido, la prueba se califica como pertinente, útil y conducente a la resolución del presente asunto.

9.24 Resolución emitida por la INICAPMAPR el 23 de diciembre de 2021.

*La INICAPMAPR, en providencia de 18 de mayo de 2022, reprodujo como prueba la Resolución de formulación de cargos que emitió el 23 de diciembre de 2021, a las 17h10, que consta en el expediente signada con Id. 221350. En este elemento la Intendencia formuló cargos a **CHAIDE** por incurrir en la fijación de precios de reventa injustificados, como una violación a los numerales 1 y 20 del artículo 9 de la LORCPM.*

*En la resolución de formulación de cargos constan los principales elementos de análisis que llevaron al órgano investigador al convencimiento de la existencia de una infracción a la Ley, en la modalidad de abuso de poder de mercado por parte de la empresa **CHAIDE**. Estos mismos elementos son los que constan en Informe de Resultados No. SCPM-INICAPMAPR-DNICAPM-020, emitido por la Intendencia el 23 de diciembre de 2021 y reproducido también como prueba.*

El análisis investigativo contenido en la resolución de formulación de cargos le convierte en una herramienta fundamental para que la CRPI analice el caso bajo estudio y adopte una resolución fundamentada. En consecuencia la prueba se califica como válida al cumplir los criterios de pertinencia, conducencia y utilidad.

9.25 Escrito ingresado por el operador económico CHAIDE el 04 de abril de 2022.

*La prueba corresponde al escrito ingresado por el operador económico **CHAIDE** el 04 de abril de 2022, a las 16h46, en trámite signado con Id. 232466. La INICAPMAPR reprodujo este elemento como prueba en providencia de 18 de mayo de 2022.*

Mediante este elemento el operador económico investigado expresa detalles de las comunicaciones enviadas al canal de distribución de sus productos y refuerza su argumento respecto a la no implementación efectiva de la práctica de fijación de precios de reventa mínimos, como un eximente de responsabilidad.

*La prueba aportada por parte del operador económico **CHAIDE** es útil, conducente y pertinente para que la CRPI formule su juicio, toda vez que aporta elementos de cómo se desarrolló la conducta, en específico en cuanto a los métodos de comunicación.*

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

9.26 Información presentada por el operador económico CHAIDE el 04 de mayo de 2022.

La prueba se compone del escrito principal presentado por el operador económico **CHAIDE** el 04 de mayo de 2022, a las 16h24, signado con Id. 236402. Así como por el Extracto no confidencial signado como Anexo Id. 437455 en el expediente. Estos medios probatorios fueron reproducidos por la Intendencia en providencia de 18 de mayo de 2022.

Mediante el escrito de 04 de mayo de 2022 el operador económico **CHAIDE** remitió información respecto a la totalidad de jefes zonales que mantienen contacto con el canal de distribución de sus productos. Así también, adjuntó información detallada de la totalidad de distribuidores que se encuentran relacionados a cada jefe zonal y de las comunicaciones, en el Anexo Id. 436330. Este último elemento se declaró como confidencial por la INICAPMAPR, ante lo cual el operador económico remitió, adjunto a escrito de 11 de mayo de 2022, el extracto no confidencial correspondiente que ha sido signado con Anexo Id. 437455, del trámite 236882, y que se considera parte de la presente prueba.

La información contenida en la prueba permite conocer detalle del volumen de distribuidores de colchones relacionados a **CHAIDE**, así como del número de correos que habrían sido difundidos. Aspectos que son de relevancia para revelar el presente caso, por lo cual se considera que la prueba es válida y será usada por la CRPI en la presente Resolución.

9.27 Escrito y anexos entregados por CHAIDE el 11 de mayo de 2022.

La prueba analizada a continuación se trata de un complemento a la prueba previa. Esta consiste en el escrito principal y del anexo, identificado con Anexo Id. 437456, que fueron entregados por parte del operador económico **CHAIDE** el 11 de mayo de 2022, en trámite signado con Id. 236882. Estas piezas documentales fueron reproducidas en calidad de prueba por la INICAPMAPR en providencia de 18 de mayo de 2022.

Este elemento probatorio provee información detallada respecto a la totalidad de distribuidores de colchones que receptaron las comunicaciones que contenían las listas e indicaciones de precios mínimos por parte de **CHAIDE**. Los datos complementan la información disponible en la prueba anterior, en este sentido, permiten a la CRPI conocer el detalle del proceso de difusión de comunicaciones por parte del investigado, por el cual se habría remitido las listas de precios e indicaciones, en consecuencia esta pieza procesal constituye un elemento válido para el presente caso, al ser claramente pertinente, útil y conducente.

9.28 Escrito presentado por CHAIDE el 11 de abril de 2022.

La prueba se constituye por el escrito presentado por el operador económico **CHAIDE**, el 11 de abril de 2022 a las 08h03, en trámite identificado con Id. 234242. La prueba fue reproducida por la Intendencia mediante providencia de 26 de mayo de 2022.

Consta en el escrito información respecto a la controversia en la comercialización de colchones que, a juicio del operador investigado, habría generado la necesidad de imponer un sistema de precios mínimos de reventa a los distribuidores. A solicitud de la INICAPMAPR, el operador económico **CHAIDE** entregó información detallada respecto de los distribuidores que han presentado

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

denuncias por considerarse afectados de la pregunta guerra de precios entre distribuidores y respecto a cuales serían los operadores económicos que generan distorsión.

Esta información es usada por el operador económico para justificar sus acciones de imposición de precios de reventa, al mismo tiempo, permiten a la autoridad valorar la verosimilitud de sus aseveraciones y la pertinencia de sus actos. En este sentido, la prueba aporta información relevante para el análisis de la conducta investigada y establecer una decisión en el presente asunto, por lo cual se califica como útil, conducente y pertinente.

9.29 Escrito presentado por el operador económico CHAIDE el 02 de diciembre de 2020.

La prueba de constituye por el escrito de explicaciones, en su versión reservada, presentado por parte del operador económico **CHAIDE**, el 02 de diciembre de 2020 a las 12h53, y constante dentro del trámite signado con Id. 178477 y Anexo Id. 321387. Así como por el extracto no confidencial, identificado como Anexo Id. 440302 dentro del trámite con Id. 238251 de 27 de mayo de 2022. Esta prueba fue reproducida en providencia de 31 de mayo de 2022.

El escrito de explicaciones presentado por **CHAIDE** presenta los principales argumentos del operador económico respecto a la denuncia planteada por **LAMITEX**, los mismos que fueron insuficientes y por tanto se prosiguió con la etapa de prueba. Este elemento provee información relevante a la decisión en el presente asunto. En cuanto al extracto no confidencial, este corresponde a un reporte agregado de la rentabilidad del operador económico **CHAIDE**, información originalmente se presentó en el escrito de explicaciones, por tanto complementa la presente prueba.

La prueba, solicitada por el operador económico investigado, busca justificar su accionar desde el punto de vista de su rentabilidad y la presunta inexistencia de consecuencias.

El documento es pertinente, conducente y útil, ya que provee información necesaria para analizar la conducta investigada.

9.30 Extracto no confidencial presentado por el operador económico CHAIDE el 27 de mayo de 2022.

La prueba corresponde al Extracto no confidencial entregado por el operador económico **CHAIDE**, el 27 de mayo de 2022 a las 17h17, dentro del trámite signado con Id. 238251 y Anexo Id. 440306. Extracto corresponde a la información presentada por el propio operador económico en escrito de 13 de mayo de 2022 a las 14h43, en trámite con Id. 237074. Este elemento probatorio fue reproducido con providencia de 02 de junio de 2022.

La prueba aporta detalle respecto a las atribuciones de los distintos departamentos comerciales del operador económico **CHAIDE** y su responsabilidad de participación frente a los hechos investigados. En detalle el documento señala las siguientes facultades⁵:

⁵ Expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-014-2020. Escrito presentado por CHAIDE el 27 de mayo de 2022, trámite signado con Id. 238251. Anexo Id. 440306, pág. 1.

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL



*La prueba es pertinente, conducente y útil a la resolución del presente asunto, al permitir comprobar los roles que las distintas áreas tuvieron en la implementación de las políticas comerciales de **CHAIDE**.*

9.31 Razón de extracción de información realizada por la INICAPMAPR

*Con providencia de 31 de mayo de 2022, la INICAPMAPR reprodujo en calidad de prueba la razón de extracción realizada por la propia Intendencia y sus anexos, constantes en trámite signado con Id. 237659, y que corresponden a los siguientes archivos: i) 4. ACTA REUNIÓN COMERCIAL 01-ABR-2019.pdf; ii) 5. ACTA REUNIÓN COMERCIAL 06-MAYO-2019.pdf; iii) 6. Reunión nacional Ventas 06JUNIO2019.pdf; y, iv) 8. Reunión nacional mensual Ventas 12AGOSTO2019.pdf., los cuales fueron entregados como anexos por parte del operador económico **CHAIDE** dentro del trámite de 04 de mayo de 2022 a las 15h16.*

*Estos documentos contienen las memorias de varios aspectos tratados por algunos de los colaboradores del área de ventas de **CHAIDE**, entre abril y agosto de 2019. En su contenido se ha identificado claras directrices y menciones a actividades llevadas a cabo por los colaboradores de **CHAIDE** con relación a la conducta investigada de fijación de precios de reventa mínimos.*

*La prueba sirve como constancia del desarrollo de acciones de implementación y monitoreo de las estrategias comerciales aplicadas por el operador económico **CHAIDE** en cuanto al establecimiento del sistema de precios y descuentos para distribuidores, en especial respecto a precios de reventa. Por tanto se califica como prueba pertinente, conducente, así como útil.*

9.32 Escrito presentado por parte de CHAIDE el 24 de marzo de 2022 a las 16h43

*La prueba corresponde al escrito ingresado por parte del operador económico **CHAIDE**, el 24 de marzo de 2022 a las 16h43, en trámite signado con Id. 231484. Este medio probatorio fue reproducido por la INICAPMAPR en resolución de 01 de junio de 2022.*

*En este documento el operador económico **CHAIDE** presentó, a solicitud de la INICAPMAPR, un listado de sus distribuidores que presuntamente vendían sus productos a precio de costo o incluso inferiores, como una práctica exclusoria, lo cual supuestamente habría afectado a competidores y por lo cual **CHAIDE** habría intervenido con la imposición de un sistema de precios mínimos. Respecto de esta información la empresa aclaró en el escrito:*

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

“(…) CHAIDE Y CHAIDE S.A. no solicita ni ha solicitado a ninguno de sus distribuidores, incluyendo a los Distribuidores Anexo A, información acerca de sus precios de venta al público, sus facturas o cualquier otra documentación que haya permitido corroborar dichos reclamos. Finalmente, importante dejar claro que CHAIDE Y CHAIDE no está denunciando que los Distribuidores Anexo A hayan realizado dicha práctica, sino que únicamente está comunicando a su Autoridad aquellos distribuidores que fueron mencionados en los reclamos que recibió CHAIDE Y CHAIDE por parte de otros distribuidores.”⁶

Esta información es usada por el operador económico para justificar sus acciones de imposición de precios de reventa, al mismo tiempo, permiten a la autoridad valorar la verosimilitud de sus aseveraciones y la pertinencia de sus actos. En este sentido, la prueba aporta información relevante para el análisis de la conducta investigada y establecer una decisión en el presente asunto, por lo cual se califica como útil, conducente y pertinente.

Por su naturaleza y contenido, la prueba se califica como pertinente, útil y conducente a la resolución del presente asunto.

9.33 Información remitida por el SRI el 10 de septiembre de 2021.

*La prueba se conforma tanto por el escrito principal presentado por el SRI, el 10 de septiembre de 2021 a las 13h03, signado con Id. 206983, como por el Reporte Agregado de la información presentada como anexo a dicho escrito y que corresponde a los datos de **CHAIDE**. Este reporte fue realizado por la INICAPMAPR y consta en el trámite con Id. 238531 del expediente. La prueba fue reproducida como tal mediante resolución de 01 de junio de 2022.*

*La información del SRI contiene datos relativos a las ventas totales sin impuestos del operador económico **CHAIDE**. A criterio del operador económico, los datos permitirían constatar que el envío del listado de precios mínimos no generaría efecto anticompetitivo como precios explotativos, supra-competitivos o efectos exclusorios. Lo cual debe ser analizado en conjunto con el resto de pruebas obradas y la naturaleza de los hechos investigados.*

*Dicho documento si bien contiene las ventas de **CHAIDE** y otros productores, no incluye información respecto a la venta de los distribuidores a sus clientes, por lo tanto, dicha prueba no permitiría verificar a esta Autoridad la aplicación de la lista de precios mínimos de reventa.*

*La CRPI considera que la prueba señalada por el operador económico, si bien tiene datos objetivos, no resulta pertinente, conducente o útil para probar lo aseverado por **CHAIDE**.*

⁶ Expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-014-2020. Escrito presentado por CHAIDE el 24 de marzo de 2022, trámite signado con Id. 231484, pág. 1.

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

9.34 Pruebas descartadas por la INICAPMAPR en la etapa de prueba

Sin perjuicio del análisis de valoración de las pruebas realizado por la INICAPMAPR en la etapa de prueba, esta comisión considera necesario realizar un análisis propio sobre las pruebas solicitadas por CHAIDE y que no fueron consideradas como pruebas válidas, a fin de descartar cualquier vicio sobre la validez del presente procedimiento.

Consta en el expediente de investigación las piezas procesales. La CRPI, revisará dichas pruebas y de ser necesario las considerará en el presente análisis.

9.34.1 Escrito presentado por LAMITEX el 18 de diciembre de 2020

El operador económico **CHAIDE** solicitó la reproducción de la prueba de la siguiente forma:

“1.5. Tómesese en cuenta como prueba a favor de CHAIDE, el escrito de 18 de diciembre de 2020 presentado por LAMITEX, específicamente lo señalado en el punto 1, en donde se realizan alegaciones sobre la supuesta existencia de precios de reventa injustificados tipificados en el artículo 9, numerales 1 y 20 de la LORCPM y se presenta jurisprudencia de órganos de la Unión Europea.

Lo señalado en este punto, permite demostrar que las alegaciones realizadas por LAMITEX se basan en argumentos y jurisprudencia extranjera enfocadas en el cometimiento de prácticas consideradas como acuerdos anticompetitivos o colusorios, que no corresponden al objeto de análisis e investigación del presente Expediente. Consecuentemente, son irrelevantes para el presente caso.”⁷

El documento al que hace mención se trata del escrito presentado por **LAMITEX** el 18 de diciembre de 2020, trámite signado con Id. 180112. A través de este documento el operador económico **LAMITEX** se refiere al escrito de explicaciones que fue presentado por **CHAIDE**, principalmente enfocándose en dos puntos: a) análisis de jurisprudencia comparada sobre la fijación de precios de reventa y rebates; y, b) Relación de los descuentos y rebates aplicados por **CHAIDE**. En el análisis de la pertinencia de esta prueba la INICAPMAPR consideró:

“3.5. En virtud de lo expuesto en el numeral 1.5., del escrito que se agrega, se indica al operador económico que mediante Resolución de Formulación de Cargos de 23 de diciembre de 2021, a las 17h10, esta Autoridad fue en extremo clara al indicar sobre qué numerales del artículo 9 de la LORCPM estaba formulando cargos, siendo éstos: los numerales 1 y 20. Es decir, en ningún momento se formuló cargos por fijación de precios de reventa injustificados como un acuerdo restrictivo conforme lo prescrito en el artículo 11 de la LORCPM. Por tanto, esta Autoridad concuerda con el operador económico en cuanto a que éste escrito sería irrelevante para el presente caso. Por tanto, se recuerda al investigado que toda prueba para ser admitida como tal, por mandato legal, debe reunir los requisitos de pertinencia, utilidad y conducencia.

⁷ Expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-014-2020. Escrito presentado por CHAIDE el 19 de abril de 2022, trámite signado con Id. 235148, pág. 4.

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

Con base en lo expuesto, se deniega la actuación de prueba solicitada, por ser impertinente, inútil e inconducente.”⁸

*De la revisión del contenido del escrito presentado por **LAMITEX** se destaca que este no aporta al análisis de las conductas de abuso que han sido atribuidas por la INICAPMAPR en su informe final a **CHAIDE**, dado que se enfocan en ejemplificar los efectos de un sistema de rebates sobre la competencia. En este sentido, el informe final remitido por la INICAPMAPR y del escrito de alegatos presentado por **CHAIDE** no ha sido objeto de análisis ni de discusión que la política de rebates resulten por si mismos anticompetitivos. Por lo que dicha discusión es ajena a las conductas objeto de análisis de la presente resolución.*

Por las consideraciones anotadas la prueba señalada no cumple con los criterios de pertinencia, utilidad y conducencia, por lo cual se confirma su exclusión como prueba válida.

9.34.2 Providencia emitida el 21 de mayo y 8 de septiembre de 2021

*El operador económico **CHAIDE** solicitó la reproducción de la prueba de la siguiente forma:*

*“1.9. Tómese en cuenta como prueba a favor de **CHAIDE**, el oficio de 21 de mayo de 2021, específicamente en su punto tercero y su Anexo No. A, mediante el cual se requiere a los distribuidores constantes en dicho anexo que remitan copia de todos los contratos suscritos con **CHAIDE**. Adicionalmente, el oficio de 8 de septiembre de 2021, 30 de noviembre de 2021 y 10 de diciembre de 2021, en el que se requiere a los distribuidores constantes en el anexo antes señalado que remitan copia de todas las circulares y comunicados enviados por **CHAIDE**.*

*Si bien **CHAIDE** no ha tenido acceso a las respuestas realizadas por los distribuidores, lo señalado en este punto, permite demostrar que no existió una implementación adecuada de los listados de precios mínimos, conforme ha sido señalado anteriormente.*

*Conforme lo señalado en el punto 2 de este escrito, **CHAIDE** solicita que se le entregue una copia de todas las respuestas realizadas por los distribuidores señalados en el Anexo A, a quienes les fue requerida información en estos oficios. Como se señala en los oficios antes señalados y los distintos oficios que incorporan las respuestas, esta información ha sido declarada confidencial por ser de carácter sensibles para **CHAIDE**; con lo cual no puede ser considerada confidencial para la compañía.”⁹*

Respecto a esta solicitud de pruebas la INICAPMAPR analizó en providencia de 28 de abril de 2022 lo siguiente:

⁸ Expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-014-2020. Providencia de 28 de abril de 2022, contenido en trámite con Id. 236202. Pág. 5.

⁹ Expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-014-2020. Escrito presentado por **CHAIDE** el 19 de abril de 2022, trámite signado con Id. 235148, pág. 5.

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

*“(…) en las providencias indicadas se hicieron requerimientos de información puntuales que todas las partes procesales del presente expediente conocen. Asimismo, el investigado hace referencia a las supuestas respuestas que habrían entregado los operadores económicos, respuestas que, no constan en las providencias requeridas que sean reproducidas como **prueba**. (…).*

*Por tanto, nuevamente, se indica al investigado que toda prueba para ser admitida como tal, por mandato legal, debe reunir los requisitos de: pertinencia, utilidad y conducencia, requisitos que deben ser **expuestos en cada requerimiento de prueba** realizado por el investigado (…)*

(…)

*Adicional, a lo expuesto en el punto anterior, se recuerda al operador económico que, en providencia de 21 de mayo de 2021, a las 12h11, en la cual consta el mentado Anexo A, se requirió a una serie de operadores económicos el envío de **copias certificadas de todos los contratos con sus respectivos anexos**.*

(…)

*(…) toda vez que se determinó que la relación comercial del investigado con sus distribuidores no se basaba en contratos, esta Autoridad en su Resolución de 23 de diciembre de 2021, a las 17h10, **no formuló cargos** con respecto a ninguna conducta que tenga que ver con los contratos del operador económico o las condiciones impuestas en éstos. Es decir, el tema de los contratos no es un hecho controvertido en el presente expediente y no requiere ser probado. Por tanto, lo requerido por el operador económico no cumpliría con lo prescrito en el artículo 158 del COGEP.*

(…)

En cuanto a la afirmación: “[...] CHAIDE no ha tenido acceso a las respuestas realizadas por los distribuidores [...]”, (…)

(…) el operador económico ha tenido el tiempo suficiente para requerir cuando éste considere necesario dicha información, cualquiera sea el motivo por el que no haya sido requerida hasta la presente, no es imputable a la Administración, sino únicamente al operador económico y su defensa.”¹⁰

El criterio de la Intendencia es claro, así como válido. Las providencias señaladas por el operador económico son básicamente solicitudes de información a terceros, respecto de contratos que no han

¹⁰ Expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-014-2020. Providencia de 28 de abril de 2022, contenido en trámite con Id. 236202. Pág. 7-8.

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

sido objeto de discusión con relación a las conductas contenidas en los numerales 1 y 9 del artículo 20 de la LORCPM. Por lo que, la solicitud de prueba presentada por el operador económico no aporta elementos de análisis para las conductas de las cuales se formuló cargos, por lo que no pueden ser calificadas como válidas.

En tal sentido, la prueba señalada por el operador económico, no resulta pertinente, conducente, ni útil para probar lo aseverado por **CHAIDE**.

9.34.3 Providencia emitida el 30 de noviembre de 2021, Anexo B y providencia de 10 de diciembre de 2021

El operador económico **CHAIDE** solicitó la reproducción de la prueba de la siguiente forma:

“1.10. Tómesese en cuenta como prueba a favor de CHAIDE, el oficio de 30 de noviembre de 2021, específicamente en su punto séptimo y su Anexo No. B, mediante el cual se requiere a los distribuidores constantes en dicho anexo que remitan copia de toda comunicación cursada con CHAIDE entre 2018 y 2020. Adicionalmente, el oficio de 10 de diciembre de 2021, específicamente en su punto catorce en el que se requiere a los distribuidores constantes en el anexo antes señalado que informen si comercializan precios inferiores al indicado en la lista de precios comunicados y si se indica los precios mínimos de venta a ser cumplidos.

Si bien CHAIDE no ha tenido acceso a las respuestas realizadas por los distribuidores, lo señalado en este punto, permite demostrar que no existió una implementación adecuada de los listados de precios mínimos, conforme ha sido señalado anteriormente.

Conforme lo señalado en el punto 2 de este escrito, CHAIDE solicita que se le entregue una copia de todas las respuestas realizadas por los distribuidores señalados en el Anexo B, a quienes les fue requerida información en estos oficios. Como se señala en los oficios antes señalados y los distintos oficios que incorporan las respuestas, esta información ha sido declarada confidencial por ser de carácter sensibles para CHAIDE; con lo cual no puede ser considerada confidencial para la compañía.”¹¹

De la revisión de los documentos señalados por el operador económico, se evidencia que los mismos hacen referencia a que los distribuidores de **CHAIDE** expliquen cual es el mecanismo de comunicación entre los distribuidores y el productos, y en segundo lugar que se remitan copias de las comunicaciones que habrían sido enviados por **CHAIDE**. Por lo que, dichos documentos no permiten constatar la aplicación o no de las listas de precios mínimos de reventa por los distribuidores de **CHAIDE** a sus clientes.

¹¹ Expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-014-2020. Escrito presentado por CHAIDE el 19 de abril de 2022, trámite signado con Id. 235148, pág. 5.

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

En línea con lo analizado previamente, la prueba señalada por el operador económico, si bien contiene datos objetivos, no resulta pertinente, conducente o útil para probar lo aseverado por CHAIDE.

10. PRUEBAS QUE OBRAN DEL EXPEDIENTE DE RESOLUCIÓN SCPM-CRPI-016-2022

Las pruebas que han sido levantadas y analizadas por la CRPI son las siguientes:

10.1 Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-014 y anexos

Consta en el expediente de resolución el Informe de actuaciones complementarias No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2020-014 y anexos, remitidos por parte de la INICAPMAPR el 28 de julio de 2022, trámite signado con Id. 246238, en atención a lo dispuesto por la CRPI en providencia de 27 de junio de 2022 a las 09h24, respecto a la actualización del cálculo de la propuesta de sanción al operador económico CHAIDE, con información correspondiente al año 2021. El informe se ha calificado como confidencial, en esta lógica la Intendencia ha remitido también la versión reservada del mismo.

La información aportada por la INICAPMAPR en los anexos, como el propio informe de actualización, aportan datos trascendentales que servirán en el desarrollo de la presente resolución, en específico, respecto a la graduación de una posible sanción, en apego a la realidad del mercado y en observancia a lo dispuesto en las normas.

Por su contenido, se determina que la información aportada en estas piezas procesales, es útil, pertinente y conducente, en consecuencia se configura como una prueba válida.

10.2 Consultoría: “MANTENIMIENTO DE PRECIOS DE REVENTA Y DAÑO POTENCIA” presentada por CHAIDE el 05 de agosto de 2022.

El operador económico CHAIDE, durante el desarrollo de la audiencia pública llevada a efecto el día 05 de agosto de 2022 por vía telemática, exhibió el documento denominado “CONSULTORÍA EXCLUSIVA PARA CHAIDE y CHAIDE MANTENIMIENTO DE PRECIOS DE REVENTA Y DAÑO POTENCIAL” de agosto de 2022, elaborado por el consultor económico externo PROFITAS. Esta pieza documental fue ingresada al expediente de resolución como anexo al escrito presentado por el operador económico CHAIDE el mismo día a las 15h32, en trámite signado con Id. 246523.

El documento en cuestión se trata de un estudio de 15 fojas suscrito electrónicamente, que se enfoca en desarrollar dos puntos: i) Argumentos económicos para la implementación de precios de reventa; y, ii) La inexistencia de afectación potencial derivada de la conducta. Tesis que fueron expuestas en la audiencia pública y sustentan la defensa de CHAIDE en el presente asunto.

De la revisión de su contenido y conclusiones, la CRPI considera adecuado tomar en cuenta esta pieza procesal en la motivación de la presente resolución, en conjunción con el resto del acervo probatorio obrante de los expedientes.

En consecuencia se califica la prueba como conducente, útil y pertinente.

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

10.3 Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-014

En atención a lo solicitado por la CRPI en providencia de 18 de octubre de 2022, la INICAPMAPR remitió el Informe de actuaciones complementarias No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2020-014 y anexos, el 24 de octubre de 2022, en trámite signado con Id. 246238.

El informe en cuestión valora las actuaciones y piezas procesales constantes en el expediente SCPM-IGTINICAPMAPR-014-2020 que le permitieron a la Intendencia fundamentar su posición sobre los efectos reales o potenciales de las conductas objeto de la investigación. En este sentido, su contenido es fundamental para normar la decisión de esta Comisión y justificar el cometimiento de una infracción a la LORCPM, así como la imposición de una sanción proporcional.

Por su naturaleza el informe constituye una pieza conducente, pertinente, así como útil para la resolución del presente caso.

(...)

11.3 Marco Teórico

El objetivo fundamental de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado dentro del contexto del presente asunto, es el investigar la existencia de abuso de poder de mercado, en el que por cualquier medio conforme la normativa establecida el operador económico investigado pueda influir en el mercado de manera negativa, afectado de tal manera el bienestar de los consumidores y población en general. En este sentido, se debe considerar dos elementos fundamentales que nos permitirán comprender y analizar el presente caso de estudio, estos son: el poder de mercado en sí mismo y el abuso de poder de mercado.

La definición de poder de mercado, que es la posibilidad de que uno o varios operadores económicos puedan influir de manera significativa dentro del mercado, se encuentra contenida en el artículo 7 de la LORCPM, tal como se presenta a continuación:

“Art. 7.- Poder de mercado.- Es la capacidad de los operadores económicos para influir significativamente en el mercado. Dicha capacidad se puede alcanzar de manera individual o colectiva. Tienen poder de mercado u ostentan posición de dominio los operadores económicos que, por cualquier medio, sean capaces de actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes, proveedores, consumidores, usuarios, distribuidores u otros sujetos que participen en el mercado.

La obtención o el reforzamiento del poder de mercado no atentan contra la competencia, la eficiencia económica o el bienestar general. Sin embargo, el obtener o reforzar el poder de mercado, de manera que impida, restrinja, falsee o distorsione la competencia, atente contra la eficiencia económica o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios, constituirá una conducta sujeta a control, regulación y, de ser el caso, a las sanciones establecidas en esta Ley.”

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

En consideración de precedentes internacionales de competencia, el TJCE en la sentencia dictada dentro del caso *United Brands* definió a la posición dominante como: “Una posición de fortaleza económica mantenida por una empresa efectiva en el mercado de referencia, proporcionándole la posibilidad de comportarse en buena medida con independencia de sus competidores, clientes y, en último extremo, de los consumidores”¹².

De manera similar, el tratadista Flint Pinkas¹³ ha definido a la posición de dominio como: “Una posición de fortaleza económica que disfruta un empresario, lo cual lo habilita para disfrutar la competencia efectiva, hecho que lo mantiene en el mercado relevante proporcionándole, el poder para comportarse en un grado independiente de sus competidores, sus clientes y por último sus consumidores”.

- [1] En este contexto, la SCPM ha manifestado¹⁴ que en atención a la redacción del artículo 7 de la LORCPM, una posición dominante, en función del poder de mercado del operador económico, permite que éste actúe de modo independiente con prescindencia de los demás sujetos que participen en el mercado, tales como: competidores, compradores, clientes, proveedores, consumidores, usuarios, distribuidores, entre otros.

11.3.1 Del abuso de poder de mercado

La LORCPM castiga el abuso de poder de mercado que pueda tener un operador económico a través de la capacidad de ocasionar daños al mismo. Las conductas investigadas versan sobre el abuso de poder de mercado, específicamente las tipificadas en los numerales 1, 20 del artículo 9 de la LORCPM, conforme consta en la Resolución de Formulación de Cargos expedida por la INICAPMAPR el 23 de diciembre de 2021, cuyo contenido normativo de manera literal se describe así:

“Art. 9.- Abuso de Poder de Mercado.- Constituye infracción a la presente Ley y está prohibido el abuso de poder de mercado. Se entenderá que se produce abuso de poder de mercado cuando uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general.

En particular, las conductas que constituyen abuso de poder de mercado son:

1.- Las conductas de uno o varios operadores económicos que les permitan afectar, efectiva o potencialmente, la participación de otros competidores y la capacidad de entrada o expansión de estos últimos en un mercado relevante, a través de cualquier medio ajeno a su propia competitividad o eficiencia.

¹² Sentencia de 14 de febrero de 1978, en el asunto 27/76 *United Brands Company* y *United Brands Continentaal BV* c *Comisión*, Rec. 207.

¹³ FLINT Pinkas, Tratado de Defensa de la Libre Competencia, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Edición 2002, págs. 470 y 471

¹⁴<https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2021/08/Gu%C3%ADa-para-la-investigaci%C3%B3n-de-conductas-de-abuso-del-poder-de-mercado.pdf>

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

(...)

20.- *La fijación injustificada de precios de reventa. (...)*

Conforme lo establecido en la norma previamente mencionada, el reconocimiento de las conductas señaladas en el mencionado artículo, están sujetas a la conjunción de la existencia de poder de mercado y que las mismas sean consideradas abusivas¹⁵.

Desde una perspectiva del derecho comparado, el Tribunal Supremo de Justicia de España ha definido al abuso de posición dominante como: “Una modalidad singular del abuso de derecho; un tipo cualificado de éste, que con sustento en la privilegiada libertad económica de que goza la empresa dominante, sobrepasa 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. Es, en suma, un ejercicio antisocial de la excepcional libertad económica que otorga una posición de dominio en el mercado”¹⁶.

Por su parte, en el Derecho de la Competencia de la UE, la sentencia Hoffmann–La Roche, definió al abuso de poder posición dominante como un:

“concepto objetivo que se refiere a las actividades de una empresa en posición dominante que pueden influir en la estructura de un mercado en el que, debido justamente a la presencia de la empresa de que se trate, la intensidad de la competencia se encuentra ya debilitada, y que producen el efecto de obstaculizar, por medios diferentes de los que rigen una competencia normal de productos o servicios con arreglo a las prestaciones de los agentes económicos, el mantenimiento del nivel de competencia que aún exista en el mercado o el desarrollo de esa competencia”¹⁷.

Finalmente, Pinkas Flint al hacer referencia a la definición de abuso de posición de dominio respecto de los pronunciamientos señalados por la autoridad peruana de competencia ha señalado que: “El INDECOPI considera que existe abuso de posición de dominio en el mercado cuando una o más empresas que se encuentran en posición de dominio actúan de manera indebida con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros que no hubieran sido posibles de no existir la posición de dominio”¹⁸.

Ahora bien, a fin de determinar la posible existencia de abuso de poder de mercado, en el marco de la LORCPM esta autoridad deberá determinar la existencia de los requisitos estructurales y

¹⁵<https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2021/08/Gu%C3%ADa-para-la-investigaci%C3%B3n-de-conductas-de-abuso-del-poder-de-mercado.pdf>

¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo español de 8 de mayo de 2003 (RJ 2003, 4209), *Tandem Transportes y Ruta Sur*, Recurso de Casación núm. 4495/1998 FD 12.

¹⁷ Sentencia de TJCE, de 13 de febrero de 1979, en el asunto 85/1976, *Hoffmann–La Roche & Co AG c. Comisión*, Rec. pág. 461, § 91.

¹⁸ FLINT Pinkas, *Tratado de Defensa de la Libre Competencia*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Edición 2002, pág. 519.

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

conductales correspondientes y para ello deberá realizar el siguiente análisis a) delimitación de uno o más mercados pertinentes; b) determinación de si la empresa domina un mercado pertinente; y c) determinación de si su conducta constituye un abuso de posición.”¹⁹.

Ahora bien, previo al análisis estructural, el cual incluye la determinación del mercado relevante y de la eventual posición de dominio, esta autoridad considera necesario resaltar que siguiendo los precedentes europeos de dominancia, en aquellos casos en los que la cuota de participación exceda del 50% o más, es probable que indique una posición dominante²⁰; en los casos en que la cuota de participación en el mercado sea entre el 40 y 50%, este hecho constituye un indicador significativo de una posición de dominancia; y, finalmente, en los casos en que la cuota sea inferior al 40% no se puede presumir de la existencia de una posición dominante²¹.

Sin embargo, el análisis de la cuota de participación en el mercado relevante debe tener lugar en consideración de otros elementos estructurales del propio mercado como son el número de participantes, clientes, cuotas de los competidores, al existencia de barreras entrada, entre otros.

11.4 Mercado Relevante

La definición del mercado es una herramienta fundamental dentro de la política de competencia, que incluye el estudio de las diferentes conductas que la constituye, entre estas, los acuerdos entre empresas, abusos de posiciones dominantes y concentraciones.²²

En este sentido, la Comisión Europea señala que el principal objetivo de la definición de mercado es:

“(…) determinar de forma sistemática las limitaciones que afrontan las empresas afectadas desde el punto de vista de la competencia. La definición de mercado tanto desde el punto de vista del producto como de su dimensión geográfica debe permitir identificar aquellos competidores reales de las empresas afectadas que puedan limitar el comportamiento de éstas o impedirles actuar con independencia de cualquier presión que resulta de una competencia efectiva (...)”²³

La determinación del mercado relevante exige un análisis previo de los fundamentos técnicos y jurídicos que sustenten dicha definición. De acuerdo al artículo 5 de la LORCPM, se debe considerar

¹⁹ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, “ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE” Informe de la Secretaría de la UNCTAD, JUNTA DE COMERCIO Y DESARROLLO, pág. 6.

²⁰ STJUE Hoffmann-La Roche/Comisión, op. cit., pág. 41, o STGUE en el asunto T-336/2007, Telefónica, op. cit., pág. 150.

²¹ STJUE, en el asunto C-250/1992, Gottrup Klim c. Dans Landbrugs, de 15 de diciembre de 1994, rec. 250/1992, pág. 48.

²² José Manuel Ordóñez de Haro, “Aspectos económicos del funcionamiento competitivo de los mercados” Sección I, Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía, Sevilla 2009, pág. 137.

²³ Comisión de la Unión Europea, Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03).

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

al menos el mercado del producto o servicio, el mercado geográfico y las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado.

11.4.1 Mercado de Producto

Con la finalidad de delimitar correctamente el mercado relevante en el presente caso, en el marco de lo previsto en el artículo 5 de la LORCPM, se realizará un análisis de la sustituibilidad de la demanda y la oferta, respecto a los productos relevantes, producidos y comercializados por el operador económico denunciado y sus competidores.

El operador económico **CHAIDE** registra por actividad económica²⁴ la “fabricación de colchones: colchones de muelles y rellenos o provistos de algún material de sustentación, colchones de caucho celular y de plástico sin forro, fabricación de bases de colchón”, actividad correspondiente al Código CIIU No. C310005. En específico, este operador económico se dedica a la producción y comercialización, directa como a través de distribuidores autorizados, de productos para el descanso, como colchones, almohadas, muebles de dormitorio, ropa de cama, entre otros, bajo las marcas CHAIDE, TEMPUR y RESTONIC. El segmento de colchones conformaría la principal línea de esta empresa y se corresponde a los hechos denunciados.

Por su parte, el operador denunciante **LAMITEX** registra como actividad económica²⁵ la “fabricación de recubrimientos para pisos de materiales textiles: tapices, alfombras, esteras, cuadros de moqueta (alfombra)”, segmento identificado bajo Código CIIU No. C139301. Sin embargo, también participa en la producción y distribución de colchones, almohadas, protectores para colchón, esponjas, laminados, entre otros, bajo las marcas RESORPEDIC, DINASTIC Y LAMITEX²⁶.

Los hechos denunciados se enfocan en acciones de abuso de poder de mercado, dentro del segmento de producción y distribución de colchones, en el cual participan las partes, por lo cual, se restringe el mercado de producto a estos bienes.

De forma general, un colchón es un producto para el descanso que se define como: “Pieza rectangular de un material blando o elástico que se coloca sobre la armazón de la cama o sobre otro soporte para tumbarse en ella”²⁷. En el mismo sentido, la Norma Técnica Ecuatoriana NTE INEN 2035 2015-07²⁸, señala que un colchón es un producto que proporciona una superficie para dormir o descansar. Esta normativa también establece los tipos de colchones y colchonetas para uso

²⁴ Portal Web de Información del Servicio de Rentas Internas. 2022. Consultado con RUC No. 1790241483001, el 24 de octubre de 2022, desde el enlace: <https://srienlinea.sri.gob.ec/sri-enlinea/SriRucWeb/ConsultaRuc/Consultas/consultaRuc>.

²⁵ Portal Web de Información del Servicio de Rentas Internas. 2022. Consultado con RUC No. 0190104567001, el 24 de octubre de 2022, desde el enlace: <https://srienlinea.sri.gob.ec/sri-enlinea/SriRucWeb/ConsultaRuc/Consultas/consultaRuc>.

²⁶ Véase la página web del operador económico, disponible en el enlace: <https://lamitexsa.com/productos/>.

²⁷ Real Academia Española. Consultado desde el enlace: <https://dle.rae.es/colch%C3%B3n>.

²⁸ Servicio Ecuatoriano de Normalización INEN. 2015. NTE INEN 2035: PLÁSTICOS. ARTÍCULOS ELABORADOS. COLCHONES. REQUISITOS E INSPECCIÓN. Primera revisión 2015-07.

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

doméstico e institucional, los requisitos mínimos que estos deben cumplir, y los ensayos a los cuales se someten.

Cabe señalar que, la cadena productiva de los colchones, de forma agregada, está conformada por los eslabones de provisión de insumos, fabricación, distribución y comercialización al consumidor. En algunos casos, operadores económicos fabricantes disponen de sus propios sistemas de comercialización directa, prescindiendo de la distribución. Las conductas denunciadas en el presente asunto tienen relación con las actividades desarrolladas en los eslabones de producción y distribución de colchones, sin embargo, sus efectos no se restringirían únicamente a este ámbito.

11.4.1.1 Producción de colchones

Conforme la Norma Técnica Ecuatoriana NTE INEN 2035 2015-07, los colchones se clasifican en el sistema de fabricación por: i) el tipo de material; y, ii) la clase o dimensión del colchón. Existen colchones de al menos cuatro tipos y seis clases, como la INICAPMAPR reseña en las tablas 6 y 7 de su Informe SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-013 y que se muestran a continuación:

“Tabla 6: Clasificación de colchones domésticos por tipo, conforme norma INEN 2035.

Tipo	Definición
Tipo I	<u>Colchones de fibras naturales</u> : aquellos cuyos componentes internos son fibras naturales tales como: algodón, lana, etc.
Tipo II	<u>Colchones de espuma</u> : aquellos cuyo único componente interno es la espuma flexible de poliuretano de acuerdo a la clasificación y requisitos de NTE INEN-ISO 5999.
Tipo III	<u>Colchones de espuma mixtos</u> : aquellos que están conformados por espuma flexible de poliuretano, de acuerdo a la clasificación y requisitos de NTE INEN-ISO 5999, más otros componentes como: espuma aglomerada, látex, etc.
Tipo IV	<u>Colchones de resortes</u> : aquellos soportados esencialmente por una estructura de resortes y otros elementos de relleno, como algodón, látex o espuma, de acuerdo a la clasificación y requisitos de la NTE INEN-ISO 5999.

Elaboración: DNICAPM.

Fuente: INEN. (2015)

Tabla 7: Clasificación de colchones domésticos por clase, conforme norma INEN 2035.

Clase	Denominación unidad	Dimensión	
		Largo	Ancho
Clase A	Una plaza	1.900	800
Clase B	Plaza y un cuarto	1.900	900
Clase C	Plaza y media	1.900	1.050
Clase D	Dos plazas	1.900	1.350
Clase E	Dos plazas y media	2.000	1.600
Clase F	Tres plazas	2.000	2.000

Elaboración: DNICAPM.

Fuente: INEN. (2015)”

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

Las características señaladas definen variedades de un mismo producto y guardan relación entre ellas. Respecto a los tipos de colchones por su material constituyente, se distinguen principalmente entre colchones de resortes y aquellos de espuma, aunque no existe una segmentación estricta, pues aquellos con estructura de resortes pueden contener partes de espuma. En cuanto a los colchones por su clase, estos son producidos de acuerdo a las necesidades de superficie de descanso de los clientes.

Acorde a estos criterios, en el mercado se encuentran disponibles varias alternativas de colchones para los consumidores. Estos productos, sin distinción de tipo o clase deben cumplir con los requisitos estructurales y someterse a las pruebas de ensayo que impone la norma ecuatoriana para colchones, a fin de que se garantice su calidad y durabilidad. Por lo cual, la producción de colchones no sería exclusiva respecto a una variedad del producto en específico.

Además de los operadores económicos **LAMITEX** y **CHAIDE**, la INICAPMAPR identificó en su investigación tres empresas que participan en el segmento de producción de colchones y que se constituirían como competidores en el mercado. En consecuencia, el universo de actores económicos se identifica de acuerdo a lo siguiente:

Tabla No. 1.- Operadores económicos productores de colchones, a nivel nacional.

Operador económico	RUC	Provincia	Ciudad
CHAIDE Y CHAIDE	1790241483001	Pichincha	Sangolquí
CORPORACIÓN SICORP MATTRESS S.A.	0992836253001	Guayas	Durán
LAMINADOS Y TEXTILES LAMITEX S.A.	0190104567001	Azuay	Cuenca
PRODUCTOS PARAÍSO DEL ECUADOR S.A.	1790098230001	Pichincha	Tambillo
RESIFLEX DURAFLEX S.A.	1790506215001	Pichincha	Quito

Fuente: Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-013 de 23 de junio de 2022.

11.4.1.2 Distribución de colchones

El siguiente eslabón en la cadena de suministro de los colchones lo constituye la distribución del producto desde las fábricas a los comercios, que en el presente caso, es de relevancia, dado que existe una estructura vertical entre algunos productores, como el operador denunciado, y sus clientes, formando una red de distribución.

La distribución de colchones, como sucede con la gran mayoría de bienes, puede realizarse mediante dos esquemas, distribución al por mayor y distribución al por menor. La distribución al por mayor se enfoca en el comercio en grandes cantidades directamente de los fabricantes y su redistribución a otros de tipo minorista o a establecimientos comerciales. En tanto que, la distribución al por menor se enfoca al comercio en detalle y con pequeños volúmenes. Los distribuidores mayoristas incurren en inversiones comparativamente mayores, que les permiten ofrecer condiciones más atractivas y eficientes a sus clientes.

Un operador económico puede mantener en su red de distribución tanto distribución al por mayor, como al por menor, dependiendo de las estrategias comerciales que emplee. En el mismo sentido,

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

puede invertir para internalizar el servicio de distribución al por mayor, integrándose verticalmente, lo que le permitirá usufructuar de economías de escala en su operación.

Cabe señalar que, como se indicó previamente, un operador económico productor puede prescindir de la red de distribución y realizar venta directa a sus consumidores a través de tiendas físicas o comercio electrónico. La entrega en estos casos se pueden realizar por servicios de terceros.

11.4.1.3 Sustitución de la demanda

A fin de segmentar el mercado de producto, el análisis de sustitución de la demanda puede considerar de manera complementaria criterios de carácter cualitativo como cuantitativo. En esta subsección se estudiará la posibilidad de sustitución desde las cualidades de los bienes para luego complementarse con los hallazgos cuantitativos alcanzados por la INICAPMAPR.

En primer lugar es importante señalar que, si bien existen otros bienes que podría utilizarse por un consumidor como superficie de descanso, tales como esteras, colchonetas, colchones inflables, hamacas, sofacamas, entre otros, en general estos productos no ofrecen el mismo grado de confort que un colchón y su uso es eventual, en tanto que el uso de los colchones es frecuente, por lo cual es importante su durabilidad. En este sentido, es poco probable que un consumidor que busque adquirir un colchón lo sustituya con alguno de estos productos, lo que los descarta como sustitutos.

El mercado de producto se restringe a los colchones de uso doméstico y las diferentes variedades de estos. Acorde a la información recabada por la Intendencia la principal distinción ocurre entre los colchones de estructura de resorte y aquellos de espuma, que se diferencian por el tipo de soporte que brinda cada uno.

Un colchón de resortes distribuye el peso infringido entre estas piezas, mientras mayor sea el número de resortes, más efectiva será la distribución, así también aumentará el peso del producto y su costo. Los colchones de resortes complementan su superficie de contacto con una combinación de diferentes densidades de espuma, que también pueden incluirse en módulos entre los resortes. En los colchones de espuma el peso se distribuye en millones de microceldas, las cuales no reflejan movimiento en el resto del colchón. Los colchones de resortes presentan²⁹ de manera comparativa menor costo y mayor durabilidad, en tanto que los colchones de espuma se destacan por mejor transferencia de movimiento y distribución de la presión.

La INICAPMAPR señala que, conforme los requisitos de fabricación, no existen diferencias significativas entre estas variedades, dado que los productos incorporan el mismo tipo de espuma de poliuretano para rellenar los colchones. También, debido a que los productos se someten a requisitos relacionados con la durabilidad, inspección, ensayos, etiquetados y se destinan al mismo uso. La Intendencia integra su criterio comparando las proporciones de cantidades vendidas de colchones según su tipo entre 2013 y 2020, de este análisis se destaca lo siguiente:

²⁹ Página web de ESSENTIA. Consultado desde el enlace: <https://es.myessentia.com/blogs/colchon-101/colchones-de-resortes-vs-colchones-de-espuma-con-memoria>.

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

“(…) para la mayoría de operadores económicos, predomina la venta de colchones de tipo resorte. En el caso del “Operador económico 5” ha indicado que ha vendido únicamente dicho tipo. Por otro lado, la cantidad vendida de colchones del “Operador económico 3” se divide de manera equitativa entre los dos tipos, a partir del año 2017. Situación contraria, sucede con los operadores económicos 4 y 2, pues los valores de colchones vendidos de tipo resorte prevalecen significativamente sobre los de tipo espuma.”

La INICAPMAPR completa el análisis mediante la aplicación de pruebas cuantitativas sobre los precios de los bienes, según tipo y clase. Debido a la no estacionariedad en las series de precios y con el fin de descubrir la existencia de una relación de equilibrio que demuestre sustitución, la Intendencia aplicó una prueba de cointegración usando el método Engle y Granger³⁰. Un resultado a favor del criterio de sustituibilidad debería mostrar que las series de precios están cointegradas y que la pendiente de la función lineal que los relaciona en el largo plazo es positiva. Los resultados obtenidos por la INICAPMAPR se muestran a continuación:

“Tabla 15: Prueba Engle-Granger para cointegración para datos de series de logaritmos de los promedios de precios de fabricantes de colchones, a nivel nacional, periodo 2013-2020.

Variables (resorte vs. espuma)	T- estadístico	Valor crítico al 1%***	Valor crítico al 5%**	Valor crítico al 10%*	N primer paso	N prueba	Ho	Resultado	Coef iciente	P > t
l_{ppar} l_{ppae}	No aplica al ser estacionarias las series de los logaritmos de precios.									
l_{ppbr} l_{ppbe}	- 8,954	-4,913	-4,297	-3,985	96	95	Rechazo	Cointegradas**	0,74 62916	0
l_{ppcr} l_{ppce}	- 5,276	-4,913	-4,297	-3,985	96	95	Rechazo	Cointegradas**	2,00 2665	0
l_{ppdr} l_{ppde}	- 4,299	-4,913	-4,297	-3,985	96	95	Rechazo	Cointegradas*	1,88 9413	0
l_{pper} l_{ppee}	- 5,137	-4,913	-4,297	-3,985	96	95	Rechazo	Cointegradas**	1,13 6283	0
l_{ppfr} l_{ppfe}	- 5,962	-4,913	-4,297	-3,985	96	95	Rechazo	Cointegradas**	1,34 8623	0

³⁰ Engle, R. F., & Granger, C. W. J. (1987). Co-Integration and Error Correction: Representation, Estimation, and Testing. *Econometrica*, 55(2), 251–276. <https://doi.org/10.2307/1913236>

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

Variables (resorte vs. espuma)	T- estadístico	Valor crítico al 1%***	Valor crítico al 5%**	Valor crítico al 10%*	N primer paso	N prueba	Ho	Resultado	Coeficiente	P > t
$l_{ppfr} - l_{ppfe}$	-4,459	-4,913	-4,297	-3,985	96	95	Rechazo	Cointegradas*	0,4737418	0

Elaboración: DNICAPM.

*Cointegradas al 1% de nivel de confianza.

**Cointegradas al 5% del nivel de confianza

***Cointegradas al 10% del nivel de confianza.

N: Número de observaciones.

[106] La prueba Engle-Granger se ejecutó entre las series de logaritmos de los promedios de precios de los colchones de resorte y las series de logaritmos de los promedios de precio de los colchones de espuma, con sus respectivas clases (...) poseen un comportamiento de sustituibilidad entre sí al largo plazo, pues se cumplen los dos criterios (...) **i)** según los resultados de los estadísticos de la prueba, arrojan suficiente evidencia para rechazar la hipótesis nula, es decir, que las series no están cointegradas; y, **ii)** los coeficientes de las regresiones ejecutadas son positivos y significativos.”

Estos resultados muestran que, desde el punto de vista de la demanda, existen elementos en común que determinan sustitución entre los productos, conforme se ha comprobado con pruebas estadísticas válidas, en este sentido, el mercado del producto se conforma por la fabricación de los colchones en general.

En cuanto al eslabón de distribución, la INICAPMAPR señala que, conforme las conductas denunciadas, en el mercado debe incluirse a los distribuidores y/o clientes que existen en el eslabón de la distribución al por mayor y al por menor, que conforma la red de distribución de las empresas productoras de colchones. Los datos recabados por la Intendencia confirman que las empresas productoras pueden realizar la distribución de sus productos de forma opcional mediante distribuidores al por mayor, al por menor o incluso realizan ventas a consumidores finales.

Considerando que las conductas comerciales aplicadas por **CHAIDE** que han sido investigadas, se refieren a la acciones de abuso en el espectro de los distribuidores mayoristas y minoristas, es conveniente asumir el criterio de la Intendencia y agregar el mercado, en este sentido se incluye el segmento de producción y de distribución de colchones, al por mayor y al menor.

11.4.1.4 Sustituibilidad de la oferta

El criterio de sustituibilidad desde el punto de vista de la oferta fue analizado por parte de la INICAPMAPR mediante la aplicación de la prueba SSS. Los principales resultados de esta se presentan a continuación:

“a. Los potenciales competidores deben poseer los activos tanto materiales como inmateriales para trasladar su producción de un bien o servicio determinado a otro; en

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

caso de no poseer alguno debe ser capaz de adquirirlo sin la necesidad de incurrir en costos que sean irre recuperables:

(...) los activos, tanto materiales como inmateriales, implementados en el proceso de producción para la elaboración de colchones de tipo espuma son los mismos para la elaboración de colchones tipo resorte (...) la producción de colchones de tipo resorte se podría trasladar a los colchones de tipo espuma.

(...) la fabricación de éstos, ya sea de tipo espuma o tipo resorte, requiere de activos específicos, cuyos valores monetarios de adquisición bordean los USD 2.500.000, conforme la información proporcionada por los operadores económicos del mercado. (...)

b. Los potenciales competidores deben tener la oportunidad de acceder a sistemas logísticos y canales de distribución adecuados para la comercialización del producto o servicio materia de análisis:

(...) los nuevos competidores deben comenzar procesos de negociación con los distribuidores para poner los productos a disposición de los consumidores y así crear una red de distribución. Este proceso puede llevar a los nuevos participantes a aumentar sus costos o reducir la calidad, a fin de alcanzar un determinado nivel de distribución, lo cual es una desventaja clara frente a los operadores económicos ya establecidos. (...)

(...) los operadores que se encuentran en mencionado mercado requieren una red de distribución que pueda abarcar varios tipos de compradores y, (...) una capacidad de alcance nacional. (...) el número mínimo de “distribuidores al por menor” que ostenta un operador económico es de 85; (...)

c. Los potenciales competidores no deben incurrir en costos hundidos significativos al momento de trasladar su producción o prestación de servicios:

(...)

[122] Para este mercado, se considera que aquellos costos relacionados con publicidad generan un alto impacto sobre el posicionamiento de una marca. Este hecho puede ser reconocido por algunos operadores económicos, dentro de sus estrategias comerciales. (...)

(...)

(...) la información de los estados financieros constante en el portal de información de la SUPERCAS expone los valores registrados por gastos en promoción y publicidad para los distintos operadores económicos que conforman este mercado:

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

Tabla 20: Gasto en promoción y publicidad, 2020.

Operador económico	Gasto en promoción y publicidad (cuenta 7173)
CHAIDE Y CHAIDE SA	1.358.455,50
CORPORACION SICORPMATTRESS S.A.	188.163,82
LAMINADOS Y TEXTILES LAMITEX S. A.	70.189,45
PRODUCTOS PARAISO DEL ECUADOR SA	107.621,70
RESIFLEX - DURAFLEX S.A.	39.691,14

(...)

(...) se identifica que existen costos hundidos representativos, considerando a la publicidad como un aspecto relevante en este mercado, lo que podría impedir trasladar la producción de un bien al presente mercado.

d. Cualquier barrera de entrada debe ser superada en un período razonable corto de tiempo y sin que ello conlleve altos costos operacionales:

(...) el acceso inmediato a canales de distribución dependerá, en este mercado, de que los potenciales competidores puedan comenzar procesos de negociación con distribuidores (...) un potencial competidor debería alcanzar un número mínimo de distribuidores, al menos igual, a los que ostentan los actuales competidores del mercado, y tratar de alcanzar dicha red de distribución podría implicar altos costos operacionales, lo que podría dificultar el acceso de nuevos actores al mercado.

e. Los potenciales competidores deben poseer los incentivos económicos necesarios para producir el producto o prestar los servicios materia de análisis:

(...) según datos del Ranking empresarial 2020 de la SUPERCIA, (...) en promedio, el margen neto de las empresas situadas en este mercado fue de 8,67%. (...) podrían existir incentivos económicos positivos para producir productos materia de análisis, en este caso, colchones.

(...) este mercado ostenta tasas de crecimiento significativas en la cantidad demandada de colchones, lo que podría indicar que existen incentivos económicos para producirlos. La demanda de colchones denota un crecimiento desde el año 2016 hasta el 2019, pues la tasa de variación promedio del número de colchones vendidos es de 2,2% en el periodo de estudio. (...)

(...)

f. Los potenciales competidores deben poseer capacidad instalada inutilizada que puede ser puesta en marcha sin incurrir en costos significativos:

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

(...) los activos que se requiere en este mercado son específicos, por lo que los mismos podrían utilizarse siempre y cuando dispongan de capacidad instalada que se encuentre inutilizada. En este sentido, los potenciales competidores que dispongan de estos activos para la fabricación de colchones -a fin de no incurrir en costos significativos, deberá disponer adicionalmente los recursos para utilizar aquella capacidad instalada “ociosa” en dicha actividad.

g. Los consumidores deben percibir a los bienes o servicios de los potenciales competidores como sustitutos válidos del producto o servicio materia de análisis:

(...) los consumidores perciben que la sustituibilidad de los productos se encuentra delimitada entre los colchones de tipo espuma y tipo resorte, y no toman en cuenta otros productos para una posible sustitución.”

En cuanto a las restricciones que enfrentan los competidores, los principales elementos que dificultan la sustituibilidad desde el lado de la oferta, se relacionan a los gastos de implementación de la operación, así como la necesidad de una red de distribución que permita cubrir la demanda escala nacional de varios tipos de compradores de colchones. Puesto que, los consumidores no sustituirán el producto por otro bien para el descanso que no sea un colchón. Esto se ha comprobado desde el punto de vista de la demanda, en tanto que el análisis de la oferta señala que existen diferencias significativas en factores de producción, procesos y tecnología, utilizada por posibles alternativas a los colchones.

Respecto a capacidad instalada, no se ha demostrado la existencia de esta, dado que no se ha indicado los potenciales operadores competidores en el mercado y el estado actual de sus operaciones. Sin embargo, esta puede relacionarse a las grandes inversiones que se requieren para la implementación de una fábrica en condiciones y el alcance de las operaciones que el competidor debería generar.

En este sentido, a pesar de la existencia de incentivos de rentabilidad económica dentro del mercado, no hay mérito para ampliar el mercado, dado que, tanto desde la demanda como desde la oferta, los productos no son sustituibles por otras alternativas. En consecuencia, un posible competidor deberá integrarse a producir colchones incurriendo en grandes inversiones para implementar o cambiar su operación, acción que muy probablemente no se realice en el corto plazo.

El mercado de producto relevante para el presente caso se define como la producción y distribución, al por mayor y menor, de colchones.

11.4.1.5 Marco temporal del mercado relevante

En cuanto a la determinación del esquema temporal de funcionamiento del mercado, en el cual es probable el ejercicio del poder de mercado, conforme la información recaba en la investigación y las características del producto relevante, se destaca que el mercado de producto no es temporal, la producción y suministro del producto relevante ha sido continuo y no se avizora la extinción del

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

mercado en el corto o mediano plazo. Así tampoco se han presentado argumentos respecto a la estacionalidad del mercado.

En este sentido, la realización del producto en el mercado presentó, a partir de 2016, un crecimiento, a excepción del periodo de restricción de actividades por la emergencia sanitaria en el año 2020. Esto mostraría que el mercado no se encuentra saturado y se desarrolla actualmente. De la información aportada al expediente, las conductas anticompetitivas investigadas habrían ocurrido y cesado en el mercado, en el periodo de marzo a julio de 2019.

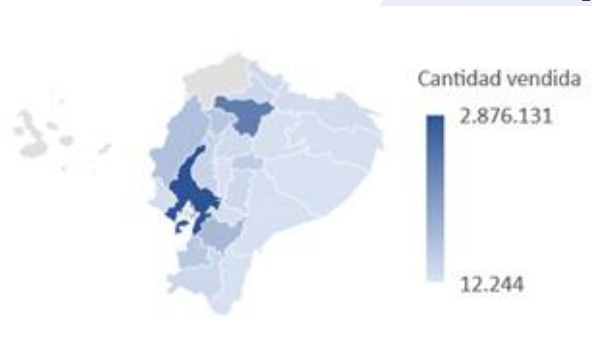
Considerando los criterios de marco temporal y estacional es muy probable que las características del mercado no presenten variaciones significativas en el tiempo, de manera que sean lo suficientemente importantes para generar cambios en la delimitación del mercado de producto alcanzada.

11.4.1 Mercado Geográfico

La INICAPMAPR indicó que el mercado geográfico se ajusta a una escala nacional de la siguiente forma:

“(...) todos los operadores económicos pertenecientes al mercado de producto poseen flujos comerciales hacia las 24 provincias del territorio nacional. En el periodo 2013-2020 se ha registrado un total de 10.196.733 colchones vendidos a nivel nacional. Como se muestra en la Ilustración 2, en el mismo periodo: Guayas, Pichincha y Azuay son las provincias a las que se destina el mayor número de colchones, (...)”

Ilustración 2: Cantidad vendida de colchones por provincia, periodo 2013-2020.



Elaboración: DNICAPM.”

Considerando el número de productos vendidos y su relación a la población nacional en el periodo, es claro que el mercado corresponde a un alcance nacional, al tratarse de un producto de consumo común para los hogares. Como comprobación a este resultado la INICAPMAPR presentó la aplicación de la prueba de flujos comerciales de Elzinga-Hogarty, cuyas conclusiones se muestran a continuación:

“[141] Conforme la evidencia cuantitativa para las provincias donde se encuentra las plantas productoras de colchones y el resto de provincias. Está claro que la mayoría

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

de los flujos de productos no satisfacen la prueba E-H, ya que los flujos de consumo exceden estos umbrales del 25%. Los altos niveles de flujos comerciales de productos sugieren que los fabricantes de colchones enfrentan una competencia significativa de productores de otras regiones (y viceversa), lo que implica que el mercado es nacional (...)

Con el respaldo de estos resultados, la CRPI concluye que el mercado relevante aplicable al presente caso es de escala nacional.

11.4.2 Mercado relevante determinado para el presente caso

De conformidad con todo lo indicado, la CRPI establece que, para el presente caso el mercado relevante está compuesto la fabricación y distribución, al por mayor y al por menor, de colchones a nivel nacional.

11.4.3 Poder de Mercado

Una vez establecido el mercado relevante, se analizará los principales aspectos que han permitido a este órgano de resolución determinar que el operador económico **CHAIDE** posee poder de mercado. En términos conceptuales, la capacidad de ejercer poder de mercado que disponga el operador económico investigado, constituye el elemento estructural indispensable para configuración de una infracción a la Ley por conductas de abuso de poder de mercado.

La LORCPM, respecto del poder de mercado, señala en su artículo 7:

“Es la capacidad de los operadores económicos para influir significativamente en el mercado. Dicha capacidad se puede alcanzar de individual o colectiva. Tienen poder de mercado u ostentan posición de dominio los operadores económicos que, por cualquier medio, sean capaces de actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes, proveedores, consumidores, usuarios, distribuidores u otros sujetos que participen en el mercado.”

Esto se traduce en la facultad que tengan uno o varios operadores económicos para incrementar precios (sin aumentar concomitantemente sus costos) o excluir competidores, así como para reducir la frecuencia de un servicio, la calidad, la oferta o la innovación en sus productos, sin que existan otras fuerzas competitivas que puedan contrarrestar dichos efectos en el corto plazo³¹.

En este mismo sentido, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha señalado:

“Situación de poder económico que ostenta una empresa que le da la facultad de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, proporcionándole la posibilidad de comportamientos, en medida apreciable,

³¹ Niels. G., Jenkins H. y Kananagh, J. 2011. Economics for Competition Lawyers (pp. 118-121). New York, Estados Unidos de América. Oxford University Press.

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

independientes respecto de sus competidores, sus clientes y, en definitiva, los consumidores.”³²

La obtención o el reforzamiento del poder de mercado no atentan contra la competencia, la eficiencia económica o el bienestar general. Sin embargo, el obtener o reforzar el poder de mercado, de manera que impida, restrinja, falsee o distorsione la competencia, atente contra la eficiencia económica o el bienestar general, así como los derechos de los consumidores o usuarios, constituirá una conducta sujeta a control, regulación y, de ser el caso, a las sanciones establecidas en la Ley.

11.4.3.1 Criterios para la configuración del poder de mercado

Los criterios para determinar que un operador económico posee poder de mercado, en el mercado relevante, se encuentran establecidos en el artículo 8 de la LORCPM, de entre estos se destacan las condiciones respecto a la participación del operador investigado en el mercado relevante, de forma directa o a través de personas naturales o jurídicas vinculadas³³, la capacidad de presión de los competidores, así como el diagnóstico respecto a las barreras de entrada.

Bajo este panorama, la caracterización del mercado se realizará, en función de la distribución de cuotas de participación e índices de concentración, calculados sobre las participaciones en el mercado relevante, de manera complementaria se analizarán las barreras de entrada al mercado. Cabe señalar que, si bien los índices y cuotas podrían no definir de forma inequívoca la posición de dominio de una empresa, son indicadores estructurales fundamentales en el análisis del derecho de competencia.

La cuantificación de las cuotas de mercado considerarán la realidad del mercado relevante, en base a los criterios pertinentes entre los contenidos en el artículo 28 de la Resolución No. 011 de 23 de septiembre de 2016, expedida por la Junta de Regulación de la LORCPM. En cuanto a los índices que caracterizan el mercado, se hace uso del Índice Herfindahl-Hirschmann o HHI³⁴, Índice de dominancia MSS³⁵, entre otros, criterios que suelen ser usados para obtener indicios sobre el estado de situación de la competencia en cada mercado relevante y determinar las condiciones estructurales que favorecen a un operador económico disponer de poder de mercado.

³² Tribunal de Justicia de Unión Europea. 1978. Sentencia del 14 de febrero de 1978, asunto 26/76. Pp. 207. Traducción extraída de Tratado de Derecho de la Competencia, J.M. BENEYTO PÉREZ y J. MAILLO GONZÁLEZ ORÚS, vol.1 capítulo 8 (8.39).

³³ Nótese que del artículo 8, letra a) de la LORCPM se observa que además de a cuota de mercado, también se debe considerar la posibilidad del operador económico de fijar precios unilateralmente o de restringir de forma sustancial el abastecimiento en el mercado relevante. Sin embargo, se considera que será más improbable que estas dos últimas circunstancias concurren, cuando la participación de mercado del operador económico en cuestión sea baja, pues aquello significará que existen otros operadores económicos que podrán competir arduamente, disciplinando cualquier intento de influir sobre los precios o el abastecimiento en el mercado por parte del operador económico concentrado.

³⁴ Índice de Herfindahl e Hirschman HHI por sus siglas en inglés. Hirschman (1945). Herfindahl (1950).

³⁵ Índice de Dominancia de Melnik, Shy y Stenbacka – MSS (2007).

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

Los porcentajes de participación de cada una de las empresas en el mercado constituyen un primer indicio de la estructura del mercado. Aunque no existe un umbral de cuota de mercado³⁶ que defina que un operador económico posea poder de mercado, se aplican criterios comparativos de la experiencia del derecho de competencia.

Las decisiones de la Comisión Europea se concentran en una posible posición dominante individual sólo cuando las firmas ostentan cuotas de mercado superiores al 40%, en tanto que, cuotas de mercado extraordinariamente elevadas, superiores al 50%, son indicación de la existencia de una posición dominante³⁷.

El Índice HHI es el indicador generalmente aceptado para establecer el nivel de concentración en el mercado relevante. Cuanto más cercano se encuentre a cero (0), el mercado se caracterizará como más competitivo, en tanto que, si el valor del índice tiende al máximo de diez mil (10.000), el mercado presentará mayor concentración. De acuerdo con la doctrina anglosajona, el HHI determina los siguientes niveles de concentración: a) por debajo de 1500 puntos el mercado no está concentrado; b) entre 1500 y 2500 puntos el mercado es moderadamente concentrado; y, c) por encima de los 2500 puntos corresponde a un mercado está altamente concentrado³⁸.

El índice MSS de dominancia, por su parte, recoge en un solo indicador, varios de los criterios establecidos en las letras a, b y f del artículo 8 de la LORCPM. En específico, dicho índice calcula un umbral de poder de mercado, con base en las participaciones de las dos empresas más grandes en el mercado, para determinar la dificultad de entrada al mismo. En este sentido, si la cuota de mercado del operador económico líder supera el índice MSS, se evidenciará que el segundo competidor más grande en el mercado relevante –y mucho menos el resto de competidores– no podrá ejercer presión competitiva suficiente sobre el operador líder.

De forma complementaria se considerarán otros indicadores que caracterizan el mercado y la posición del principal operador económico, tales como³⁹: el Índice de Dominancia, que mide la contribución de cada firma en el índice HHI; la Razón de Concentración de K empresas de Miller; Número de empresas equivalente al nivel de concentración; e, Índice de estabilidad del mercado.

³⁶ De forma comparativa, la letra b) del artículo 16 de la LORCPM establece el umbral de 30% para la obligatoriedad de la notificación de una operación de concentración económica, al considerar que cuotas más altas generan preocupaciones para el régimen de competencia.

³⁷ Diario Oficial de las Comunidades Europeas. (2002). Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (2002/C 165/03). Apartado 75.

³⁸ La Guía para el Control de Concentraciones Económicas del Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio de EE.UU (Horizontal Merger Guidelines, 2010) indica lo siguiente:

“Based on their experience, the Agencies generally classify markets into three types:

- Unconcentrated Markets: HHI below 1500*
- Moderately Concentrated Markets: HHI between 1500 and 2500*
- Highly Concentrated Markets: HHI above 2500”*

Disponible en <https://www.justice.gov/atr/horizontal-merger-guidelines-08192010>.

³⁹ Superintendencia de Industria y Comercio (SIC). 2013. *Medidas de concentración y estabilidad de mercado*. Consultado desde el enlace: <https://issuu.com/quioscosic/docs/dt012/7>.

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

11.4.3.2 Participantes en el mercado relevante, cuotas de mercado e índices

Conforme se señaló previamente, la INICAPMAPR ha determinado que en el mercado relevante confluyen cinco operadores económicos, las cuotas de participación en función de sus volúmenes de ventas en el mercado relevante, y los principales indicadores se resumen en la siguiente tabla:

Tabla No. 2.- Cuotas de participación e índices

Operador Económico	2017	2018	2019	2020	2021
CHAIDE					
LAMITEX					
PARAISO					
SICORPMATTRESS					
RESIFLEX ⁴⁰					
Total	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%
Indicadores :					
Razón de concentr. (2)					
HHI	3960,1	4125,5	3748,6	3828,9	3711,1
N equivalente	2,5	2,4	2,7	2,6	2,7
I. Dominancia					
I. MSS					
I. Volatilidad	0,0636	0,0399	0,0378	0,0287	0,0665

Fuente: a) Expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-014-2020: información correspondiente a los trámites signados con Id: 193151, 194564, 203123, 203044 y 211040; Expediente SCPM-CRPI-016-2022: Anexos del trámite con Id. 246238; y, b) Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.

Elaboración: CRPI.

Los datos indican claramente que, en el periodo de análisis, el operador económico investigado **CHAIDE** se presenta, consistentemente, como el operador económico líder del mercado, con una ventaja que es en promedio la cuota de mercado de la segunda empresa en el mercado.

11.4.3.3 Concentración en el mercado relevante y dominancia

En el periodo de análisis, el mercado se presenta como altamente concentrado, conforme lo indica el nivel del índice HHI y en complemento con el resto de indicadores. Las dos principales empresas concentran en promedio partes del mercado. Consecuentemente, el nivel de concentración es aquel en que existirían únicamente entre dos o tres empresas con el mismo tamaño.

El nivel de dominancia absoluto muestra que las empresas, distintas a la dominante, tendrían comparativamente una operación menor. En este sentido, el Índice de dominancia MSS es superado por el operador económico líder en todos los periodos, como consecuencia, la empresa **CHAIDE**

⁴⁰ El operador económico RESIFLEX, conforme el escrito y anexo constantes en el trámite signado con Id. 191661, señala que motivos de fuerza mayor no puede entregar información anterior a 2018. Además no ha atendido los requerimientos de información remitidos por la INICAPMAPR respecto de la información de 2021. Por tanto, esta CRPI utiliza la información correspondiente a sus ingresos ordinarios, consultados de sus estados financieros disponibles en el portal de la Superintendencia de Compañías Valores y Seguros, correspondiente a los periodos 2017 y 2021.

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

tiene la capacidad de actuar con un alto grado de independencia de sus competidores en el mercado relevante.

Finalmente, el mercado muestra una inestabilidad mínima, dado que no existen cambios significativos en las cuotas de mercado interanuales. Por lo tanto, las empresas mantuvieron su posición relativa, lo que sería un indicativo más de un bajo nivel de competencia.

Conforme lo señalado, el mercado de fabricación y distribución, al por mayor y al por menor, de colchones a nivel nacional, mantiene una estructura altamente concentrada, con una importante y consistente participación del operador líder **CHAIDE**, que lo caracteriza como empresa dominante. En consecuencia sus acciones tendrán consecuencias trascendentales sobre el mercado relevante y sus concurrentes.

11.4.3.4 Barreras de entrada al mercado de producción y distribución de colchones

Acorde con lo dispuesto en el literal b) del artículo 8 de la LORCPM, el análisis de barreras de entrada es uno de los criterios principales para determinar que un operador dispone de poder de mercado. Las barreras de entrada se pueden definir como “(...) aquellos factores que impiden o dificultan la entrada de nuevas empresas a competir en un sector, proporcionando ventajas competitivas a las empresas ya instaladas en él. De esta forma se convierten en una característica importante de la estructura de mercado (...)”⁴¹. Estas pueden ser del tipo legal, estructural o estratégicas.

Si bien el análisis de barreras de entrada es común en el control de las concentraciones económicas, también se puede utilizar en el análisis de conductas sustentadas en la existencia de poder de mercado. La importancia de las barreras de entrada se relaciona al efecto disuasorio que provoca el probable ingreso de nuevos competidores al mercado relevante, sobre las empresas establecidas y la situación de dominancia existente. En este sentido, al comprobarse la inexistencia o debilidad de las barreras, la participación de las empresas será más sencilla, de forma que, la posición de la líder representaría menor amenaza a la competencia. Por el contrario, si las barreras de entrada son significativas, la probabilidad de que potenciales participantes realicen una entrada rápida y reversible disminuye, y por tanto se potencia la posición dominante en el mercado.

El análisis de barreras de entrada en un mercado relevante se basa en la evaluación de los criterios de oportunidad, probabilidad y suficiencia, a fin de determinar la posibilidad de mitigar los efectos anticompetitivos.

De acuerdo con la Fiscalía Nacional Económica de Chile, la oportunidad responde a la “(...) rapidez y continuidad asociado a la entrada, a efectos de determinar si la misma es capaz de disuadir o imposibilitar el ejercicio del poder de mercado por parte de los incumbentes”⁴². La determinación de un periodo apropiado para que se produzca la entrada de nuevos competidores a un determinado

⁴¹ Pinkas Flint, Tratado de defensa de la libre competencia: estudio exegético del D.L. 701: legislación, doctrina y jurisprudencia regulatoria de la libre competencia (Fondo Editorial PUCP, 2022), 224.

⁴² Fiscalía Nacional Económica. Guía para el análisis de operaciones de concentración. 2012. P. 17. Consultado desde: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/10/Guia-Fusiones.pdf>.

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

mercado dependerá de sus características y dinámica. En este sentido, el Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio de Estados Unidos⁴³, así como la Comisión Europea⁴⁴, consideran oportunas aquellas alternativas de entrada que puedan lograrse dentro de dos años, periodo de tiempo suficientemente corto, capaz de disuadir o suprimir efectos anticompetitivos del aprovechamiento del poder de mercado.

La probabilidad de entrada de un nuevo operador económico dependerá en gran medida de los beneficios esperados, teniendo en cuenta simultáneamente el efecto de la introducción de producción adicional al mercado sobre los precios y la respuesta de los competidores. La entrada no sería factible si se cumple que: “(...) los costos que debe incurrir una empresa para entrar a un mercado son superiores a las ganancias esperadas de operar en el mercado (...)”⁴⁵. La medida en que los operadores potenciales restringen el poder de mercado de los actuales competidores depende de manera decisiva de los costos hundidos⁴⁶. Además, la evidencia de casos pasados de entrada o la ausencia del mismo es de importancia al análisis prospectivo de probabilidad⁴⁷.

Finalmente, la entrada debe ser suficiente en su naturaleza, magnitud y alcance para disuadir o contrarrestar efectos anticompetitivos⁴⁸. Según la Comisión Europea, bajo la hipótesis de que la entrada sea rentable, la misma podría no ser suficiente si el monto del negocio que el nuevo entrante podría obtener sería tan pequeño o aislado que las firmas dominantes podrían todavía incrementar los precios en una porción significativa del mercado⁴⁹. Entonces, la entrada no puede valorarse como una restricción efectiva si su magnitud es marginal y no se orienta a disputar el segmento de negocios principal de las empresas en el mercado, en especial de la dominante.

La INICAPMAPR ha señalado que la barrera que afectaría el ingreso o la expansión de competidores en el mercado de producción y distribución de colchones, al por mayor y menor, es de tipo estructural y se trata de la existencia de costos hundidos por gastos de publicidad. Por su parte la CRPI determina que las inversiones necesarias para implementación de la operación, así como el factor estratégico relacionado al canal de distribución pueden evaluarse como barreras en el presente caso.

11.4.3.4.1 Implementación de planta de producción

La inversión para la implementación de la operación de fabricación de colchones, constituye una limitante importante para los operadores económicos que busquen entrar en el mercado, e incluso para operadores industriales que busquen cambiar o ampliar su portafolio de productos al segmento de colchones. Al respecto al INICAPMAR ha señalado:

⁴³ Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América y Comisión Federal de Comercio. 2020. P. 32. Consultado desde: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819mg.pdf>.

⁴⁴ Comisión Europea. Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas. 2004/C 31/03. 2004.

⁴⁵ Op. Cit. Fiscalía Nacional Económica. P. 17.

⁴⁶ Motta, M. 2018. Política de competencia. Teoría y Práctica. México: UNAM. P. 288.

⁴⁷ Niels, G., Jenkins, H. y Kavanagh, J. Economics for Competition Lawyers. 2011. Oxford University Press.

⁴⁸ Op. Cit. Fiscalía Nacional Económica, p. 17.

⁴⁹ Op. Cit. Comisión Europea, p. 13.

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

“(…) se debe considerar que la fabricación de éstos, ya sea de tipo espuma o tipo resorte, requiere de activos específicos, cuyos valores monetarios de adquisición bordean los USD 2.500.000, conforme la información proporcionada por los operadores económicos del mercado. Los activos materiales e inmateriales comunes que se identificaron son:

- *Máquina acolchadora;*
- *Máquina cerradora;*
- *Máquina compresora de aire;*
- *Máquina cortadora;*
- *Máquina dispensadora de pintura;*
- *Máquina embaladora;*
- *Máquina empaquetadora;*
- *Máquina espumadora;*
- *Máquina etiquetadora;*
- *Máquina resortera;*
- *Máquina Selladora; y,*
- *Máquinas ensambladoras.”*

El nivel de inversión señalado por la Intendencia determina las características de suficiencia y probabilidad que caracteriza la entrada al mercado, que es importante señalar se ha determinado tiene una escala nacional.

La entrada de un operador económico sería suficiente, siempre que alcance el monto de inversión de 2,5 millones de dólares en activos específicos para la producción de colchones, más el monto en otros recursos necesarios como planta, talento humano calificado y activos intangibles. Aunque la entrada con una escala de operación y alcance inferior es posible, no sería suficiente para contrarrestar la situación de dominancia presente en el mercado.

En general, la probabilidad de entrada tendrá una relación inversa con el monto de inversión, pues será más complicado rentabilizar el negocio mientras más elevados sean los montos de inversión inicial. Conforme se señaló previamente, el margen neto de los actuales competidores (8,67%) y las tasas de crecimiento del sector, se presentarían como incentivos para los posibles entrantes, sin embargo, el alto nivel de inversión para la entrada, sumada a una estructura concentrada, reducen el número de posibles empresas dispuestas a ingresar. Muestra de ello es que el mercado muestra inestabilidad mínima y la última entrada de un operador económico se realizó hace más de siete años.

El promedio de ventas en la industria a 2021 alcanzó 22 millones, sin embargo, es un resultado sesgado considerando la concentración persistente en el mercado. Un operador entrante no alcanzaría de inmediato este nivel, considerando la baja cuota que obtendría en los primeros periodos, en el mismo sentido, tampoco podría alcanzar el nivel de rentabilidad de los competidores actuales, dado que además debe invertir en posicionar su producto. La relación entre ventas en la

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

industria, la rentabilidad y el nivel de inversión requerida, determinan que el operador económico que ingrese en condiciones al mercado no rentabilizaría su negocio en los primeros dos años de funcionamiento. Caracterizando la entrada como improbable e inoportuna.

Conforme lo expuesto, las inversiones necesarias para la viabilización del proyecto de entrada al mercado de producción de colchones, se presentan como una importante barrera para las empresas, en consecuencia la entrada será baja y en una magnitud insuficiente.

11.4.3.4.2 Estrategia de distribución

En el caso que un operador económico consiga implementar su operación productiva, todavía es necesario considerar limitantes estratégicos para la realización de sus ventas, esto es, la logística del suministro de su producto al consumidor. En este caso la INICAPMAPR ha señalado que existen condiciones mínimas que una empresa debe considerar para rentabilizar su negocio, al respecto señaló:

“(...) los operadores que se encuentran en mencionado mercado requieren una red de distribución que pueda abarcar varios tipos de compradores y, (...) una capacidad de alcance nacional. Conforme a los datos expuestos en la tabla referente a los “Intervalos de confianza respecto al número de compradores promedio por operador económico fabricante colchones a nivel nacional, periodo 2013-2020.”, se evidencia que el número mínimo de “distribuidores al por menor” que ostenta un operador económico es de 85; mientras que el número mínimo de “distribuidores al por mayor” que ostenta un operador económico es de 1.111. Con base a esta información, los competidores que desearan entrar a participar en el mercado, deberían tomar en cuenta el acceso a una cadena de distribución que al menos le permita alcanzar a un número de 85 agentes distribuidos a nivel nacional, a fin de que puedan tener la oportunidad de comercializar sus productos con un alcance similar, a uno de los operadores económicos que actualmente participa en el mercado.”

La estrategia de distribución de colchones representa un esfuerzo importante para una empresa entrante, si consideramos la amplia presencia de las dos principales empresas, las cuales han conseguido explotar en promedio el ■■■% del mercado a nivel nacional, en los últimos cinco años. En gran medida estos resultados se deben a sus redes de distribución al por mayor y menor. En este sentido, la condición para que la entrada de un competidor se caracterice como suficiente, muy probablemente no requeriría que una entrante alcance colocar sus productos en al menos 85 distribuidores al por menor, sino que además consiga contacto con un número importante de establecimientos distribuidores al por mayor. En ambos casos la red debe tener un alcance a lo largo del territorio nacional.

No se dispone de información respecto a la duración de las negociaciones para el acuerdo vertical, así como respecto a la extensión de los contratos de distribución. Sin embargo, conforme el análisis de la INICAPMAPR en su informe final, las relaciones comerciales con algunos distribuidores no se

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

realizan de manera formal, a través de convenios o contratos de distribución⁵⁰, en este sentido no se considera que existan dificultades para el operador entrante en lograr negociaciones exitosas en un periodo de hasta dos años. La entrada en este aspecto sería oportuna en tanto el operador económico destine su fuerza de ventas a la consecución de la red de distribución.

Con respecto a la probabilidad de entrada, considerando las limitaciones que presenta a la empresa el establecimiento de una red de distribución, la entrada será probable en tanto el operador económico disponga de los recursos y destine estos a la implementación de dicha red, tanto en el segmento al por menor como al por mayor, y de alcance nacional. Lógicamente es necesario que la capacidad productiva del operador económico se encuentre en condiciones de cubrir el nivel de demanda del segmento de distribución. Por lo cual, la probabilidad se ata al punto analizado previamente, esto es, la entrada será probable para empresas que estén dispuestas a realizar inversiones importantes.

Consecuente con el análisis previo, los operadores económicos que decidan entrar al mercado en condiciones de competencia frente a las empresas establecidas deberán alcanzar una importante red de distribución al por mayor y menor a nivel nacional, y cubrir la misma de forma eficiente, lo que implica una restricción importante.

11.4.3.4.3 Costos hundidos

La INICAPMAPR ha señalado como barrera estructural la existencia de costos hundidos, presentes a través de los ingentes gastos en publicidad al que estaría obligado un operador económico a fin de rentabilizar su operación, al respecto señaló:

“(…) se identifica la existencia de una barrera de entrada de tipo estructural. Esta fue identificada en el apartado de sustituibilidad de la oferta, específicamente en el reconocimiento de posibles costos hundidos generados por temas de publicidad. El papel que desempeñan los gastos de publicidad es clave, pues permiten a las empresas aumentar la percepción de calidad de los consumidores en cuanto al producto. Tal es su impacto que se tiene evidencia que las empresas han sido capaces de conquistar grandes cuotas de mercado mediante un incremento de publicidad. Esto aumenta los costos hundidos fijos de las inversiones necesarias y tiende a limitar el número de empresas en el mercado. Con base en esto, se evidenció que CHAIDE Y CHAIDE destina altos montos en publicidad, siendo estos alrededor de USD [REDACTED], a fin de posicionar su marca en el mercado. Un porcentaje de esta inversión se plasma en la entrega a sus distribuidores de: [REDACTED]

⁵⁰ En concordancia con el párrafo 77 del informe de resultados, documento que fue reproducido como prueba conforme lo solicitado por el operador económico CHAIDE en escrito signado con Id. 235148, en el cual solicitó la reproducción de varias piezas procesales.

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

El grado en que los operadores potenciales restringen el poder de mercado de los actuales competidores depende de manera decisiva en el nivel de los costos hundidos que representa la entrada y viabilidad de la operación. Mientras mayores sean estos, la entrada será menos probable y por tanto la dominante mantendrá y potenciará su posición en la estructura del mercado.

*Los gastos en publicidad son un importante promotor en el posicionamiento de una marca. Conforme los datos presentados en el informe final, los operadores en el mercado han gastado en promedio \$352.824,32 por concepto de gastos en promoción y publicidad⁵¹ el año 2020. Siendo el operador económico **CHAIDE** el que presenta un monto mayor de gasto⁵², en una relación de al menos siete veces el monto gastado por la siguiente empresa competidora. Los gastos en marketing o publicidad pueden considerarse como costos hundidos, toda vez una vez realizado no se pueden recuperar directamente en los siguientes periodos. En el mercado de colchones, de acuerdo a la experiencia de los competidores, se requiere recurrir a este recurso de marketing de forma continua.*

La rapidez y continuidad asociada a la entrada no será afectada por este elemento. En general, la implementación y desarrollo de una campaña de marketing no tendría que superar el tiempo oportuno que se ha considerado para la entrada, si el operador destina los recursos necesarios.

Considerando que existen incentivos desde el punto de vista del beneficio, aunque no en los primeros años a la entrada, la probabilidad de entrada dependerá del nivel de recursos que el entrante este dispuesto a destinar a gastos de publicidad. Como se señaló, los gastos en marketing deberán alcanzar los 350 mil dólares para ubicarse en el promedio de la industria o ser cercanos a los [REDACTED] si la operación tiene una escala comparable al líder. Este último escenario es el deseable dado que genera suficiente presión competitiva.

Los gastos en marketing, si bien son un elemento importante para la estabilización del negocio, no aseguran por si mismos que el proyecto sea viable, pues dependerá de la aceptación del segmento de demanda, que valora entre otros la calidad y durabilidad de los colchones. Si bien los datos de la INICAPMAPR señalan que operadores incurren en montos relativamente bajos de publicidad, para que la entrada sea suficiente, debe orientarse a disputar el nicho de negocios principal del operador líder, que en este caso es compatibles con un gran monto de gasto en publicidad.

11.4.3.5 Existencia de poder de mercado

Conforme los indicadores recabados en la investigación, el mercado relevante se ha caracterizado como altamente concentrado y con inestabilidad mínima. Lo que es coherente con las barreras de entrada identificadas, respecto a implementación de la producción, gastos en publicidad requeridos y la necesidad del establecimiento de una red de distribución, que impiden que nuevos competidores se establezcan en condiciones de generar mayor competencia.

⁵¹ La información corresponde al rubro de Gasto en promoción y publicad (7173) de los estados financieros de los operadores económicos, disponible en el portal de información de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.

⁵² Conforme la información presentada por **CHAIDE** mediante el trámite con Id. 220530, el operador gasta en publicidad montos superiores a los [REDACTED], dato que fue considerado por la INICAPMAPR.

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

8.1.- Hechos acreditados.-

- **CHAIDE Y CHAIDE tiene poder de mercado:** La CRPI, en su resolución, realizó un análisis del mercado relevante y del análisis de las cuotas de participación, concluyendo que el operador económico CHAIDE Y CHAIDE ostenta una posición dominante en el mercado relevante, señalando los porcentajes de participación en los últimos cinco años y en el año de la temporalidad de la conducta, con lo cual este punto se encuentra probado por lo que al no ser de los controvertidos no requiere ser analizado en el presente acto administrativo.
- **Extracción y emisión de la lista de precios:** La Resolución de 02 de noviembre de 2022 expone que, tal como consta en la información proporcionada por el operador económico CHAIDE Y CHAIDE S.A., este operador habría remitido la lista de precios mínimos de reventa a doscientos sesenta y tres (263) distribuidores, desde marzo a julio de 2019 y que, conforme el acta de reunión comercial de 06 de mayo de 2019 -misma que consta como uno de los elementos de prueba analizados en el acto impugnado-, el referido operador adoptó políticas para su cumplimiento; por tanto, se concluye que este hecho se encuentra probado y al no ser un punto controvertido no requiere de análisis en el presente acto administrativo.
- **No justificación de precios:** La CRPI determinó que la fijación de precios mínimos de reventa no resulta imprescindible ni proporcional, pues tal fijación de precios no era necesariamente la única opción, sino que el operador económico CHAIDE Y CHAIDE podría haber adoptado otras medidas para mitigar el supuesto problema competitivo en el eslabón de distribución. Con lo expuesto, se concluye que la no justificación de precios es un hecho que se encuentra probado por lo que no requiere ser analizado. Sin embargo que, por fines motivacionales será analizado en lo posterior.
- **Irrelevancia de la intencionalidad del agente:** Con relación a la aplicación de la LORCPM, hemos de resaltar que el artículo 9 de la LORCPM no contiene referencia alguna respecto de la intencionalidad del operador económico como elemento constitutivo del acto de abuso de poder de mercado, por el contrario para esta Autoridad, la esencia del abuso del poder de mercado radica en el carácter objetivamente antijurídico de la conducta y no en la intencionalidad del operador económico.

8.2.- Determinación del objeto impugnatorio y parámetro de análisis.-

Del recurso de apelación interpuesto, se podrá encontrar –con fines de identificación del fondo impugnatorio- una estructura dividida en cinco (5) apartados, de los cuales se extraen como fundamentación recursiva: **a)** antecedentes; y, **b)** fundamentos de hecho y de derecho (fijación injustificada de precios de reventa, del efecto potencial, análisis teórico y de derecho comparado de la conducta). La importancia de esta identificación ocupa en el examen de todos los motivos y alegaciones invocados en el recurso, diferenciados de aquellos a los que no se ha apelado, para no extender el análisis de puntos acreditados y/o no controvertidos, así como de los que no existe forma de exclusión por encontrarse ratificado por las partes.

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

Teniendo en cuenta los fundamentos teóricos y jurídicos trazados por la Comisión de Resolución de Primera Instancia en el acto administrativo en estudio, respecto de los cuales, por un lado, aporta una aclaración sustancial del marco teórico de las conductas de los numerales 1 y 20 del artículo 9 de la LORCPM (en adelante, hechos en controversia o hechos controvertidos), y por otro, los fundamentos en que se ha estimado descartar el cometimiento/comprobación de la conducta.

Así, del recurso de apelación se advierte que, el impugnante sostiene la existencia de la adecuación de la conducta por parte del agente económico CHAIDE Y CHAIDE, que fuese incorrectamente desacreditada por la CRPI; punto último este que –bajo la línea de la apelación- incide necesariamente la apreciación de las alegaciones, mas no de la estructuración teórico-normativa de la conducta que es definitiva al no estar vinculada al error de Derecho señalado por el apelante, y no controvertida por el denunciado como contra parte de la apelación; así sucede, en particular, cuando la fundamentación teórica no ha sido impugnada en el marco del recurso o cuando ha seguido la misma línea que la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado y Prácticas Restrictivas (INICAPMAPR) mantuvo durante la etapa investigativa, que no han desestimado la impugnación, y que en la contestación al recurso de apelación, el denunciado respaldó –en la postura de la CRPI- su desestimación respecto de la adecuación (subsunción y causalidad) conductual, por presuntas falencias de fondo sustantivo en el procedimiento.

En el presente caso, entonces, es preciso señalar que el error que justifica el recurrente para la pretensión de revocación del acto administrativo, y que respalda en negativo la contraparte, consiste –como parámetro identificado por esta autoridad- en el hecho de «haberse descartado erróneamente el sancionar la conducta exclusoria de implementación de precios de reventa injustificados a los distribuidores de CHAIDE Y CHAIDE, con capacidad para restringir con efecto real la competencia, o la valoración de su potencialidad como plenamente sancionable»⁵³

En lo que respecta a la declaración relativa a la restricción manifiesta de una conducta ejercida por un agente dominante en abuso de tal, se desprende que la CRPI, en la resolución impugnada, no dejó de examinar si los hechos controvertidos podían producir los efectos de expulsión del mercado reprochados por el recurrente, sino que elevó «el estándar de fundamentación y prueba del análisis jurídico para la declaración de la adecuación de la conducta en un escenario de potencialidad». Punto del cual discrepa y fundamenta en contrario el recurrente, porque, en primer lugar, se basaría en un análisis jurídico erróneo; en segundo lugar, no analizaría ni tendría en cuenta debidamente criterios jurisprudenciales europeos, y, en tercer lugar, no contendría un análisis de casos pasados respecto a la sanción de la potencialidad en conductas de abuso de posición de dominio. Tres puntos de los cuales la contraparte discrepa, fundamentando el respaldo a la postura decisonal de la CRPI en la resolución de archivo.

En lo expuesto hasta aquí, para fines de concreción de la naturaleza de las conductas que se analizan en el presente caso, se debe demarcar las bases de las mismas.

⁵³ Conforme se plantea, se podrá encontrar que los hechos controvertidos tendrían una conexidad entre dos tipos conductuales del artículo 9 de la LORCPM; esto es, por incurrir en el numeral 20, se tiene concordancia con el numeral 1.

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

8.3.- Las conductas de abuso de posición de dominio en la LORCPM.-

En primer lugar, para las prácticas que tienen su origen en una situación –legal o fáctica- de posición de dominio, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, las somete a un sistema de abuso regulado en su artículo 9, que admite la posición dominante (y su legítima explotación), pero prohíbe de forma absoluta abusar de ella, por cualquier medio, con vistas a la protección de la competencia, la eficiencia económica o el bienestar general.

De la construcción del artículo 9 de la LORCPM, se desprende que su estructura no obedece al principio de la prohibición, sino al principio del abuso, pues –como se dejó sentado arriba- prohíbe en exclusivo el abusar del poder de mercado que ostenta un agente o grupo de agentes. Con este antecedente, se debe recordar que la LORCPM bajo ningún concepto sanciona el poder de mercado en sí mismo, lo que se sanciona es su abuso. En este punto, el TJUE en el caso Michelin I, falló:

“[...] En efecto, la acreditación de la existencia de una posición dominante no implica, en sí misma, ningún reproche a la empresa de que se trate, suponiendo tan sólo que incumbe a ésta, independientemente de las causas que expliquen dicha posición, una responsabilidad especial de no impedir, con su comportamiento, el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado común.”⁵⁴

Por cuanto, para que exista abuso de posición de dominio deben confluír dos elementos cumulativos: **a)** el elemento estructural, la existencia del poder de mercado (hecho no controvertido por las partes); y, **b)** que sobre la base de dicho poder de mercado se realicen conductas que afecten: i) a la competencia; **g,** ii) a la eficiencia económica; **g,** iii) al bienestar general, bienes jurídicos protegidos en el artículo 9 de la LORCPM.

La construcción de la norma ecuatoriana, así mismo, en su cláusula general no establece que únicamente constituyen conductas de abuso de posición de dominio, aquellos actos que **con resultado** impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, sino que, apegadas al objeto de la LORCPM (artículo 1), buscando **evitar, prevenir y sancionar** este tipo de conductas, mantiene en la estructura de protección la de sus intereses legítimos: la eficiencia en los mercados; o, el comercio justo; o, el bienestar general de los consumidores y usuarios. Finalmente, perfeccionando la construcción normativa del artículo 9, bajo lo mandado y permitido en el artículo 4 del Reglamento a la LORCPM, el criterio de valoración del abuso de poder de mercado puede recaer frente al cometimiento **con efectos actuales o con efectos potenciales**.

Teniendo presente lo anterior, en línea con la doctrina y la jurisprudencia internacional, la base constitucional y configuración normativa de la LORCPM y su Reglamento, no puede considerarse que la conducta de abuso de posición dominante esté por fuera del cumplimiento de ciertos requisitos básicos, que se los puede resumir –de manera contextualizada- en: **a)** Representar un ejercicio del poder de mercado por un agente económico con posición dominante, a través de una conducta –en particular- de las normadas en los numerales del artículo 9 de la LORCPM; **b)** Generar un perjuicio, real o potencial, a la competencia, la eficiencia económica, el bienestar general o los derechos de los consumidores y usuarios (basta con que la conducta sea objetivamente adecuada para causarlo); y, **c)** Que exista perjuicio a los intereses legítimos de la LORCPM, como causa atribuible a la conducta

⁵⁴ Caso 322/81, Michelin v Commission [1983], párrafo: 57.

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

del agente económico investigado: i) a la competencia; **o**, ii) a la eficiencia económica; **o**, iii) al bienestar general.

Atado a los requisitos básicos del literal c), usando como sustento inicial el caso Hoffman–La Roche, citado por la parte recurrente, donde la Corte Europea de Justicia consideró que se configuraba el abuso cuando una empresa con posición de dominio se conduce de tal manera que “*el grado de competencia es debilitado y, mediante la utilización de métodos diferentes de los que condicionan la competencia normal respecto de bienes o servicios, sobre la base de las operaciones de los operadores comerciales, tiene el efecto de dificultar el mantenimiento del grado de competencia aún existente en el mercado o el crecimiento de tal competencia*”, el sustento total a base de estos dos requisitos, y a diferencia de lo que pueda ser resuelto bajo la normativa comunitaria europea, la LORCPM requiere como condición para la configuración del abuso de posición dominante la afectación a los bienes jurídicos protegidos en su objeto⁵⁵: i) a la competencia; **o**, ii) a la eficiencia económica; **o**, iii) al bienestar general.

Conforme lo demarcado, siendo factible la valoración de conductas de abuso de poder de mercado, por efectos reales o potenciales, para fines de disipar el problema jurídico planteado a resolverse por materia impugnatoria, esta autoridad ratifica la postura de la Comisión de Resolución de Primera Instancia (alineada a la fundamentada por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas) en cuanto a la inexistencia, constatada la verdad procesal de los expedientes administrativos, de elementos probatorios que permitan subsumir la conducta del operador económico CHAIDE Y CHAIDE **por efectos reales** en el mercado relevante.

Ahora bien, conforme ha sido expresado en el apartado que antecede, siendo que la materia impugnatoria refiere al cambio de estándar de fundamentación y prueba del análisis jurídico para la declaración de la adecuación de la conducta en caso de efectos potenciales, corresponde analizar si existe mandato y permisión normativa que indiquen a “*la potencialidad suficientemente previsible*” como parte propia de la teoría del daño de los bienes jurídicos protegidos por el objeto de la LORCPM y los propios de la cláusula general de su artículo 9: i) a la competencia; **o**, ii) a la eficiencia económica; **o**, iii) al bienestar general.

8.4.- Valoración jurídica de los hechos acreditados.-

Tras las actuaciones procedimentales encontradas en los expedientes de la INICAPMAPR y la CRPI, puede determinarse que el operador económico CHAIDE Y CHAIDE, ostenta una posición de dominio en el mercado ecuatoriano de fabricación y distribución, al por mayor y al por menor, de colchones a nivel nacional, en el periodo 2019-2020. Posición de dominio a partir de la cual es posible obstaculizar la existencia de una competencia efectiva, en este mercado relevante, mediante el desarrollo de políticas comerciales independientes de sus competidores.

⁵⁵ Posición expuesta conforme la motivación del acto administrativo impugnado, en los numerales 11.5.1.2 (párrafos 383 al 395) y 11.5.4.1 (párrafos 440 al 443; y, 464 al 467).

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

La existencia de una posición de dominio en un determinado mercado, impone al agente económico que la ostenta una serie de limitaciones ajenas a una estructura de mercado no concentrado en un agente.

Los hechos que son objeto del presente expediente se refieren exclusivamente a determinar si los aspectos concretos de la fijación de precios de reventa del operador económico CHAIDE Y CHAIDE, descritos en como hechos acreditados, constituyen una conducta de abuso de posición de dominio prohibido por los numerales 1 y 20 del artículo 9 de la LORCPM, sancionable bajo lo previsto en su artículo 78.

Para la INICAPMAPR y la CRPI, y ratificado por el recurrente, y no controvertido por el denunciado, CHAIDE Y CHAIDE, la realización de los hechos controvertidos es factible de ser analizada y sancionada bajo el criterio de potencialidad.

Los elementos procedimentales admiten considerar que, la fijación injustificada de precios de reventa del operador económico CHAIDE Y CHAIDE, le permitirían afectar potencialmente la participación de otros competidores, sin embargo, a consideración **del acto administrativo impugnado**, en el expediente de la INICAPMAPR, y de la valoración probatoria efectuada por la CRPI, no existirían elementos netos, ajenos a la plausibilidad propia de la naturaleza conductual, de afectación de entrada y expansión de competidores, a través de la línea de distribución en el mercado relevante determinado, bajo el denominado estándar de **“razonabilidad y previsibilidad de efectos constatables”**. Esto a pesar de encontrarse probada la ausencia de justificación para la fijación de precios de reventa mínimos (que -en concordancia, por atinencia- afectaría la participación de competidores y la capacidad de entrada o expansión de estos, a través de su canal de distribución).

De lo anterior, esta autoridad considera que el comportamiento comercial del agente económico dominante, que efectué/ejerza su poder de mercado para la celebración de convenios de distribución, en los que se configuraría la comisión de una conducta de abuso de posición dominante, no debe responder -contrario a lo señalado por la CRPI- a elementos procedimentales para **“encausar la potencialidad”** de restricción de la libertad de elección de los distribuidores y el efecto de limitación del acceso al mercado de otros productores, pues, bajo lo normado y permitido por la LORCPM, en todo supuesto de potencialidad de un operador económico que ocupa una posición dominante y el abuso de la misma, la perspectiva de la autoridad debe tener fundamento en la realización de los actos típicos, siendo que su conducta tiene la capacidad razonablemente constatada (poder de mercado, y no justificación de establecimiento de mecanismos restrictivos) de atentar contra el bien jurídico protegido competencia, con lo cual, los efectos de expulsión del mercado que se le imputan pueden ser perfectamente potenciales. De esto último se reitera que, el uso de un mecanismo contractual por el cual se otorgue piso o límites de oferta de precios a los distribuidores, ya afecta por sí mismo al bien jurídico protegido de la competencia, pues -aun sin “respeto” al límite-, potencialmente el agente dominante ha buscado impedir y restringir su poder competitivo.

Enfatizamos en que, por un lado, la importancia de la posición dominante del agente en el mercado de referencia es determinante para considerar los efectos potenciales sobre los distribuidores de su producto/servicio; y, por otro lado, el porcentaje del mercado cubierto por la práctica, así como las condiciones y modalidades de -aterrizando en el caso en estudio- la imposición de precios y descuentos controvertidos, su duración y su importe, y la apreciación de la capacidad del sistema de

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

precios y descuentos para restringir la competencia, son evidenciables porque ya atentan en peligro concreto contra ese bien jurídico protegido: la competencia.

En línea de lo tratado, puesto que el análisis de la capacidad de los hechos controvertidos se inscribe en el marco de la demostración de la existencia de una infracción al Derecho de la Competencia, concretamente un abuso de posición dominante, las normas sobre la carga de la prueba, así como del estándar de prueba exigido, mantienen sustento y vigencia, obligando a la autoridad administrativa a acreditar de modo jurídicamente suficiente la efectividad de la infracción, demostrando la capacidad potencial de los hechos controvertidos para producir un efecto contrario al mercado: en la competencia, o, en la eficiencia económica; o, en el interés económico general. Precisamente en caso de la **potencialidad de los efectos** de una conducta perpetrada, deben existir los elementos necesarios para probar adecuadamente esa valoración de los efectos potencialmente anticompetitivos, o -en otros términos-, ser evidenciable el efecto que se desprendería como consecuencia del acto de imposición de poder de mercado por el dominante.

El estándar decisional que adopte la autoridad para sancionar a un agente dominante por abuso en forma de precios mínimos y descuentos, demanda que constate los elementos estructurales y conductuales de éste respecto del mercado relevante en que actúa, y si efectivamente los puso en práctica, bastará para el estándar que se pruebe con base en la verdad procesal del expediente administrativo, que dicha conducta ha sido idónea para atentar contra la competencia en el mercado relevante determinado, tanto en abstracto como a la luz de circunstancias concretas. En esta situación, debe quedar claro que, si el agente actor, ostenta poder dominante en el mercado relevante, y ejerce referido poder de modo independiente con prescindencia de sus competidores y distribuidores, se traduce ya en un reforzamiento propiamente dicho del poder que ostenta si por su explotación ha impedido y distorsionado la competencia de los agentes del canal de distribución.

Se reitera que, si bien por su naturaleza jurídica general, correctamente entendidas las conductas de abuso de posición de dominio son tipos de peligro, pero son de aquellos de peligro concreto, no de peligro abstracto. Entonces, si la afectación –efectiva o potencial- a la participación de otros competidores y la capacidad de entrada o expansión de estos últimos en el mercado relevante, **no resguardan descargo en el desenvolvimiento normal del mercado** (competitividad o eficiencia), toda imposición de precios injustificados, será idónea para reducir la competencia residual en un mercado con una empresa dominante; estos, una vez practicados por el agente con poder de mercado, se constituyen en eficaces para restringir la competencia no solo en el carácter abstracto –como correcta y motivadamente se plasma en el Informe No. SCPM-INICAPMAPR-DNICAPM-020 de 23 de diciembre de 2021 y la Resolución de 23 de diciembre de 2021 a las 17h10-, sino que también son evidenciables en el caso concreto, al tener “tal capacidad”, por una prognosis razonable de que el agente ya implementó su dominancia siendo conexos los efectos atentatorios a la vista de todas las circunstancias del caso.

En pocas palabras, -respaldando la postura adoptada en el análisis conductual del acto administrativo recurrido, que confirma la doctrina y la postura jurisprudencial internacional- es necesario comprobar razonablemente, fuera del escenario abstracto o hipotético, que la conducta del dominante tiene la capacidad de atentar contra los intereses protegidos por los artículos 1 y 9 de la LORCPM; sin embargo, debemos separarnos de toda postura que exija una teoría de daño no prevista en la norma,

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

pues el fondo decisional de determinación de cometimiento infraccionario no puede residir en una interpretación de un estándar de prueba que exija una doble comprobación, en dos o más de los tres bienes jurídicos protegidos, pues bastará, en concreto, que la afectación se produzca en la competencia, para que la potencialidad sea sancionada; así lo manda y permite la LORCPM (y lo respalda la doctrina y jurisprudencia especializada internacional), siendo su aplicación de orden irrestricto a la autoridad.

De lo tratado, se concluye, como puntos principales en materia de abuso de posición de dominio: **a)** No es necesario probar que los hechos controvertidos han tenido efectos reales; **b)** La aptitud de los hechos controvertidos para excluir a rivales no puede ser “meramente hipotética o meramente posible”, pero son perfectamente posibles los escenarios de potencialidad; **c)** Para la subsunción conductual, si las circunstancias concretas en las que la conducta se realiza se prevé un agente que explota su dominancia de modo independiente con prescindencia de sus competidores y distribuidores, refuerza su poder si puede impedir, restringir y distorsionar la competencia; **d)** Que la intencionalidad del agente dominante respecto del fondo anticompetitivo, no es un punto de análisis para la conducta; y, **e)** El tipo conductual de abuso de poder de mercado no demanda una constatación superlativa de afectación a dos o más bienes jurídicos protegidos, siendo a través de la afectación a uno de ellos constatable la potencialidad de atentar contra la participación de otros competidores y la capacidad de entrada o expansión de estos últimos en un mercado relevante, cuando se empleen medios ajenos a su propia competitividad o eficiencia.

Esta autoridad sostiene enfáticamente que, en aplicación de lo mandado y permitido por la LORCPM, las posturas que exijan como estándar sancionatorio el que los efectos excluyentes se producirán con toda probabilidad de manera razonablemente previsible, recaen en un escenario abstracto de valoración, impidiendo la aplicación de los fines propios de los mecanismos de protección del derecho de la competencia al que se debe la Ley. En medida de tal, comprobando que la conducta del dominante le permita afectar potencialmente la participación de otros competidores y la capacidad de entrada o expansión de estos últimos en un mercado relevante, a través de cualquier medio ajeno a su propia competitividad o eficiencia, se ha subsumido el tipo anticompetitivo, no debiendo exigirse **“constatación de efectos reales por probación potencial”**.

8.5.- Análisis del fondo anticompetitivo a la luz del procedimiento administrativo sancionatorio.-

Para que un sistema de precios de reventa mínimos tenga efectos anticompetitivos a la luz de los artículos 1 y 9 de la LORCPM, es necesario que la empresa dominante posea un poder de mercado sustancial sobre una parte significativa de la demanda de los distribuidores, y si sobre ellos ejecuta mecanismos contractuales que ponga piso a los precios de reventa, el efecto anticompetitivo se hace presente, pues el distribuidor se verá impedido y restringido de ejercer su poder de mercado en el eslabón en que se desenvuelve, haciendo que el mecanismo contractual sea ajeno a la propia competitividad o eficiencia del dominante.

Es así que, en el caso de autos, conforme expone el acto administrativo recurrido, los factores probados dentro del procedimiento, se ha probado la explotación de dominancia por el agente autor, a través de precios mínimos de reventa injustificados, plasmados vía contractual con los agentes del eslabón de distribución, con seguimiento de su cumplimiento, por lo que, ya existe afectación al bien

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

jurídico competencia, dado que los distribuidores se han visto impedidos de ejercer actos de comercio propios de un mercado libre, siendo la afectación potencial previsible contraria a los bienes jurídicos protegidos por la LORCPM, artículos 1 y 9.

Sobre esto último, cabe preguntarse: ¿El escenario conductual reside en la prohibición del agente dominante de limitar la libertad del minorista de fijar sus precios?

Bajo el parámetro de la norma del artículo 9 de la LORCPM, la respuesta parece ser única: Si. En primer término porque su cláusula general, prohíbe el abuso de posición dominante, por cualquier medio, de la competencia, la estructura y construcción normativa de este artículo, separa, como bien jurídico protegido, la eficiencia económica y el bienestar general, de la competencia.

Un agente económico que es capaz de actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, y enfocando una política comercial a sus distribuidores, sin lugar a dudas le permite reforzar el poder de mercado que resguarda por razones ajenas a su competitividad o eficiencia, afectando a la competencia, como bien jurídico perfectamente individualizado. Este supuesto de hecho, se constituye en aplicación normativa, bajo lo previsto en el artículo 7 de la LORCPM, concordantemente con el objeto del artículo 1, en el evitar, corregir y sancionar, y específicamente en, por el tipo, el artículo 9. La conclusión, frente a un agente dominante, que remita, suscriba y supervise actos contractuales de fijación de precios mínimos con sus distribuidores, ejecuta un abuso vertical de restricción, que no puede ser considerada de manera ajena a su propia naturaleza: afecta a la competencia como bien jurídico protegido.

Si se tiene previsto que, las acciones de abuso vertical de restricción, en el entendido de que se pone como una obligación de no hacer el irrespetar el “piso de un precio determinado” por un agente dominante, siendo que en la verticalidad el producto del dominante es el insumo del otro, se demarca una forma irrestricta de controlar el ejercicio de mercado de la otra parte de la relación, a través del abuso de la posición propia. En efecto, en un tipo de relación comercial de carácter vertical, el ejercicio del poder de mercado por una de las partes de la relación, afecta negativamente la facultad competitiva de la parte sin posición de dominio, y no se debe a razones de competitividad o eficiencia del dominante.

Si se tiene en cuenta el tipo conductual contenido en el numeral 20 del artículo 9 de la LORCPM, indivorciable –por cierto- de su cláusula general, resultará irrelevante que, los efectos, reales o potenciales, deban ceñirse a los bienes jurídicos protegidos de bienestar general o eficiencia económica, pues la norma no lo demanda; siendo además irrelevante que, para esa fijación mínima de precios, se atente contra otros competidores. Situación que puede mutar cuando, a través de esa restricción vertical, se permita afectar, efectiva o potencialmente, la participación de otros competidores en el eslabón de distribución y su capacidad de entrada o expansión en el mercado relevante en que opera el agente dominante, dado que al existir afectación al bien jurídico competencia, esta restricción no responde a la competitividad o la eficiencia del operador.

Para ejemplificar lo anterior, téngase claro que, cualquier fabricante busca respecto de su producto el aumento de la demanda en el mercado, siendo la utilización de mecanismos que limiten la posibilidad de que un distribuidor establezca precios de reventa altos -en cuyo caso la demanda reduzca- resultará llamativa.

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

Ahora bien, si el mecanismo lo emplea un agente económico que tiene poder de mercado, que actúa con prescindencia de su eslabón de distribución, y puede y ha impuesto a estos operadores un precio mínimo a través de un acto contractual, estaría -o podría hacerlo- afectando la libertad de mercado del distribuidor, más aun cuando respecto de factores económico-comerciales, estos precios no tengan justificación. En tales supuestos, el establecimiento de una restricción vertical, sin lugar a dudas ha eliminado y/o restringido la libertad competitiva y el poder de mercado del revendedor.

Siguiendo la hipótesis, si el fabricante-proveedor, mediante un contrato, obliga al distribuidor-revendedor a no revender el producto por debajo de un precio determinado (precio mínimo), o a venderlo a un precio determinado (precio fijo), **la sanción jurídica** sobre el contrato que une a ambas partes sería una nulidad atada a la antijuridicidad del objeto, por ser contraria al bien jurídico protegido de la libertad competitiva.

En línea de lo tratado, ¿la LORCPM establece como elementos del tipo, su exclusión atentatoria a la competencia ante efectos pro-competitivos? Y, ¿la LORCPM, remite que la afectación al bien jurídico protegido competencia, deba responder a la eficiencia económica o al bienestar general? Las respuestas a ambos cuestionamientos son negativas en absoluto. No existe norma que lo indique, por tanto debe excluirse toda consideración aportada dentro del expediente administrativo, que señale como concordante con la teoría del daño al bien jurídico protegido competencia, la afectación subsidiaria o conexas a esos otros bienes jurídicos, o una comprobación ulterior a los elementos conductuales y estructurales del tipo.

Las restricciones verticales en materia de abuso de posición de dominio, representan mecanismos de operación entre agentes económicos independientes, situados en diferentes niveles de una cadena de producción (estructura vertical), a través de los cuales, el agente dominante regula las condiciones con que éstos compran, venden o revenden ciertos productos o servicios, su ejecución a través de mecanismos contractuales no hace sino demostrar su ejecución, y si respecto de la verdad procesal del expediente administrativo no existe justificación, ya se ha afectado la capacidad de expansión de los distribuidores a los que se les ha impuesto el mecanismo, como medios ajeno a la competitividad o eficiencia del dominante.

En materia de abuso del poder de mercado, las restricciones verticales pueden debilitar la intensidad de la competencia dentro de la misma estructura vertical (“competencia intra-marca”) o entre estructuras verticales rivales (“competencia inter-marca”), lo que, de manera absoluta se constituiría en una afectación a la competencia, si la parte que la impone y las partes que la aplican, generan efectos negativos, ajenos a la libertad de ejercicio económico, contra el bien jurídico protegido competencia.

En este sentido, aun resultando eficiente para las partes a las que se aplican, las restricciones verticales son contrarias al bien jurídico protegido competencia; ergo, habría configuración conductual.

8.6.- La conducta anticompetitiva cometida por CHAIDE Y CHAIDE.-

En el presente apartado se delimitará en concreto la conducta de abuso de posición de dominio en que ha incurrido el operador económico CHAIDE Y CHAIDE, siendo ésta la fijación injustificada de precios de reventa.

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

En cuanto a la justificación otorgada por CHAIDE Y CHAIDE, manifestó:

“[...] 23. Como ha sido manifestado a la Intendencia y se señala a su Autoridad, la política comercial de -precios mínimos de reventa- que se proponía implementar se generó a raíz de quejas expresas de pequeños y medianos distribuidores. Estos distribuidores reclamaban a CHAIDE que grandes distribuidores, con mayor solvencia o respaldo financiero, vendían los productos de CHAIDE a precio de costo o incluso a precios menores al costo, lo cual impedía y restringía la competencia de pequeños y medianos distribuidores que, evidentemente, no pueden competir con dichos precios. Ante, esta situación, CHAIDE optó por intentar implementar una política que evite que grandes distribuidores impidan y restrinjan la competencia de pequeños y medianos distribuidores.

24. Las razones para adoptar dicha política eran: (i) CHAIDE buscaba mantener la viabilidad de su canal de comercialización a través de distribuidores y (ii) CHAIDE buscaba evitar una competencia enfocada exclusivamente en el precio que impida a sus distribuidores otorgar servicios adicionales a sus clientes.

25. En relación con la primera razón, CHAIDE buscaba mantener la viabilidad de su canal de comercialización. Esto, en vista que los problemas identificados podrían llevar a que los pequeños distribuidores salgan del mercado o dejen de distribuir los productos de CHAIDE. En consecuencia, esto podía significar una inestabilidad financiera a los grandes distribuidores que, también, podría haber hecho que estos salgan del mercado o dejen de distribuir los productos de CHAIDE.

26. En cuanto a los pequeños o medianos distribuidores, como ha sido señalado por CHAIDE, estos no se encontraban en la posibilidad de vender los colchones al precio al que lo hacían los grandes distribuidores. Esto se debe a que, por el esquema de venta de productos de CHAIDE -y como es común en gran parte de las industrias- en función del volumen de venta de productos, un distribuidor puede acceder a un rebate al alcanzar X número de venta de productos. Evidentemente, a los pequeños y medianos distribuidores les cuesta mucho más que a los grandes distribuidores alcanzar este rebate. En consecuencia, apalancados en este rebate, los grandes distribuidores vendían los colchones de CHAIDE al costo de venta de CHAIDE a éstos o, inclusive, a pérdida, esperanzados en alcanzar el volumen de venta necesario para obtener el rebate. Como se ha explicado, este modelo no era sostenible para los pequeños distribuidores, pues resulta evidente que si un distribuidor grande vende un producto a un precio menor al que el de su competencia -distribuidor pequeño- el cliente iba a optar por comprar colchones al distribuidor grande; ergo, excluyendo del mercado a los pequeños distribuidores.

27. En relación con los grandes distribuidores, en la medida en la que: (i) vendan los colchones de CHAIDE a un monto inferior al que CHAIDE les vende a estos y (ii) no vendan suficientes colchones para alcanzar el rebate de CHAIDE, estos también pueden ser excluidos del mercado; pues no tendrían beneficio alguno por la venta de productos de CHAIDE.

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

28. Los riesgos antes descritos hubieran significado una reducción importante del canal de comercialización a través de distribuidores al verse reducido significativamente el número de distribuidores que comercializan sus productos.

29. Por su parte, en cuanto a la segunda razón señalada en el párrafo No. 24, como lo ha manifestado CHAIDE, por el tipo de compañía que es; esto es, una compañía ecuatoriana que, en protección de su marca, se ha caracterizado por brindar un servicio diferenciado, además de un producto de calidad, este tipo de prácticas buscaban evitar una competencia enfocada exclusivamente en el precio que impida a sus distribuidores otorgar servicios adicionales a sus clientes. Como su Autoridad lo podrá corroborar, una empresa que invierte en tecnología y se esfuerza por el desarrollo de sus productos, debe propender a que quienes los distribuyan cumplan con un estándar mínimo de conocimiento en colchones que les permita brindar una experiencia satisfactoria al cliente. En tal virtud, si sus distribuidores no tenían un margen como consecuencia de la venta de sus productos, no era posible que ofrezcan un servicio que permita destacar la calidad de los productos de CHAIDE [...]"

Es decir, la justificación del operador económico reside en: **i)** Habrían existido reclamos respecto de que grandes distribuidores venderían productos del operador económico CHAIDE Y CHAIDE a precio de costo o incluso a precios inferiores –incluso en la audiencia de alegatos el operador económico calificó como predatorios a los precios en lo venderían algunos distribuidores los colchones de CHAIDE–, lo que afectaría la competencia intramarca en pequeños y medianos distribuidores que no podían competir por precio; **ii)** Con la fijación de precios mínimos de venta, CHAIDE habría buscado mantener la viabilidad de su canal de comercialización a través de distribuidores y evitar una reducción “importante” de distribuidores; y, **iii)** Además con la fijación de precios, CHAIDE buscaba evitar una competencia enfocada exclusivamente en precio buscando que exista una competencia por calidad de servicio⁵⁶, como es el de conocimiento de producto.

Sin embargo, se destaca, que el término injustificado de la LORCPM, no puede ser aplicable a la ausencia de descargos presentados por el administrado para sostener su conducta, sino que, debe ser entendido en el sentido que la justificación no sea objetivamente suficiente para demostrar la necesidad y proporcionalidad de su implementación. Por tanto, esta autoridad considera que en el presente caso el origen de la conducta anticompetitiva tiene lugar en virtud de la aplicación de una política de descuentos que otorga el operador económico a sus distribuidores, es decir que, el problema que existiría en el eslabón de la distribución intramarca del operador económico investigado devendría por aplicación de las propias políticas de descuentos que el operador económico CHAIDE Y CHAIDE otorga a sus distribuidores.

Al respecto, no puede ser considerado por esta autoridad como correcta la fundamentación realizada por el administrado, dado que implementar como solución la imposición de una actuación que restrinja de forma parcial o total la competencia por precios mediante la implementación de precios

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

mínimos de reventa en el canal de distribución, reduce efectivamente el incentivo de los distribuidores de ofertar precios más eficientes.

Además, respecto del escrito de 27 de octubre de 2022, trámite signado con Id. 256605, del operador económico CHAIDE Y CHAIDE, este justifica la imposición de precios mínimos de reventa en el mercado relevante, como mecanismo de mitigación de quejas respecto de operadores económicos distribuidores que venderían a precios bajos; empero, reconoce al mecanismo como insostenible. Bajo lo anterior, la imposición de un sistema de precios mínimos de reventa no resguarda justificación desde su origen.

Así, esta autoridad, por la responsabilidad especial del operador económico dominante⁵⁷, quien debe tener especial cuidado del efecto anticompetitivo de sus actuaciones en el mercado, no encuentra justificación en el procedimiento, dado que, la limitación de la competencia tiene como origen la propia política de descuentos del operador económico, quien pudo haber adoptado otras medidas para mitigar el supuesto problema competitivo en el eslabón de distribución, sin que afecte a la competencia por precios en el eslabón de la distribución aguas abajo; y, como dominante, su actuación no es proporcional porque la adopción de una lista de precios mínimos de reventa no solo que constituye una potencial limitación a la competencia por precios en el mercado aguas abajo, sino que además genera una potencial explotación al excedente del consumidor quien se ve obligado a pagar un precio mayor al que supuestamente vendría pagando debido a los precios mínimos fijados por el operador económico CHAIDE Y CHAIDE.

En tal circunstancia, en cuanto al carácter “injustificado” de los precios fijados, la misma ha sido analizada, debiendo concluirse que no existe una justificación objetiva para su ideación e implementación. Por tanto, en adelante solo se hace referencia a la conducta de fijación de los precios de reventa.

De las constancias procedimentales, se evidencia que CHAIDE Y CHAIDE, a través de sus jefes zonales, envió mediante correos electrónicos, WhatsApp, SMS y visitas personales, los listados de precios mínimos, a través de los cuales se habría realizado la **fijación de precios mínimos de reventa**, de manera masiva a sus distribuidores autorizados; es decir, no fueron enviadas a un tipo de distribuidor en específico (detallistas o mayoristas).

Con este parámetro de hechos probados dentro de la verdad procesal, y que se analizó en el acto administrativo impugnado, y que esta autoridad ha ratificado, se debe analizar cómo éstos hechos cumplen con el tipo legal prescrito en los numerales 1 y 20 del artículo 9 de la LORCPM.

⁵⁷ Esta responsabilidad ha sido recogida ampliamente por la jurisprudencia internacional: Asunto AT.39740 Google Search (Shopping) confirmada por la Sentencia del TGUE de 10 de noviembre de 2021, Google LLC, anteriormente Google Inc. y Alphabet, Inc. vs Comisión Europea, Asunto T-612/17. EU: T:2021:763 en la que, a su vez, se citan precedentes en los que se ha reiterado esta afirmación (Asunto 322/81, NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v Comisión; asunto C- 209/10 Post Danmark, asunto C- 457/10 P Astrazeneca v Comisión, asunto T- 286/09, Intel v Comisión). Así como por la SCPM en la Guía de Abuso del Poder de Mercado p. 7 y la Intendencia en su informe final p. 71.

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

8.6.1.- De los precios mínimos de reventa como una conducta de abuso de poder del mercado a la luz del numeral 1 del artículo 9 de la LORCPM:

El numeral 1 del artículo 9 establece:

“1. Las conductas de uno o varios operadores económicos que les permitan afectar, efectiva o potencialmente, la participación de otros competidores y la capacidad de entrada o expansión de estos últimos en un mercado relevante, a través de cualquier medio ajeno a su propia competitividad o eficiencia.”

En cuanto a este numeral, el establecimiento de precios mínimos de reventa injustificados, se ajusta al tipo legal por: **i)** La existencia de un operador económico dominante, hecho que no ha sido controvertido por las partes procesales; **ii)** El establecimiento de precios mínimos de reventa es una política comercial implementada vía contractual, probada documentalmente; **iii)** Los principales efectos anticompetitivos del establecimiento de precios mínimos de reventa, son: disminución de precios competitivos al existir un precio de reventa para los distribuidores; disminución de competencia intra-marca; coartación de incentivos a distribuidores para establecer precios más eficientes; afectación a consumidores finales, quienes no pueden acceder a precios de mercado por la existencia de precios de reventa. Los daños potenciales sobre esto, se constatan por un ejercicio de dominancia injustificada respecto de la competitividad y eficiencia (que ha sido corroborada)⁵⁸; y, **iv)** En cuanto a los precios mínimos de reventa, se ha fijado la ausencia de justificación.

Con base en estos cuatro puntos, toda vez que se han explicado los efectos adversos que existen con el establecimiento de esta conducta, y ya que la misma no es el resultado de la competitividad o eficiencia del investigado, se cumplen con los requisitos establecidos en el tipo legal; por tanto, el establecimiento de precios mínimos de reventa del operador económico CHAIDE Y CHAIDE es considerado como una violación a lo establecido en el numeral 1 del artículo 9 de la LORCPM, configurándose abuso de posición de dominio.

8.6.2.- De los precios mínimos de reventa como una conducta de abuso de poder del mercado a la luz del numeral 20 del artículo 9 de la LORCPM:

El numeral 20 del artículo 9, establece:

“20. La fijación injustificada de precios de reventa.”

De esta conducta, el establecimiento de precios mínimos de reventa injustificados, se ajusta al tipo legal toda vez que cumple con los requisitos cumulativos, conforme ha sido analizado, y que se concreta en: **i)** CHAIDE Y CHAIDE es un agente dominante en el mercado relevante determinado (se recuerda, este requisito es transversal a todas las conductas de abuso de poder de mercado, el mismo ha sido analizado, probado y ratificado en la verdad procesal del procedimiento administrativo); **ii)** CHAIDE Y CHAIDE, a través de varias comunicaciones dirigidas de manera general a todos sus distribuidores, fijó precios mínimos de reventa de cumplimiento (la prueba documental analizada en el acto administrativo recurrido, del cual se ha ratificado y salvado su

⁵⁸ El motivo de la sanción incluso de daños potenciales es simple: un operador que ostenta poder de mercado tiene una responsabilidad especial, toda vez que por su tamaño e importancia en el mercado, todas sus conductas ya sean positivas o negativas van a traer consigo una afectación o beneficio a la competencia, bienestar general o eficiencia económica. En el presente caso, la implementación de precios mínimos de reventa ha implicado una afectación negativa a los bienes jurídicos protegidos del abuso de poder de mercado.

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

valoración, se evidencia que ningún distribuidor autorizado podía vender sus productos a precios inferiores a los indicados); y, **iii)** Respecto a la ausencia de justificación de la fijación, esta se ha expuesto y motivado. Por tanto, la justificación de la fijación de precios mínimos de reventa, no tiene asidero, configurándose así la violación a lo establecido en el numeral 20 del artículo 9 de la LORCPM.

Ahondando en lo anterior, la INICAPMAPR, consideró que los precios mínimos fijados eran tan bajos que no podían ser replicados por los competidores, por lo que dicha conducta tendría un efecto exclusorio.

“[...] [592] En el presente caso, como es aceptado por el dominante y ha sido comprobado, los precios fijados son precios en extremo bajos, éstos son inferiores al precio lista e iguales al precio lista más descuentos, todos más IVA. El que un dominante fije precios mínimos tan bajos, en los cuales sólo los distribuidores que accedan a todos sus descuentos puedan tener una ganancia, claramente, configura una potencial exclusión a cualquier operador que quisiese ingresar en el mercado o a cualquier competidor de CHAIDE que quiera expandirse en éste.

[593] En cuanto a la competencia actual de CHAIDE Y CHAIDE, los competidores que quieran expandirse en el mercado que participan, deberían vender productos igual o más baratos al precio lista más descuentos entregados por el dominante, situación que a toda luz no es factible.

[594] De igual manera, el problema radica especialmente en los potenciales entrantes al mercado, entrantes que a más de enfrentar las barreras estructurales de altos costos de publicidad, a su vez para poder ser competitivos, deben establecer precios iguales o inferiores a los precios lista más todos los descuentos entregados, precios fijados por el dominante a todos sus distribuidores.

Y, en el Informe complementario de 21 de octubre de 2022, la INICAPMAPR, respecto de la potencialidad de la conducta señaló:

“[...] [18] Como fue recogido tanto en el Informe de Resultados y en el Informe Final, se puede apreciar que CHAIDE Y CHAIDE es dominante en un mercado relevante que en el que potenciales competidores para su ingreso deben sortear los siguientes elementos:

- ☐ *Adquirir activos que bordean los USD 2.500.000.*
- ☐ *Alcanzar al menos 85 agentes distribuidores a nivel nacional.*
- ☐ *Invertir USD [REDACTED] para posicionar la marca; o, incurrir en USD 101.416 como gasto promedio en publicidad.*
- ☐ *Considerar un rédito de margen neto del 8,67% como atractivo.*

[19] Lo expuesto, sin considerar restricciones adicionales impuestas por un dominante, para apenas ingresar al mercado y competir contra un operador económico que tiene una cuota, en promedio, de [REDACTED]%, operador que a su vez tiene [REDACTED] puntos porcentuales adicionales de cuota de participación que sus cuatro competidores subsiguientes.

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

[20] Es decir, sobre este mercado en el que la estructura de la competencia ya está debilitada por la presencia misma de la empresa dominante es que, a través de una supuesta fijación injustificada de precios mínimos de reventa se ha creado una restricción adicional que cualquier operador económico que quiera ingresar debe sortear. A criterio de esta Autoridad la existencia de un mercado con las características descritas en el que un dominante haya implementado alguna restricción adicional, como la fijación injustificada de precios de reventa, denota la posible exclusión a la capacidad de entrada y expansión de competidores. Sin embargo, en aras de dar cumplimiento con lo dispuesto por la CRPI se prosigue con el análisis.

[21] A través del Informe sobre Precios de Reventa en el Mercado de Colchones en Ecuador, ID 236419, la Consultora PROFITAS, entre las conclusiones de dicho Informe destaca:

[REDACTED]

Esos precios lista no fueron modificados durante los meses en los que se enviaron las comunicaciones a los distribuidores. Tampoco existió discrecionalidad en la estructuración de esos precios mínimos, que en todos los casos se calcularon aplicando el descuento máximo más promociones, y sumando el valor del IVA.

Bajo ese precio mínimo no habría habido beneficio alguno para el distribuidor porque habría comercializado a pérdida, pero sí existía espacio para que los distribuidores compitan sobre ese valor ofreciendo otros servicios que justifiquen precios más altos, como lo sugiere la teoría económica”.

[22] Como se puede apreciar, el propio operador expone que los precios mínimos fijados, serían los precios con los descuentos más el IVA, los cuales serían tan bajos que no habría beneficio alguno para el distribuidor si vendiese por debajo de dicho precio. Lo propio fue replicado por el operador económico y agregó un ejemplo de la fijación de precios mediante su escrito signado con ID 238769 y su escrito de alegatos con ID 240329.

[23] Es decir, el dominante, en un mercado relevante con sendos obstáculos para el ingreso de otros competidores, acepta haber fijado precios de reventa sumamente bajos en el que sólo sus distribuidores con todos los descuentos podrían tener una ganancia. Es esta afirmación, junto con la debida documentación económica presentada en el Informe y el ID 238769, es la que a criterio de esta Autoridad, da cuenta de la implementación de una restricción adicional, por parte de un dominante en un mercado ya de por sí en el que la competencia inter-marca es débil. Restricción adicional por la cual se configura una potencial exclusión a cualquier operador que quiera ingresar en el mercado –es decir, pueda sortear los obstáculos indicados anteriormente-; y, que, una vez ya en el mercado, adicionalmente, para ser competitivos deberían intentar igualar precios tan bajos, impuestos por un dominante.

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

[24] De igual manera, se debe recordar que la fijación de dichos precios de reventa fue enviada de manera masiva por los jefes zonales mediante correos electrónicos a sus distribuidores, como se desprende del ID 234509; mediante los escritos de CHAIDE con ID 236402, 236882, se indica cuántos distribuidores manejaba cada jefe zonal, cifra que asciende a ■■■ distribuidores por jefe.

[25] Asimismo, es importante recordar que los listados mediante los cuales se fijan los precios mínimos también habrían sido enviada a través de WhatsApp y manera presencial a todos los distribuidores manejados por los jefes de venta como se desprende de ID 232466.

[26] En relación a lo expuesto en líneas anteriores, con respecto a la potencial afectación a la capacidad expansión de competidores, como se indicó: la competencia inter-marca es débil; en este mercado CHAIDE Y CHAIDE tiene, en promedio, más del ■■■ de la cuota de participación; su cuota es superior en ■■■ puntos porcentuales a sus competidores. Bajo estas circunstancias los competidores de CHAIDE para poder expandirse deben enfrentar una restricción adicional al mercado, la cual se ve materializada en que para ser al menos igual de competitivos que el dominante, deben fijar sus precios al mismo nivel en el que el dominante fija sus precios con todos los descuentos.

[27] De igual manera, como se desprende del análisis realizado en el Informe de Resultados e Informe Final, CHAIDE Y CHAIDE, posterior a la implementación de esta restricción vertical, expandió su cuota de participación en alrededor de un ■■■, lo que da cuenta que sus competidores luego de la restricción vertical impuesta por CHAIDE, dejaron de expandirse.

[28] Como se puede apreciar CHAIDE Y CHAIDE, operador económico dominante en un mercado relevante en el que la competencia inter-marca es débil; en el que la competencia ya está debilitada por la presencia del dominante; en el que potenciales entrantes deben sortear varios elementos tan sólo para poder ingresar en el mercado; en el que en caso de que ingresasen deberían, adicionalmente, enfrentar al hecho de que el dominante habría impuesto una restricción vertical –fijación de precios mínimos de reventa-; y, que debido a ésta, deben para ser al menos igual de competitivos, fijar precios igualmente bajos que un dominante fijó a sus distribuidores. Precios que como se ha expuesto corresponden a sus productos con todos los descuentos más el IVA, situación que claramente configura una potencial afectación a la capacidad de entrada de competidores.

[29] Con base en lo expuesto, a criterio de esta Autoridad, se configuran los efectos potenciales correspondientes al artículo 9 numeral 1 de la LORCPM [...]”

Es importante recalcar que un operador económico dominante no es el llamado a “[...] intentar implementar una política que evite que grandes distribuidores impidan y restrinja la competencia de pequeños y medios distribuidores.”, por cuanto la “justificación” a la fijación de precios de reventa, se evidencia justamente los efectos adversos que esta conducta produce en la competencia, eficiencia económica y bienestar general:

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

- i. Distorsiona e impide la competencia intra-marca;
- ii. Afecta al consumidor final; y,
- iii. Constituye conductas exclusorias hacia sus competidores actuales o potenciales.

Como se ha explicado, el tipo legal previsto en el numeral 20 del artículo 9 de la LORCPM se configura: **i)** CHAIDE Y CHAIDE es un operador económico que ostenta posición de dominio; **ii)** a través de distintos medios a fijado precios mínimos de reventa; **iii)** la fijación ha sido injustificada, conforme se desprende del análisis realizado, la supuesta guerra de precios, los problemas de *free-riding*, así como el incentivar “competencia por servicio” no son justificaciones válidas para la imposición de una restricción vertical, particularmente dañina como es la fijación de precios mínimos. Con el cumplimiento del tipo legal, en el caso encontraremos afectación potencial. CHAIDE Y CHAIDE ha coartado la competencia legítima intra-marca con base en el precio, al impedir que sus distribuidores no puedan competir libremente en precios, esta restricción afecta el proceso competitivo; y, de igual manera, al consumidor final quien no podrá acceder a precios más bajos, toda vez que el dominante ha impedido dicha posibilidad.

Y, en cuanto al numeral 1 del artículo 9 de la LORCPM, éste también se ha configurado, a saber: **i)** CHAIDE Y CHAIDE es un dominante; **ii)** Ha realizado una conducta –fijación de precios de reventa injustificados–; **iii)** Que permite afectar efectiva o potencialmente la capacidad de entrada o expansión de sus competidores; **iv)** A través de cualquier método ajeno a su propia competitividad, las justificaciones dadas por el operador económico CHAIDE Y CHAIDE en cuanto a la supuesta guerra de precios, los problemas de *free-riding*, así como el incentivar “competencia por servicio” no son justificaciones válidas para la imposición de una restricción vertical, particularmente dañina como es la fijación de precios mínimos. En el punto iii) CHAIDE Y CHAIDE a través de la aplicación, justamente, de precios tan bajos de reventa lo que configura es una exclusión, por un lado, para un potencial entrante a un mercado concentrado, en el que debe superar la barrera de entrada estructural –publicidad– también debería, para ser atractivo a su clientela, establecer precios iguales o inferiores a los fijados por el dominante a sus distribuidores que obtienen descuentos, algo a toda luz resulta complejo de realizar. Por otro lado, a los competidores existentes de CHAIDE Y CHAIDE, éstos para poder expandirse en el mercado, deberían, para ser atractivos a su clientela, establecer precios iguales o inferiores a los fijados por el dominante a sus distribuidores que obtienen descuentos, algo a toda luz, de igual forma, es complejo de realizar, configurando una exclusión tanto a posibles entrantes como a los actuales. Recordemos que, CHAIDE Y CHAIDE en el 2020, un año después de fijar precios mínimos de reventa, tuvo un incremento en su cuota de participación de 1,1 puntos porcentuales.

En medida de lo expuesto, se debe recordar que el artículo 1 de la LORCPM tiene, entre otros, como objeto el **prevenir** y sancionar el abuso del poder de mercado. No se puede esperar a que un abuso de poder de mercado que se ha configurado conforme los numerales 1 y 20 del artículo 9 de la LORCPM, produzca una afectación real, o que la autoridad demuestre de manera supra legal, un efecto reiterativo de una afectación a unos de los bienes jurídicos protegidos por los artículos 1 y 9 de la LORCPM, con base a un estándar de fundamentación y prueba del análisis jurídico para la declaración de la adecuación de la conducta en caso de efectos potenciales, no previsto en la propia Ley.

Es importante precisar que, conforme el artículo 9 de la LORCPM, y en concordancia con lo prescrito en el artículo 4 del RLORCPM, para que una conducta sea considerada como un abuso del poder de mercado debe revelar nocividad para la competencia, la eficiencia económica o el bienestar general, por lo que se debe observar los efectos actuales o potenciales, los últimos se evalúan teniendo en cuenta factores como la posición de la empresa en el mercado; las condiciones de este mercado; la

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

posición de los competidores; la posición de los clientes o proveedores; el alcance de la conducta; entre otros factores.

En este sentido, es importante considerar la posición que ostenta el operador económico CHAIDE Y CHAIDE dentro del mercado relevante determinado. Esta posición de poder de mercado, si bien no constituye una infracción a la LORCPM, por sí sola debilita a la competencia efectiva dentro del mercado investigado, por lo que le da al operador económico una “*responsabilidad especial*”⁵⁹ de no afectar con su comportamiento a la competencia, la eficiencia económica o el bienestar general. En este sentido, resulta de importante considerar lo señalado por la Comisión de las Comunidades Europeas, dentro de caso T-83/91, Tetra Pak, menciona:

*“[...] Debe considerarse que la responsabilidad particular de que su comportamiento no distorsione una competencia efectiva y no falseada en el mercado común que, en virtud del artículo 86, pesa sobre una empresa en situación de posición dominante en un mercado, le prohíbe todo comportamiento que pueda obstaculizar el mantenimiento o el desarrollo del grado de competencia aún existente en un mercado, en el cual, debido precisamente a la presencia de esta empresa, la competencia está ya debilitada [...]”*⁶⁰

En el asunto de análisis, se debe tener en consideración que CHAIDE Y CHAIDE tiene cuotas superiores al 50% durante años consecutivos, asimismo, la competencia del operador económico tienen cuotas de participación inferiores a 30 puntos porcentuales. Aunando ello, este agente es dominante en un mercado muy concentrado con no más de cinco competidores, en los cuales existen barreras de entrada de tipo estructural, como son los altos montos de publicidad⁶¹ que deben gastar los operadores económicos que quieran ingresar a dicho mercado.

De conformidad con lo analizado y expuesto, CHAIDE Y CHAIDE ha incurrido en abuso de posición de dominio, por el establecimiento de precios mínimos de reventa injustificados vía mecanismo contractual, como violación a los numerales 1 y 20 del artículo 9 de la LORCPM. Abuso de poder de mercado que tendría violación directa al bien jurídico protegido competencia, respecto del canal de distribución, a privarles de su efectivo ejercicio de libre competencia y mercado, cuyos efectos refieren a la afectación potencial sobre la participación de otros competidores y la capacidad de entrada o expansión de estos en un mercado relevante de distribución analizado, ejecutado a través de mecanismos contractuales ajenos a su propia competitividad o eficiencia.

Con ello, esta autoridad, deslindándose de la postura de la CRPI en el acto administrativo en análisis, ratifica que la carga de la prueba de las autoridades de competencia con respecto a potencialidades, es, con fines de motivación, aquel expuesto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que en la sentencia del Caso C-377/20 de 12 de mayo de 2022 (caso “Servizio Elettrico”), considera que:

“[...] 49 Mediante su tercera cuestión prejudicial, que procede examinar en segundo lugar, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 102 TFUE debe

⁵⁹ Véase: SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO, *Guía de Investigación de Conductas de Abuso de Poder de Mercado* (ECUADOR, 2021); ‘Comunicación de la Comisión — Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes (Texto pertinente a efectos del EEE)’ (2009), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52009XC0224%2801%29>.

⁶⁰ Asunto T-83/91, Tetra Pak/Comisión (Tetra Pak II), 1994.

⁶¹ Montos de publicidad que, como se ha expuesto en el Informe resultados de la INICAPMAPR, CHAIDE entrega de manera gratuita, sin condiciones a todos sus distribuidores autorizados. Por lo cual, resulta claro que CHAIDE es un operador económico dominante, que sus actuaciones van a influir de manera significativa en el mercado; y, por tanto, tiene una responsabilidad especial.

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

interpretarse en el sentido de que, para determinar el carácter abusivo del comportamiento de una empresa que ocupa una posición dominante, deben considerarse pertinentes los elementos aportados por esa empresa con el fin de demostrar que, a pesar de la capacidad abstracta de ese comportamiento para producir efectos restrictivos, **este no ha producido efectivamente tales efectos y, en caso de que así sea, si la autoridad de competencia ha de examinar estos elementos en profundidad.**

50 De entrada, procede señalar que, por lo que respecta a las prácticas de exclusión, categoría a la que pertenecen los comportamientos alegados en los litigios principales, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que el carácter abusivo de tales prácticas supone, en particular, que estas tengan la capacidad de restringir la competencia y, en particular, de producir los efectos de expulsión del mercado que se le imputan [sentencia de 30 de enero de 2020, Generics (UK) y otros, C-307/18, EU:C:2020:52, apartado 154 y jurisprudencia citada].

51 En consecuencia, en el supuesto de que una empresa dominante mantenga durante el procedimiento administrativo, aportando pruebas al respecto, que su conducta **no tuvo la capacidad de restringir la competencia, la autoridad de competencia de que se trate debe examinar si, en las circunstancias del caso concreto, la conducta de que se trata tenía tal capacidad** (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de septiembre de 2017, Intel/Comisión, C-413/14 P, EU:C:2017:632, apartados 138 y 140).

52 En este contexto, de conformidad con el derecho a ser oído, que, según reiterada jurisprudencia, constituye un principio general del Derecho de la Unión que resulta de aplicación cuando la Administración se propone adoptar un acto lesivo para una persona, las autoridades de competencia están obligadas, en particular, a oír a la empresa afectada, lo que implica que han de prestar toda la atención necesaria a las observaciones formuladas por esta y examinar, minuciosa e imparcialmente, todos los datos pertinentes del asunto de que se trate y, especialmente, las pruebas presentadas por dicha empresa (véase, por analogía, la sentencia de 16 de octubre de 2019, Glencore Agriculture Hungary, C-189/18, EU:C:2019:861, apartados 39 a 42).

53 **No obstante, procede recordar que para calificar de abusiva una práctica llevada a cabo por una empresa que ocupa una posición dominante no es preciso demostrar, en el caso de una práctica llevada a cabo por tal empresa con el fin de expulsar a sus competidores del mercado de que se trate, que se ha logrado ese resultado, ni tampoco un efecto de exclusión concreto en el mercado. En efecto, el artículo 102 TFUE pretende sancionar el hecho de que una o varias empresas exploten de manera abusiva una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo, con independencia de que dicha explotación haya tenido éxito o no** (véase, en este sentido, la sentencia de 30 de enero de 2020, České dráhy/Comisión, C-538/18 P y C-539/18 P, no publicada, EU:C:2020:53, apartado 70 y jurisprudencia citada).

54 Pues bien, aunque, como subraya el punto 20 de la Comunicación de la Comisión Europea titulada «Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo [102 TFUE] a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes» (DO 2009, C 45, p. 7), cuando la conducta ha existido durante un período de tiempo suficiente, los resultados de mercado de la empresa dominante y de sus competidores pueden dar pruebas de un efecto excluyente de la práctica en cuestión, **la circunstancia inversa de que una determinada conducta no haya producido efectos concretos contrarios a la competencia no permite excluir, incluso cuando ha transcurrido un largo período de tiempo**

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

desde que dicha conducta tuvo lugar, que esta tuviera efectivamente esa capacidad cuando se llevó a cabo. En efecto, esa falta de efectos podría resultar de otras causas y deberse, en particular, a cambios acaecidos en el mercado pertinente después de que se hubiese puesto en práctica esa conducta o a la incapacidad de la empresa que ocupa una posición dominante de cumplir la estrategia que ha originado tal conducta.

55 Por consiguiente, la prueba aportada por una empresa que ocupa una posición dominante de la inexistencia de efectos excluyentes concretos no puede considerarse suficiente, por sí sola, para descartar la aplicación del artículo 102 TFUE.

56 En cambio, esta circunstancia puede constituir un indicio de que el comportamiento en cuestión no podía producir los efectos de exclusión alegados. No obstante, la empresa afectada debe completar este principio de prueba con elementos que demuestren que esa falta de efectos concretos se debía efectivamente a la incapacidad de dicho comportamiento para producir tales efectos.

57 De ello se sigue que, en el presente asunto, la circunstancia en que se basan las sociedades afectadas para negar la existencia de un abuso de posición dominante, según la cual, con la utilización de las listas SEN, EE apenas logró captar 478 clientes, es decir, el 0,002 % de los clientes del mercado protegido, no puede considerarse suficiente como tal para demostrar que la práctica de que se trata no tenía capacidad para producir un efecto excluyente.

*58 Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a la tercera cuestión prejudicial que el artículo 102 TFUE debe de interpretarse en el sentido de que, **para excluir el carácter abusivo del comportamiento de una empresa que ocupa una posición dominante, debe considerarse insuficiente, por sí sola, la prueba aportada por la empresa en cuestión de que dicho comportamiento no ha producido efectos restrictivos concretos. Este elemento puede constituir un indicio de la incapacidad del comportamiento en cuestión para producir efectos contrarios a la competencia, que, no obstante, deberá completarse con otros elementos de prueba dirigidos a demostrar dicha incapacidad. [...]***⁶² (Negrillas ajenas al texto).

En esta línea, en las conductas de abuso de posición de dominio, los potenciales daños a la competencia, o eficiencia económica o bienestar general, son igual de importantes que los daños reales. Lo indicado se puede corroborar de una simple lectura del artículo 1 de la LORCPM, que prevé: “Art. 1.- Objeto.- El objeto de la presente Ley es **evitar, prevenir**, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado [...]”. Un operador económico dominante no puede argüir que su conducta no tuvo una afectación real a la competencia o, que ésta afectó mínimamente al mercado.

Resulta en extremo importante recordar la corpulencia que conlleva la posición de dominio de mercado, que conforme el artículo 7 de la LORCPM, indica: “Es la capacidad de los operadores económicos para influir **significativamente** en el mercado.” Justamente, al poder influir **significativamente** en el mercado, los dominantes tienen una **responsabilidad especial**. No se puede esperar a que la conducta abusiva produzca efectos potenciales que deban ser demostrados a través de un estándar de –en teoría del daño– nocividad de corroboración más allá de la adecuación a los elementos del tipo, para que sea sancionable. Justamente, en la línea del TJUE: “En efecto, el artículo 102 TFUE pretende sancionar el hecho de que una o varias empresas exploten de manera abusiva

⁶² Tribunal de Justicia de la Unión Europea, C-377/20, 12 de mayo de 2022, párrafos 49-58.

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo, con independencia de que dicha explotación haya tenido éxito o no [...]”

Conforme ha sido analizado en el presente, y que se corrobora de la verdad procesal de los expedientes administrativos de la INICAPMAPR y CRPI, el operador económico CHAIDE Y CHAIDE, a través de la fijación de precios mínimos de reventa injustificados, ha incurrido en un abuso de posición de dominio, conforme lo tipificado en el numeral 1 del artículo 9 de la LORCPM, tipo legal que -en específico- sanciona conductas abusivas exclusorias. Exclusión que se ve configurada por una afectación potencial en el mercado del eslabón de distribución, en cuanto a la participación, entrada o expansión distintas del dominante.

Si se tiene presente que, en el caso en análisis, los precios fijados son inferiores al precio lista e iguales al precio lista más descuentos, todos más IVA, es decir, en extremo bajos. El que el dominante fije precios mínimos de tal nivel, en los cuales sólo los distribuidores que accedan a todos sus descuentos puedan tener una ganancia, claramente, configura una potencial una afectación al bien jurídico competencia, con exclusión a la participación y capacidad de cualquier operador que quisiese ingresar en el mercado o a cualquier competidor de CHAIDE Y CHAIDE que quiera expandirse en éste, justamente dado que, la competencia actual del agente, que busque expandirse en el mercado en que participan, deberían vender productos igual o más baratos al precio lista más descuentos entregados por el dominante, situación no es factible a toda luz de las circunstancias específicas del caso.

Adicionalmente, la afectación potencial radica especialmente en los virtuales entrantes al mercado, que a más de enfrentar las barreras estructurales de altos costos de publicidad, para poder ser competitivos, debieron establecer precios iguales o inferiores a los precios lista más todos los descuentos entregados, precios fijados por el dominante a todos sus distribuidores.

Para soportar lo anterior, si mantenemos el estándar de prueba en que la autoridad está obligada a apreciar la **capacidad efectiva de afectación a la competencia**, teniendo también en cuenta las pruebas presentadas por la empresa en posición dominante, se cumplirá con el derecho a la defensa y debido proceso del administrado si, la administración ha valorado y especificado, por un lado la utilidad y conducencia de la prueba a los ojos de las circunstancias del caso en el marco del Derecho de la Competencia, y si exhibe la forma de operar **LA CAPACIDAD DE RESTRINGIR** la competencia basada en los méritos a pesar de su falta de efecto.

A este respecto, la INICAPMAPR estimó, en particular, que las prácticas objeto de su investigación excluyen, o al menos limitan, la posibilidad de que los distribuidores ejercieran una competencia basada en los méritos del mercado o políticas de comercio, sino que bajo reducción del incentivo de competir, se apegarían a la fijación del dominante, cuya capacidad de restricción se aúna a la estructura del mercado, la ausencia de justificación del precio, y por ende, como consecuencia adscrita, se afectó potencialmente la capacidad competitiva de los distribuidores a través de un mecanismo contractual sin sustento en la competitividad y eficiencia de CHAIDE Y CHAIDE.

Es justamente el empleo de un mecanismo contractual en que se materialice la fijación de precios mínimos de reventa, por parte de una empresa que ocupa una posición dominante, indiscutiblemente suficiente para poner de manifiesto un uso abusivo de dicha posición, evidenciable cuando excluyen, o al menos limitan, la posibilidad de que los distribuidores competidores ejercieran una competencia

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

basada en un tema ajeno al del precio base fijado por su proveedor, lo cual es, no responder a los méritos del mercado o las políticas de comercio.

Teniendo claridad de que las actuaciones llevadas a cabo por distribuidores que forman parte de la red de distribución de un productor que ocupa una posición dominante, CHAIDE Y CHAIDE, estas deben imputarse con arreglo al artículo 9 de la LORCPM, si se demuestra que esas actuaciones no fueron adoptadas de manera independiente por sus distribuidores, sino que forman parte de una política decidida unilateralmente por ese productor y aplicada a través de los referidos distribuidores. Este criterio de apreciación se delimita y trata en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-680/20, caso Unilever Italia Mkt. Operations.

En la cuestión de los hechos controvertidos, considerando que los agentes económicos que actúan en el mercado como distribuidores, por consiguiente, constituyen la red de distribución de la empresa dominante al ser el instrumento de ramificación territorial de la política comercial de dicha empresa y, por ello, en una conducta de fijación de precios mínimos de reventa, los distribuidores actúan como el instrumento mediante el cual se llevaría a cabo, en su caso, la práctica controvertida, misma que reduce los incentivos para competir dentro de ese eslabón por los productos del dominante, y como tal, como bien jurídico protegido autónomo, atenta negativamente la competencia, no siendo necesario, en ninguna circunstancia tener que la administración demostrar afectación al bienestar del consumidor, ni tener que probar, en las circunstancias del caso, el efecto de nocividad de exclusión de competidores, porque, nuevamente, el bien jurídico afectado es autónomo y ya ha sido violentado.

En la sentencia del asunto C-680/20-Unilever, el Tribunal de Justicia responde a la cuestión de si, a efectos de la aplicación del artículo 102 TFUE (que norma las conductas de abuso del poder de mercado), en un caso como el controvertido en el litigio principal, la autoridad de competencia competente está obligada a acreditar que las cláusulas de exclusividad que figuran en los contratos de distribución tienen por efecto excluir del mercado a competidores tan eficientes como la empresa en posición dominante y si dicha autoridad está obligada a examinar de manera detallada los análisis económicos presentados por dicha empresa, en particular cuando se basan en un criterio denominado del «competidor igualmente eficiente». A este respecto, el Tribunal de Justicia recuerda que un abuso de posición dominante puede probarse, en particular, cuando el comportamiento reprochado **se base en la utilización de medios que no sean los propios de una competencia «normal»**, es decir, basada en los méritos. De manera que para apreciar el carácter abusivo de un comportamiento, la autoridad de competencia no tiene que demostrar necesariamente que dicho comportamiento produjo realmente efectos contrarios a la competencia. Por consiguiente, puede declarar la existencia de una infracción del artículo 102 TFUE constatando que, durante el período en el que se llevó a cabo el comportamiento en cuestión, este tenía, en las circunstancias del caso concreto, **LA CAPACIDAD DE RESTRINGIR** la competencia basada en los méritos a pesar de su falta de efecto.

Si se toma en cuenta lo anterior, en la demostración del elemento estructural del caso, encontraremos de manera idónea la posición de dominio que ostenta CHAIDE & CHAIDE, en un porcentaje que gira en un grado superior al de la mitad del mercado relevante determinado, con lo cual en el caso concreto, la imposición de un mecanismo contractual para la fijación mínima de precios de reventa, que resultan injustificados, reduce los incentivos para competir dentro del eslabón de distribución,

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

debidamente probada como está, demuestra la capacidad que tiene CHAIDE Y CHAIDE de restringir la competencia.

De los elementos probatorios presentados por el operador económico CHAIDE Y CHAIDE, en búsqueda de desvirtuar los posibles efectos del comportamiento, tanto INICAPMAPR y CRPI, concluyeron la ausencia de justificación para la imposición de precios, convirtiéndose en un establecimiento ajeno al mérito de mercado, afectando potencialmente la participación y capacidad competitiva de los distribuidores.

Lo anterior, recordando que el artículo 1 de la LORCPM indica que el objeto de la ley es la búsqueda de “*la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios*”, por ende, la antijuridicidad de la conducta se presentará cuando, en los hechos controvertidos, la política impuesta por el dominante puede atentar a la eficiencia en los mercados y el comercio justo, al haberse establecido: **a)** una base limitativa para que los distribuidores oferten en reventa, reduciendo los incentivos para competir; y, **b)** un techo al que, para poder ser competitivos, los competidores de CHAIDE Y CHAIDE deben observar y sobre el cual, para poder obtener demanda de sus productos, no sobrepasar. En ambos casos cuando la política de los precios fijados no se deben a los méritos (competitividad y eficiencia) del dominante.

En línea de lo tratado, apegados a lo señalado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-680/20, que expone una línea de fondo similar al de la Sentencia del Tribunal General: *Intel Corporation v. Commission* (T-286/09 RENV)⁶³, la INICAPMAPR y la CRPI, en sus momentos, valoraron la prueba documental presentada por el operador económico CHAIDE Y CHAIDE en búsqueda de exponer la ausencia de efectos en el mercado, es decir respetando las garantías del debido proceso y derecho a la defensa, se examinaron las pruebas que buscaban demostrar la falta de capacidad para producir efectos restrictivos, empero concluyeron por fuera de ellas, que no guardaban sustento conducente frente a los hechos controvertidos. Sin embargo, en línea del caso Intel, la CRPI estableció un parámetro de “razonabilidad efectiva”, pero no respecto de **LA CAPACIDAD DE RESTRINGIR** la competencia del dominante, sino de “probar adecuadamente la valoración de los efectos potencialmente anticompetitivos de la conducta investigada por probabilidad de efectos sobre los consumidores”⁶⁴

Ante lo cual, se ha desviado el estándar legal de la LORCPM, en materia de abuso de posición de dominio por fijación de precios mínimos de reventa, injustificados, puesto que: “[...] *esta CRPI no encuentra el efecto razonablemente previsible identificado por la Intendencia como consecuencia de la conducta investigada, ya que en virtud de que algunos de los competidores de CHAIDE ofrecen precios más bajos en el mercado no parece probable que los consumidores puedan verse afectados por la fijación de precios mínimos de reventa implementados en sus productos en el margen de tiempo analizado [...]*” (las negrillas no son propias del texto).

Es decir, a criterio de esta autoridad, con miras a la naturaleza jurídica de la fijación de precios como conducta de abuso de poder de mercado, ésta no solo es nociva por los efectos contra el bienestar del

⁶³<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=252762&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1272649>

⁶⁴ Véase párrafo 485 de la Resolución de 02 de noviembre de 2022 a las 13h32, emitida por la CRPI.

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

consumidor, sino sobre los efectos en la capacidad competitiva de los agentes distribuidores, es decir como afectación al bien jurídico protegido de la competencia, en sí mismo. A mayor abundamiento, se considera que la INICAPMAPR, en su instancia procedimental, demostró de modo suficiente en Derecho y con arreglo a un análisis de las circunstancias del asunto, que siendo los precios fijados injustificados, dado el poder de mercado del dominante, sus actos son aptos potencialmente para la restricción de la competencia.

En medida de todo lo expuesto: **a)** CHAIDE Y CHAIDE, a través de la fijación de precios mínimos de reventa injustificados, ha incurrido en conductas exclusorias, con clara afectación potencial a sus actuales competidores en cuanto a su expansión, así como, a potenciales entrantes al mercado; y, respecto al impacto del abuso de posición de dominio conforme a lo tipificado en el numeral 20 del artículo 9 de la LORCPM, y su configuración, **b)** De la verdad procesal de los expedientes administrativos en estudio, el agente dominante CHAIDE Y CHAIDE ha fijado precios de reventa injustificados (hecho probado y no controvertido por el denunciado contraparte de la apelación), constituyendo potencialmente el impedimento de que sus distribuidores compitan con base en el precio. Al establecer esta restricción intra-marca afectó al proceso competitivo, ergo, al bien jurídico protegido “competencia”, toda vez que los distribuidores no tuvieron facultad de competir por precios.

En consideración de lo expuesto, siendo que el Informe No. SCPM-DS-004-2023 de 20 de enero de 2023 del especialista técnico designado, se usa como parámetro de evaluación de “*elementos requeridos para analizar conductas de abuso de poder de mercado a la luz de las últimas sentencias del derecho de la competencia en Europa*” el caso Intel, se encontrará que, por la dimisión de fondo del caso en que se produjo la sentencia, este tiene un sustento en ausencia de valoración probatoria en instancia, situación que –conforme se manifestó– no ocurre en el procedimiento, en el que además, con fundamento en el análisis desde el punto de vista teórico, se ha efectuado una subsunción a las características de la conducta concreta, con miras al elemento estructural en que se ha exhibido **LA CAPACIDAD DE RESTRINGIR** la competencia basada en los méritos a pesar de su falta de efecto, a la luz de la LORCPM. En tal medida, al tratarse de un elemento de opinión, de carácter no vinculante, no se lo considera por no responder –ante las circunstancias de Derecho del caso– al fondo de controversia impugnatorio y que se revuelve a través del presente.

NOVENO.- DETERMINACIÓN DE LOS PARÁMETROS PARA EL CÁLCULO DE LA MULTA.-

Los artículos 79 y 80 de la LORCPM y el artículo 95 del RALORCPM, establecen las sanciones y los criterios para determinar las multas.

Lo propio consta en la Resolución 012, mediante la cual la Junta de Regulación, expidió la metodología para la determinación del importe de multas por infracciones a la LORCPM, la mentada Resolución en su artículo 1 señala:

“Artículo 1. Objeto.- Establecer la metodología a ser utilizada en el cálculo del importe de las sanciones establecidas en los artículos 78 y 79 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), en concordancia con los criterios establecidos en el artículo 80 y siguientes artículos del mismo cuerpo normativo, y su Reglamento”

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

La metodología de cálculo para la determinación de la multa conforme la Resolución 012 se fija siguiendo las siguientes fases:

Fase 1. Determinar la base para el cálculo del importe de la multa	
$IMBi = VNMRi * \beta i$	$IMBi =$ Importe base del operador i $VNMRi =$ Volumen de negocios realizado en el mercado o mercados relevantes afectados por la infracción
$\beta i = f(\text{gravedad}(\alpha), \text{afectación}(\theta))$	$\beta i =$ Ponderador del tipo sancionador
Fase 2. Multiplicar el importe de base en función de la duración de la conducta	
$IMBTi = IMBi * di$	$IMBTi =$ Importe base total del operador i $IMBi =$ Importe base del operador i
$di = f(\text{número de años de duración de la infracción})$	$di =$ duración de la infracción
Fase 3. Ajustar el importe base total en base a evaluación global de las circunstancias pertinentes	
$IMTi = IMBTi * Yi$	$IMTi =$ Importe total de la multa para el operador i $IMBTi =$ Importe base total del operador i
$Yi = f(\text{número de circunstancias agravantes y atenuantes})$	$Yi =$ factor proporcional a las circunstancias agravantes y atenuantes

Con base en lo expuesto y considerando los criterios previstos en el artículo 80 de la LORCPM, a continuación se determinarán los factores a considerar para la determinación de la multa de conformidad con el artículo 7 de la Resolución No. 012:

9.1.- Volumen de negocios en el mercado relevante.-

Conforme lo señala el artículo 7 de la Resolución 012, el volumen de negocios del mercado relevante corresponde:

“[...] al volumen de negocios realizado en el mercado o mercados relevantes afectados por el operador económico responsable de la infracción. Se considerará la información de ventas durante el último ejercicio que corresponda a sus actividades ordinarias en el mercado relevante, previa deducción del impuesto sobre el valor agregado y de otros impuestos al consumidor final directamente relacionados con el negocio, o las ventas del último año calendario para el cual se cuente con la información, ajustado por la inflación correspondiente”

En ese sentido, el volumen de negocios del mercado relevante del año 2021 en el expediente de investigación SCPM-IGT-INICAPMAPR-014-2020, se ha determinado con base en los ingresos registrados por el operador económico CHAIDE Y CHAIDE S.A., dentro del mercado relevante definido, el cual hace referencia a la fabricación y distribución, al por mayor y al por menor, de colchones a nivel nacional.

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

Tabla 1. Volumen de negocios de CHAIDE Y CHAIDE en el mercado relevante

CONCEPTO	OPERADOR	2021
Fabricación y distribución, al por mayor y al por menor, de colchones	CHAIDE Y CHAIDE S.A.	USD [REDACTED]

Fuente: CHAIDE Y CHAIDE S.A.⁶⁵

Elaboración: DNICAPM

9.2.- Factor proporcional a la gravedad de la infracción.-

Para poder calcular la gravedad de la infracción de manera cuantitativa, se toma en cuenta las características del operador económico que realizó la infracción, es decir el operador económico CHAIDE Y CHAIDE, así como, las características de la infracción. Según la Resolución 012, se debe considerar: la cuota de mercado del operador económico, la naturaleza de la infracción y el alcance de la misma. A continuación se explica cada uno de estos componentes:

9.2.1.- Cuota de mercado del operador económico:

Sobre la cuota de mercado, en el artículo 7 de la Resolución 012 afirma que:

“la gravedad de la infracción está directamente relacionada con la participación del infractor en el mercado relevante, a una mayor cuota de mercado, mayor será el perjuicio causado, porque habrá menores posibilidades de que los actores del mercado se desplacen hacia otras alternativas”

Esta misma resolución menciona que se debe considerar el último ejercicio que corresponda a las actividades ordinarias del operador económico en el mercado relevante.

La cuota de mercado del operador económico CHAIDE Y CHAIDE del año 2021, fue calculada tomando en cuenta su participación en el mercado de la fabricación y distribución, al por mayor y al por menor, de colchones en el mercado ecuatoriano, considerando, el volumen de negocios al mismo año de: COMPAÑÍA DE LAMINADOS Y TEXTILES LAMITEX S.A., PRODUCTOS PARAÍSO DEL ECUADOR S.A., CORPORACIÓN SICORPMATTRESS S.A. y RESIFLEX DURAFLEX S.A. como competidores del mercado, obteniendo los siguientes resultados:

Tabla 2. Cuota de participación del presunto responsable

CONCEPTO	2021
Cuota del mercado de CHAIDE Y CHAIDE S.A.	[REDACTED]

⁶⁵ ID 237074

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

Fuente: CHAIDE Y CHAIDES.A.; COMPAÑÍA DE LAMINADOS Y TEXTILES LAMITEX S.A., PRODUCTOS PARAISO DEL ECUADOR S.A., CORPORACIÓN SICORPMATTRESS S.A. y RESIFLEX DURAFLEX S.A.⁶⁶⁶⁷.

Elaboración: DNICAPM

9.2.2.- Naturaleza de la infracción:

Esta naturaleza hace referencia a la especificidad de la conducta. Según la LORCPM, el artículo 78 clasifica a las infracciones en leves, graves y muy graves.

La naturaleza de la infracción para el presente expediente es grave puesto que configura una conducta de abuso de poder de mercado, que no tiene las consideraciones de muy grave conforme el artículo 78 de la LORCPM, que en su literal b) del numeral 2 establece:

“Art. 78.- Infracciones.- Las infracciones establecidas en la presente Ley se clasifican en leves, graves y muy graves. [...]”

2. Son infracciones graves: [...] b. El abuso de poder de mercado tipificado en el artículo 9 que no tenga la consideración de muy grave.

3. Son infracciones muy graves: b. El abuso de poder de mercado tipificado en el artículo 9 de esta Ley cuando el mismo sea cometido por una o más empresas u operadores económicos que produzca efectos altamente nocivos para el mercado y los consumidores o que tengan una cuota de mercado próxima al monopolio o disfrute de derechos especiales o exclusivos.”

9.2.3.- Alcance de la infracción:

Corresponde a la cobertura geográfica que tuvo la infracción, considerando de mayor a menor, un alcance nacional, regional (tres o más provincias) o local (menos de tres provincias)⁶⁸, según sea el caso.

Considerando el mercado geográfico establecido dentro del mercado relevante, el alcance de la infracción es de carácter nacional.

9.3.- Factor proporcional a la afectación de la infracción.-

Existen dos elementos que se deben considerar a fin de determinar de manera objetiva la afectación de la infracción frente al mercado afectado: i) la dimensión y ii) las características del mercado afectado.

A continuación se detalla cada una de ellas.

⁶⁶ ID: 237074, 242310, 245063 y 242333.

⁶⁷ Debido a que RESIFLEX DURAFLEX S.A no ha dado respuesta a los oficios enviados solicitando la información con ID 241689 e ID 244772, se utilizó como proxy de la información del volumen de ventas de este operador económico al total de ingresos de ventas netas locales de bienes gravadas con tarifa diferente de 0% de IVA reportados a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, *vid*: <https://appscvsconsultas.supercias.gob.ec/consultaCompanias/informacionCompanias.jsf>, valor que coincide con lo reportado por el SRI, *vid* ID 245170.

⁶⁸ Resolución 012, Artículo 7

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

9.3.1.- Dimensión del mercado afectado:

Corresponde a la valoración global del mercado afectado, en el cual el operador u operadores económicos responsables cometieron la infracción.

El indicador de la dimensión del mercado afectado se calcula tomando en cuenta el tamaño total del mercado en el que ocurre la infracción y los percentiles del volumen de las ventas netas del sector real de la economía ecuatoriana, conforme los siguientes rangos:

$$n_i = \begin{cases} 0.10 & \text{si } \sum_{i=1}^N \text{Ventas}_N < P^{10} \\ 0.20 & \text{si } P^{10} \leq \sum_{i=1}^N \text{Ventas}_N < P^{35} \\ 0.40 & \text{si } P^{35} \leq \sum_{i=1}^N \text{Ventas}_N < P^{55} \\ 0.60 & \text{si } P^{55} \leq \sum_{i=1}^N \text{Ventas}_N < P^{75} \\ 0.80 & \text{si } P^{75} \leq \sum_{i=1}^N \text{Ventas}_N < P^{95} \\ 1.00 & \text{si } P^{95} \leq \sum_{i=1}^N \text{Ventas}_N \end{cases}$$

Los percentiles del volumen de ventas del sector real para el año 2021, fueron obtenidos de la información remitida por el Servicio de Rentas Internas (SRI) el 19 de julio de 2022, signado con ID 245170.

Ilustración 1: Percentiles del volumen de ventas del sector real para el año 2021

Límite Inferior		Límite Superior	Factor η_i
\$ -	$\sum_{i=1}^N \text{Ventas}_N <$	\$ -	0,1
\$ -	$\leq \sum_{i=1}^N \text{Ventas}_N <$	\$ -	0,2
\$ -	$\leq \sum_{i=1}^N \text{Ventas}_N <$	\$ 5.400,00	0,4
\$ 5.400,00	$\leq \sum_{i=1}^N \text{Ventas}_N <$	\$ 106.031,00	0,6
\$ 106.031,00	$\leq \sum_{i=1}^N \text{Ventas}_N <$	\$ 2.002.153,80	0,8
\$ 2.002.153,80	$\leq \sum_{i=1}^N \text{Ventas}_N <$	\$ 12.521.041.367,32	1

Fuente: SRI⁶⁹

Elaboración: DNICAPM

En cuanto al mercado en el que ocurre la infracción, o el mercado afectado, éste corresponde a la sumatoria del volumen de negocios de todos los operadores económicos que participan en dicho mercado relevante.

En ese sentido, el volumen de negocios del mercado relevante, considerando a los cinco operadores económicos involucrados, suma un total de USD 111.722.145,40 por lo que el indicador de la dimensión del mercado afectado para el presente caso corresponde a 1, dado que supera el percentil 95.

⁶⁹ ID 245170.

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

9.3.2.- Características del mercado afectado.-

Corresponde a la caracterización del mercado afectado en términos del nivel de concentración de dicho mercado. Para identificar estas características, se emplean el Índice Hirshman-Herfindhal (IHH) y el Índice Hirshman-Herfindhal normalizado (HN_i).

- **Índice Hirshman-Herfindhal (IHH):** Es la suma de los cuadrados de las participaciones de las firmas que componen el mercado (en porcentajes), cuyo resultado se obtiene de la siguiente fórmula:

$$IHH = \left(\sum_{i=1}^N S_i^2 \right) * 10.000$$

Donde:

S_i : La participación de mercado de la variable analizada.

N : El número máximo de firmas que participan en el mercado.

El índice máximo se obtiene para un monopolio y corresponde a 10.000. La interpretación de acuerdo con U.S. Department of Justice y The Federal Trade Commission (2010) corresponde a los siguientes rangos:

Tabla 3. Rangos del índice HHI

IHH	Mercado
Menor a 100	Muy competitivo
Entre 100 y 1.500	Desconcentrado
Entre 1.500 y 2.500	Moderadamente concentrado
Mayor a 2.500	Altamente concentrado

Fuente: U.S. Department of Justice (DOJ) y The Federal Trade Commission (FTC) (2010)⁷⁰

Elaboración: DNICAPM

- **Índice Hirshman-Herfindhal normalizado (HN_i):** Con el objetivo de que el índice se encuentre en un rango de 0 y 1 como las demás variables, se utilizará el índice de Herfindahl-Hirschman normalizado (HN), que toma el valor de 0 cuando la concentración es mínima y de 1 cuando la concentración es máxima. Este índice se obtiene a través de siguiente fórmula:

$$HN_i = \frac{IHH - \frac{1}{n}}{1 - \frac{1}{n}}$$

Donde:

HN_i = Índice de Herfindahl-Hirschman normalizado.

IHH = Índice de Herfindahl-Hirschman

⁷⁰ U.S. Department of Justice y The Federal Trade Commission, (2010). *Horizontal Merger Guidelines*. <https://www.justice.gov/atr/horizontal-merger-guidelines-08192010#5c>. Consultado el: [08-12-2021]

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

n = Número de firmas.

Considerando la información del presente caso, en la siguiente tabla se observan los valores resultantes del cálculo de los índices.

Tabla 4. Características del mercado afectado

Característica	2021
Índice de Herfindahl Hirschman	3.711,13
Índice de Herfindahl Hirschman normalizado	0,213892

Fuente: CHAIDE Y CHAIDE; COMPAÑÍA DE LAMINADOS Y TEXTILES LAMITEX S.A., PRODUCTOS PARAISO DEL ECUADOR S.A., CORPORACION SICORPMATTRESS S.A. y RESIFLEX DURAFLEX S.A.⁷¹

Elaboración: DNICAPM

Los valores del índice HHI del periodo 2021 exponen que el mercado relevante es altamente concentrado.

9.4.- Factor proporcional a la duración de la infracción:

9.4.1.- Duración de la conducta.-

El artículo 11 de la Resolución No. 12 que determina la metodología de cálculo para la determinación del importe de multas, señala lo siguiente:

“Art. 11.- El importe base total se obtendrá en aplicación del siguiente parámetro:

- a. Factor proporcional a la duración de la infracción: [...] Para fines de cálculo de la duración de la infracción, los periodos inferiores a un semestre contarán como medio año; y, los periodos de más de seis meses pero menor o igual a un año se contarán como un año completo”*

La duración de la infracción corresponde al período comprendido entre marzo y julio 2019. Por tanto, el factor de duración de la infracción sería de **0,5**, toda vez que el periodo comprende cinco meses.

9.5.- De los agravantes.-

En aplicación del artículo 81 de la LORCPM, previo a calcular el importe total de las sanciones, se debe tener en cuenta las circunstancias agravantes en las que haya incurrido el infractor. De los hechos constantes en el presente expediente de investigación no se cuenta con elementos procesales para determinar que el operador económico investigado haya incurrido en alguna de las causales establecidas como agravantes.

9.6.- De los atenuantes.-

Conforme el artículo 82 de la LORCPM, para calcular el importe total de las sanciones, se debe establecer la existencia de las circunstancias atenuantes. De los hechos constantes en el presente expediente de investigación no se cuenta con elementos procesales para determinar que el operador económico investigado haya incurrido en alguna de las causales establecidas como atenuantes.

⁷¹ ID: 237074, 242310, 245063 y 242333.

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

9.7. Factores para el cálculo de la multa.-

Los factores a considerar para el cálculo de la multa son:

Metodología Junta de Regulación		
VARIABLE	DESCRIPCIÓN	INFORMACIÓN DEL OPERADOR ECONÓMICO CHAIDE Y CHAIDE S.A.
Fase 1: Determinar la base para el cálculo del importe de la multa		
A	Volumen de negocio en el mercado relevante	USD [REDACTED]
B	$\beta_i = f(\text{gravedad } (\alpha), \text{afectación } (\theta))$	0,0124
Fase 2: Multiplicar el importe de Base en función de la duración de la conducta		
C = (A*B)	IMB = Importe Base de Operador	USD [REDACTED]
D	Duración de la infracción	0,5
E= (C*D)	IBM * Duración	USD 370.758,15
Fase 3: Ajustar el importe Base total en base a la evaluación global de las circunstancias pertinentes		
F	γ_i	1
G= (E*F)	AJUSTE DEL IMPORTE BASE TOTAL	USD 370.758,15
Metodología Junta de Regulación		
VARIABLE	DESCRIPCIÓN	INFORMACIÓN DEL OPERADOR ECONÓMICO CHAIDE Y CHAIDE S.A.
Fase 1: Determinar la base para el cálculo del importe de la multa		
A	Volumen de negocio en el mercado relevante	USD [REDACTED]
B	$\beta_i = f(\text{gravedad } (\alpha), \text{afectación } (\theta))$	0,0124
Fase 2: Multiplicar el importe de Base en función de la duración de la conducta		
C = (A*B)	IMB = Importe Base de Operador	USD [REDACTED]
D	Duración de la infracción	0,5
E= (C*D)	IBM * Duración	USD 370.758,15

EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

Fase 3: Ajustar el importe Base total en base a la evaluación global de las circunstancias pertinentes		
F	Yi	1
G= (E*F)	AJUSTE DEL IMPORTE BASE TOTAL	USD 370.758,15

DÉCIMO.- RESOLUCIÓN.-

Por las consideraciones expuestas, amparado en las disposiciones establecidas en los artículos 75, 76 y 82 de la Constitución de la República del Ecuador y el artículo 44, numerales 1 y 2, y el artículo 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta Autoridad, **RESUELVE: ACEPTAR** el recurso de apelación planteado por el operador económico LAMINADOS Y TEXTILES LAMITEX S.A., en contra de la Resolución de 02 de noviembre de 2022 a las 13h32 emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-016-2022; **DOS.- SANCIONAR**, por el cometimiento de las conductas previstas en los numerales 1 y 20 del artículo 9 de la LORCPM, conforme lo determinado en su artículo 78, numeral 2, literal b, al operador económico CHAIDE Y CHAIDE S.A., con la multa económica de **TRESCIENTOS SETENTA MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y OCHO dólares de los Estados Unidos de Norteamérica con 15/100 (USD \$370.758,15)**; **TERCERO.-** De conformidad a lo mandado y permitido por el artículo 73 de la LORCPM, se establecen como medidas correctivas al operador económico: **3.1.-** La realización de un programa de *compliance* en Derecho de Competencia, a fin de capacitar a todos los cargos directivos del operador económico CHAIDE Y CHAIDE S.A., respecto al abuso de poder del mercado y la responsabilidad especial que tienen los operadores económicos que ostentan posición de dominio; y, la afectación potencial que se puede causar con la implementación de restricciones verticales; y, **3.2.-** Que el operador económico CHAIDE Y CHAIDE S.A., no establezca mecanismos de retaliación en contra de sus distribuidores que presentaron a la INICAPMAPR las comunicaciones que establecían los precios mínimos de reventa; y, **CUATRO.-** Se deja a salvo el derecho de los administrados de interponer las acciones legales que consideren pertinentes, en defensa de sus intereses y ante las autoridades competentes que creyeran oportuno.-

DÉCIMO PRIMERO. - NOTIFICACIONES.-

De conformidad con el segundo inciso del artículo 164 del Código Orgánico Administrativo, en concordancia con el artículo 66 del Código Orgánico General de Procesos, y con la Disposición General Segunda de la Resolución No. SCPM-DS-2020-026 de 03 de julio de 2020, que determina: “Para notificaciones se priorizará el uso de los correos electrónicos señalados por los operadores económicos. Los órganos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, instarán a los operadores económicos y a los ciudadanos en general a señalar correos electrónicos para notificaciones”; notifíquese con la presente providencia a: **i)** Al operador económico **LAMINADOS Y TEXTILES LAMITEX S.A.**, en los correos electrónicos: fgottifredi@gottifredipozo.com y mpena@gottifredipozo.com; **ii)** Al operador económico **CHAIDE Y CHAIDE S.A.**, en los correos electrónicos: mrfabara@bustamantefabara.com; htorres@bustamantefabara.com; jrbcbustamantefabara.com; kirinag@bustamantefabara.com; dcastelo@bustamantefabara.com; y, edavila@bustamantefabara.com; y, **iii)** A la Comisión de Resolución de Primera Instancia.-



EXTRACTO NO CONFIDENCIAL

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

f) Dr. Danilo Sylva Pazmiño, SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO

Extracto elaborado por:

**Abg. Claudia Pontón Caamaño
SECRETARIA DE SUSTANCIACIÓN**