

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

Expediente No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-0012-2018

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO. INTENDENCIA NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE ABUSO DE PODER DE MERCADO, ACUERDOS Y PRÁCTICAS RESTRICTIVAS.- Quito D.M., a 28 de agosto de 2019 a las 16h00, **VISTOS.-** En mi calidad de Intendente Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, de conformidad con la acción de personal SCPM-INAF-DNATH-0170-2019-A, que rige desde el 20 de mayo de 2019, dentro del expediente de investigación signado con el número SCPM-IGT-INICAPMAPR-0012-2018, en uso de mis facultades legales y administrativas, emito las siguientes ordenes procesales: **PRIMERA.-** Agréguese al expediente el Informe de Investigación Preliminar SCPM-DNICAPM-2019-018 de 28 de agosto de 2019, remitido por el Abg. Bernardo Maya, en calidad de Director Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, signado con el número de trámite ID 142407. **SEGUNDA: COMPETENCIA:** En virtud de lo ordenado en el artículo 56 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), y lo dispuesto en el artículo 55 de su Reglamento para la Aplicación (RLORCPM), así como en el artículo 11, numeral 11.2.3 del Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, se declara la competencia de esta autoridad para dictar la presente Resolución. **TERCERA: VALIDEZ PROCESAL:** Revisado que ha sido el expediente no se encuentran vicios de procedimiento que puedan generar nulidad procesal en esta fase administrativa, por lo que esta autoridad declara su validez. **CUARTA: FUNDAMENTOS DE HECHO Y ACTUACIONES PROCESALES:** Dentro del proceso de investigación preliminar, constan las siguientes actuaciones procesales: **4.1.-** Mediante Memorando SCPM-IIAPMAPR-047-2018-M, de fecha 16 de octubre de 2018, el Dr. Marcelo Gustavo Blanco Dávila, Intendente Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, solicitó a la Intendencia General Técnica, la autorización para la apertura de un caso de investigación de oficio; **4.2.-** Con providencia de fecha 18 de octubre de 2018 a las 15h00, la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, dispuso, la apertura de la fase de barrido por el término de treinta (30) días; **4.3.-** Por medio de resolución de fecha 03 de diciembre de 2018 a las 13h00, el Intendente Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, dispuso agregar al expediente el informe No. SCPM-INICAPMAPR-DNICAPM-005-2018, de fecha 03 de diciembre de 2018, y ordenó iniciar una investigación preliminar de oficio por presuntas prácticas anticompetitivas, tipificadas en el artículo 9 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, por el término de ciento ochenta (180) días término; **4.4.-** A través de providencia de fecha 19 de noviembre de 2018 a las 16h00, la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, dispuso agregar el Cuestionario A, a través del cual se solicitó a los operadores económicos de las cadenas de supermercados que remitan la información sobre la comercialización de fósforos; **4.5.-** Mediante providencia de fecha 18 de diciembre de 2018 a las 10h00, el Dr.

Marcelo Blanco Dávila, Intendente Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, dispuso que en el término de quince (15) días, FOSFORERA ECUATORIANA S.A. remita la información solicitada en el cuestionario B, y a PROVEEDORA ECUATORIANA S.A., remita la información requerida en el cuestionario C, que ambos tratan sobre el sector de producción y comercialización de fósforos; **4.6.-** Con providencia de fecha 15 de enero de 2019 a las 13h00, el Dr. Nelson López Jácome, Intendente Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, ordenó agregar escritos mediante los cuales los supermercados, Fosforera Ecuatoriana S.A., y Proveedora Ecuatoriana S.A., ingresaron la información solicitada mediante los cuestionarios A, B y C; **4.7.-** En providencia de fecha 18 de enero de 2019 a las 16h00, el Intendente Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, ordenó agregar escritos, y solicitó que se complete la información del Cuestionario B, al operador económico PROVEEDORA ECUATORIANA S.A.; **4.8.-** Mediante providencia de fecha 04 de febrero de 2019 a las 12h00, la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, ordenó agregar escritos y solicitó al operador económico PROVEEDORA ECUATORIANA S.A., que en el término de dos (2) días remita el extracto no confidencial de la información ingresada de fecha 30 de enero de 2019 y justificar la clasificación de confidencial en las variables de la pregunta 12 del cuestionario C; **4.9.-** Por medio de providencia de fecha 12 de abril de 2019 a las 14h00, la Econ. María Alejandra Egúez Vásquez, Intendente Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (e), ordenó agregar escritos y el cuestionario D, y ordenó notificar a los operadores económicos: PYDACO CIA. LTDA., BIC ECUADOR ECUABIC S.A., QUIFATEX S.A., PRODISPRO CIA. LTDA., CORPORACIÓN ECUATORIANA DE LICORES Y ALIMENTOS S.A. (CELYASA), DISTRIBUIDORA ARMIJOS ROMERO CIA. LTDA., MULTISERVICIOS JUAN DE LA CRUZ S.A., CELI CORONEL HUMBERTO RODRIGO (ROMAR IMPORTADORA & DISTRIBUIDORA), PRODUCTOS ALIMENTICIOS Y LICORES CIA. LTDA., PROALCO, DEVIES, AVÍCOLA FERNÁNDEZ S.A., COMISARIATOS VÉLEZ BONILLA SOCIEDAD ANÓNIMA, MI CASERITA, a fin de que en el término de quince (15) días, remitan la información del cuestionario D que se refiere principalmente al sector de importación, producción y comercialización de fósforos y fosforeras; **4.10.-** A través de providencia de fecha 06 de mayo de 2019 a las 09h00, la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, dispuso agregar escritos, y, solicitar al operador económico FOSFORERA ECUATORIANA S.A. (FESA) una copia simple de los contratos vigentes entre su representante y PROVEEDORA ECUATORIANA S.A. PROESA entre el año 2011 y 2018, y al operador económico COMERCIALIZADORA DE LAS AMÉRICAS COMLAN CIA LTDA, remita la información constante en el cuestionario D, sobre el sector de importación, producción y comercialización de fósforos y fosforeras; **4.11.-** Con providencia de fecha 30 de mayo de 2019 a las 10h00, la Econ. María Alejandra Egúez, Intendente Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, ordenó agregar escritos, y, solicitó al operador económico PROESA S.A. que remita la información constante en el cuestionario E, referente a la política de descuentos del operador y los contratos que definen la relación contractual con

sus clientes. Adicionalmente, se solicitó al Servicio de Rentas Internas (SRI) la información del cuestionario F, a fin de obtener información sobre la facturación electrónica de los operadores FOSFORERA ECUATORIANA S.A., Y PROVEEDORA ECUATORIANA S.A., en el periodo 2015 - 2018; y, finalmente, se requirió a la Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia, que remita: “el listado de las cadenas de supermercado que se hayan identificado en el periodo 2014-2018.”; **4.12.-** En providencia de fecha 19 de junio de 2019 a las 17h10, la Intendente Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, dispuso, agregar escritos; y, mediante cuestionario G, se requirió información sobre el sector de importación, producción y comercialización de fósforos y fosforeras a los siguientes operadores económicos: CORPORACIÓN FAVORITA, CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., GERARDO ORTÍZ E HIJOS C. LTDA., MEGASANTAMARÍA S.A., TIENDAS INDUSTRIALES ASOCIADAS, LIRIS S.A., DEVIES CORP S.A., AVÍCOLA FERNÁNDEZ S.A., ABAD MENDIETA CIA. LTDA., SUPERMARKET DON ANGEL S.A., SUPERDOAN, ECUARIDER S.A., DISCAREM S.A., EQUACORPSA S.A., DICOVIR S.A., NEL & MARG S.A., N & M, IMPORTADORA HUMBERTO VALVERDE PESANTEZ E HIJOS CIA. LTDA., AMECUCOL S.A., SUPERMERCADO Y COMISARIATO HORTENCIA VARGAS DE JARA E HIJOS C. LTDA., CODELITESA S.A., CONORQUE CIA LTDA., COMISARIATOS VÉLEZ BONILLA SOCIEDAD ANÓNIMA.; **4.13.-** Mediante providencia de fecha 19 de julio de 2019 a las 09h30, la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, dispuso, que se agreguen escritos y convocó a reunión de trabajo al operador económico PYDACO PRODUCTORES Y DISTRIBUIDORES COMERCIALES CIA. LTDA.; **4.14.-** Con providencia de fecha 16 de agosto de 2019 a las 11h30, la Intendente Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, dispuso, que se agreguen escritos y solicitó extractos no confidenciales. **QUINTA: CONDUCTA INVESTIGADA Y MERCADO RELEVANTE: 5.1.- Descripción de la conducta investigada.-** La conducta materia de la presente investigación se encuentra detalladas en el numeral 8 del artículo 9 de la LORCPM, que prevé: “*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: (...) 8.- La venta condicionada y la venta atada, injustificadas. (...)*”; **5.2.- Características de los bienes y servicios que estarían siendo objeto de la conducta investigada.-** De conformidad con lo previsto en el artículo 5 de la LORCPM que establece que para la aplicación de esta Ley se debe determinar el mercado relevante. Para ello, se considerará el producto o servicio materia de análisis y sus posibles sustitutos. En aplicación a esto, el producto a enfocarse en la presente investigación será la comercialización del fósforo tanto de tipo integral, como de tipo seguridad; **5.3.- Identificación de los operadores económicos investigados.-** La presente investigación se enfocó en los siguientes operadores económicos: **a) FOSFORERA ECUATORIANA S.A. (FESA):** Según el Servicio de Rentas Internas su número de RUC 1790021203001, es una empresa domiciliada en la Av. Pedro Vicente Maldonado S19-175 y Pueblo Viejo, en la ciudad de Quito, provincia de Pichincha; inició sus actividades el 29

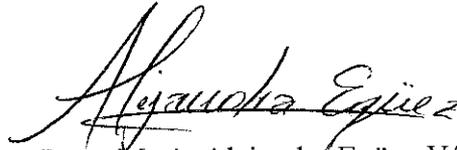
de octubre de 1957, y actualmente se encuentra en estado activo. Su actividad económica principal es la “actividades de fabricación y venta de fósforos.”; y, b) PROVEEDORA ECUATORIANA S.A. PROESA: Según el Servicio de Rentas Internas, su número de RUC es 1790010945001, es una empresa domiciliada en la calle Chimborazo 705 y Av. Pampite, en la ciudad de Quito, provincia de Pichincha; inició sus actividades el 17 de julio de 1970, y actualmente se encuentra en estado activo. Su actividad económica principal es la “venta al por mayor de otros productos diversos para el consumidor”. El operador económico PROESA, tiene como únicos accionistas a PHILIP MORRIS BRANDS SARL SUIZA y PHILIP MORRIS INVESTMENTS B.V. A su vez, estos accionistas son también los únicos accionistas de la compañía INDUSTRIAS DEL TABACO ALIMENTOS Y BEBIDAS S.A. ITABSA, y son mayoritarios en la compañía TABACALERA ANDINA SA TANASA.;

5.4.- Duración de la presunta conducta investigada.- Para fines investigativos, se tomará como fecha inicial al año 2012, debido a que la LORCPM entró en vigencia en octubre de 2011, puesto que la Ley no puede ser aplicada de forma retroactiva. El año corte de la investigación será 2018, considerando como último año fiscal completo; y, **5.5.- Mercado Geográfico.-** Se ha observado que las provincias en las cuales los operadores económicos del mercado de producto identificado realizan sus actividades de aprovisionamiento, de manera común, son Guayas y Pichincha. No obstante, el fósforo, al ser un utensilio de hogar de uso común y al encontrarse en las perchas de la mayoría de las cadenas de supermercados, como se evidenció en el apartado 4, podría encontrarse en todas las provincias del Ecuador. Es así, que el mercado geográfico preliminar estaría situado a nivel nacional. **SEXTA: DEL CONTENIDO DEL INFORME DE LA DIRECCIÓN Y LOS ELEMENTOS ENCONTRADOS EN LA INVESTIGACIÓN.-**

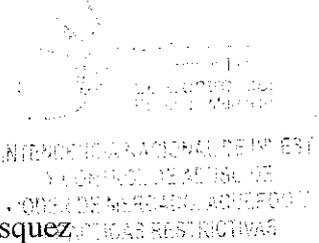
6.1. Del poder de mercado.- Conforme consta en el informe, a fin de determinar el cometimiento de una conducta de abuso de poder de mercado, se ha analizado si existen indicios de que un operador ostente una posición dominante en el mercado, requisito esencial para la aplicación del Art. 9 de la LORCPM. Para este efecto, en el referido informe, se analizaron las cuotas de participación de los operadores que participan en el mercado relevante analizado, por lo que dado los resultados del cálculo de cuotas de participación, índices de concentración e identificación preliminar de barreras de entrada, se puede concluir que PROESA podría ostentar posición dominante sobre la comercialización de fósforos, a nivel nacional, en el periodo 2011-2018. Adicionalmente, analizadas las posibles barreras de entrada, se ha determinado que al existir un operador dominante en el mercado nacional de comercialización de fósforos, que abarca la mayor producción local, así como también el posicionamiento de las marcas locales y los aranceles fijados por el Estado ecuatoriano, podrían constituir una barrera de entrada para nuevos operadores económicos que busquen tener participación en el mercado nacional; **6.2. De la conducta investigada.-** Por cuanto la investigación se origina por una presunta afectación en el mercado de fósforos, la investigación se centró principalmente en la hipótesis de que el operador económico PROESA estaría utilizando su poder en la comercialización de cigarrillos para empaquetar o vender de forma vinculada sus productos a fin de cerrar el mercado de fósforos. Una vez visto que existe un patrón de venta conjunta entre los fósforos y cigarrillos en el periodo 2015-2018 (por disponibilidad de la información), podría concluirse que PROESA, al ostentar posición de dominio en la comercialización de fósforos y cigarrillos, podría estar condicionando la venta conjunta entre fósforos y cigarrillos hacia sus clientes, generando una afectación a la competencia en el mercado de fósforos. Por lo

expuesto, se planteó la hipótesis sobre una posible imposición una posible cláusula que exija la compra conjunta de fósforos y cigarrillos de por parte de PROESA hacia sus clientes, por lo cual se analizó el “contrato tipo” que mantiene la empresa predominante con sus clientes, análisis que arroja que no existe una limitación contractual respecto a esto. Adicionalmente, se analizó la hipótesis de que los productos pueden haber sido físicamente empaquetados en su distribución. De acuerdo a la información presentada por el operador PROESA, en relación a la presentación de venta de sus productos, no se ha evidenciado que exista un empaquetamiento físico de los mismos. Finalmente, se analizó la existencia de una política de precios que tenga el efecto de empaquetar los productos en cuestión. Este tipo de prácticas, puede tener el mismo efecto anticompetitivo que la venta condicionada o empaquetada pura, bajo ciertas circunstancias. En el presente caso, se ha analizado la política de descuentos que aplica el operador económico, sin que se observe un patrón de este tipo. Por lo expuesto se concluye que no existen indicios suficientes respecto a la existencia de la conducta tipificada en el numeral 8 del artículo 9 de la LORCPM por parte de PROVEEDORA ECUATORIANA S.A. PROESA, conducta en la que se centró la investigación. **NOVENA: RESOLUCIÓN:** El Art. 55 del Reglamento de Aplicación a la LORCPM indica que *“El procedimiento se iniciará de oficio por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado tras haber tenido conocimiento directa o indirectamente de las conductas susceptibles de constituir infracción; o como consecuencia de los resultados de estudios económicos o del examen permanente de las restricciones conferidas en virtud de la Ley. El órgano de sustanciación abrirá un expediente y conducirá una investigación preliminar, cuyo informe no podrá ser expedido en más de ciento ochenta (180) días término, de haber resuelto el inicio de la investigación”*. En el Instructivo de Gestión Procesal, artículo 21 se indica que *“La fase de investigación preliminar se iniciará cuando el Intendente respectivo en el término de tres (3) días mediante providencia avoque conocimiento y disponga la apertura del expediente por el término de ciento ochenta (180) días. Concluido éste término, se notificará al o los presuntos responsables en tres (3) días hábiles, los mismos que tendrán el término de quince (15) días para presentar explicaciones [...]”*. Finalmente, en el Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, se indica en su Artículo 11.2.3.1, numeral 7 que uno de los productos de la Dirección Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado es el Informe de Investigación Preliminar. De conformidad con la normativa citada, toda vez que en el referido informe no se identificaron presuntos responsables de una conducta de abuso de poder de mercado, se ha agotado el trámite correspondiente. Adicionalmente, se evidencia que el Informe es congruente con el contenido de la investigación, por lo que esta Autoridad, acogiéndolo en su totalidad, no encuentra la necesidad de solicitar explicaciones a los operadores económicos involucrados con las conductas analizadas. Por lo expuesto se **RESUELVE.- PRIMERO:** Acoger el informe de Investigación Preliminar SCPM-IGT-INICAPMAPR-DNICAPM-2019-018 de 28 de agosto de 2019. **SEGUNDO:** Archivar el presente expediente por cuanto se ha agotado el trámite correspondiente establecido en la normativa, sin que se encuentren presuntos responsables de la conducta de abuso de poder de mercado tipificada en el numerales 8 del artículo 9 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. **TERCERO:** Comuníquese mediante memorando el archivo del expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-0012-2018 a la Intendencia General Técnica. **CUARTO:** Continúe actuando como Secretario de

Sustanciación Ad-hoc.- dentro del presente expediente investigativo al Abg. Camilo Sánchez, **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-**



Econ. María Alejandra Egüez Vásquez



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