



JUNIO - JULIO 2014

1. REGLA DE MINIMIS PARA ACUERDOS Y PRÁCTICAS RESTRICTIVAS



El 17 de julio de 2014 la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, expidió una resolución mediante la cual se establecieron los criterios para la aplicación de la regla *de minimis* para los acuerdos y prácticas restrictivas tipificados en el artículo 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado (LORCPM).

La lógica de esta normativa es que no todas las conductas que puedan ser catalogadas como restrictivas caen dentro de la prohibición contenida en el artículo 11, debiendo ser sancionados únicamente los acuerdos que afecten de manera significativa la libre competencia.

La regla *de minimis* se fundamenta en el principio de que la ley no está para ocuparse de asuntos triviales (*de minimis lex non curat*), quedando fuera de las prohibiciones los acuerdos que no afecten de manera significativa a la competencia.

Para mayor información, contáctenos:

Xavier Andrade Cadena
xandrade@andradeveloz.com

Dirección:
Av. República 396 y Diego de Almagro,
Edificio FORUM 300, Of. 504
Quito, Ecuador

Telf:
(+593 2) 250 8039

Web:
www.andradeveloz.com



JUNIO - JULIO 2014

En consecuencia, la norma asume que existe una conexión entre el acuerdo, la cuota de participación del operador en el mercado relevante y su eventual poder de mercado.

La doctrina *de minimis* ha sido acogida por la jurisprudencia internacional. Por ejemplo, en el caso *Volk co. Vervaecke* la autoridad europea sostuvo:

[...] un acuerdo podría quedar fuera del ámbito del art. [81 (1)], cuando produzca una insignificante afectación del mercado, tomando en cuenta la débil posición del operador en el mercado del producto en cuestión".

Sobre la base de lo mencionado, la Junta de Regulación estableció tres umbrales para la aplicación de la regla *de minimis* considerando si los operadores son competidores o no:

a. Las conductas entre operadores económicos real o potencialmente competidores, cuando la cuota de mercado conjunta de los participantes en el acuerdo no exceda el catorce por ciento (14%) en ninguno de los mercados relevantes afectados;

b. Las conductas entre operadores económicos no competidores, ni reales ni potenciales, cuando la cuota de mercado de cada uno de los participantes no exceda el quince por ciento (15%) en ninguno de los mercados relevantes afectados;

c. Cuando, en un mercado relevante, la competencia se vea restringida por los efectos acumulativos de acuerdos paralelos para la venta de bienes o servicios concluidos por proveedores o distribuidores diferentes, los porcentajes de cuota de mercado fijados en los apartados anteriores quedarán reducidos al cinco por ciento (5%). Se entenderá que existe un efecto acumulativo si al menos el treinta por ciento (30%) del mercado de referencia está cubierto por redes paralelas de acuerdos.

Esta regulación realiza una definición negativa del criterio de sensibilidad; es decir, regula lo que no afecta gravemente a la competencia.

Lo mencionado no significa, sin embargo, que los acuerdos entre competidores que sobrepasen estos umbrales afecten *per se* a la competencia. Tampoco significa que los acuerdos que se encuentren por debajo de los umbrales sean inmunes, especialmente cuando se trata de acuerdos conocidos como "*hardcore*" que son normalmente condenados sin importar la relevancia de los operadores. Dentro de estos acuerdos se encuentran la fijación de precios, la repartición de mercados, la colusión en procesos de contratación pública, entre otros.



#

JUNIO - JULIO 2014

2. NUEVO REGLAMENTO PARA LA FIJACIÓN DE PRECIOS DE MEDICAMENTOS



El 29 de julio de 2014 se publicó el nuevo Reglamento para la Fijación de Precios de Medicamentos de Uso y Consumo Humano. El anterior reglamento fue derogado por la disposición transitoria sexta de la LORCPM en octubre del año 2011.

Este reglamento tiene como finalidad la fijación, la revisión y el control de los precios de venta al consumidor final de los medicamentos de uso o consumo humano.

Esta normativa, a diferencia de la derogada, establece tres regímenes para la fijación de precios: (i) el regulado de fijación de precios, (ii) el de fijación directa de precios; y (iii) el liberado de precios.

El régimen regulado consiste en establecer un precio techo de venta en

cada segmento del mercado de los medicamentos estratégicos y nuevos. Para el cálculo de este techo se tomará en cuenta el precio medio de otros medicamentos que se comercializan en el segmento del mercado, dejando a un lado los precios que se consideren atípicos. Ningún medicamento podrá ser vendido sobre tal techo. Adicionalmente, los PVP actuales que sean inferiores a los techos no podrán ser incrementados.

En el caso de medicamentos nuevos, el método de fijación de precios deja de estar fundamentado en sus costos, sino en una comparación con el precio de medicamentos o fórmulas análogas en otros mercados (UNASUR, MERCOSUR, ALBA, Unión Europea, entre otros). El precio se fijará sobre la base del promedio de los 3 precios más bajos de estos precios comparativos.

El régimen de Fijación Directa es de excepción. Los precios serán fijados unilateralmente por el Consejo Nacional de Fijación de Precios. Este régimen se aplicaría en los casos de violaciones a las normas de fijación de precio, por ejemplo, cuando se venda por encima de los techos fijados, cuando el incremento del precio sea mayor a la inflación anual, cuando se venda medicamentos sin cumplir el proceso de fijación, etc.

Finalmente, el régimen de precios liberados, comprende a los medicamentos que no se encuentran en los dos regímenes



JUNIO - JULIO 2014

anteriores y, por lo tanto, no están sujetos a la regulación.

En caso de que los operadores infrinjan las normas de los mencionados regímenes, el Consejo notificará a las Superintendencia de Control del Poder de Mercado para que inicie una investigación por posibles restricciones a la competencia.

A nuestro criterio, no es clara la relación que pueda existir entre la violación de una norma sobre determinación de precios con la eventual afectación a la normativa de competencia. El Reglamento incurre en el error de no diferenciar las infracciones a dos disciplinas distintas: la regulación sectorial y la normativa de competencia.

Si bien la fijación arbitraria de precios podría, bajo ciertas circunstancias, estar penada por la normativa de competencia, una violación regulatoria no debería generar automáticamente una investigación ante la autoridad de competencia. La violación a la regulación sectorial debería ser juzgada por la autoridad regulatoria, pues la autoridad de competencia tiene otras funciones.

* * *

Las opiniones vertidas en este documento no representan el criterio de un abogado específico de la firma ni la posición sobre un caso o cliente en particular.