



Número 14 - 2016

1. LECCIONES DE LA ABA ANTITRUST LAW SPRING MEETING



A principios de este mes de abril, se realizó en Washington D.C., la 63ra. edición de la *Antitrust Law Spring Meeting* de la *American Bar Association*, uno de los eventos de Derecho de Competencia más relevantes de la región.

Este evento nos dejó las siguientes lecciones:

a) La tarea de las agencias de competencia es aplicar la normativa *ex post*

Esta afirmación parecería obvia. En Ecuador, sin embargo, no lo es, pues la autoridad de competencia ha dedicado gran esfuerzo a tratar de regular varios mercados creando nueva normativa de aplicación *ex ante*. Un ejemplo de esta

Para mayor información,
contáctenos:

Xavier Andrade Cadena
xandrade@andradeveloz.com

Dirección:
Av. República 396 y Diego de Almagro,
Edificio FORUM 300,
Of. 504, 506
Quito, Ecuador

Telfs:
(+593 2) 250 8040

Web:
www.andradeveloz.com

NOTICIAS DE
Competencia

Número 14 - 2016

prerrogativa son los varios proyectos de "Manuales" para regular diversas industrias, incluyendo insumos agrícolas, establecimientos farmacéuticos, sector palmicultor, sector vehicular, transporte terrestre, publicidad, entre otros. Hasta donde conocemos, no se ha publicado estudios económicos que demuestren que la aplicación *ex post* de la normativa de competencia sería insuficiente para mitigar las fallas de mercado que se pretende combatir. No se conoce, De hecho, que tales fallas de mercado existan.

Si bien hay quienes defienden la facultad de la autoridad de competencia para emitir regulaciones de carácter general, tal facultad no encuentra un asidero técnico en la clara distinción que existe entre la regulación *ex ante* y la aplicación *ex post* de las normas competencia. Se trata de dos políticas estatales distintas y la autoridad de competencia, por una serie de razones, no está llamada a regular los mercados.

b) La prioridad es detectar cárteles

Existe el consenso internacional de que la detección de cárteles debería ser una prioridad de las autoridades de competencia, por varias razones. En primer lugar, por su gravedad, dado que sus efectos nocivos son inmensos para la sociedad. En segundo lugar, porque

su análisis es relativamente sencillo (en comparación, por ejemplo, con los acuerdos verticales). Los casos de cárteles suelen presentar un componente mayormente fáctico. En tercer lugar, porque el régimen de clemencia coadyuva a su detección. Mediante el régimen de clemencia, los operadores involucrados en cárteles pueden acceder a la "clemencia" de la autoridad y evitar ser condenados si los denuncian antes de que la autoridad los detecte. En cuarto y último lugar, existe un esfuerzo internacional por detener la proliferación de cárteles globales. La detección de los cárteles de tasas de interés y cambio de divisas, partes de autos y pantallas LCD en los últimos años son ejemplos de esta visión.

En Ecuador, no obstante, hasta donde conocemos, no se han detectado cárteles relevantes. Tampoco ha existido una promoción de la herramienta de clemencia.

c) El enfoque es económico

Pocas conductas o acuerdos continúan siendo considerados anticompetitivos *per se*. La gran mayoría de casos requiere de análisis económicos especializados que demuestren que la nocividad de las conductas supera a sus eventuales bondades (ej. eficiencias).

d) El debido proceso es fundamental



Número 14 - 2016

La importancia de la garantía al debido proceso se encuentra interiorizada a nivel mundial, sin discusión. Las partes deben tener acceso a los expedientes en todo momento, las decisiones deben ser motivadas, los informes económicos deben ser accesibles y las decisiones deben ser publicadas.

Nos falta por avanzar en esta materia. La autoridad de competencia ecuatoriana, en ocasiones, no permite el libre acceso a las partes a los estudios económicos que sustentan sus motivaciones y las decisiones no son publicadas pese a que la normativa lo exige. Esto evita, entre otras cosas, que la sociedad pueda analizar las decisiones y se genere la predictibilidad necesaria para fortalecer la política de competencia.

2. NUEVAS NORMAS PARA FUSIONES DE ENTIDADES FINANCIERAS



El 7 de marzo de 2016, la Superintendencia de Bancos, emitió las "Normas de Control para la Fusión Ordinaria de Entidades del Sector Financiero Privado" (en adelante las "**Normas para fusiones financieras**").

Estas normas contienen varios requisitos para las fusiones y absorciones de entidades financieras que no se encuentren en situación de deficiencia de patrimonio técnico¹. Destacamos los siguientes:

- Los directorios de las entidades deberán aprobar los proyectos de fusión y elevarlos a la aceptación de las juntas de accionistas, dentro de un plazo máximo de 6 meses.
- El proyecto de fusión deberá contener al menos la siguiente información:

¹ Art. 2 de las Normas para fusiones financieras.



Número 14 - 2016

- a) Razón social, domicilio y denominación comercial de las entidades involucradas y de la nueva sociedad.
- b) Relación de canje de acciones.
- c) Convenios relacionados con las cuentas de resultados.
- d) Proyecciones financieras post-fusión que evidencien el cumplimiento de los parámetros financieros.
- e) Monto de prima de la fusión.
- f) Informe jurídico económico.
- Para el canje de acciones, una firma auditoria externa previamente aprobada por la Superintendencia de Bancos, realizará una valoración de la nueva empresa usando el método de valorización de empresa en marcha².
- Los parámetros financieros mínimos que se deberán proyectar son³:
 - a) Mantener eficiencia para respaldar operación; y,
 - b) Liquidez inmediata, estructural y brechas de liquidez.
- La aprobación de los procesos de concentración será realizada por la junta de accionistas, previa convocatoria con un plazo mínimo de 15 días, misma que deberá realizarse en diarios de circulación nacional y se

deberá incluir menciones mínimas del proyecto de fusión⁴.

- Los accionistas minoritarios que no consientan en la fusión, podrán separarse de la entidad con el derecho a reembolso de sus acciones de acuerdo con el balance de la fusión, siempre que estos no sobrepasen el 3% del capital suscrito y pagado de la nueva entidad⁵.
- En el evento de que se cree una nueva entidad, no será necesario el trámite de oposición de terceros, a menos de que la Superintendencia lo ordene por razones de interés público⁶.
- Una vez aprobada la fusión por la junta de accionistas, se enviará el expediente para conocimiento de la Superintendencia de Bancos que, previo un informe técnico-legal, aprobará o rechazará la concentración⁷.
- Los procesos de transferencias de pasivos y de garantías no requerirán la aprobación de los clientes, pero serán notificados una vez que se concluya el proceso de fusión⁸.

Autorización previa de la autoridad de Competencia

A más de los requisitos descritos, es indispensable recordar que este tipo de concentraciones podría requerir el

² Art. 3 de las Normas para fusiones financieras.

³ Art. 11 de las Normas para fusiones financieras.

⁴ Art. 4 de las Normas para fusiones financieras.

⁵ Art. 5 de las Normas para fusiones financieras. de las Normas para fusiones financieras.

⁶ Art. 6 de las Normas para fusiones financieras.

⁷ Art. 17 de las Normas para fusiones financieras.

⁸ Art. 14 de las Normas para fusiones financieras.

NOTICIAS DE Competencia

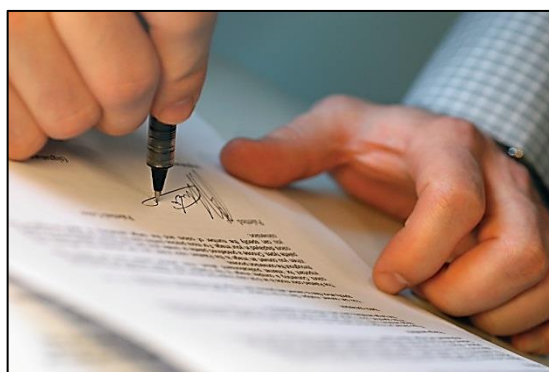
Número 14 - 2016

consentimiento previo de la autoridad de Competencia.

De acuerdo con el artículo 16 de la LORCPM, las operaciones de concentración entre entidades del sistema financiero deberán ser notificadas obligatoriamente:

- (i) cuando el volumen de negocios conjunto supere los USD 1'171,200,000; o,
- (ii) si se trata de concentraciones horizontales, cuando se alcance el 30% o más de cuota de mercado entre las empresas consolidadas⁹.

3. NUEVAS NORMAS SOBRE COMPROMISOS DE CESE



El 17 de diciembre de 2015, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado reformó el "*Instructivo para la gestión y ejecución de los compromisos de cese en la Superintendencia de Control de Poder de Mercado*", (en adelante el "**Instructivo**")

Este nuevo Instructivo deroga y reemplaza al previamente expedido el 16 de abril de 2015¹⁰. Entre las principales reformas se encuentra:

- Se elimina la obligación de la Comisión de Primera Instancia de impulsar la tramitación de los compromisos de cese.
- Se elimina como atenuante el hecho de que el operador económico haya corregido parcial o totalmente la conducta violatoria antes de presentar la propuesta.

⁹ Art. 16 de la LORCPM.

¹⁰ Para más información sobre el Instructivo derogado véase las Noticias de Competencia No. 11 http://www.andradeveloz.com/descargas/competencias/noticias_competencia_no_11_2015.pdf



Número 14 - 2016

- Cuando exista una acumulación de expedientes, se contará desde el inicio del primer proceso de investigación para el cálculo de los plazos.
- Para el cálculo del volumen de negocios se considerará el valor máximo de facturación de los tres periodos fiscales previos a la presentación de los compromisos de cese.
- Respecto de los montos de los importes de subsanación se fijaron las siguientes fórmulas de cálculo:
 - Compromiso de cese sin procedimiento administrativo de investigación: $I_{Sub} = 0.5\% \times \text{Volumen promedio de ventas}$.
 - Compromiso de cese sin procedimiento administrativo de investigación, pero con procedimiento de investigación preliminar relacionado: $I_{Sub} = (0.0414x e^{0.0108147t} + 0.96)\% \times \text{Volumen Promedio de Negocios}^{11}$.
 - Compromiso de cese dentro de un procedimiento administrativo de investigación: $I_{Sub} = (0.019 \times e^{0.01318ft} + 1,731)\% \times$

¹¹ Donde t: días transcurridos desde el inicio del proceso de investigación hasta la fecha de presentación del compromiso de cese. En esta fase se puede presentar el compromiso de cese en 180 días máximo.

Volumen Promedio de Negocios¹²

- Asimismo, se elimina el mecanismo de cálculo de descuentos en función del tiempo de presentación del compromiso de cese y se lo sustituye por una especie de "régimen de clemencia".

A través de este mecanismo se establecen descuentos en relación al orden de presentación de los compromisos de cese en las investigaciones en las que se encuentre involucrados más de 2 operadores económicos, a razón de:

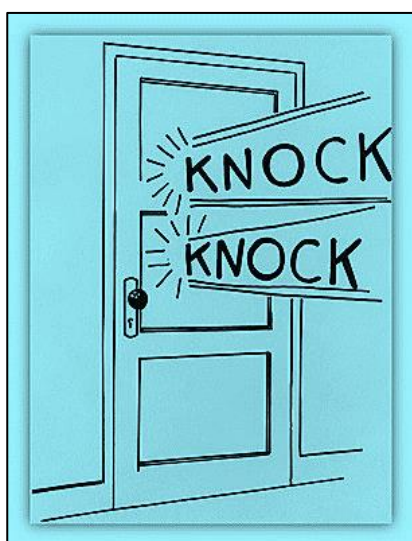
- Primero: hasta 50%.
- Segundo: hasta 15%.
- Tercero: hasta 5%.

¹² Donde t: días transcurridos desde el inicio del proceso de investigación hasta la fecha de presentación del compromiso de cese. En esta fase se puede presentar el compromiso de cese máximo en 360 días.

NOTICIAS DE Competencia

Número 14 - 2016

4. VISITAS SORPRESA A FARMACÉUTICAS



A mediados del mes de febrero de 2016, la Superintendencia realizó inspecciones con fines investigativos a tres farmacéuticas con el fin de recabar información sobre un presunto acuerdo de precios y restricciones en el mercado de compras públicas. Se contó con el apoyo de la Policía Judicial quien ayudó a incautar documentos y servidores.

Como se mencionó en una entrega previa de nuestras Noticias de Competencia¹³, los allanamientos (*dawn raids*) han sido implementados con éxito a nivel mundial. Sin embargo, son medidas excepcionales que se utilizan cuando existe el riesgo de que la prueba sea alterada, desaparecida o destruida.

¹³

Véase

http://www.andradeveloz.com/descargas/competencias/noticias_de_competencia_no_9_2014.pdf

5. NUEVO INSTRUCTIVO PARA MONITOREAR LAS BUENAS PRÁCTICAS DE SUPERMERCADOS



Como fue mencionado en el número 13 de nuestras Noticias de Competencia¹⁴, en el mes de septiembre de 2015, la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado expidió las "Normas Regulatorias para las Cadenas de Supermercados y sus Proveedores".

Recordemos que, de acuerdo a estas normas, la Superintendencia debe presentar semestralmente un informe sobre el cumplimiento de esta regulación¹⁵.

¹⁴

Disponible

en:

http://www.andradeveloz.com/descargas/competencias/noticias_competencia_no_13_2015.pdf.

¹⁵ Disposición General segunda de las Normas de



Número 14 - 2016

Por esta razón, la Superintendencia emitió el 31 de diciembre de 2015 el “*Instructivo para el monitoreo de la promoción semestral de la competencia y buenas prácticas comerciales del sector de supermercados*”, con el objetivo de evitar confusiones y discrecionalidad al momento de presentar los reportes semestrales.

Entre la información que debe ser remitida por los operadores económicos se encuentra:

- Listado de controversias solucionadas de manera directa y aquellas que han sido sometidas a mediación, arbitraje o vía judicial¹⁶.
- Compras a proveedores, detalladas por nombre de proveedor y de manera mensual¹⁷.
- Compras a nuevos proveedores, detalladas por nombre de proveedor y de manera mensual¹⁸.
- De manera mensual los supermercados deberán informar sobre los proveedores decodificados¹⁹.
- Los supermercados deberán informar sobre sus planes de capacitación²⁰.

Adicionalmente, se establece un sistema de supervisiones en sitio de manera aleatoria a por lo menos a 58 locales a nivel nacional, cada 6 meses²¹.

Asimismo, se establece un sistema de encuestas, mismas que serán realizadas a los proveedores para verificar el cumplimiento de la regulación.

Esta normativa implica una carga administrativa enorme para los supermercados, que han pasado a ser un sector regulado, sin que existan suficientes indicios (peor casos) que demuestren la existencia de las fallas de mercado que se pretende atacar.

* * *

Advertencia: Las visiones contenidas en este documento no representan la posición de nuestros abogados, clientes o casos concretos. Este documento tiene fines académicos e informativos únicamente, y no puede ser utilizado para otros fines sin la autorización de Andrade Veloz.

¹⁶ Art. 8 del Instructivo.

¹⁷ Anexo 2 del Instructivo.

¹⁸ Anexo 2 del Instructivo.

¹⁹ Art. 21 del Instructivo

²⁰ Art. 22 del Instructivo.

²¹ Art. 5 del Instructivo.