

NOTICIAS DE Competencia

No. 9 - 2014

1. MANUAL DE BUENAS PRÁCTICAS PARA SUPERMERCADOS: ¿SUPERINTENDENTE O REGULADOR?



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 8039
250 8040

Web:

www.andradeveloz.com

El 29 de agosto de 2014, la Superintendencia de Control de Poder de Mercado (la "Superintendencia") emitió el "Manual de Buenas Prácticas comerciales para el sector de los supermercados y/o similares y sus proveedores" (el "Manual"); resolución que entró en vigencia el 1 de noviembre de 2014 y es de aplicación obligatoria para todos los operadores.

Según el texto del Manual, la Superintendencia busca contribuir, entre otros fines, "a que la calidad y el justo precio de los productos beneficie al consumidor" y "mantener de forma preventiva el control de las relaciones contractuales a fin de evitar prácticas abusivas en el mercado". En suma, el Manual tiene por objetivo regular las relaciones entre los operadores económicos que participan en la cadena de valor de la venta de productos alimenticios por medio de supermercados y negocios similares.



El Manual regula aspectos trascendentales de las relaciones comerciales entre proveedores y supermercados, entre ellos:

- Forma de los contratos: deben ser por escrito.
- Contenido: se determina el contenido mínimo de los contratos.
- Cláusulas especiales: por ejemplo, sobre variación de precios.
- Prohibiciones: se prohíben los pactos de retroventa.
- Plazo: los contratos deberán tener un plazo definido.
- Plazos de pago: se establecen plazos de pago dependiendo de la facturación anual del proveedor:
 - Hasta US\$50.000,00, se le pagará dentro de 15 días;
 - Desde US\$50.000,01 a US\$250.000,00, se le pagará dentro de 30 días;
 - Desde US\$250.000,01 a US\$3.000.000,00, se le pagará dentro de 45 días; y,
 - Desde US\$3.000.000,01 en adelante, se le pagará dentro de 60 días.

Los supermercados deberán reportar a la Superintendencia, bajo juramento, dos veces al año, el cumplimiento de esta disposición.

- Intereses: Los pagos realizados fuera de los mencionados plazos generarán intereses.
- Porcentaje mínimo de compras: los supermercados deberán comprar al menos el 15% de sus adquisiciones a proveedores que facturen hasta US\$ 250,000 anuales.
- Requisitos para ser proveedor: se establecen los requisitos para calificarse como proveedor, independientemente de las políticas empresariales.
- Espacios en perchas y góndolas: Se prohíbe cobrar por la exhibición en estos espacios. Al menos el 15% de la percha debe ser ocupada por productos sustitutos.
- Resolución de controversias: las diferencias entre proveedores y supermercados deben ser resueltas por "arreglo directo", mediación y/o procedimiento arbitral o judicial.

Como se puede observar, el Manual regula varios aspectos que normalmente son materia de discusiones libres entre las partes, lo cual limitaría el principio de la autonomía de la voluntad, con el objetivo de -en teoría- proteger a los proveedores. Creemos que el rol que ha asumido la Superintendencia es erróneo, por varias razones.

En **primer** lugar, no conocemos de estudios profundos e integrales que haya realizado la Superintendencia sobre el sector de los supermercados (ventas al por menor), de los cuales se desprenda que

NOTICIAS DE
Competencia

No. 9 - 2014

existen fallas de mercado que deban ser reguladas.

En **segundo** lugar, no conocemos de sanciones impuestas a supermercados por incurrir en actos o acuerdos anticompetitivos, y que se demuestre que la aplicación de la Ley no es suficiente para corregirlos.

En **tercer** lugar, al asumir la Superintendencia el rol de regulador, se podrían generar conflictos de intereses, pues la autoridad habría considerado *ex ante* legítimo un acto que podría no serlo. Por ejemplo, el hecho de que una cadena de supermercados con poder de mercado deba comprar el 15% de sus productos a proveedores pequeños podría venirle bien, pues en el restante 85% se sentiría libre de hacer lo que le parezca. Adicionalmente, no conocemos de estudios técnicos de la Superintendencia que determinen que tal porcentaje es apropiado.

En **cuarto** lugar, la Superintendencia no posee el conocimiento y la experiencia en el sector de los supermercados para actuar de regulador. Cuando se expide una medida regulatoria *ex ante* en un determinado mercado, normalmente lo hace un regulador que posee tales atributos. En el mercado de supermercados no existe un regulador porque históricamente no ha sido necesario. Ante esta realidad, parecería que la Superintendencia pretende actuar de regulador universal y residual de los mercados no regulados.

En **quinto** lugar, creemos que la Superintendencia se ha extralimitado en sus funciones, pues no tiene la facultad de regular mercados ni expedir normas generales, sino solo "recomendaciones", sin

que pueda alterar o innovar otras disposiciones legales (Art. 37 LORCPM). Con la expedición del Manual, se estaría, a nuestro criterio, alterando e innovando sobre normas superiores, como el Código Civil y el Código de Comercio, lo que solo puede hacerse mediante Ley.

En general, no se comprende por qué la Superintendencia optó por expedir una regulación *ex ante* en lugar de aplicar la Ley *ex post*. Cabe mencionar que, a nivel mundial, los países han sido reacios a expedir regulaciones *ex ante* cuando existe una ley de competencia que pueda corregir las fallas del mercado.

La autoridad europea, por ejemplo, ha establecido 3 criterios acumulativos que deben cumplirse para justificar una medida regulatoria *ex ante*:

- a. Que existan barreras fuertes y no transitorias de entrada al mercado;
- b. Que se trate de mercados; estructuralmente anticompetitivos; y
- c. Que la legislación de competencia sea insuficiente.

En nuestro país no existen estudios técnicos que demuestren que dichas circunstancias concurren.

Por otro lado, hasta donde conocemos, no existe otro país que haya expedido medidas regulatorias *ex ante* para el sector de los supermercados. Se conoce únicamente la existencia de un "Código de Conducta para la industria de alimentos y bebidas", creado por el Consejo de Alimentos y Comestibles de Australia, que tiene como característica saliente el ser voluntario. Únicamente si los supermercados lo adoptan se torna obligatorio.

NOTICIAS DE Competencia

No. 9 - 2014

Por su parte, la Comisión de la Comunidad Europea, recientemente, el 2 de octubre de 2014, publicó un "Estudio Moderno de ventas al por menor" en el mercado de los supermercados. Este trabajo analiza el incremento en la concentración de poder de mercado en este sector, en los años de 2008-2012. Los interesados en este estudio pueden realizar comentarios hasta el 20 de enero de 2015.

Es decir, las autoridades de otros mercados no se han aventurado a regular aún al mercado de supermercados, pues comprenden lo delicado de la tarea. Lo que han hecho, como corresponde, es analizar a profundidad tales mercados, algo que no ha sucedido en Ecuador.

En conclusión:

La Superintendencia ha asumido un rol de regulador que no le corresponde, lo cual riñe con el principio de legalidad y crea un precedente negativo en el mercado.

Nótese que no cuestionamos que pudieran existir fallas en el sector de los supermercados que deban ser corregidas; lo cuestionamos es que la Superintendencia no cumpla su rol: analizar los mercados a profundidad, investigar conductas anticompetitivas y, de encontrarlas, condenarlas de acuerdo a la Ley.

2. INSTRUCTIVO SOBRE ALLANAMIENTOS



El 19 de agosto de 2014, la Superintendencia emitió el "Instructivo especial para la realización de allanamientos e inspecciones dentro de la facultad de investigación y para regular la cadena de custodia".

Dentro de las facultades que tiene la Superintendencia, consta la de solicitar órdenes de allanamiento en procesos de investigación. El mencionado Instructivo establece las normas que deben ser observadas para la correcta obtención, mantenimiento y cadena de custodia de información, documentos, objetos, etc., que sean recolectados en los procesos de inspección y allanamiento.

El allanamiento es de carácter excepcional y solo puede ser dispuesto cuando exista el riesgo de que la prueba sea alterada, desaparecida o destruida. Para tal efecto, la Superintendencia requerirá la autorización previa de un juez.

En el proceso de allanamiento, la Superintendencia podrá revisar cualquier tipo de archivo u objeto, incluyendo los



No. 9 - 2014

archivos físicos, magnéticos, virtuales, medios de lectura, contratos, información contable, toda clase de documentos formales o informales, grabaciones de audio o video, o cualquier otro elemento que pueda constituirse en prueba.

Los allanamientos (*dawn raids*) con fines investigativos han sido implementados con éxito a nivel internacional, permitiendo detectar cárteles en diferentes industrias.

Aspiramos a que estos allanamientos se realicen respetando el debido proceso.

3. INSTRUCTIVO SOBRE MEDIDAS CAUTELARES



La Superintendencia estableció el procedimiento para la adopción de medidas preventivas con el fin de evitar efectos altamente nocivos para el mercado de conductas investigadas, hasta la emisión de la Resolución de Primera Instancia.

Las medidas preventivas son de carácter cautelar, dependiente y temporal, por lo que no constituyen un juzgamiento previo ni causan cosa juzgada.

Las medidas preventivas pueden ser:

- a. Orden de cese de la conducta.

- b. Imposición de condiciones.
- c. Suspensión de los efectos de los actos jurídicos relacionados.
- d. Adopción de comportamientos positivos.
- e. Todas las demás medidas que busquen preservar las condiciones de la competencia y evitar un daño irreparable.

No se podrán adoptar medidas cautelares cuando estas puedan causar daños irreparables.

Las medidas cautelares serán notificadas a los operadores económicos una vez que hayan sido inscritas en los registros públicos o en las instituciones que deban cumplirlas.

Los operadores económicos sólo podrán interponer recursos de ampliación y reposición en contra de estas medidas.

La extinción de las medidas cautelares solo se realizarán por modificación de la conducta investigada o por cumplimientos de la resolución definitiva.

4. INSTRUCTIVO SOBRE COMPROMISOS DE CIERRE



NOTICIAS DE Competencia

No. 9 - 2014

El 19 de septiembre de 2014, la Superintendencia emitió una resolución destinada a facilitar la regularización de los operadores que han infringido la Ley desean cesar sus conductas anticompetitivas.

Esta Resolución establece los requisitos, la forma y el contenido mínimos que debe contener cualquier compromiso de cese presentado dentro o fuera de un proceso de investigación. De hecho, la Resolución presenta un modelo de "propuesta de compromiso de cese".

Los principales requisitos son:

- Que el operador reconozca el cometimiento de la conducta ilícita;
- Que se definan las medidas correctivas; y
- Que se subsanen los daños causados, de existir.

5. RECOMENDACIONES PARA REFORMAR EL REGLAMENTO DE REGISTRO SANITARIO DE MEDICAMENTOS



La Superintendencia recomendó al Ministerio de Salud reformar el Reglamento de Registro Sanitario de Medicamentos en

General y otras normas pertinentes, para que se incluyan definiciones claras y precisas sobre los términos "medicamento de referencia", "medicamento innovador", "medicamento nuevo" y "medicamento genérico", así como regulaciones sobre su etiquetado.

Esta no es la primera recomendación que emite la Superintendencia sobre el etiquetado y la regulación en el sector de medicamentos. Por ejemplo, en las recomendaciones SCPM-DS-005-2013 y SCPM-DS-012-2013 la Superintendencia ya recomendó, entre otras cosas, determinar si los medicamentos son de marca o genéricos.

6. INSTRUCTIVO PARA INTERVENTORES

El 17 de octubre de 2014, se publicó en el Registro Oficial el "Instructivo para la gestión administrativa de interventores de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado".

El interventor es una persona nombrada por la Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia, quien tiene facultades de vigilancia, requerimiento de información y recomendación con la finalidad de alcanzar la efectividad y el cumplimiento de las medidas correctivas adoptadas.

Los interventores pueden ser nombrados en casos en que exista una conducta de abuso de poder de mercado y de acuerdos colusorios, con el fin de que los operadores económicos involucrados cumplan las medidas correctivas.

NOTICIAS DE Competencia

No. 9 - 2014

Los operadores económicos intervenidos tienen la obligación de colaborar con los interventores y pagar los costos del proceso.

7. INSTRUCTIVO SOBRE INFORMACIÓN CONFIDENCIAL



La Superintendencia expidió el "Instructivo para el tratamiento de la información restringida de la Superintendencia".

Este Instructivo es obligatorio para todas las dependencias de la Superintendencia, los operadores y las instituciones públicas.

La norma clasifica la información de acceso limitado en las siguientes categorías:

- o **Confidencial:** Información derivada de derechos personalísimos y elementales, cuya divulgación puede generar daños graves a su titular u otorgar ventajas competitivas a terceros; y
- o **Reservada:** cuya divulgación puede poner en riesgo la existencia de un bien jurídico de orden económico, social, de salud, de gobernabilidad, de seguridad, o

si su difusión puede poner en riesgo la prevención, investigación, o sanción de infracciones a la competencia.

Por su parte, la información *reservada* se clasifica en:

- o **Información secreta:** Información que no es de dominio público y que es necesaria para la fabricación, comercialización de un producto y prestación de un servicios; es decir, toda información que tenga un valor comercial; e
- o **Información sensible:** Información resultante del desarrollo de la gestión administrativa que se encuentra en instrumentos, comunicaciones, correos, proyectos, contraseñas, entre otros.

Toda la información dentro de un proceso de investigación es de carácter reservado y confidencial hasta la terminación del último acto procesal. Únicamente las partes involucradas en el proceso podrán acceder a la información con ciertas restricciones.

Para que la información sea considerada como confidencial debe existir una declaración del respectivo Intendente que conoce sobre los procesos. Esta declaración debe ser motivada y puede ser adoptada a petición de parte o de oficio.

La información declarada como confidencial será desclasificada luego de 15 años desde que fue declarada como confidencial. Las partes interesadas podrán solicitar que se mantenga, como confidencial luego de vencido este periodo, siempre que se pruebe que las causas que originaron su calificación persisten.

* * *