



ENERO-FEBRERO 2014

1. GUÍA PARA CALCULAR LOS MONTOS DE SUBSANACIÓN EN COMPROMISOS DE CESE



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#

Para que una propuesta de “compromiso de cese” sea aprobada por la autoridad, es necesario que el operador económico se comprometa a (i) dejar de realizar la conducta anticompetitiva y (ii) subsanar los daños causados, de existir. En esta línea, la Superintendencia del Control del Poder de Mercado “Superintendencia”) emitió una guía para calcular el monto de la subsanación de tales daños.

La subsanación es resarcitoria de los daños causados (reales) y los daños que puedan causarse (potenciales) al mercado relevante y a los consumidores. El importe de la subsanación ingresará a la cuenta única del tesoro nacional y será redistribuido a la sociedad.

La metodología para determinar el importe depende del esquema bajo el cual el compromiso de cese sea presentado:

- a. Sin la existencia de un proceso de investigación;
- b. Una vez que el operador ha sido notificado con un proceso en su contra; o



ENERO-FEBRERO 2014

- c. Sin que se haya notificado el inicio de un proceso, pero existan otros procesos de investigación paralelos en el mismo mercado relevante.

En todos los casos el importe será calculado a partir del "volumen de negocios" del operador.

En el caso descrito en el literal (b), adicionalmente, se tomará en cuenta el tiempo transcurrido desde el inicio de la investigación hasta la presentación del compromiso de cese. Es decir, mientras más tarde el operador en presentar el compromiso de cese, mayor será el importe de subsanación.

2. INSTRUCTIVO PARA EL EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN COACTIVA DE LA SUPERINTENDENCIA



Superintendencia de
Control del Poder de Mercado

La Superintendencia regulará su jurisdicción coactiva a través de la implementación de juzgados o unidades coactivas, que estarán bajo la vigilancia y EL control de la Dirección de Recaudación de Coactiva.

Cada juzgado estará conformado por un juez, un secretario abogado y un depositario.

El procedimiento coactivo iniciará con el envío de la documentación necesaria desde

las diferentes Coordinaciones hacia la Dirección de Recaudación Coactiva, una vez que exista una resolución ejecutoriada que establezca la existencia de la obligación de pago, siempre que el infractor no la haya pagado voluntariamente.

Una vez notificado el auto de pago, el operador económico deberá pagar o dimitir bienes, mismos que serán avaluados. Se podrá solicitar facilidades de pago antes del inicio del procedimiento coactivo.

Los costos y los honorarios que se generen a causa del procedimiento coactivo serán cubiertos por el operador.

3. CONFITECA PRESENTÓ UN COMPROMISO DE CESE



Dentro del proceso de investigación que seguía la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales por el posible uso de materia prima con algún tipo de componente transgénico en los productos comercializados por varios operadores económicos, CONFITECA presentó un compromiso de cese que fue aceptado por la Autoridad.

En el compromiso de cese CONFITECA aceptó el uso de una cantidad ínfima de "lecitina de soya", que proviene de soya modificada genéticamente.

CONFITECA se comprometió a reemplazar la lecitina de soya por "lecitina de soya GOM free" - que es un componente



ENERO-FEBRERO 2014

no transgénico - una vez que se termine el stock con el que contaba. Además, se comprometió a acatar la normativa de etiquetado de transgénicos y toda la normativa aplicable a su giro de negocio, comprometiéndose a aplicarla a partir del 1 de marzo de 2014.

La Intendencia determinó que la imputación al operador económico no respondía a los componentes usados para la elaboración de sus productos, sino a la falta de etiquetado en el cual se determine el uso de componentes transgénicos, lo que constituye, según la autoridad, una práctica desleal por omisión.

4. MULTA DE US\$ 138 MILLONES A CONECEL



Según informamos a nuestros clientes en días pasados, el 7 de febrero de 2014, la Comisión de Primera Instancia de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado emitió una resolución hito dentro de la investigación iniciada en contra de CONECEL S.A. (CLARO) por una denuncia presentada por la operadora estatal CNT. La resolución determinó que CONECEL abusó de su posición de dominio, calificando esta conducta de grave e imponiéndole un multa del 10% del volumen del negocio del año 2012.

CNT denunció como abusiva la práctica de CLARO de pactar cláusulas de exclusividad en los contratos de arrendamiento de los inmuebles en los que instala sus torres y radiobases, lo que impediría que otros operadores puedan colocar sus radiobases en el mismo espacio.

Las cláusulas mencionadas establecían la obligación a los dueños de los inmuebles a *"no conceder el uso, aprovechamiento o explotación bajo ningún título a otras empresas que se dediquen a las Telecomunicaciones en ninguna de sus ramas, de espacio alguno del inmueble, en razón de que esto podría ocasionar interferencia, mal funcionamiento o poner en riesgo los equipos ahí instalados"*.

Asimismo, se establecía una multa equivalente al 40% del canon de arrendamiento mensual por el plazo de duración del Contrato, en el caso que los arrendadores incumplan tal exclusividad.

La CNT alegó que estas cláusulas le han impedido desplegar su nueva red móvil a nivel nacional, que tiene como fin innovar tecnológicamente y prestar un mejor servicio a los usuarios.

CONECEL, por su parte, fundamentó su defensa en la incorrecta delimitación del mercado relevante, siendo este el arrendamiento de inmuebles, mercado en el cual CONECEL no ostenta dominio. También argumentó que existe sustituibilidad con otros inmuebles ya que es posible colocar radiobases en inmuebles alternativos.

En la etapa de resolución, la Comisión resolvió lo siguiente:



ENERO-FEBRERO 2014

- El mercado relevante es el del servicio de Telecomunicaciones a nivel nacional.
- La aplicación de este tipo de cláusulas de exclusividad es desproporcionada y genera barreras de entrada a otros competidores.
- CONECEL tiene posición de dominio en el mercado relevante.
- Al no existir ningún fundamento técnico que justifique la conducta, las cláusulas de exclusividad tienen como objeto excluir a otros competidores.
- Por estas consideraciones se declaró a CONECEL sujeto infractor por abuso de posición de dominio.
- Se calificó a la infracción de grave.

Esta es la primera resolución condenatoria de importancia que ha expedido la Superintendencia, lo cual generará un precedente relevante, no solo para el sector de las telecomunicaciones, sino para las demás industrias.

Un análisis detallado de la resolución genera varias dudas. En particular, los siguientes aspectos deberían generar debate en el foro académico:

- *Proporcionalidad de la pena:* Es la primera vez que la Superintendencia realiza una valoración económica de la sanción. La alta cuantía de la multa genera dudas sobre su proporcionalidad, en consideración al supuesto beneficio que CONECEL pudiere haber obtenido de su conducta.

- *Debido proceso:* CONECEL ha hecho público su cuestionamiento a la transparencia del proceso. Alega que existieron pruebas que no le fueron compartidas por ser "confidenciales".
- *Aspectos técnicos de telecomunicaciones:* No es claro si otro operador puede instalar radiobases en un terreno vecino, teniendo las mismas (o similares) prestaciones técnicas. Tampoco es claro que la conducta de CONECEL sea la única causa para que la CNT no haya podido ampliar su cobertura.
- *Negativa a compromisos de cese:* CONECEL propuso compromisos de cese sobre tal conducta investigada. Sin embargo, la autoridad no los aprobó.

5. RECOMENDACIONES SOBRE LAS CLÁUSULAS DE EXCLUSIVIDAD



La Superintendencia recomendó a los operadores económicos que revisen las cláusulas de exclusividad en los contratos y acuerdos con el fin de verificar si estas pueden infringir la Ley.

Al respecto, la Autoridad determinó que este tipo de cláusulas deben ser



#

ENERO-FEBRERO 2014

debidamente justificadas y no generar la exclusión de otros competidores aunque existan beneficios para las partes involucradas en el acuerdo.

Asimismo, llamó a los operadores económicos a denunciar la existencia de estas cláusulas y reiteró la posibilidad de que los operadores que estén infringiendo la normativa de competencia presenten compromisos de cese.

Llama la atención, sin embargo, la generalización que hace la Superintendencia sobre tales cláusulas, pues no se menciona que, en ciertas circunstancias, dichas cláusulas son legítimas y beneficiosas, especialmente cuando forman parte de acuerdos verticales.

6. LA SUPERINTENDENCIA AUTORIZÓ LA COMPRA DE LAS ACCIONES DEL PRODUBANCO



La Comisión de Primera Instancia de la Superintendencia autorizó la concentración económica resultante de la compra del 55% del paquete accionario del Produbanco por parte del Grupo Promerica, accionista mayoritario del Banco Promerica Ecuador.

El informe presentado por la Intendencia de Control de Concentraciones estableció que, de acuerdo con las Guías Europeas en Acuerdos Horizontales, la estructura del mercado es crucial al momento de determinar una posible afectación por una

concentración. Así, en caso de que el poder de mercado de los operadores involucrados sea inferior al 10%, sería improbable una afectación al mercado.

La autoridad determinó que el análisis de los mercados relevantes, no evidencia que la concentración implique un cambio significativo en el mercado, una vez realizada la adquisición.

La autorización contiene varias recomendaciones que los operadores económicos deben cumplir en un plazo de 30 días.

7. APROBACIÓN CONDICIONADA EN LA COMPRA DE TONI



La Comisión de Primera Instancia de la Superintendencia condicionó la autorización para la compra del 87.37% de las acciones del Holding Tonicorp S.A. (Grupo Toni) por parte de ARCA Ecuador y The Coca Cola Company, al cumplimiento de ciertas recomendaciones realizadas por la Intendencia de Control de Concentraciones.

Las recomendaciones incluyen las siguientes:

- *Transparencia contractual*: los contratos deben establecer claramente las



#

ENERO-FEBRERO 2014

contraprestaciones recíprocas en los casos de comercialización de bebidas no alcohólicas.

- *Cláusulas de exclusividad:* ARCA no podrá imponer a sus clientes obligaciones dirigidas a evitar que estos adquieran, vendan o comercialicen bebidas no alcohólicas de la competencia, ya sean estas medidas a través de descuentos, ventajas u otras condiciones.
- *Compromiso de compras mínimas:* ARCA no podrá imponer a sus clientes condiciones de compras mínimas o la condición de adquirir cierto producto.
- *Acuerdos sobre productos de otros proveedores:* ARCA no podrá aplicar cláusulas que obliguen a los clientes a discontinuar, reducir o variar sus acuerdos con otros competidores.
- *Colocación de frigoríficos:* En relación a los equipos fríos en los cuales se mantiene las bebidas no alcohólicas, la Autoridad determinó que ARCA solamente podrá requerir el uso exclusivo para sus productos en los casos en los que ARCA provea gratuitamente el equipo y el cliente tenga otros equipos fríos para comercializar los productos de los demás competidores.

La Autoridad dispuso que la Intendencia de Control de Concentraciones realice el seguimiento y control de las recomendaciones en un término de 60 días.

8. APROBACIÓN CONDICIONADA EN LA COMPRA DE TESALIA Y TROPICAL



La Comisión de Primera Instancia de la Superintendencia condicionó la autorización para la compra del 100% de las acciones Tesalia Springs Company y Grupo Tropical, por parte de una compañía a ser constituida en Uruguay para ser la tenedora de tales acciones, misma que tendrá como accionista mayoritaria a CABCORP ECUADOR BEVERAGES COMPANY LLC, al cumplimiento de recomendaciones muy similares a las mencionadas respecto a la compra de Toni.

Las dos últimas concentraciones económicas mencionadas (Toni y Tesalia) son las primeras concentraciones resueltas por la Superintendencia, cuya aprobación ha sido subordinada al cumplimiento de condiciones.