

## EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-2016-031

**SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.-** D.M. Quito, 31 de octubre de 2016, 15h37.- **VISTOS:** El Superintendente de Control del Poder de Mercado designó al doctor Marcelo Ortega Rodríguez, Presidente de la Comisión, al doctor Agapito Valdez Quiñonez, Comisionado y al doctor Diego Jiménez Borja, Comisionado, mediante los actos administrativos correspondientes. Por encontrarse el expediente en estado de resolver, para hacerlo se considera:

**PRIMERO.- COMPETENCIA.-** La Comisión de Resolución de Primera Instancia (en lo sucesivo CRPI) es competente para conocer, aprobar, modificar o desestimar la propuesta de compromiso de cese, conforme a lo señalado en los artículos 89, 90 y 91 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante LORCPM), en concordancia con lo dispuesto en el artículo 117 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en lo posterior RALORCPM).

**SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL.-** La presente propuesta de compromiso de cese ha sido tramitada de conformidad con las disposiciones contenidas en la LORCPM y en su RALORCPM), observando para el efecto las garantías básicas del derecho al debido proceso y la seguridad jurídica contenidas en los artículos 76 y 82 de la Constitución de la República del Ecuador, no existiendo por lo tanto error, vicio o nulidad que declarar que hubiera influido en el presente expediente, por lo que expresamente se declara su validez.

**TERCERO.- DESTINARIO DE LA RESOLUCIÓN.-** Esta Resolución va dirigida al operador económico **LINDE ECUADOR S.A.**, persona jurídica de derecho privado que tiene como una de las actividades contenidas en su objeto social, actividades de envasado, distribución y producción de gases del aire para uso medicinal e industrial, comercialización y distribución de maquinarias y equipos para la industria metalúrgica, incluso partes y piezas, comercialización y distribución de equipo y mobiliario médico, incluso partes, piezas y materiales conexos, distribución y comercialización de electrodos para soldadura servicios especializados de salud. Tiene su domicilio en la avenida de los Shyris No. 334 y Eloy Alfaro, edificio parque central piso 8, oficina 801 de esta ciudad de Quito, República del Ecuador, identificada con el RUC No 0990021007001 y representada legalmente por el señor Patricio Cárdenas Cifuentes.

**CUARTO.- ORIGEN DE LA PETICIÓN.-** Patricio Cárdenas Cifuentes, en calidad de Representante Legal de **LINDE ECUADOR S.A.**, el 21 de junio de 2016, a las 12h08, presentó en la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (en adelante SCPM) una propuesta de compromiso de cese, sin que exista previa investigación o procedimiento en su contra por el presunto cometimiento de prácticas desleales.

**Manifiesta:** “[...] Linde ha venido fabricando y comercializando un producto que consiste en una mezcla de 30% de Oxígeno y 70% de Helio; el cual ha sido vendido a los Hospitales: “Hospital Pediátrico Baca Ortiz” y “Hospital Enrique Garcés”, “Carlos Andrade Marín” y “Solca - Núcleo Quito” Se adjunta copia de los contratos (Anexo No. 4) debidamente notariados, el producto ha sido suministrado como un Gas especial, tal y como fue solicitado en las licitaciones de las entidades demandantes del producto. Considerando que era un gas especial (mezcla de 30% de Oxígeno y 70% de Helio) y en virtud de lo anterior actuando de buena fe Linde Ecuador S.A no tramitó registro sanitario. Señala que: “[...] En la Cláusula Quinta del documento “En mi calidad de representante legal del operador económico Linde Ecuador SA, debidamente autorizado, acepto y reconozco que Linde ha comercializado el producto: mezcla de 30% de Oxígeno y 70% de Helio sin Registro Sanitario”.

**Declara:** “[...] En mi calidad de representante legal del operador económico Linde Ecuador S.A., declaro que al momento de suscribir esta propuesta y desde el día 21 del mes de mayo de 2016, Linde Ecuador S.A. ha dejado de comercializar la mezcla de 30% de Oxígeno y 70% de Helio, sin Registro Sanitario, como lo compruebo con el NOTA INTERNA (que adjunto notariado como Anexo No. 6) de fecha 20 de Mayo de 2016 en el que me dirijo a IVAN WILFRIDO PÁEZ CAMPOVERDE con la instrucción **de que ya no comercialice el producto que es el mercado relevante de compromiso de cese, comprometiéndome a no reincidir en la misma, para lo cual es el mercado relevante de compromiso de cese, comprometiéndome a no reincidir en la misma, (sic) para lo cual acepto que la Intendencia de Prácticas Desleales realice el seguimiento y control de cumplimiento correspondiente.**”

**QUINTO.- IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES QUE RESULTEN OBLIGADAS POR LOS COMPROMISOS DE CESE.-** Queda obligado por el presente Compromiso de Cese el operador económico LINDE ECUADOR S.A., persona jurídica de derecho privado con domicilio en la avenida de los Shyris No. 334 y Eloy Alfaro, edificio parque central piso 8, oficina 801 de esta ciudad de Quito, República del Ecuador, identificada con el RUC No 0990021007001 y representada legalmente por el señor Patricio Cárdenas Cifuentes.

#### **SEXTO.- ANTECEDENTES DEL PROCEDIMIENTO.-**

**6.1.-** El señor Patricio Cárdenas Cifuentes, en su calidad de representante legal del operador económico **LINDE ECUADOR S.A.**, 07 de junio de 2016, a las 16h23, presentó en la Secretaría General de la SCPM una propuesta de compromiso de cese, sin que conste la existencia previa de una investigación o procedimiento en su contra por el presunto cometimiento de prácticas desleales.

**6.2.-** Mediante providencia de fecha 23 de junio de 2016 las 14h05, la Comisión de Resolución de Primera Instancia resolvió: “... avocar conocimiento de la propuesta de compromiso de cese presentada por el operador económico **LINDE ECUADOR S.A.** En tal virtud la propuesta presentada es legal y reúne los requisitos formales **establecidos en el**

artículo 89 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, así como los puntualizados en el artículo 8 del Instructivo para la Gestión y Ejecución de los Compromisos de Cese en la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, contenida en la Resolución No. SCPM-DS-078-2015, por lo que se la admite a trámite la propuesta en referencia...” “2) Que continué la investigación principal que se sustancia en la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales...”. No obstante, cabe señalar que a la fecha no existía abierto algún expediente administrativo.

**6.3.** La Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales mediante Informe Técnico No.SCPM-IIPD-020-2016 informa a esta Comisión que:

**6.3.1.-** “[...] En fecha 6 de julio del 2016, la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales (en adelante IIPD) inició una investigación al operador económico LINDE ECUADOR S.A., de conformidad con lo dispuesto en los artículos 53 y siguientes de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en adelante (LORCPM); la conducta que la intendencia investiga es la prácticas desleal “violación de norma” establecida en el artículo 27 numeral 9 de la LORCPM, ya que Linde Ecuador S.A., según sus propias expresiones, no obtuvo el Registro Sanitario del producto mezcla 30% Oxígeno y 70% Helio, y por lo tanto, habría infringido el artículo 140 de la Ley Orgánica de la Salud.

Al respecto las normas presuntamente infringidas disponen:

“Art. 140.- Queda prohibida la importación, comercialización y expendio de productos procesados para el uso y consumo humano que no cumplan con la obtención previa de la notificación o registro sanitario según correspondo, salvo las excepciones previstas en esta Ley”.

“9.- Violación de normas.- Se considera desleal el prevalecer en el mercado mediante una ventaja significativa adquirida como resultado del abuso de procesos judiciales o administrativos o del incumplimiento de una norma jurídica, como sería una infracción de normas ambientales, publicitarias, tributarias, laborales, de seguridad social o de consumidores u otras; sin perjuicio de las disposiciones y sanciones que fuesen aplicables conforme a la norma infringida [...]”

**6.3.2.-** Con fecha 4 de julio de 2016 a las 14h56, la Intendencia procede a oficiar al Gerente de LINDE ECUADOR S. A., a fin de que remita el detalle de las ventas del producto mezcla de Oxígeno 30% y helio 70% a nivel nacional en el periodo 2011 -2016. Así como también si comercializa productos sustitutos a la mezcla de Oxígeno 30% y helio 70%, y el detalle de los concursos de compras públicos en los que haya participado la empresa **LINDE ECUADOR S. A.**, con el producto mezcla de Oxígeno 30% y helio 70% a nivel nacional en el periodo 2011 -2016.

**6.3.3.-** Con fecha 4 de julio de 2016 a las 14h55, la IIPD procedió a oficiar al Director de la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria del Ecuador, a fin de que remita el listado de los productos que cuenten con registro sanitario de gases y mezclas de gases utilizados en la industria farmacéutica de la empresa **LINDE ECUADOR S. A.**

**6.3.4.-** En fecha 12 de julio del 2016 a las 14h35 la IIPD mantuvo una reunión con el señor Álvaro José Calero Ruscher en su calidad de Gerente General de LINDE para la CAN y el doctor Marcelo Marín Sevilla en representación de LINDE ECUADOR S. A., de la cual se obtuvo información sobre la mezcla Oxígeno 30% y helio 70%, que fuera comercializada sin registro sanitario del periodo 2011 a mayo del 2016.

**6.3.5.-** Con oficio HBD.D.GEH.2016.0301, de fecha 14 de julio del 2016 a las 16:33, la Dra. Catalina Vásquez Gerente del Hospital Baca Ortiz remite el cuestionario propuesto por la IIDP, siendo las respuestas siguientes:

“1.-Cuál es el de la mezcla de gases (oxígeno 30% y helio 70%) para tratamiento terapéuticos?

La mezcla Helio-Oxígeno ha demostrado grandes beneficios en el grupo pediátrico.

El Helio mejora el flujo aéreo en pacientes con afección inflamatoria y obstructiva de la vía aérea superior e inferior asociado a terapia broncodilatadora y corticoesteroidal.

Sus principales indicaciones son: Laringitis aguda, Laringitis post extubación, Crisis Asmática moderada y severa.

2.-En las adquisiciones de esta mezcla de gases (oxígeno 30% y helio70%) de la empresa Linde Ecuador S.A. ha existido algún tipo de inconveniente que pueda afectar el bienestar de los pacientes?

No se ha reportado ningún evento adverso relacionado con la administración de la mezcla.

3.- ¿Cuáles son los productos sustitutivos de la mezcla de gases (oxígeno 30% y helio 70%) que tengan los mismos efectos médicos con sus respectivos precios referenciales?

No existe otra alternativa”.

**6.3.6.-** De la información remitida por el ARCSA se desprende que la mezcla de gases (oxígeno 30% y helio 70%), producida y comercializada en el Ecuador, por LINDE ECUADOR S.A., no cuenta con Registro Sanitario.

**6.3.7.-** Con oficio HBD.D.GEH.2016.0301, de fecha 14 de julio del 2016 a las 16:33, la Dra. Catalina Vásquez Gerente del Hospital Baca Ortiz remite el cuestionario propuesto por la IIDP, siendo las respuestas siguientes:

“1.-Cuál es el de la mezcla de gases (oxígeno 30% y helio 70%) para tratamiento terapéuticos?

La mezcla Helio-Oxígeno ha demostrado grandes beneficios en el grupo pediátrico.

El Helio mejora el flujo aéreo en pacientes con afección inflamatoria y obstructiva de la vía aérea superior e inferior asociado a terapia broncodilatadora y corticoesteroidal.

Sus principales indicaciones son:

Laringitis aguda, Laringitis post extubación, Crisis Asmática moderada y severa.

2.-En las adquisiciones de esta mezcla de gases (oxígeno 30% y helio70%) de la empresa Linde Ecuador S.A. ha existido algún tipo de inconveniente que pueda afectar el bienestar de los pacientes?

No se ha reportado ningún evento adverso relacionado con la administración de la mezcla.

3.- ¿Cuáles son los productos sustitutivos de la mezcla de gases (oxígeno 30% y helio 70%) que tengan los mismos efectos médicos con sus respectivos precios referenciales?

No existe otra alternativa”.

**6.3.8.-** Con oficio Nro. ARCSA-ARCSA-CCGTC-DTRSNSOYA-2016-2782-O de fecha 27 de julio del 2016, a las 15:46, suscrito por BQF. Edgar Raúl Recalde Posso Director Técnico de Registro Sanitario, Notificación Sanitaria Obligatoria y Autorizaciones (e), remite el listado de los productos que cuenten con registro sanitario de gases y mezclas de gases utilizados en la industria farmacéutica de la empresa **LINDE ECUADOR S. A.**

**6.3.9.-** De la información remitida por el ARCSA se desprende que la mezcla de gases (oxígeno 30% y helio 70%), producida y comercializada en el Ecuador, por **LINDE ECUADOR S.A.**, no cuenta con Registro Sanitario.

**6.3.10.** Con Oficio No. 73916 DE, ingresado mediante Secretaría General de la SCPM el 13 de julio del 2016 a las 12:21, suscrito por el Coronel Benjamín Núñez Director de SOLCA Núcleo Quito, remite el cuestionario propuesta por la IIPD, siendo las respuestas las siguientes:

“1.- ¿Cuál es el uso de la mezcla de gases (oxígeno 30% y helio 70%) para tratamientos terapéuticos?

#### OBSTRUCCIÓN RESPIRATORIA ALTA

- Causa inflamatoria: Edema subglótico postextubación /Angiodema. dema postradioterapia

- Causa mecánica: Estenosis subglótica

## OBSTRUCCIÓN RESPIRATORIA BAJA

- Asma
- Bronquiolitis

2. ¿En la adquisición de esta mezcla de gases (oxígeno 30% y helio 70%) de la empresa Linde Ecuador S.A. ha existido algún tipo de inconveniente que pueda afectar el bienestar de los pacientes?

No, ninguna.

3. ¿Cuáles son los productos sustitutos de la mezcla de gases (oxígeno 30% y helio 70%) que tengan los mismo efectos médicos con sus respectivos precios referenciales?

Ninguno”.

Finalmente la intendencia manifiesta que, “No se obtuvo información de los Hospitales Enrique Garcés y Carlos Andrade Marín.”

## **SEPTIMO.- FUNDAMENTOS LEGALES Y TÉCNICOS.-**

### **7.1.- Constitución de la República del Ecuador.-**

**Art. 66.- En sus numerales 15, 25 y 26, respecto a los derechos de libertad señala:** “[...] *el derecho a desarrollar actividades económicas, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental [...] el derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características [...] el derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental [...]*”.

**Art. 76.- Sobre las garantías básicas del derecho al debido proceso dice:** “[...] *En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:*

*1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.*

*2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.*

*7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:*

- a) *Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.*
- b) *Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.*
- c) *Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.*
- h) *Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.*
- j) *Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.*
- k) *Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.*
- l) *Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos [...]”.*

**Art. 213.- En relación a las Superintendencias prescribe:** “[...] *Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano. Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinará de acuerdo con la ley [...]”:*

**Art. 284.- Consagra los objetivos de la política económica al expresar:** “[...] **8.** *Propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes [...]”*

**Art. 304.- Establece que la política comercial tendrá como objetivo** “[...] **6.** *Evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado y otras que afecten el funcionamiento de los mercados [...]”.*

**Art. 335.- Prevé el intercambio y transacciones económicas** “[...] *El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional y establecer los mecanismos*

*de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio u oligopolio privado o de abuso de posición de dominio en el mercado, así como otras prácticas de competencia desleal [...]”.*

**Art. 336.- Determina que:** “[...] *El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley.*”

## **7.2.- Ley Orgánica de Regulación de Control del Poder de Mercado.-**

**Art. 89.- En relación a los compromisos dice:** “[...] *Hasta antes de la resolución de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el o los operadores económicos investigados, relacionados o denunciados podrán presentar una propuesta de compromiso por medio del cual se comprometen en cesar la conducta objeto de la investigación y a subsanar, de ser el caso, los daños, perjuicios o efectos que hayan producido, que produzcan o que puedan producir en el mercado relevante y en los consumidores sus prácticas anticompetitivas.*

*La Superintendencia de Control del Poder de Mercado tiene la facultad de suspender los términos y plazos del trámite hasta por ciento veinte días término para llegar a un compromiso, suspendiéndose los demás plazos previstos.*

*La propuesta de compromiso será aprobada, modificada o rechazada hasta en el término de cuarenta y cinco días, que decurren desde la fecha de presentación de la propuesta [...]”.*

**Art. 90.- Sobre la evaluación de la solicitud de compromiso indica:** “[...] *Para evaluar la solicitud de compromiso de cese, y en ejercicio de una facultad discrecional, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado tomará en consideración el cumplimiento concurrente de las siguientes condiciones:*

*1. Que la totalidad o una parte de los operadores económicos investigados efectúe un reconocimiento de todos o algunos hechos de la denuncia o de los cargos imputados. Dicho reconocimiento debe resultar verosímil a la luz de los medios de prueba que obren en el expediente principal o que hayan sido aportados por las partes en el marco del procedimiento de aprobación del compromiso de cese;*

*2. Que los operadores económicos investigados ofrezcan medidas correctivas que permitan verificar el cese de la práctica anticompetitiva denunciada y que garanticen que no serán reincidentes. Adicionalmente, podrán ofrecerse medidas complementarias que evidencien el propósito de enmienda de los infractores [...]”*

**Art. 91.- En cuanto a la resolución sobre compromisos establece:** “[...] *La Superintendencia de Control del Poder de Mercado se pronunciará mediante resolución motivada, aceptando, modificando o desestimando la propuesta de compromiso,*

*considerando para ello si la misma cumple debidamente con los alcances previstos en el artículo anterior. En caso de aceptarse el compromiso se tendrá por concluida la investigación o denuncia.*

*De no aceptarse el compromiso, se continuará con la investigación o denuncia. El hecho de que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado conozca o resuelva sobre un compromiso no constituye luego causal de recusación.*

*La resolución de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado sobre el compromiso contendrá:*

- 1. La identificación del compromiso;*
- 2. Las partes intervinientes;*
- 3. Los plazos de cumplimiento;*
- 4. Las demás condiciones acordadas.*

*Adicionalmente, esta resolución establecerá el compromiso de las partes involucradas de suministrar la información relativa al cumplimiento del compromiso y de la resolución con el fin de verificar su cabal cumplimiento en el plazo fijado por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado [...]*

**Art. 92.- Respecto al incumplimiento del Compromiso señala:** “[...] *En caso de incumplimiento del compromiso acordado, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado iniciará el proceso de ejecución y aplicación de las sanciones previstas en esta Ley y, de ser el caso, adoptará las medidas correctivas a que hubiere lugar [...]*”

**Art. 93.- En lo que se refiere a la modificación de condiciones de un compromiso estatuye:** “[...] *En caso de que las condiciones en el mercado relevante se modifiquen sustancialmente, el operador económico que asumió un compromiso conforme a este capítulo podrá solicitar a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado la revisión del compromiso acordado [...]*”

### **7.3.- Doctrina sobre el compromiso de cese.-**

**7.3.1.- En Colombia un estudio promovido por la OCDE señala:** “[...] *Procedimiento acordado de terminación anticipada.- La ley colombiana permite que la (SIC) ponga fin a una investigación si la parte denunciada realiza una “oferta de garantías” de que suspenderá o modificará la conducta por la cual está siendo investigada. La capacidad de acordar la terminación anticipada de un caso puede ser una herramienta útil para una autoridad de competencia, permitiéndole lograr un resultado en un caso aunque mantenga recursos escasos. No todos los países, sobre todo en Latinoamérica, proveen a sus*

*autoridades con esa capacidad. Parece, en cambio, que aunque este procedimiento se usa con frecuencia en Colombia, a veces no resulta efectivo. Además, las reglas que se aplican a los procedimientos de acuerdos no están claras, como ya se ha citado en la Sección 2.1, y al menos en una ocasión, el intento de la (SIC) de reglamentar este procedimiento fue anulado por los tribunales. Podría ser posible, por ejemplo, que un acuerdo de terminación anticipada requiera no sólo la terminación de la conducta ofensiva, sino que, cuando sea oportuno, también sea necesario que la parte infractora emprenda acciones firmes para rectificar el daño causado por la conducta y garantizar que no se repetirá. Tales compromisos deben efectivizarse, y el incumplimiento debe ser causa de multa. Además, debería ser posible que un acuerdo de terminación anticipada incluya una sanción para la parte infractora, nuevamente cuando proceda. Aparentemente estos procedimientos no son posibles con la actual ley colombiana. Con la modificación introducida por la Ley 1340/09, la declaratoria de incumplimiento de los compromisos dará lugar a una sanción por violación a las normas de competencia, que podrán incluir instrucciones orientadas a verificar el cese de las conductas investigadas [...]*”.

**7.3.2 - En la República del Perú, con resolución 39-2005-INDECOPI/CLC del 11 de julio de 2005, la Comisión de Libre Competencia aprobó un compromiso de cese sustentado en estos tres criterios:** “[...] (i) *Que la totalidad o una parte de los agentes económicos investigados efectúe un reconocimiento de todos o algunos de los cargos imputados en la resolución de admisión a trámite. Dicho reconocimiento debe resultar verosímil a la luz de los medios de prueba que obren en el expediente principal o que hayan sido aportados por las partes en el marco del procedimiento de aprobación del compromiso de cese.* (ii) *Que la conducta anticompetitiva imputada y reconocida por los agentes económicos investigados no haya causado (o no cause) una grave afectación al interés económico general. Para tal efecto, se tomará en cuenta los efectos en el bienestar económico, para lo que se considerará el tamaño del mercado relevante, la duración de la conducta, el bien o servicio objeto de la conducta, el número de empresas o consumidores afectados, entre otros factores.* (iii) *Que los agentes económicos investigados ofrezcan medidas correctivas que permitan verificar el cese de la práctica anticompetitiva denunciada y que garanticen que no habrá reincidencia. Adicionalmente, podrán ofrecerse medidas complementarias que evidencien el propósito de enmienda de los infractores [...]*”

#### **7.4.- Consideraciones técnicas.-**

**7.4.1.-** Hay que concebir a la propuesta de compromiso de cese como un ofrecimiento de detener la conducta anticompetitiva como respuesta al emplazamiento formulado por la autoridad a cambio de la suspensión del procedimiento administrativo iniciado. Un “Compromiso de Cese” es una forma rápida y eficiente para terminar las investigaciones, evitar sanciones, y reestablecer la competencia. Cuando el operador económico sabe que ha incurrido en una de las conductas sancionadas, puede comparecer ante la Comisión de

Resolución de Primera Instancia para reconocer todos o parte de los hechos, ofrecer el cese de tales hechos o conducta y proponer las medidas de corrección o subsanación.

**7.4.2.-** En el presente caso, se advierte que existe un Informe Técnico remitido por el abogado Marlon Roberto Vinueza, Intendente de Investigación de Prácticas Desleales, enviado con memorando número No.SCPM-IIPD-2016- 058-M de 05 de agosto de 2016, al que se adjunta el Informe No.SCPM-IIPD-020-2016, y su correspondiente alcance con Informe SCPM-IIPD-7-2016 de 12 de octubre de 2016, en los cuales se realiza un análisis del Compromiso de Cese presentado por el operador económico **LINDE ECUADOR S.A.**

#### **OCTAVO.- CONSIDERACIONES Y ANALISIS DE LAS CAUSA Y EFECTOS DE LA PROPUESTA DE COMPROMISO DE CESE.-**

**8.1.-** El 07 de junio de 2016, a las 16h23, presentó en la Secretaría General de la SCPM una propuesta de compromiso de cese, sin que conste la exista previa de una investigación o procedimiento en su contra por el presunto cometimiento de prácticas desleales.

**8.2.-** La Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales inició una investigación al operador económico **LINDE ECUADOR S.A.**, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 53 y siguientes de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en adelante (LORCPM); la conducta que la intendencia investiga es la prácticas desleal “violación de norma” establecida en el artículo 27 numeral 9 de la LORCPM, ya que Linde Ecuador S.A., según sus propias expresiones, no obtuvo el Registro Sanitario del producto mezcla 30% Oxígeno y 70% Helio, y por lo tanto, habría infringido el artículo 140 de la Ley Orgánica de la Salud.

Al respecto las normas presuntamente infringidas disponen:

"Art. 140.- Queda prohibida la importación, comercialización y expendio de productos procesados para el uso y consumo humano que no cumplan con la obtención previa de la notificación o registro sanitario según correspondo, salvo las excepciones previstas en esta Ley".

"9.- Violación de normas.- Se considera desleal el prevalecer en el mercado mediante una ventaja significativa adquirida como resultado del abuso de procesos judiciales o administrativos o del incumplimiento de una norma jurídica, como sería una infracción de normas ambientales, publicitarias, tributarias, laborales, de seguridad social o de consumidores u otras; sin perjuicio de las disposiciones y sanciones que fuesen aplicables conforme a la norma infringida”.

**8.3.-** De la información remitida por el ARCSA se desprende que la mezcla de gases (oxígeno 30% y helio 70%), producida y comercializada en el Ecuador, por **LINDE ECUADOR S.A.**, no cuenta con Registro Sanitario.

**8.4.-** La CRPI., procede analizarla las respuestas remitidas por la Dra. Catalina Vásquez Gerente del Hospital Baca Ortiz, en cuanto al cuestionario propuesto por la IIDP; así mismo se analiza las respuestas remitidas por el Coronel. Benjamín Núñez Director de SOLCA Núcleo Quito, manifestando en lo principal que “No se ha reportado ningún evento adverso relacionado con la administración de la mescal.”. “No Ninguna”. Finalmente la intendencia manifiesta que, “No se obtuvo información de los Hospitales Enrique Garcés y Carlos Andrade Marín.”

**8.5.-** Del informe técnico, el operador económico **LINDE ECUADOR S.A.**, hace un reconocimiento voluntario y expreso de haber cometido la práctica desleal de “violación de norma” al fabricar y comercializar oxígeno 30% y helio 70% sin registro sanitario, conforme lo dispuesto en el Acápite V del compromiso de cese, establecido en el artículo 90 numeral 1 de la LORCPM, en concordancia con el artículo 116 del RALORCPM, sin que haya existido al momento de su presentación una investigación o denuncia previa.

**8.6.-** Del informe No.SCPM-IIPD-2016 058-M de 05 de agosto de 2016, presentado por la Intendencia, no queda clara la determinación del importe de subsanación y el análisis de sustituibilidad dentro del mercado relevante del producto en estudio, por lo que es necesario que la IIPD, realice una investigación más exhaustiva en este sentido, en concordancia con lo prescrito por el número V, numeral 5 del literal d) del artículo 10 la Resolución No. SCPMDS- 078 del 19 de noviembre del 2015 y constante en el RO No. 651 del 17 de diciembre del 2015.

**8.7.-** El 8 de agosto de 2016, a las 11h15, esta Comisión resolvió: “[...]1. Acoger parcialmente el Informe Técnico remitido a esta Comisión por la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, a través del memorando No.SCPM-IIPD-2016 058-M de 05 de agosto de 2016, suscrito por el abogado Marlon Roberto Vinuesa, Intendente de Investigación de Prácticas Desleales, al que se adjunta el Informe No.SCPM-IIPD-020-2016; 2.- Conceder el término de diez (10) días al operador económico **LINDE ECUADOR S.A.**, contados desde que reciba la presente notificación, para que presente ante esta Comisión el Compromiso de Cese Modificado [...]”.

**8.8.-** Con Informe SCPM-IIPD-2016-26 de 01 de septiembre de 2016, suscrito por el economista Alfredo Bermeo Valdivieso, Director de Nacional de Investigación de Prácticas Desleales, remite a esta Comisión “[...] El importe de subsanación correspondiente al 0,5% de las ventas en el mercador relevante es de \$ 51.960,61 USD; este valor no contempla descuento debido a que el operador económico al momento de la presentación del compromiso de cese no se encontraba dentro de ningún expediente y por lo cual no se encontraba en ninguna fase de investigación, como lo establece el artículo 17 de la Resolución No. SCPM-DS-078-2015 “Para los expedientes en los cuales exista un solo operador económico procesado, éste se hará beneficiario del primer nivel de descuento si lo

*solicita en la fase de investigación preliminar, el segundo en la fase de investigación y el tercer nivel previo a la resolución de la CRPI”.*

**8.9.-** El operador económico **LINDE ECUADOR S.A.**, no presentó una nueva propuesta de Compromiso de Cese Modificado en el término concedido por esta Comisión en la decisión adoptada de 08 de agosto de 2016, a las 11h15, sino que mediante escrito recibido en la Secretaría General de la SCPM, el 21 de septiembre de 2016, a las 16h14, refiriéndose a la providencia de 15 de septiembre de 2016, a las 16h00, declara: “[...] *Dentro del término concedido y en relación a la parte dispositiva 3), literal i) de la providencia citada en el párrafo anterior, Linde Ecuador expresa su conformidad con el monto del importe de subsanación determinado por la Intendencia USD 51.960,61 [...]*”.

**8.10.-** Mediante Informe de Alcance a la propuesta de Compromiso de Cese No. SCPM-IIPD-2016 de 12 de octubre de 2016, suscrito por el abogado Marlon Vinueza Armijos, Intendente de Investigación de Prácticas Desleales, en cuya parte pertinente manifiesta: “[...] *esta dependencia considera factible, cambiar la medida correctiva sugerida inicialmente, y en su defecto, proponer una complementaria a más de las ya sugeridas en el informe que precede al presente, la cual consistiría en dos Seminarios de Capacitación referente a Competencia, cuya temática será desarrollada por la Intendencia de Prácticas Desleales y entregados al operador económico para que organice los seminarios; uno en la ciudad de Guayaquil y uno en la ciudad de Quito. Al respecto, cabe mencionar que los temas tratados y las sugerencias realizadas fueron aceptados por el operador económico, reiterando su deseo de celebrar lo más pronto posible el Compromiso de Cese [...]*”.

**NOVENO RESOLUCIÓN OPERATIVA .-** La Comisión de Resolución de Primera Instancia en uso de las atribuciones establecidas en el artículo 91 de la Ley Orgánica de Regulación de Control del Poder de Mercado y 117 de su Reglamento de Aplicación de la LORCPM

#### **RESUELVE:**

**1. ACOGER** parcialmente el Informe Técnico de compromiso de cese No.SCPM-IIPD-020-2016 de 05 de agosto de 2016 y su respectivo alcance No. SCPM-IIPD-7-2016 de 12 de octubre de 2016, remitido por la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales (S), respecto de la propuesta de compromiso de cese presentado por el operador económico **LINDE ECUADOR S.A.**, 07 de junio de 2016, a las 16h23.

**2. ACEPTACIÓN.-** La Comisión de Resolución de Primera Instancia en uso de las atribuciones establecidas en el artículo 91 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y su Reglamento, **ACEPTA** la solicitud de compromiso de cese planteado por el operador económico **LINDE ECUADOR S.A.**, a condición del cumplimiento de todas las medidas correctivas, medidas complementarias y el pago del importe de subsanación.

**3. SUBSANACIÓN ECONÓMICA.-** El operador económico **LINDE ECUADOR S.A.**, deberá pagar por concepto de importe de subsanación la cantidad de **USD 51.960,61 (CINCUENTA Y UN MIL NOVECIENTOS SESENTA DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA, CON 61/100 CENTAVOS)**

#### **4. MEDIDAS CORRECTIVAS:**

El operador económico **LINDE ECUADOR S.A.**, deberá cumplir obligatoriamente con las siguientes medidas correctivas:

**4.1.-** No comercializar la mezcla 30% Oxígeno y 70% Helio sin registro sanitario.

**4.2.-** Abstenerse de reincidir en las conductas descritas en presente compromiso de cese.

#### **5.- MEDIDAS COMPLEMENTARIAS:**

**5.1.-** Efectuar un seminario taller dirigido a las entidades usuarias de producto mezcla 30% oxígeno y 70% Helio, en el cual se informe sobre los usos y beneficios de este producto, indistintamente de la marca con la que se comercialice.

**5. 2.-** Entrenar al personal médico de las clínicas; y hospitales acerca de los usos que puede tener el producto mezcla 30% oxígeno y 70% Helio y su modo de uso, indistintamente de la marca con la que se comercialice.”

**5. 3.-** Realizar dos Seminarios de Capacitación referente a Competencia, cuya temática será desarrollada por la Intendencia de Prácticas Desleales y entregados al operador económico para que organice los seminarios; uno en la ciudad de Guayaquil y uno en la ciudad de Quito.

#### **6.- PLAZOS DE CUMPLIMIENTO.**

**6.1.** El cumplimiento de las medidas correctivas y complementarias se definirá en el término máximo de 30 días desde la aprobación y suscripción del compromiso de cese.

**6.2.** El pago del importe económico de subsanación, detallado en el ordinal 3 del numeral noveno de esta resolución, deberá ser cancelado por el operador económico **LINDE ECUADOR S.A.**, en el término de quince (15) días, contados a partir de la notificación de la presente Resolución. Valores que serán depositados en la cuenta corriente No 7445261 del Banco del Pacífico, a nombre de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

**6.3.-** Se dispone que la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, en el término cinco (5) días de suscrito el presente compromiso de cese, elabore conjuntamente con el operador económico **LINDE ECUADOR S.A.**, el cronograma de cumplimiento de las medidas correctivas y medidas complementarias.

**6.4.-**Una vez que el operador económico cumpla con las medidas correctivas, complementarias y el pago del monto de subsanación, se dispondrá el archivo del expediente investigación principal que se sustancia en la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales signado con el No **SCPM-IIPD-2016-024**.

#### **7. RÉGIMEN DE VIGILANCIA DE CUMPLIMIENTO DEL COMPROMISO.-**

Se dispone que la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales: **i)** supervise permanentemente que el operador económico **LINDE ECUADOR S.A.**, cumpla con las medidas correctivas y medidas complementarias contenidas en el compromiso de cese aceptado por esta Comisión. **ii)** informe a esta Comisión si el operador económico cumplió o no con las medidas y condiciones establecidas en el compromiso de cese aceptado, **(iii)** informe a la CRPI que ha verificado el cumplimiento del compromiso de cese a efectos del archivo del expediente, **iv)** verificado el cumplimiento del compromiso de cese por parte del operador económico **LINDE ECUADOR S.A.**, se lo excluirá del expediente de investigación principal signado con el No **SCPM-IIPD-2016- 024**.

#### **8. PUBLICIDAD DEL COMPROMISO.-**

Se dispone que una vez ejecutoriada la presente decisión, el operador económico **LINDE ECUADOR S.A.**, a través de su representante legal comparezca el día jueves 17 de noviembre de 2016, a las 10h30, a recibir personalmente una copia certificada de la presente resolución, acto del cual se dejará la constancia procesal correspondiente.

Actúe en calidad de Secretario Ad-hoc de la Comisión el abogado Christian Torres Tierra.  
**NOTIFIQUESE, CÚMPLASE Y PUBLÍQUESE.-**

Dr. Marcelo Ortega Rodríguez  
PRESIDENTE

Dr. Agapito Valdez Quiñonez  
COMISIONADO

Dr. Diego Jiménez Borja  
COMISIONADO