



**EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-001-2020**

**SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.-  
COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.-** D.M. Quito, 4 de agosto de 2020 a 12h30.-

**VISTOS**

- [1] La Resolución No. SCPM-DS-2019-040, mediante la cual el Superintendente de Control del Poder de Mercado designó al Mgs. Marcelo Vargas Mendoza Presidente de la Comisión, al Mgs. Jaime Lara Izurieta Comisionado, y al Mgs. José Cartagena Pozo Comisionado.
- [2] Las acciones de personal Nos. SCPM-INAF-DNATH-300-2019-A, SCPM-INAF-DNATH-299-2019-A y SCPM-INAF-DNATH-295-2019-A, correspondientes al Mgs. Marcelo Vargas Mendoza Presidente de la Comisión, al Mgs. Jaime Lara Izurieta Comisionado, y al Mgs. José Cartagena Pozo Comisionado, respectivamente.
- [3] El acta de la sesión extraordinaria del pleno de la Comisión de Resolución de Primera Instancia (en adelante "CRPI") de 05 de junio de 2020, mediante la cual se designó al Abogado Omar Poma secretario Ad-hoc de la CRPI.
- [4] La Comisión de Resolución de Primera Instancia en uso de sus atribuciones legales para resolver considera:

**1. IDENTIFICACIÓN DE LA AUTORIDAD COMPETENTE**

- [5] A la CRPI le compete conocer y resolver el presente caso, de conformidad con lo señalado en los artículos 36 y 38, numeral 2, de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante "LORCPM"), artículo 58 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante "RLORCPM"), y el artículo 16 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (en adelante "SCPM").

**2. IDENTIFICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO**

- [6] El procedimiento es el determinado en los artículos 16 a 19 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM.

**3. IDENTIFICACIÓN DE LOS OPERADORES ECONÓMICOS INVOLUCRADOS**

**3.1. Denunciante**

- [7] **NOVARTIS ECUADOR S.A.** (en adelante "NOVARTIS"), titular del Registro Único de Proveedores No. 1790233332001, con domicilio principal ubicado en la Provincia de



Pichincha, ciudad de Quito, Avenida Amazonas e Unión Nacional de Periodistas N37-29, Ciudadela Ñaquito, edificio Eurocenter, segundo piso, representado legalmente por el señor Francisco Javier Gabela Baquero, en calidad de Presidente de Directorio de dicho operador económico, con correo electrónico [monica.vaca@novartis.com](mailto:monica.vaca@novartis.com)

### 3.2. Denunciados

- (i) **COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A.** (en adelante “CUPHARMA”), titular del Registro Único de Proveedores No. 0993010596001, con domicilio tributario en la Provincia del Guayas, ciudad de Guayaquil, ciudadela Guayacanes, calle SN, número 20 e intersección 81, representada legalmente por su Gerente General, el señor Santiago Manuel Bautista Medina, con correo electrónico [cuppharma@gmail.com](mailto:cuppharma@gmail.com).
- (ii) **MERCATTI S.A. MERCATTISA** (en adelante **MERCATTISA**), con Registro Único de Proveedores 099248983900, con domicilio principal ubicado en la Provincia del Guayas, ciudad de Guayaquil, Avenida Rodrigo de Chávez, Edificio Corporativo 3, piso 107, representada legalmente por su Gerente General, el señor Christian Ulich Peña, con correo electrónico [mercatti.financierocontable@gmail.com](mailto:mercatti.financierocontable@gmail.com).
- (iii) **JAIME JOSÉ GERARDO GUTIÉRREZ GONZÁLEZ LABORATORIOS GUTIÉRREZ** (en adelante “**LABORATORIOS GUTIERREZ**”), fue excluido del expediente conforme lo dispuesto en el Informe de Formulación de cargos (id 136356).

### 4. VALIDEZ DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

[8] Mediante el Informe Final de Investigación de 02 de enero de 2020 la INICAPMAPR indicó lo siguiente:

“(…)

*15.8. Finalmente, conforme se desprende del Informe de Verdad Procesal No. SCPM-INICAPMAPR-DNICAPR-VP-001, de fecha 24 de diciembre de 2019, con número de trámite ID 1530049, agregado en providencia de 27 de diciembre de 2019 a las 17h15, conforme el expediente administrativo, en sus versiones física y electrónica, foliatura y de la documentación se desprende que: De (sic) las providencias de 2 de agosto de 2018 a las 13h10, 18 de septiembre de 2018 a las 11h50, ID: 113313; 12 de diciembre de 2018 a las 15h30; y, 19 de diciembre de 2018 a las 11h00, ID: 120992, no se encuentran las razones de*

*notificación y/o medios de verificación de la debida notificación a ninguna de las partes procesales.*

*(...)*”

- [9] Mediante providencia de 06 de enero de 2020 expedida por la CRPI a las 14h20, se dispuso lo siguiente:

*“(...*

***TECERO.- SOLICITAR a la Intendencia General Técnica que disponga a la Dirección Nacional de Control de Expedientes, realice la revisión del expediente administrativo No. SCPM-IIAPMAPR-014-2018, y remita informe procesal y corroboración documental del expediente digital y físico a la CRPI en un término de siete (7) días.***

*(...)*”

- [10] El 14 de enero de 2020 la Dirección Nacional de Control Procesal presentó el Reporte No. SCPM-IGT-DNCP-001-2020-RS, mediante el cual indicó lo siguiente:

*“(...*

### ***7.3. DOCUMENTO FALTANTE***

*- A foja 73, no constan los medios de verificación de la providencia de 19 de diciembre de 2018 a las 11h00.*

*A foja 102, no existen los medios de verificación de notificación de la providencia de 11 de junio de 2019*

*(...)*

### ***7.4. DOCUMENTO NO GENERADO***

*- De fojas 726 a 727, no se encuentra sentada la razón de notificación de la providencia de 12 de diciembre de 2018 a las 15h30 con ID 121219.*

*(...)*

### ***7.7. INCUMPLIMIENTO DE DISPOSICIÓN***

*(...)*

*- A foja 232, en la razón de 13 de julio de 2018 con ID 114351, no consta notificación al operador económico MERCATTI S.A. (MERCATTISA).*



(...)”

[11] Una vez consultado el expediente, la CRPI encuentra lo siguiente:

- La providencia de 13 de julio de 2018 expedida por la Intendencia a las 15h40, sí fue notificada al operador económico **MERCATTISA**, como consta en el medio de verificación que obra a foja 478 del expediente digital.
- La providencia de 2 de agosto de 2018 expedida por la Intendencia a las 13h10, sí fue notificada de conformidad con la razón sentada por el Secretario de Sustanciación Ad Hoc obrante a foja 719. Si bien no constan los medios de verificación, el Secretario de Sustanciación Ad Hoc certifica su notificación a correos electrónicos que menciona en la razón.
- La providencia de 18 de septiembre de 2018 expedida por la Intendencia a las 11h50, dispuso agregar a la parte reservada del expediente el acta y el CD relacionados con la reunión de trabajo celebrada el 14 de septiembre de 2018 entre el denunciante y la Intendencia. Si bien no consta en el expediente los medios de verificación o razón de notificación, la providencia se expidió bajo la forma de “**CÚMPLASE**”. Por tal razón, no fue notificada por el Secretario de Sustanciación Ad Hoc.

No obstante lo anterior, de pensarse que la providencia debió ser notificada, su omisión no genera problemas de validez del procedimiento administrativo, ya que los denunciados sabían de la realización de la reunión de trabajo porque fueron notificados de la providencia de 10 de septiembre de 2018 expedida a las 12h25, mediante la cual la Intendencia convocó al denunciante a la reunión de trabajo el 14 de septiembre de 2018.

Además, dicha acta no fue reproducida como prueba en la providencia de 05 de diciembre de 2019 expedida a las 11h30. Tampoco fue tomada como prueba actuada en el acápite 11 del Informe Técnico denominado “PRUEBAS PRESENTADAS Y ACTUADAS DURANTE EL TÉRMINO DE PRUEBA Y SU VALORACIÓN LEGAL”.

- La providencia de 12 de diciembre de 2018 expedida por la Intendencia a las 15h30, dispone que se agregue al expediente “confidencial” el acta y el CD relacionados con la reunión de trabajo celebrada el 12 de diciembre de 2018 donde participó el operador económico **CUPHARMA** y la Intendencia. Pese a que dicha providencia era de “**CÚMPLASE**” el Secretario la notificó a los denunciados. Si bien no se sentó la razón de notificación sí constan los medios de verificación de la notificación (fojas 1413 a 1416 del expediente digital).



- La providencia de 19 de diciembre de 2018 expedida a las 11h00 tiene la orden de **CÚMPLASE** y no de **NOTIFÍQUESE**. Esa fue la razón de la no notificación por parte del Secretario de Sustanciación Ad Hoc.

En esta providencia se agregó al expediente el Oficio Nro. SERCOP-SDG-2018-0906-OF de 11 de diciembre de 2018, presentado el 13 de diciembre de 2018 a las 10h15 y signado con número de ID 120442.

Si bien debió ser una providencia de **NOTIFÍQUESE** y **CÚMPLASE**, y así ser notificada a las partes por el Secretario de Sustanciación Ad Hoc, se observa que el mencionado oficio del SERCOP no fue tenido como prueba y, por lo tanto, no influyó en el contenido del Informe Final expedido por la Intendencia. Esto se evidencia en que: (i) No fue reproducido como prueba en la providencia de 05 de diciembre de 2019 expedida a las 11h30; (ii) En el Informe final de la Intendencia dicho oficio no fue enlistado en el acápite 11 denominado “**PRUEBAS PRESENTADAS Y ACTUADAS DURANTE EL TÉRMINO DE PRUEBA Y SU VALORACIÓN TÉCNICA LEGAL**”; y (iii) En el informe final de la Intendencia se advirtió que dicho oficio no guarda relación con el objeto de investigación por parte de la intendencia, así:

“(…)

***7.7. Escrito y anexo, remitido por el Servicio nacional de Contratación Pública, ingresado el 13 de diciembre de 2018 a las 10h15 y signado con el número de trámite ID 120442, solicitados en el ordinal tercero literal b, de la providencia de 20 de noviembre de 2019 a las 10h00.***

*La información remitida por parte del ente de contratación pública versa en lo principal, sobre los procesos de contratación pública en los cuales haya participado el operador NOVARTIS ECUADOR S.A., con el objeto de adquisición del medicamento llamado “EL TROMBOPAG”, que para la conducta que se investiga y las indagaciones realizadas por esta autoridad, no guarda relevancia con el objeto de las mismas.*

(…)”

- La providencia de 11 de junio de 2019 (foja 2001 del expediente digital) sí fue notificada a las partes, tal y como se muestra en los medios de verificación obrantes a fojas 2007 a 2021 del expediente digital.

[12] De conformidad con lo anteriormente mencionado, la CRPI no encuentra vicios de invalidez dentro del procedimiento sustanciado por la INICAPMAPR.



- [13] Además, es importante advertir que en los esquemas procedimentales y procesales no se sacrificará el fondo del asunto por las meras formalidades. El artículo 169 de la Constitución Nacional instauro dicho principio así:

*“Art. 169.- El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.”*

## 5. DESARROLLO DE LOS ANTECEDENTES DEL EXPEDIENTE.

- [14] El 11 de junio de 2018 a las 11h43, el operador económico **NOVARTIS** presenta denuncia con sus anexos en la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, signada con el número de trámite Id 92277.
- [15] Mediante providencia de 14 de junio de 2018 a las 17h00, el Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, dispone:

*"(...) por cuanto la denuncia referida requiere ser aclarada y/o completada de acuerdo a lo establecido en el artículo 54 literal f) de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado (LORCPM); de conformidad a lo establecido en el artículo 55 de la LORCPM y 60 de su Reglamento de Aplicación, se concede el término de tres (3) días contados a partir de la notificación de la presente providencia, a fin de que se aclare y complete la denuncia (...)." (Negrita y subrayado por fuera de texto).*

- [16] Con fecha 15 de junio de 2018, el operador económico **NOVARTIS ECUADOR S.A.**, encontrándose dentro del término otorgado por la autoridad competente, completa la denuncia, escrito signado con Id 93926.
- [17] Mediante providencia de 18 de junio de 2018 a las 09h05, el Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, dispone:

*"(...) a) Avoco conocimiento de la denuncia de fecha 08 de junio de 2018 a las 11h43, ingresada por en la Secretaría General de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado (SCPM) (...) c) Córrese traslado con el contenido de la denuncia a los operadores económicos: 1.- COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A., a quien se le notificará en la ciudad de Guayaquil en la Av. Olmos 668 y Calle Avilés en el Barrio "Lomas de Urdesa" y al correo electrónico fbermeo@yahoo.es; 2.- MERCATTI S.A. MERCATTISA, a quien se le notificará en la ciudad de Guayaquil, en la Av. Rodrigo de Chávez, en la ciudadela "Ciudad Colón" en el "Parque Empresarial Colón", Edificio Empresarial 4, y al correo fbermeo@yahoo.es y mercatti\_ventas@hotmail.com; y, 3.- Jaime José Gerardo*



*Gutiérrez González LABORATORIOS GUTIÉRREZ, en la ciudad de Quito en las direcciones Jorge Drom 9-14 y Av. Gaspar de Villarroel ("La Concepción") y en "Las aceitunas" E5162 y Av Eloy Alfaro, sector Carcelén (...)."*

- [18] Por medio de providencia de 10 de julio de 2018 a las 10h15, el Intendente Nacional de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, dispuso:

*"(...)*

*b) Notifíquese, al operador económico COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A., a la dirección de correo electrónico cuppharma@gmail.com, para que nos proporcione la dirección domiciliaria correcta y de esta manera correr traslado de la denuncia presentada por NOVARTIS ECUADOR S.A., para que CUPPHARMA S.A., pueda presentar sus explicaciones en el término de quince (15) días contados a partir de la notificación de la presente providencia; (...)."*

- [19] El 25 de julio de 2018, la Dirección Nacional de Investigación y Control de Acuerdos y Prácticas Restrictivas presentó el Informe de Análisis de las Explicaciones No. SCPM-INICAPMAPR-DNICAPR-0003-2018, signado con el número de trámite Id 102614.

- [20] El 25 de julio de 2018 a las 16h00, la Intendencia Nacional de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, emitió la Resolución de apertura de la investigación formal dentro del expediente administrativo No SCPM-IIAPMAPR-014-2018.

- [21] Con providencia de 01 de agosto de 2018 a las 13h10, la Intendencia Nacional de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, ordena:

*"(...) PRIMERO: Agréguese al expediente y téngase en cuenta el Memorando SCPM-CRPI-2018-0429, de 31 de julio de 2018, ingresado al expediente No. SCPM-IIAPMAPR-0014-2018, a través de movimiento interno No. 101919 el 02 de agosto de 2018, mediante la cual, la Comisión de Resolución de Primera Instancia puso en conocimiento de esta Dirección Nacional de Investigación y Control Acuerdos y Prácticas Restrictivas, el contenido de la providencia de 31 de julio de 2018 a las 10h57, dentro del expediente SCPM-CRPI-035-2018, en la misma que se resuelve sobre las medidas preventivas solicitadas por el operador económico NOVARTIS ECUADOR S.A., de la siguiente forma: "(...) RESUELVE: 1. ACOGER parcialmente el informe SCPM-IGT-INICAPMAPR-001-2018, de 12 de julio de 2018, suscrito por el Dr. Marcelo Blanco Dávila, Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, remitido mediante memorando SCPM-IGT-INICAPMAPR-005-M, de 13 de julio de 2018 en el que se recomienda que no se adopten medidas preventivas solicitadas, por las razones expuestas en el mencionado informe. 2. NO ADOPTAR las medidas preventivas solicitadas por*



*el operador económico NOVARTIS ECUADOR S.A., en contra de los operadores económicos a) COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A.; b) MERCATTI S.A. MERCATTISA; c) JAIME JOSÉ GERARDO GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, por la adquisición del medicamento ELTROMBOPAG por parte del Hospital Teodoro Maldonado Carbo (...)"*

- [22] A través de providencia de 13 de agosto de 2018 a las 09h35, emitida por Intendencia Nacional de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, se dispuso:

*"(...) remítase atento oficio al SERVICIO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA - SERCOP, a fin de que en el término de diez (10) días contados a partir de la notificación de la presente providencia, remita mediante informe y anexos respectivos a este organismo técnico de control lo siguiente: 1) En virtud de que se han identificado presuntas irregularidades y vinculaciones en el proceso de Subasta Inversa Electrónica No. SIE-HTMC-105-2018, en el que han participado los proveedores MERCATTI S.A. MERCATTISA y COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A., solicitamos nos proporcionen las direcciones IP con las que los operadores económicos mencionados han participado y/o pujado en el proceso de contratación pública SIE-HTMC-105-2018; 2) En caso de compartir la misma dirección IP, remitirnos un informe de riesgos; 3) Información relacionada de los procedimientos de contratación pública en donde han participado y/o adjudicado dichos proveedores; 4) Direcciones IP de las ofertas y pujas de los procedimientos; 5) Detalle de los accionistas y su participación en la (sic) empresas; 6) Historia del Registro Único de Proveedores-RUP; y, 7) Información del Servicio de Rentas Internas. (...)"*

- [23] El 21 de agosto de 2018 el Servicio Nacional de Contratación Pública (en adelante "SERCOP"), remitió el Oficio No. SERCOP-SDG-2018-0600-OF, con sus respectivos anexos, ingresado a la Secretaría General de la SCPM el 27 de agosto de 2018, signado con el Id 110435, en respuesta a la providencia descrita en el numeral anterior.

- [24] Asimismo, el Servicio de Rentas Internas respondió a dicha providencia mediante oficio No. 117012018OSTR019055, de 20 de agosto de 2018 e ingresado en la Secretaría General de la SCPM el 24 de agosto de 2018, signado con el Id 110375.

- [25] Por medio de providencia de 20 de noviembre de 2018 a las 10h00, la Intendencia Nacional de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, dispuso:

*"(...) remítase atento oficio a) Al Dr. JAIME JOSÉ GERARDO GUTIÉRREZ GONZÁLEZ N (sic) LABORATORIOS GUTIÉRREZ" a fin de que certifique si la compañía COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN*

*INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A., es o no su distribuidor autorizado y remita copia certificada de todas las facturas de venta emitidas a nombre de COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A. (...)"*

- [26] Mediante providencia de 14 de enero de 2019 a las 11h30, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, se resolvió lo siguiente:

*"(...)*

*iv. RESOLUCIÓN: (...) ampliar la fase de investigación formal por el plazo adicional de (160) días, contados a partir de la notificación del fenecimiento de los primeros 180 días de la presente etapa de investigación (...)"*

- [27] Ampliación de plazo que fue autorizada previamente por la Intendencia General Técnica de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, mediante documento signado con Id No. 122172, en respuesta al Memorando No. SCPM-INICAPMAPR-002-2019 de 07 de enero de 2019, signado con el número de trámite Id 121929, remitido por el Intendente Nacional de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas.
- [28] A través de providencia de 10 de junio de 2019 a las 08h30, la Intendencia Nacional de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, ordenó:

*"(...) OFÍCIESE y SOLICÍTESE a uno de los señores Jueces de Garantías Penales de Turno de la Jurisdicción que corresponda, para que autorice y ordene el allanamiento, descerrajamiento de las seguridades y extracción de información de los servidores, retención de documentos e información relacionada, así como libros, copias de la correspondencia física y virtual relacionados con la presunta infracción que se encuentra en investigación para Jo (sic) cual se realizará la diligencia en el inmueble: **COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL (CUPPHARMA S.A.) y MERCATTI S.A. ubicado en la AV. RODRIGO DE CHÁVEZ SL 6 MZ 274, CIUDADELA COLON PARQUE EMPRESARIAL COLÓN, EDIFICIO EMPRESARIAL/CORPORATIVO, OFICINA 101 JUNTO AL SUPERMAXI DE CIUDAD COLON;** b) *Sírvase contar para el efecto de la presente diligencia con el señor Jefe de Policía Judicial del distrito correspondiente."**

- [29] A través de providencia de 10 de junio de 2019 a las 17h45, la Unidad de Garantías Penales con Competencia en Delitos Flagrantes de Guayaquil, Provincia del Guayas, dispuso:

*"(...) por no cumplirse con el Art. 583 del Código Orgánico Integral Penal y de la sola lectura de la petición que se atiende se colige que se trata de un acto*



*administrativo, se NIEGA LA PETICIÓN POR LA FALTA DE COMPETENCIA EN RAZÓN DE LA MATERIA, dejando a salvo el derecho que tiene el peticionante de recurrir al juez competente (...)"*

- [30] Por medio de providencia de 11 de junio de 2019 a las 15h45, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, se ordenó:

*"(...) siendo la inspección una diligencia cuya finalidad es la obtención de evidencias de conductas anticompetitivas que se requiere cuando el órgano de investigación presume la existencia de información documentación y otros objetos relacionados con la conducta investigada, esta Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado ordena que se realice la inspección el día 11 de junio de 2019 a partir de las 11h00 del establecimiento ubicado en AV. RODRIGO DE CHÁVEZ SL 6 MZ 274, CIUDADELA COLON PARQUE EMPRESARIAL COLÓN, EDIFICIO EMPRESARIAL/CORPORATIVO, OFICINA 101 JUNTO AL SUPERMAXI DE CIUDAD COLON, misma en la que presuntamente funcionan los operadores económicos COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL (CUPPHARMA S.A.) y MERCATTI S.A. diligencia en la cual se podrá tomar y recuperar de los archivos físicos, virtuales o magnéticos, así como de cualquier documento o información que se estime pertinente, tomar las fotografías o filmaciones necesarias, examinar los libros, los registros, y cualquier otro documento relacionado con la conducta investigada; información comercial y bienes, pudiendo comprobar el desarrollo de procesos productivos; y, se podrá receptar las declaraciones voluntarias de las personas que en ellos se encuentren."*

- [31] El 11 de junio de 2019 se sienta razón indicando lo siguiente:

*"(...) en providencia de 11 de junio de 2019, a las 10h15, y, en aplicación del artículo 49 de la Ley Orgánica de Regulación de Control del Poder de Mercado, se notificó con fa providencio (sic) en mención a fin de realizar la inspección en el establecimiento comercial del Operador Económico MERCATTI S.A. MERCATTI (sic), ubicado en Av. Rodrigo De Chávez SL 6 MZ 274, Ciudadela Colón Parque Empresarial Colón, Edificio Empresarial/Corporativo, Oficina 101 Junto al Supermaxi de Ciudad Colon (sic) Ciudad de Guayaquil, misma que no pudo llevarse a cabo por cuanto el operador económico, por medio de su abogado Oswaldo Florencia, no permitió la realización de fa (sic) diligencia. En atención a lo mandado y permitido en el artículos 77 y 78 de la LORCPM tómesese en cuenta para los fines pertinentes."*

- [32] El 11 de junio de 2019 a las 12h29, se suscribió el acta de inspección llevada a cabo por la Intendencia Nacional de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas.



- [33] El 27 de junio de 2019 la Dirección Nacional de Investigación y Control de Acuerdos y Prácticas Restrictivas, presentó el Informe de Resultados de la Investigación No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-DNINCAPR-0018-2019.
- [34] En virtud del Informe de Resultados de la Investigación No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-DNINCAPR-0018-2019, la Intendencia Nacional de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, emitió la Resolución de Formulación de Cargos.
- [35] El 22 de julio de 2019 los operadores económicos **MERCATTISA** y **CUPPHARMA**, encontrándose dentro del término otorgado por la autoridad competente, presentaron escritos de excepciones ingresados por Secretaría General de la SCPM, signados con los Id 138244, y 138242, respectivamente.
- [36] Por medio de providencia de 24 de julio de 2019 a las 16h35, la Intendencia Nacional de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, ordenó:

*"**TERCERO:** Por ser el momento procesal oportuno, al amparo de lo mandado en el artículo 59 de la Ley Orgánica de Regulación de Control del Poder de Mercado que en su parte pertinente manifiesta "Art.59.- Término de prueba.- El órgano de sustanciación ordenará la apertura del término probatorio de sesenta (60) días, prorrogables por hasta un término de treinta (30) días adicionales, a criterio de la autoridad (...)" "(...) **CUARTO:** En atención al estado procesal del expediente administrativo, de conformidad a lo dispuesto en el ordinal décimo segundo de providencia de 28 de junio de 2019 a las 17h15 por el cual no se formularon cargos respecto de la denuncia presentada por el operador económico NOVARTIS ECUADOR S.A., en contra del operador económico JAIME JOSÉ GERARDO GUTIÉRREZ GONZÁLEZ (LABORATORIOS GUTIÉRREZ), déjese de contar con referido agente económico dentro del expediente administrativo signado con el número SCPM-IIAPMAPR-0014-2018".*

- [37] A través de providencia de 17 de octubre de 2019 a las 16h30, la Intendencia Nacional de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, dispuso:

*"**TERCERO:** De conformidad a lo mandado en el artículo 59 de la Ley Orgánica de Regulación de Control del Poder de Mercado, que en su parte pertinente manifiesta. "Término de prueba.- El órgano de sustanciación ordenará la apertura del término probatorio de sesenta (60) días, prorrogables por hasta un término de treinta (30) días adicionales, a criterio de la autoridad (...)", en concordancia con el artículo 69 de su Reglamento de aplicación, prorroguese el término probatorio por un término de treinta (30) días adicionales contados a partir del fenecimiento del término inicial".*



[38] Mediante providencia de 19 de noviembre de 2019 a las 08h55, la Intendencia Nacional de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, dispuso:

*"CUARTO: (...) La Superintendencia de Control de Poder de Mercado tiene la potestad de solicitar y practicar de oficio todas las pruebas y diligencias administrativas necesarias para el esclarecimiento de los actos, denuncias y de los procedimientos que conociere e investigare.", convóquese al señor CHRISTIAN ULICH PEÑA, para que en su calidad de Gerente General y por lo tanto representante legal del operador económico MERCATTI S.A. MERCATTISA, comparezca, conjuntamente con su abogado patrocinador, a rendir su testimonio dentro del expediente administrativo N° SCPM-IIAPMAPR-014-2018. Para el efecto deberá comparecer a las instalaciones de la Superintendencia del Poder de Mercado, el día lunes 25 de noviembre de 2019 a las 11h00 (...). QUINTO: (...) convóquese al señor SANTIAGO MANUEL BAUTISTA MEDINA, para que en su calidad de Gerente General y por lo tanto representante legal del operador económico COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A., comparezca, conjuntamente con su abogado patrocinador, a rendir su testimonio dentro del expediente administrativo N° SCPM-IIAPMAPR-014-2018. Para el efecto deberá comparecer a las instalaciones de la Superintendencia del Poder de Mercado, el día lunes 25 de noviembre de 2019 a las 15h00 (...). SEXTO: (...) convóquese a la señora CARMEN INÉS AULESTIA, para que en su calidad de Gerente General y por lo tanto representante legal del operador económico COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A., en su periodo de funciones, comparezca, conjuntamente con su abogado patrocinador, a rendir su testimonio dentro del expediente administrativo N° SCPM-IIAPMAPR-014-2018. Para el efecto deberá comparecer a las instalaciones de la Superintendencia del Poder de Mercado, el día lunes 25 de noviembre de 2019 a las 16h15(...). SÉPTIMO: convóquese al señor FELIPE BERMEO ROCHA, en su calidad de Contador de los operadores económicos COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A., y, MERCATTI S.A. MERCATTI (sic), a fin de que comparezca, conjuntamente con su abogado patrocinador, a rendir su testimonio dentro del expediente administrativo N° SCPM-IIAPMAPR-014-2018. Para el efecto deberá comparecer a las instalaciones de la Superintendencia del Poder de Mercado, el día lunes 26 de noviembre de 2019 a las 10h00 (...). OCTAVO (...)convóquese al señor IVÁN ILLESCAS RENDÓN, en su calidad de Asesor de Compras Públicas, de los operadores económicos COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A., y, MERCATTI S.A. MERCATTI (sic), a fin de que comparezca, conjuntamente con su abogado patrocinador, a rendir su testimonio dentro del expediente administrativo N° SCPM-IIAPMAPR-014-2018. Para el efecto deberá comparecer a las instalaciones de la*

*Superintendencia del Poder de Mercado, el día martes 25 de noviembre de 2019 a las 11h30 (...)."*

- [39] Por medio de providencia de 27 de noviembre de 2019 a las 09h35, la Intendencia Nacional de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, dispuso:

*"(...)*

*b) Por encontrarme dentro del término legal establecido, elabórese el informe de sanción por no entrega de información por parte del operador económico COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A., toda vez que no ha dado cumplimiento a la información requerida mediante providencias de 28 de junio de 2019 a las 17h15, 24 de octubre de 2019 a las 12h00, y, 19 de noviembre de 2019 a las 08h55, mediante las cuales se requirió: "(...) copias simples de los balances generales y el estado de cuenta de pérdidas y ganancias y sus anexos, correspondientes a los años 2016, 2017, y 2018.*

*(...)".*

- [40] Mediante providencia de 04 de diciembre de 2019 a las 13h35, la Intendencia Nacional de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, dispuso:

*"(...)*

***DÉCIMO:*** *Agréguese al expediente y téngase en cuenta el INFORME No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2019-0022, elaborado por la Intendencia Nacional de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, de fecha 04 de diciembre de 2019, y signado con el número de trámite ID 151324, sobre la imposición de una multa coercitiva por incumplimiento de un requerimiento de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, al operador económico COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A., en atención al mismo se dispone: Póngase en conocimiento de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, el contenido del INFORME No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2019-0022. ***DÉCIMO PRIMERO:*** *Agréguese al expediente y téngase en cuenta el INFORME No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2019-0023, elaborado por la Intendencia Nacional de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, de fecha 04 de diciembre de 2019, y signado con el número de trámite ID 151325, sobre la imposición de una multa coercitiva por incumplimiento de un requerimiento de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, al operador económico COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A., en atención al mismo se dispone: Póngase en**



**conocimiento de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, el contenido del INFORME No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2019-0024 (sic). DÉCIMO SEGUNDO:** Agréguese al expediente y téngase en cuenta el INFORME No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2019-0024, elaborado por la Intendencia Nacional de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, de fecha 04 de diciembre de 2019, y signado con el número de trámite ID 151329, sobre la imposición de una multa coercitiva por incumplimiento de un requerimiento de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, al operador económico COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A., en atención al mismo se dispone: **Póngase en conocimiento de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, el contenido del INFORME No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2019-0024.** **DÉCIMO TERCERO:** Agréguese al expediente y téngase en cuenta el INFORME No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2019-0025, elaborado por la Intendencia Nacional de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, de fecha 04 de diciembre de 2019, y signado con el número de trámite ID 151326, sobre la imposición de una multa coercitiva por incumplimiento de un requerimiento de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, al operador económico MERCATTI S.A. MERCATTISA, en atención al mismo se dispone: (...) **póngase en conocimiento de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, el contenido del INFORME No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2019-0025.** "

- [41] Mediante providencia de 05 de diciembre de 2019 a las 11h30, la Intendencia Nacional de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas sobre la base de sus atribuciones, ordenó:

"(...)

**CUARTO:** Dentro del término probatorio que se encuentra discurriendo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 59 de la Ley Orgánica de Regulación de Control del Poder de Mercado, en concordancia con el artículo 69 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, y artículo 13 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, **reproduzcase como pruebas:** **1)** Denuncia suscrita por Ab. Cristian Troya Flores y Dr. José Meythaler Baquero, Apoderado Especial abogado patrocinador del operador económico NOVARTIS ECUADOR S.A. respectivamente, y anexos, ingresados a la Secretaría General de esta Superintendencia de Control de Poder de Mercado el 11 de junio 2018 a las 11h43, y signados con el número de trámite ID 92277; **2)** Oficio N° SERCOP-SDG-2018-0600-OF de 21 de agosto de 2018, suscrito por el Dr. Gustavo Alejandro Araujo Rocha, Subdirector General del SERVICIO NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (SERCOP) y anexos, ingresados el 27 de agosto de 2018 a las 09h23, y signados con el número de trámite ID 1110435; **3)** Acta y audio de la reunión de trabajo,



realizada con el operador económico COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A., el 19 de noviembre de 2018 a las 10h40, signados con números de trámite ID 118879 y 118880; 4) Acta y audio de la reunión de trabajo realizada con el operador económico COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A. y los señores FELIPE BERMEO ROCHA e IVÁN ILLESCAS, el 12 de diciembre de 2018 a las 10h55, signados con los números (sic) de trámite ID 120379 y 150663; 5) Acta y audio de la reunión de trabajo realizada con el operador económico MERCATTI S.A. MERCATTISA, y los señores FELIPE BERMEO ROCHA e IVÁN ILLESCAS, el 07 de enero de 2019 a las 14h40, signados con el número de trámite ID 121986; 6) Oficio N° SERCOP-SDG-2018-0950-OF de 28 de diciembre de 2018, suscrito por el Dr. Gustavo Alejandro Araujo Rocha, Subdirector General del SERVICIO NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (SERCOP) y anexos, signados con el número de trámite ID 122612, ingresados a la Secretaría General de esta Superintendencia de Control de Poder de Mercado, el 14 de enero de 2019 a las 10h14; 7) Escrito suscrito por el Dr. Oswaldo Florencia Peña, abogado autorizado del operador económico COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A., y anexo, ingresados a la Secretaría General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 13 de marzo de 2019 a las 09h41, signados con el número de trámite ID 127271; 8) Escrito suscrito por la Abg. Adriana Tagle Vera, abogada autorizada del operador económico MERCATTI S.A. MERCATTISA y anexo, ingresados a la Secretaría General de esta Superintendencia de Control de Poder de Mercado el 13 de marzo de 2019 a las 09h41, signados con el número de trámite ID 127457; 9) Escrito suscrito por el Dr. Oswaldo Florencia Peña, abogado autorizado del operador económico MERCATTI S.A. MERCATTISA., ingresado a la Secretaría General de esta Superintendencia de Control de Poder de Mercado, el 22 de julio de 2019 a las 10h34, signado con el número de trámite ID 138244; 10) Escrito suscrito por el Dr. Oswaldo Florencia Peña, abogado autorizado del operador económico COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A., ingresado a la Secretaría General de esta Superintendencia de Control de Poder de Mercado el 22 de julio de 2019 a las 10h28, signados con el número de trámite ID 138242; 11) Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2019-0021, elaborado por la Intendencia Nacional de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, de 29 de noviembre de 2019, signado con número de trámite ID 151101, 12) Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2019-0022, elaborado por la Intendencia Nacional de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, de fecha 04 de diciembre de 2019, signado con número de trámite ID 151324, sobre la imposición de una multa coercitiva por incumplimiento de un requerimiento de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, al operador económico COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A.; 13)



*Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2019-0023, elaborado por la Intendencia Nacional de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, de fecha 04 de diciembre de 2019, signado con número de trámite ID 151325, sobre la imposición de una multa coercitiva por incumplimiento de un requerimiento de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, al operador económico MERCATTI S.A. MERCATTISA.; 14) Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2019-0024, elaborado por la Intendencia Nacional de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, de fecha 04 de diciembre de 2019, signado con número de trámite ID 151329, sobre la imposición de una multa coercitiva a la señora CARMEN INÉS CARVAJAL AULESTIA, por haber ejercido la calidad de Gerente General, y por tanto Representante Legal del operador económico COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A.; 15) Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2019-0025, elaborado por la Intendencia Nacional de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, de fecha 04 de diciembre de 2019, signado con número de trámite ID 151326, sobre la sanción por no entrega de información por parte del operador económico MERCATTI S.A. MERCATTISA.; 16) Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2019-0026, elaborado por la Intendencia Nacional de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, de fecha 04 de diciembre de 2019, signado con número de trámite ID 151328 sobre la sanción por no entrega de información por parte del operador económico COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A.; 17) Razón de no realización de la diligencia dispuesta en el ordinal SEXTO de la providencia de 19 de noviembre de 2019 a las 08h55, suscrita por la Abg. Adriana Tapia, Secretaria de sustanciación ad-hoc, signada con el número de trámite ID 150541; 18) Razón de no realización de la diligencia, dispuesta en el ordinal SEXTO de la providencia de 27 de noviembre de 2019 a las 09h35, suscrita por la Abg. Adriana Tapia, Secretaria de sustanciación ad-hoc, signada con el número de trámite ID 151092; 19) Razón de no realización de la diligencia, dispuesta en el ordinal CUARTO de la providencia de 19 de noviembre de 2019 a las 08h55, suscrita por la Abg. Adriana Tapia, Secretaria de sustanciación ad-hoc, signada con el número de trámite ID 150538; 20) Razón de no realización de la diligencia, dispuesta en el ordinal QUINTO de la providencia de 27 de noviembre de 2019 a las 09h35, suscrita por la Abg. Adriana Tapia, Secretaria de sustanciación ad-hoc, signada con el número de trámite ID 151090; 21) Razón de no realización de la diligencia, dispuesta en el ordinal QUINTO de la providencia de 19 de noviembre de 2019 a las 08h55, suscrita por la Abg. Adriana Tapia, Secretaria de sustanciación ad-hoc, signada con el número de trámite ID 150540; 22) Razón de no realización de la diligencia, dispuesta en el ordinal QUINTO de la providencia de 27 de noviembre de 2019 a las 09h35, suscrita por la Abg. Adriana Tapia, Secretaria de sustanciación ad-hoc, signada con el número de trámite ID 151091; 23) Providencia de 11 de junio de 2019 a*



las 09h35, suscrita por la Econ. María Alejandra Egüez Vásquez, Intendente Nacional de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, signada con número de trámite ID 135005; **24)** Razón de no realización de la diligencia de inspección al operador económico MERCATTI S.A. MERCATTISA., de fecha 11 de junio de 2019, sentada por la Abg. Andrea Merizalde Reinoso, Secretaria de Sustanciación Ad-hoc, signada con número (sic) de trámite ID 135007; **25)** Acta de Inspección de 11 de junio de 2019, suscrita por el Abg. Francisco Riofrío Cueva, Director Nacional de Investigación y Control de Acuerdos y Prácticas Restrictivas y la Abg. Andrea Merizalde Reinoso, Secretaria de Sustanciación Ad-hoc, signada con número de trámite (sic) ID 135133; **26)** Grabación de la diligencia de Inspección de 11 de junio de 2019 al operador económico MERCATTI S.A. MERCATTISA., signada con número de trámite (sic) ID135572; **27)** Oficio N° SERCOP-SDG-2019-0407-OF de 19 de junio de 2019, suscrito por el Dr. Gustavo Alejandro Araujo Rocha, Subdirector General del SERVICIO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (SERCOP) y anexos, ingresados a la Secretaría General de esta Superintendencia de Control de Poder de Mercado, el 21 de junio de 2019 a las 10h11, signados con el número de trámite ID 135467; **28)** Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-DNICAPR-0018-2019 de resultados de la investigación dentro del expediente administrativo, de 27 de junio de 2019, firmado por el Abg. Francisco Riofrío Cueva, Director Nacional de Investigación y Control de Acuerdos y Prácticas Restrictivas, signado con número de trámite (sic) ID 136355; **29)** Oficio N° DIGERCIC-CGS.DSIR-2019-1162-O de 11 de junio de 2019, suscrito por el Econ. Rodrigo Ernesto Haro Salazar, Director de Servicios de Información Registral, y anexos, ingresados a la Secretaría General de esta Superintendencia de Control de Poder de Mercado el 21 de junio de 2019 a las 16h26, signado con el número de trámite ID 135568; **30)** Formulación de Cargos suscrita por el Econ. María Alejandra Egüez Vásquez, Intendente Nacional de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, signada con número de trámite ID 136356; **31)** Razón de no comparecencia a la reunión de trabajo por parte del operador económico COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A., sentada por la Abg. Adriana Tapia, Secretaria de Sustanciación Ad-hoc, a 25 de junio de 2019, signada con número de trámite (sic) ID 135930; **32)** Razón de no comparecencia a la reunión de trabajo por parte del operador económico MERCATTI S.A. MERCATTISA., sentada por la Abg. Andrea Merizalde Reinoso, Secretaria de Sustanciación Ad-hoc, a 21 de junio de 2019, signada con número de trámite ID 135587. (...)"

[42] Mediante providencia de 05 de diciembre de 2019 a las 15h45, la Intendencia Nacional de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, da por finalizada la etapa probatoria en el expediente de investigación N° SCPM-IIAPMAPR-014-2018.



[43] Por medio de Memorando SCPM-IGT-INICAPMAPR-2020-002 de 02 de enero de 2020 suscrito por María Alejandra Egúez, en calidad de la Intendente Nacional de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, se da a conocer a la CRPI el Informe Final de investigación No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2020-001, dentro del expediente administrativo No. SCPM-IIAPMAPR-0014-2018.

[44] Por medio de providencia de 06 de enero de 2020 la CRPI dispuso:

*“**PRIMERO.- AVOCAR** conocimiento del Informe Final de Investigación del expediente administrativo No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2020-001, de fecha 02 de enero de 2020, remitido por la INICAPMAPR.*

***SEGUNDO.- TRASLADAR** a los operadores económicos **MERCATTI S.A. MERCATTISA, COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A. y NOVARTIS ECUADOR S.A.** el Informe Final No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2020-001, de 02 de enero de 2020, remitido por la Intendencia Nacional de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas de la SCPM, a fin de que en el término de diez (10) días presenten sus alegatos.*

***TERCERO.- SOLICITAR** a la Intendencia General Técnica que disponga a la Dirección Nacional de Control de Expedientes, realice la revisión del expediente administrativo No. SCPM-IIAPMAPR-014-2018, y remita informe procesal y corroboración documental del expediente digital y físico a la CRPI en un término de (7) días.*

***CUARTO.- CONCEDER** el término de diez (10) días para que la Secretaría Ad Hoc de la CRPI realice la revisión del expediente administrativo No. SCPM-IIAPMAPR-014-2018 y sienta la razón del estado en que se recibe el expediente digital y físico.”*

[45] El 14 de enero de 2020, la Dirección Nacional de Control Procesal emite el Reporte SCPM-IGT-DNCP-001-2020-RS, que versa sobre el estado documental y procesal administrativo en el que se encuentra el expediente N° SCPM-IIAPMAPR-014-2018, que fue remitido mediante Memorando SCPM-IGT-DNCP-2020-007 de 15 de enero de 2020, en el cual se concluye:

*“(…)*

- 2. El Expediente se compone de mil setecientos treinta y nueve (1739) fojas y seis cientos cincuenta y dos (652) trámites digitales.*
- 3. De la revisión física y digital del Expediente, se observa que el mismo se compone de: cuatro cuerpos reservados, un cuerpo administrativo y un cuerpo confidencial.*



4. *El Expediente objeto de revisión, cuenta con el respectivo respaldo digital, por lo que existe observancia y aplicación de la normativa interna por parte de los secretarios de sustanciación en cuanto al manejo y custodia del expediente digital.*

5. *Dentro de la revisión del expediente se han identificado las siguientes observaciones:*

*Información confidencial no separada, incumplimiento de disposición, expediente desordenado, error de foliatura, despacho erróneo de documentación, documento duplicado, documento faltante, documento no generado.”*

[46] Mediante escrito presentado el 21 de enero de 2020, el operador económico **NOVARTIS** ingresó escrito suscrito por el Abg. Carlos Trujillo, signado con el ID 154888, en el cual solicitó:

*“Toda vez que, su Autoridad mediante Providencia de 06 de enero de 2020: i) otorgó 10 días término a las denunciadas para que presenten sus alegatos y, ii) otorgó 07 días término para que la Intendencia General Técnica disponga a la Dirección Nacional de Control de Expedientes remita un informe procesal y corroboración documental del expediente digital y físico.*

*Ya que feneció el término para el cumplimiento de ambos requerimientos, al amparo de lo dispuesto en el art. 65 de Reglamento de la Ley Orgánica de Regulación de Control del Poder de Mercado, requerimos copias simples de lo presentado por las denunciadas y lo entregado por la Dirección Nacional de Control de Expedientes.”*

[47] El 23 de enero de 2020 el Abg. Mateo Wray, en calidad de Secretario Ad-hoc de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, sienta razón de verdad procesal sobre el expediente administrativo N° SCPM-IIAPMAPR-014-2018.

[48] Mediante providencia de 06 de febrero de 2020 la CRPI dispuso:

**“PRIMERO.- AGREGAR** al expediente reservado:

*i. El memorando SCPM-IGT-DNCP-2020-007 de 15 de enero de 2020 emitido por el Director Nacional de Control Procesal con el Reporte SCPM-IGT-DNCP-001-2020-RS de 14 de enero de 2020 y Matriz.*

*ii. El escrito presentado por el operador económico **NOVARTIS ECUADOR S.A.**, ingresado por Secretaría General de la SCPM el 21 de enero de 2020 a las 11h26.*



**SEGUNDO.- TRASLADAR** a los operadores económicos **MERCATTI S.A. MERCATTISA, COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A.**, el escrito presentado por el operador económico **NOVARTIS ECUADOR S.A.**, ingresado por Secretaría General de la SCPM el 21 de enero de 2020 a las 11h26.

**TERCERO.- CONCEDER** al operador económico **NOVARTIS ECUADOR S.A.**, a través de la Secretaría Ad Hoc de la CRPI copia digital del memorando SCPM-IGT-DNCP-2020-007 de 15 de enero de 2020 emitido por el Director Nacional de Control Procesal con el Reporte SCPM-IGT-DNCP-001-2020-RS de 14 de enero de 2020 y Matriz; para lo cual debe acercarse a la SCPM el 11 de febrero de 2020 a las 11h00, con los medio magnéticos para el efecto.”

[49] Por medio de providencia de 11 de febrero de 2020, la CRPI dispuso:

**“PRIMERO.- SUBSANAR** el error suscitado por un “lapsus calami”, en la providencia de 06 de febrero de 2020 a las 11h45, en referencia al encabezado, cuyo texto conforme la parte motivada de la presente providencia, debe ser el siguiente:”

**“SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- D.M. Quito, 06 de febrero de 2020, 11h45.-”**

[50] A través de providencia de 04 de marzo de 2020 a las 11h45 la CRPI dispuso:

**“PRIMERO.-OFICIAR** al SRI a fin de que remita un informe en el término de (53) días, donde se detalle:

i. De conformidad con las plantillas adjuntas a la presente providencia, el volumen total de ventas y de ingresos de cada uno de los agentes económicos de toda la economía para el año 2019, acorde a lo declarado en los formularios 101 y 102 del SRI, la cual deberá ser remitida de manera digital y formato Excel.

La información solicitada no debe ser agregada, ésta debe ser presentada por cada uno de los económicos.

La información respecto del volumen total de ventas del sector real de la economía no requiere identificación del sujeto económico, la misma debe ser presentada por cada uno de los sujetos económicos.

ii. El volumen de negocios del agente económico **MERCATTI S.A. MERCATTISA** es decir la cuantía resultante de la venta de productos y de la prestación de servicios realizados por el mismo, durante el año 2019 que



*corresponda a sus actividades ordinarias, previa deducción del impuesto sobre el valor agregado y de otros impuestos al consumidor final directamente relacionados con el negocio.*

*iii. El volumen de negocios del agente económico **COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A.**, es decir la cuantía resultante de la venta de productos y de la prestación de servicios realizados por el mismo, durante el año 2019 que corresponda a sus actividades ordinarias, previa deducción del impuesto sobre el valor agregado y de otros impuestos al consumidor final directamente relacionados con el negocio.*

**SEGUNDO.- SUSPENDER** el cómputo del término fijado para dictar resolución, en razón de haber solicitado informe al SRI de conformidad con el artículo 162 numeral 2 del COA por el término de cincuenta y tres (53) días.”

[51] El 13 de marzo de 2020, mediante providencia expedida a las 17h10, la CRPI dispuso:

**“PRIMERO.- LEVANTAR** la suspensión dispuesta mediante providencia de 04 de marzo de 2020 expedida a las 11h45, de conformidad con la parte motiva de la presente providencia.

(...)”

[52] El 20 de julio de 2020, mediante providencia expedida a las 11h30, la CRPI dispuso lo solicitar a la INICAPMAPR informe técnico sobre las posibles medidas correctivas a imponerse, y se convocó a audiencia pública para el 23 de julio de 2020 a las 10h00, donde asistieron la INICAPMAPR y el operador económico **NOVARTIS**. Los operadores económicos **MERCATTI S.A. MERCATTISA** y **COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A.**, pese a ser convocados en debida forma, no asistieron, de lo cual dejó constancia en video.

[53] El 21 de julio de 2020 mediante Memorando SCPM-IGT-INICAPMAPR-2020-200, Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado Acuerdos y Prácticas Restrictivas solicitó aclaración, rectificación o subsanación de la providencia de 20 de julio de 2020.

[54] El 22 de julio de 2020, mediante providencia expedida a las 11h30, la CRPI resolvió rectificar y aclarar la providencia de 20 de julio de 2020.

[55] El 23 de julio de 2020 a las 10h00 se celebró audiencia pública dentro del presente expediente.

[56] El 28 de julio de 2020, mediante providencia expedida a las 10h30, la CRPI dispuso lo siguiente:



“(…)

**SEGUNDO.- TRASLADAR** el Memorando SCPM-IGT-INICAPMAPR-2020-215 de 27 de julio de 2020 y el Informe SCPM-IGT-INICAPMAPR-2020-019 de 27 de julio de 2020 a los operadores económicos **CUPPHARMA** y **MERCATTISA**, concediéndoles un término de 72 horas para para presentar el descargo del que se creyeren asistidos.

**TERCERO.- TRASLADAR** el Oficio Nro. INEC-SUGEN-2020.0042-O de 5 de junio de 2020 y anexos a los operadores económicos **CUPPHARMA** y **MERCATTISA**.

(…)”

[57] El 30 de julio de 2020, mediante providencia expedida a las 16h40, la CRPI dispuso lo siguiente:

“(…)”

**SEGUNDO.- AGREGAR** al expediente en su parte confidencial los anexos remitidos por el SRI mediante el Oficio de contestación 917012020OGIN001046, signado bajo Id 165962.

**TERCERO.- TRASLADAR** a los operadores económicos **MERCATTI S.A.**, **MERCATTISA**, **COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY**, **CARMEN INES CARVAJAL CUPPHARMA S.A.** y **NOVARTIS ECUADOR S.A.**, el extracto no confidencial de la información remitida por el SRI mediante el Oficio de contestación 917012020OGIN001046, signado bajo id 165962.

(…)

## 6. ALEGACIONES ADUCIDAS POR LOS INTERESADOS

[58] Mediante providencia de 06 de enero de 2020 la CRPI dispuso lo siguiente:

**“PRIMERO.- AVOCAR** conocimiento del Informe Final de Investigación del expediente administrativo No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2020-001, de fecha 02 de enero de 2020, remitido por la INICAPMAPR.

**SEGUNDO.- TRASLADAR** a los operadores económicos **MERCATTI S.A.**, **MERCATTISA**, **COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY**, **CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A.** y **NOVARTIS ECUADOR S.A.** el Informe Final No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2020-001, de 02 de enero de 2020, remitido por la Intendencia Nacional de Investigación de Abuso de



*Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas de la SCPM, a fin de que en el término de **diez (10) días presenten sus alegatos.*** (negrita y subrayado por fuera del texto).

[59] No obstante lo anterior, ninguno de los operadores económicos presentó alegatos.

## 7. DE LAS PRUEBAS QUE OBRAN EN EL EXPEDIENTE

- (i) Oficio N° DIGERCIC-CGS.DSIR-2019-1162-O de 1 de junio de 2019, suscrito por el Econ. Rodrigo Ernesto Haro Salazar, Director de Servicios de Información Registral, y anexos, ingresados a la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el 21 de junio de 2019 a las 16h26, signado con número de trámite ID 135568.
- (ii) Providencia de 11 de junio de 2019 a las 10h15, suscrita por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, signada con número de trámite ID 135005.
- (iii) Denuncia del operador económico **NOVARTIS**, y anexos, ingresados a la Secretaría General de la SCPM el 11 de junio de 2018 a las 11h43, con el número de trámite ID 92277.
- (iv) Razón de no realización de la diligencia de inspección al operador económico **MERCATTISA** de fecha 11 de junio de 2019, sentada por la Abg. Andrea Merizalde Reinoso, Secretaria de Sustanciación Ad-hoc, signada con número de trámite ID 135007.
- (v) Acta de Inspección de 11 de junio de 2019, suscrita por el Director Nacional de Investigación y Control de Acuerdos y Prácticas Restrictivas y la Abg. Andrea Merizalde Reinoso, Secretaria de Sustanciación Ad-hoc, signada con número de trámite ID 135133.
- (vi) Grabación de la diligencia de Inspección de 11 de junio de 2019 al operador económico **MERCATTISA** signada con número de trámite ID 135572.
- (vii) Oficio N° SERCOP-SDG-20 19-0407-OF de 19 de junio de 2019, suscrito por el Subdirector General del SERCOP y anexos, ingresados a la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el 21 de junio de 2019 a las 10h11, con número de trámite ID 135467.
- (viii) Informe de resultados No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-DNICAPR-0018-2019, de 27 de junio de 2019, realizado por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Acuerdos y Prácticas Restrictivas, signado con número de trámite ID 136355.



- (ix) Oficio N° SERCOP-SDG-2018-0600-OF de 21 de agosto de 2018, suscrito por el Dr. Gustavo Alejandro Araujo Rocha, Subdirector General del SERVICIO NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (en adelante "SERCOP") y anexos, ingresados el 27 de agosto de 2018 a las 09h23, con número de trámite ID 110435.
- (x) Acta y audio de la reunión de trabajo, realizada con el operador económico **CUPPHARMA** el 19 de noviembre de 2018 a las 10h40, signados con los números de trámite ID 118879 y 118880.
- (xi) Acta y audio de la reunión de trabajo realizada con el operador económico **CUPPHARMA** y los señores **FELIPE BERMEO ROCHA** e **IVÁN ILLESCAS**, el 12 de diciembre de 2018 a las 10h55, signados con los número de trámite ID 120379 y 150663.
- (xii) Oficio N° SERCOP-SDG-2018-0950-OF de 28 de diciembre de 2018, suscrito por el Dr. Gustavo Alejandro Araujo Rocha, Subdirector General del SERCOP y anexos, signados con el número de trámite ID 122612, ingresados a la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el 14 de enero de 2019 a las 10h14.
- (xiii) Acta y audio de la reunión de trabajo realizada con el operador económico **MERCATTISA** y los señores **FELIPE BERMEO ROCHA** e **IVÁN ILLESCAS**, el 07 de enero de 2019 a las 14h40, signados con el número de trámite ID 121986.
- (xiv) Escrito suscrito por el operador económico **CUPPHARMA** y anexo, ingresados a la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 13 de marzo de 2019 a las 09h41, signados con el número de trámite ID 127271.
- (xv) Escrito suscrito por el operador económico **MERCATTISA** y anexo, ingresados a la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el 14 de marzo de 2019 a las 11h12, signados con el número de trámite ID 127457.
- (xvi) Formulación de Cargos emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, signado con número de trámite ID 136356.
- (xvii) Escrito suscrito por el operador económico **CUPPHARMA** ingresado a la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el 22 de julio de 2019 a las 10h28, signado con el número de trámite ID 138242.
- (xviii) Escrito presentado por el operador económico **MERCATTISA** e ingresado a la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el 22 de julio de 2019 a las 10h34, signado con el número de trámite ID 138244.



- (xix) Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2019-0021, elaborado por la INICAPMAPR, de 29 de noviembre de 2019, con número de trámite ID 151101.
- (xx) Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-DNICAPR-2019-0022, de 04 de diciembre de 2019, y signado con el número de trámite ID 151324, sobre la imposición de una multa coercitiva por incumplimiento de requerimiento de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, al operador económico **CUPPHARMA**.
- (xxi) Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-DNICAPR-2019-0023 de 04 de diciembre de 2019, con número de trámite ID 151325, sobre la imposición de multa coercitiva por incumplimiento de requerimiento de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado al operador económico **MERCATTISA**.
- (xxii) Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-DNICAPR-2019-0024, elaborado por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, de 04 de diciembre de 2019, con número de trámite ID 151329, sobre la imposición de una multa coercitiva al operador económico **CUPPHARMA**.
- (xxiii) Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-DNICAPR-2019-0025, de 04 de diciembre de 2019, signado con el número de trámite ID 151326, sobre la sanción por no entrega de información por parte del operador económico **MERCATTISA**.
- (xxiv) Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-DNICAPR-2019-0026, de 04 de diciembre de 2019, con número de trámite ID 151328 sobre la sanción por no entrega de información por parte del operador económico **CUPPHARMA**.
- (xxv) Razón de no realización de la diligencia, dispuesta en el ordinal CUARTO de la providencia de 19 de noviembre de 2019 a las 08h55, suscrita por la Abg. Adriana Tapia, Secretaria de Sustanciación ad-hoc, signada con número de trámite ID 150538.
- (xxvi) Razón de no realización de la diligencia dispuesta en el ordinal QUINTO de la providencia de 19 de noviembre de 2019 a las 08h55, suscrita por la Abg. Adriana Tapia, Secretaria de Sustanciación ad-hoc, signada con número de trámite ID 150540.
- (xxvii) Razón de no realización de la diligencia dispuesta en el ordinal SEXTO de la providencia de 19 de noviembre de 2019 a las 08h55, suscrita por la Abg. Adriana Tapia, Secretaria de Sustanciación ad-hoc, signada con número de trámite ID 150541.
- (xxviii) Razón de no realización de la diligencia dispuesta en el ordinal QUINTO de



providencia de 27 de noviembre de 2019 a las 09h35, suscrita por la Abg. Adriana Tapia, Secretaria de Sustanciación ad- hoc, signada con número de trámite ID 151090.

- (xxix) Razón de no realización de la diligencia, dispuesta en el ordinal SEXTO de la providencia de 27 de noviembre de 2019 a las 09h35, suscrita por la Abg. Adriana Tapia, Secretaria de Sustanciación ad-hoc, signada con número de trámite ID 151091.
- (xxx) Razón de no realización de la diligencia, dispuesta en el ordinal SEXTO de la providencia de 27 de noviembre de 2019 a las 09h35, suscrita por la Abg. Adriana Tapia, Secretaria de Sustanciación ad-hoc, signada con número de trámite ID 151092.
- (xxxii) Razón de no comparecencia a la reunión de trabajo por parte del operador económico **CUPPHARMA** sentada por la Abg. Adriana Tapia, Secretaria de Sustanciación Ad-hoc, a 25 de junio de 2019, signada con número de trámite ID 135930.
- (xxxiii) Razón de no comparecencia a la reunión de trabajo por parte del operador económico **MERCATTISA** sentada por la Secretaria de Sustanciación Ad-hoc, a 21 de junio de 2019, signada con número de trámite ID 135587.

## 8. DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

- [60] La CRPI para valorar la prueba tendrá en cuenta lo determinado en el numeral 5 del artículo 3 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM, en concordancia con el numeral 4 del artículo 76 de la Constitución de la República, que establecen que solamente la prueba pedida, ordenada y practicada conforme a los principios del debido proceso tendrá eficacia probatoria, caso contrario, no tendrán valor probatorio alguno.
- [61] A la vez se observará que la misma conste en originales, fiel copias del original, copias certificadas, o en caso de documentos digitales y otras diligencias, serán incorporados con las formalidades que dicta la ley.
- [62] Ahora bien, estas actuaciones las realizará el órgano de investigación y sustanciación, e incorporará las pruebas de las partes dentro del término de prueba establecido en el Artículo 59 de la LORCPM, que será de sesenta (60) días prorrogables hasta por un término de treinta (30) días adicionales, a criterio de la autoridad.
- [63] Que, de la revisión de las piezas procesales, la Intendencia de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, mediante providencia de 24 de julio de 2019, abre el término de prueba por 60 días y mediante providencia de 17 de octubre de 2019 prorroga el término de prueba por el término de 30 días, de tal manera que la prueba que haya sido agregada fuera de este no tendría valor alguno, por lo que en el caso de que la CRPI considere pruebas presentadas fuera del término de prueba se afectarían los

derechos y garantías de la parte contraria, vulnerando el debido proceso, el derecho a la seguridad jurídica, confianza legítima, igualdad y de legalidad.

[64] La prueba considerada será aquella que lleve a la CRPI al convencimiento de los hechos y circunstancias que se han planteado en la etapa de Investigación sobre las conductas imputadas.

[65] La prueba valorada es la siguiente:

**9.1.1. Denuncia y anexos del operador económico NOVARTIS, y anexos, ingresados el 11 de junio de 2018 a las 11h43, con número de trámite ID 92277.**

[66] De los anexos constantes en la denuncia se desprenden los datos generales que constaban en la información que reposaba en su momento en la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, según la cual los operadores económicos **CUPPHARMA** y **MERCATTISA** mantenían la misma dirección de correo electrónico y números telefónicos.

[67] La información presentada genera una certeza de que las empresas estaban estrechamente relacionadas al momento de la consecución de la conducta y, por lo tanto, relevante para el caso. También tiene nexo causal entre las imputaciones y los actos contrarios a la libre competencia tipificados en la LORCPM.

**9.1.2. Información remitida por el Servicio Nacional de Contratación Pública, mediante escrito y anexos, ingresados el 27 de agosto de 2019 a las 09h23, y signados con el número de trámite ID 110435.**

[68] De la información remitida por el Servicio Nacional de Contratación Pública se desprende:

[69] Direcciones IP proceso SIE-HTMC-105-2018:

<b>CÓDIGO</b>	<b>RAZÓN SOCIAL</b>	<b>RUC</b>	<b>FECHA OFERTA</b>	<b>DE IP ACCEDE</b>
SIE-HTMC-105-2018	MERCATTI S.A.	0992489839001	2018-05-14 16:35:36.024524	181.39.235.231
SIE-HTMC-105-2018	CUPPHARMA	0993010596001	2018-05-14 16:40:29.064959	181.39.235.231
SIE-HTMC-105-2018	NOVARTIS ECUADOR S.A.	1790233332001	2018-05-14 17:08:38.681023	8.7.228.252
SIE-HTMC-105-2018	MERCATTI S.A.	0992489839001	2018-05-15 14:03:27.384818	181.39.235.231
SIE-HTMC-105-2018	CUPPHARMA	0993010596001	2018-05-15 14:07:20.357894	181.39.235.231



SIE-HTMC-105-2018	MERCATTI S.A.	0992489839001	2018-05-15 14:10:39.086742	181.39.235.231
SIE-HTMC-105-2018	NOVARTIS ECUADOR S.A.	1790233332001	2018-05-15 14:14:25.725482	179.49.8.204
SIE-HTMC-105-2018	CUPPHARMA	0993010596001	2018-05-15 14:28:40.822424	181.39.235.231

[70] La información remitida por el Servicio Nacional de Contratación Pública referente al proceso de contratación pública No. SIE-HTMC-105- 2018, es pertinente, conducente y útil, en cuanto se verifica que los agentes económicos involucrados participaron con una misma dirección IP.

**9.1.3. Información remitida por el Servicio Nacional de Contratación Pública, mediante escrito y anexos, ingresados el 17 de octubre de 2018 a las 10h26, con el número de trámite ID 116601.**

[71] De la información constante en el expediente se desprende que los operadores económicos HIPOCAMPOL S.A., LABORATORIO KUFERSY S.A., LABORATORIOS GUZON SA S.A., LABORATORIOS BIOENET S.A., VITABEAUTY INTERNATIONAL S.A., LABORATORIOS LABOGUTH C.A., LABORATORIOS HERBALFARM S.A. EDITICOL S.A., GLUCOSAMINA S.A., DENDRITOL, no participaron en el proceso de subasta inversa electrónica No. SIE-HTMC-105-2018, objeto de la investigación, y por lo tanto no es pertinente, conducente ni útil para el análisis de la conducta investigada, y no guarda relación con los operadores económicos involucrados.

**9.1.4. Acta y audio de reunión de trabajo con el operador económico CUPPHARMA de 19 de noviembre de 2018 a las 10h39, con número de trámite ID 118879 Y 118880.**

[72] La INICAPMAPR al respecto menciona que:

*“Conforme consta en autos dentro del presente expediente, en la reunión precedente estuvieron reunidos en las instalaciones de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, por parte de la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas: Jacobo Salvador Aguayo Zambrano, Director Nacional de Investigación y Control de Acuerdos y Prácticas Restrictivas, María Alejandra Costales, Analista Jurídica, y, Juan Fernando Narváez, Secretario de Sustanciación, y por parte del operador económico COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL, CUPPHARMA S.A., Doctor Oswaldo Florencia Peña, en calidad de Asesor Legal.*

*En la reunión de trabajo, existen puntos circunstanciales ineludibles, mencionados por el asesor legal del operador infractor, como sigue:*



*Minuto 5:10 — 5:28. “Nosotros somos comercializadores, nosotros obtuvimos de Laboratorios Gutiérrez el certificado, no le hemos comprado a Jaime Gutiérrez absolutamente el producto ‘ELTROMBOPA G’, nosotros compramos si es que la subasta inversa nos favorece o nos favorece, no le hemos comprado no hay una factura emitida a nuestro nombre con respecto al producto [...]”.*

*Con lo manifestado se corrobora lo indicado por JAIME JOSÉ GERARDO GUTIÉRREZ GONZÁLEZ (LABORATORIOS GUTIÉRREZ), en escrito de 19 de diciembre de 2018 a las 10h18, signado con número de trámite ID 120864, con lo cual se desvanece todo indicio sobre una presunta vinculación con el operador económico COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL, CUPPHARMA S.A.*

*Minuto 6:00 — 6:10.- “La compañía contrató a un contador externo el señor Felipe Bermeo, y aparece efectivamente que es el mismo contador de la compañía MERCATTI, [...]”.*

*Minuto 6:25 — 7:44.- “Con respecto a la IP parece totalmente inverosímil como a mí también me pareció cuando me lo explicaron, voy a ser muy sincero en esa parte, en Guayaquil no sé cómo sea en Quito, la compañía constantemente por diferentes problemas de forma era excluida de procesos de contratación pública, la compañía o los dueños, representantes consideraron la necesidad de contratar un asesor entre comillas en compras públicas, eso es lo que entiendo han hecho y con ese asesor han concursado en diferentes procesos, [...], entiendo que por esa razón este grupo de asesores también le han brindado asesoría tanto a MERCATTI como a otras compañías, [...], pero en el caso de MERCATTI y otras compañías más, [ . . ], tengo entendido que también han brindado este tipo de asesoramiento y lo hacen pues dentro de sus oficinas, y de esa manera entiendo yo, [.. .], que de esa manera los IPs resultan coincidentes”.*

*Conforme se desprende, de lo manifestado por el abogado patrocinador, del operador económico CUPPHARMA S.A., admite que se contrató a los asesores externos para participar en procesos de contratación pública, sabiendo la manera como se desenvolvían los mismos para realizar sus trabajos, en favor de su empleado, por lo cual se infiere con certeza de que los operadores económicos en todo momento estuvieron en conocimiento de que este grupo de asesores, también trabajaba para la empresa que sería su competencia dentro del proceso de subasta inversa electrónica No. SIE-HTMC-105-2018, por lo cual conocían la ilicitud de su conducta.”*

[73] De la misma manera en el mismo informe, sobre otros aspectos concluye que constituye prueba por cuanto:



*“De los hechos narrados por el abogado patrocinador del operador económico, existe la aceptación de la contratación de asesores externos, en contabilidad y compras públicas para el desarrollo de los procesos de subasta inversa electrónica. Se reconoce la existencia de una coincidencia de direcciones IP, en virtud de que el operador conocía que el grupo de asesores realizaban su asesoría, desde sus propias oficinas es decir, desde el mismo local con la misma conexión de internet. Se deja sentado, que el operador tuvo pleno conocimiento, de que los asesores también brindaban su servicio al operador económico MERCATTI S.A. MERCATTISA.*

*Adicionalmente el abogado, expresa que se han derivado responsabilidades de la compañía a los asesores, en específico al asesor contable, para que suba la información a la página de la Superintendencia de Compañías, por lo que existe similitud de correo electrónico y número fijo de contacto, con referencia a la compañía MERCATTI S.A. MERCATTISA.*

*Como último dato como obra del audio de la reunión, también queda establecido que el asesor en compras públicas, era el encargo de manejar el portal, presentar ofertas y corregir observaciones, pero siempre bajo la dirección y cumpliendo las órdenes del representante legal del operador económico, quien dirigía su actuación en todo momento.”*

- [74] De las aseveraciones realizadas por el operador económico CUPHARMA se desprende que compartieron los mismos asesores y existía coincidencia en las direcciones IP. Por lo tanto, el acta y el audio son útiles, conducentes y pertinentes.

**9.1.5. Acta y audio de reunión de trabajo efectuada con el operador económico CUPPHARMA el 12 de diciembre de 2018 a las 10h55, con números de trámite ID 120379 y 150663.**

- [75] La INICAPMAPR al respecto menciona que:

*“Conforme consta en autos dentro del presente expediente, en la reunión en mención estuvieron reunidos en las instalaciones de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, por parte de la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas: Jacobo Salvador Aguayo Zambrano, Director Nacional de Investigación y Control de Acuerdos y Prácticas Restrictivas, María Alejandra Costales, Analista Jurídica, y, Juan Fernando Narváez, Secretario de Sustanciación, y por parte del operador económico COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL, CUPPHARMA S.A.: Felipe Bermeo Rocha, Asesor Contable, Carmen Inés Carvajal Aulestia Gerente General y Accionista, Oswaldo Florencia Peña, abogado patrocinador; e, Iván Alberto Illescas Rendón, Asesor externo en contratación pública.*



*Minuto 10:48 — 10:52: Interviene Felipe Bermeo Rocha: “trabajo con MERCATTI con CUPPHARMA Minuto 18 18— 18:29: Interviene Felipe Bermeo Rocha “Con CUPPHARMA [...], 2017, y con MERCATTI tengo desde el 2013 en el mes de agosto, [...].*

*De acuerdo a lo manifestado tanto por el asesor contable y de compras públicas, en todo momento se tuvo conocimiento de que los mismos trabajaban para COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A así como para la competencia (...).”*

- [76] Al respecto la CRPI considera que los elementos de la reunión de trabajo son procedentes para determinar que los operadores económicos involucrados mantuvieron un acuerdo anticompetitivo, en cuanto son los mismos señores Felipe Bermeo Rocha, presunto Asesor Contable, e Iván Alberto Illescas Rendón, quienes conocían que efectivamente los dos operadores económicos involucrados participarían del mismo proceso de contratación pública, y por lo tanto resulta pertinente, conducente y útil.

**9.1.6. Escrito y anexo, remitido por JAIME JOSÉ GERARDO GUTIÉRREZ GONZÁLEZ (LABORATORIOS GUTIÉRREZ), ingresado el 19 de diciembre de 2018 a las 10h18, signado con el número de trámite ID 120864.**

- [77] La INICAPMAPR al respecto menciona:

*“Conforme se desprende de la información suministrada, se certificó por parte del operador JAIME JOSÉ GERARDO GUTIÉRREZ GONZALEZ (LABORATORIOS GUTIÉRREZ), que COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A., no se encuentra autorizado para distribuir ni comercializar los productos del operador certificante, y de manera adicional que no se ha emitido factura alguna en su favor.*

*De esta forma, se procede a encontrar que no existe un vínculo entre el operador económico JAIME JOSÉ GERARDO GUTIÉRREZ GONZALEZ (LABORATORIOS GUTIÉRREZ), y, COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A., que sirvan para fundamentar la existencia de un acuerdo anticompetitivo.”*

- [78] Sin perjuicio de lo expuesto por la Intendencia, la información que consta de este documento resulta inútil, impertinente e inconducente, pues no aporta elementos para determinar la conducta investigada. Según consta del informe de resultados y de la formulación de cargos, **JAIME JOSÉ GERARDO GUTIÉRREZ GONZALEZ** o **LABORATORIOS GUTIÉRREZ** no consta como presunto infractor.



[79] En otro aspecto un escrito de presentación de documentos no puede ser agregado como prueba en cuanto no tiene ninguna afirmación que involucre a ninguno de los operadores económicos imputados.

**9.1.7. Escrito y anexo, remitido por la Agencia de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria, ingresado el 02 de enero de 2019 a las 14h22, y signado con el número de trámite ID 121569.**

[80] La INICAPMAPR al respecto señala:

*“Para el caso que nos ocupa, JAIME JOSÉ GUTIÉRREZ GONZÁLEZ (LABORATORIOS GUTIÉRREZ), otorga certificados de distribución a aquellos operadores económicos que deseen comercializar sus productos, ya sea a nivel nacional o para la adjudicación de uno o varios procesos de contratación pública.*

*Dentro del caso sub judice, JAIME JOSÉ GUTIÉRREZ GONZÁLEZ (LABORATORIOS GUTIÉRREZ), no tiene relación alguna ni de manera directa ni indirecta con los operadores económicos, MERCATTI S.A. MERCATTISA, y, COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A., con lo cual se elimina todo tipo de presunción de vinculación o acuerdo anticompetitivo, con los operadores citados.”*

[81] Sin perjuicio de lo expuesto por la Intendencia, la información que consta de este documento resulta inútil, impertinente e inconducente, pues no aporta elementos para determinar la conducta investigada. Según consta del informe de resultados y de la formulación de cargos, **JAIME JOSÉ GERARDO GUTIÉRREZ GONZALEZ** o **LABORATORIOS GUTIÉRREZ** no consta como presunto infractor.

**9.1.8. Acta y audio de la reunión de trabajo con el operador económico MERCATTI S.A. MERCATTISA., el 07 de enero de 2019 a las 14h09, y signado con el número de trámite ID 121986.**

[82] La INICAPMAPR al respecto señala:



*“Conforme consta en autos dentro del presente expediente, en la reunión precedente estuvieron reunidos en las instalaciones de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, por parte de la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas. Francisco Riofrio Cueva, Director Nacional de Investigación y Control de Acuerdos y Prácticas Restrictivas, Daniela Estévez, Analista Jurídica, Karen Poveda, Analista Económica, y, Juan Fernando Narváez, Secretario de Sustanciación, y por parte del operador económico MERCATTI S.A. MERCATTISA., Felipe Bermeo Rocha, Contador, Wladimir San Martín, abogado patrocinador; e, Iván Alberto Illescas Rendón, Asesor externo en contratación pública.*

*Minuto 9:58 — 10:44: Interviene Iván Alberto Illescas Rendón en este caso me tocó tanto con MERCATTI como con CUPPHARMA, que también me recomendó Felipe ahí, porque necesitaban también a alguien que incursionara en esto y los dos quisieron participar, entonces para mantener la profesionalidad, ante todo no lo maneje yo las dos al mismo tiempo, manejo una persona la una, y otra persona la otra, entonces cada uno tenía sus límites, y se dio la subasta, se conversan y cada uno tiene sus límites (sic) hasta donde llegan en la subasta como es a la baja, entonces sabes tú llega hasta diez mil y tú hasta diez mil uno, y de ahí vean lo que hacen”.*

*Minuto 10:54 — 11:15: Interviene Iván Alberto Illescas Rendón es súper básica, que estás haciendo, tienes tiempo hoy día, ayúdame en un proceso, no hay enrolamiento, no hay aportes al IESS, no pues se le paga por proceso ganado, haber con el mismo caso, ganamos un proceso, bien porque ahí recién cobra, sino gano no pasa nada, por lo que es una relación externa.”*

Adicionalmente la reunión de trabajo contiene lo siguiente:

*“Minuto 11:49 a 13:14: Interviene Iván Illescas Rendón. Entonces la comunicación es con el que tenga la decisión, el representante o en este caso es Felipe, entonces me dicen sabes que Iván en este proceso en específico tu tope es este, en la subasta, ya saben que hay la subasta y todo, la subasta está al día y tal hora, tu tope es este, no te bajes de este, yo, entonces Andrés mira, este proceso es tal hora mañana en la subasta, este es tu tope y me avisan como queda. Entonces consiguientemente está la otra empresa, entonces yo no puedo decirle oye no, porque va a estar la otra empresa, porque yo pierdo, de ganar, si en caso de que gane, entonces para hacerlo más salomónico con todos, me dicen el precio del otro y yo digo Julio ayúdame, manéjate esta subasta que por política no la puedo manejar yo, manéjala tú, para ver cómo queda, para ver quién gana, entonces pues cualquiera que las dos que ganen, gano yo y compartimos, si no ganamos no pasa nada. Entonces en ese día de la subasta manejamos las dos, después me avisan, sabes que ganó Cuppharma, chuta bacán, y sabes que ganó Cuppharma, a la otra les dije sabes que perdieron ya,*



*cuando uno perdió en subasta y tú vas a la pérdida y pierdes mucho más dinero, entonces a veces es un alivio no ganar en subasta porque lo ideal es negociación.*

*(...)*”

- [83] Al respecto la CRPI considera que los elementos de la reunión de trabajo son procedentes para determinar que los operadores económicos involucrados mantuvieron un acuerdo anticompetitivo en cuanto son los mismos señores Felipe Bermeo Rocha, presunto Asesor Contable e, Iván Alberto Illescas Rendón, quienes conocían que efectivamente los dos operadores económicos involucrados participarían del mismo proceso de contratación pública y, por lo tanto, resulta pertinente, conducente y útil.

**9.1.9. Escrito y anexo, remitido por el Servicio Nacional de Contratación Pública, ingresado el 14 de enero de 2019 a las 10h14, con número de trámite ID 122612.**

*“(...) certifique que las direcciones IP desde la que los proveedores investigados participaron en el proceso de contratación pública N° SIE-HTMC-105-2018, sean las direcciones de IP de origen de los proveedores y no las direcciones IP de los equipo del SERCOP ”*

CÓDIGO	ADJUDICACION	NOMBRE_COMERCIAL	CÉDULA	FECHA DE OFERTA	IP ACCEDE
SIE-HTMC-105-2018NO		MERCATTI S.A.	0992489839001	2018-05-14 16:35:36.024524	181.39.235.231
SIE-HTMC-105-2018NO		CUPPHARMA	0993010596001	2018-05-14 16:40:29.064959	181.39.235.231
SIE-HTMC-105-2018NO		NOVARTIS ECUADOR S.A.	1790233332001	2018-05-14 17:08:38.6810238	7.228.252
SIE-HTMC-105-2018NO		MERCATTI S.A.	0992489839001	2018-05-15 14:03:27.384818	181.39.235.231
SIE-HTMC-105-2018NO		CUPPHARMA	0993010596001	2018-05-15 14:07:20.357894	181.39.235.231
SIE-HTMC-105-2018NO		MERCATTI S.A.	0992489839001	2018-05-15 14:10:39.086742	181.39.235.231
SIE-HTMC-105-2018NO		NOVARTIS ECUADOR S.A.	1790233332001	2018-05-15 14:14:25.725482	179.49.8.204
SIE-HTMC-105-2018NO		CUPPHARMA	0993010596001	2018-05-15 14:28:40.822424	181.39.235.231

**Fuente:** Memorando Nro. SERCOP-CTIT-2018-0417-M de 20 de agosto de 2018, filtrando el código de proceso SIE-HTMC-105-2018

En este contexto, informo a usted que las IP's en el cuadro adjunto corresponden a las direcciones ip de origen donde acceden los proveedores, según información proporcionada con el mantis N°2321 por parte de la Dirección de Gestión de Servicios Informáticos.

- [84] De la información constante en el acervo probatorio se desprende que las ofertas de **CUPPHARMA** y **MERCATTISA** dentro del proceso de subasta inversa electrónica SIE-HTMC-105-2018, fueron realizadas desde la misma dirección IP, siendo esto conducente para identificar la conducta anticompetitiva imputada, guardando la debida importancia para determinar la causalidad del acuerdo.

**9.1.10. De los anexos al escrito del operador económico CUPPHARMA ingresado el 13 de marzo de 2019 a las 09h41, y signado con el número de trámite ID 127271 se desprende que constan:**

- (i) Comprobante de egreso de **CUPHARMA** de mayo de 2018.



COMERCIALIZADORA CUPPHARMA S.A.  
Comprobante: EGRESO # 3 MAYO-2018

SUPERVISOR

Pag. 1573

Fecha: 15/May/18 Diario: Mayor: Si Status: Act Enviado: Si Modulo: CONTA  
Detalle: PAGHO REALIZADO AL ING. BERMEO POR LOS SERVICIOS DE ASESORIA CONTBLEY FISCAL PORLOS MESES

Cuenta	Detalle	Debe	Haber
5-02-02-06-001 Remuneraciones A Otr	ASESORIA CONTABLE DE ENERO A MAYO DEL 2018	400.00	
1-01-05-01-002 Credito tributario d	PAGHO REALIZADO AL ING. BERMEO POR LOS SERVICIOS D E ASESORIA CONTBLEY FISCAL PORLOS MESES	48.00	
1-01-01-02-001 PRODUBANCO	PAGHO REALIZADO AL ING. BERMEO POR LOS SERVICIOS D E ASESORIA CONTBLEY FISCAL PORLOS MESES		448.00
T O T A L		448.00	448.00

Prep.: CC  
Rev.: CC  
Aut.:  
R. CONFORME #0911242675001  
Nombre:  
Cedula Identidad:

[85] El comprobante de egreso tiene como detalle “PAGHO (SIC) REALIZADO AL ING. BERMEO POR LOS SERVICIOS DE ASESORÍA CONTABEY (SIC) PFISCAL POR LOS MESES”. El mismo que resulta impertinente, inconducente e inútil para determinar la no existencia del acuerdo anticompetitivo, pues no conduce a desvanecer la conducta imputada.

(ii) Acuerdo de confidencialidad y no divulgación de información entre CUPHARMA y FELIPE BERMEO.

[86] El acuerdo de confidencialidad de 08 de febrero de 2017 resulta pertinente, conducente y útil para determinar la existencia o no de una relación contractual entre las partes.

(iii) Contrato de servicios profesionales entre CUPHARMA y FELIPE BERMEO.

[87] El contrato de prestación de servicios profesionales mantiene utilidad, conducencia y pertinencia para establecer la relación contractual entre las partes.

(iv) Comprobante de egreso de CUPHARMA de mayo de 2018.



COMERCIALIZADORA CUPPHARMA S.A.  
Comprobante: EGRESO # 4 MAYO-2018

SUPERVISOR

Pag.: 1

Fecha: 15/May/18 Diario: Mayor: Si Status: Act Enviado: Si Modulo: CONTA  
Detalle: POR LA PARTICIPACION EN EL PORTAL DE COMPRAS PUBLICA DEL MES DE ABRIL Y MAYO

Cuenta	Detalle	Debe	Haber
5-02-02-06-001 Remuneraciones A Otr	POR LA PARTICIPACION EN EL PORTAL DE COMPRAS PUBLI CA DEL MES DE ABRIL Y MAYO	180.00	
1-01-05-01-002 Credito tributario d	POR LA PARTICIPACION EN EL PORTAL DE COMPRAS PUBLI CA DEL MES DE ABRIL Y MAYO	21.60	
1-01-01-02-001 PRODUBANCO	POR LA PARTICIPACION EN EL PORTAL DE COMPRAS PUBLI CA DEL MES DE ABRIL Y MAYO		201.60
T O T A L ==>		201.60	201.60

Prep.: CC

Rev.: CC

Aut.:

R. CONFORME: 0922329701  
Nombre:  
Cedula Identidad:

[88] El comprobante de egreso tiene como detalle “*POR LA PARTICIPACION EN EL PORTAL DE COMPRAS PUBLICA DEL MES DE ABRIL Y MAYO*”. El mismo que resulta impertinente, inconducente e inútil para determinar la existencia o no de acuerdo anticompetitivo.

(v) Contrato de servicios profesionales entre **CUPHARMA** e **IVAN ALBERTO ILLESCAS RENDON**

[89] El contrato de prestación de servicios profesionales carece de utilidad, conducencia y pertinencia en cuanto el mismo se celebró el 08 de febrero de 2017. Para el efecto tiene una duración de doce meses como consta en su cláusula Quinta y, por lo tanto, su terminación fue el 08 de febrero de 2018. El 20 de abril de 2018 el Hospital Teodoro Maldonado Carbo publicó en el Portal del SERCOP el proceso de subasta inversa No. SIE-HTMC-105-2018, siendo esto posterior a la terminación del contrato mencionado.

(vi) Acuerdo de confidencialidad y no divulgación de información entre **CUPHARMA** e **IVAN ALBERTO ILLESCAS RENDON**.

[90] El acuerdo de confidencialidad resulta impertinente, inconducente e inútil para determinar la existencia o no del acuerdo anticompetitivo, pues está atado a un contrato de servicios que ha finalizado previamente a la realización de la conducta anticompetitiva imputada, como lo observamos en el literal anterior

**9.1.11. Escrito y anexos del operador económico MERCATTI S.A. MERCATTISA, ingresado el 14 de marzo de 2019 a las 11h12, y signado con el número de trámite ID 127457.**

(i) Asiento contable de 15 de mayo de 2018 del cual consta “*PARA REGISTRAR EL PAGO REALIZADO AL ING. POR LOS SERVICIOS DE*”



*ASESORÍA EN LA PARTICIPACIÓN DEL PORTAL DE COMPRAS  
PÚBLICAS DEL MES DE ABRIL DEL 2018”*

[91] El asiento contable no se considera como prueba en sí mismo, menos aun cuando no se encuentra plenamente identificado que fue en relación con el proceso de compras públicas objeto de la investigación.

(ii) Contrato de servicios profesionales entre **MERCATTISA** e **IVAN ALBERTO ILLESCAS RENDON**

[92] El contrato de prestación de servicios profesionales carece de utilidad, conducencia y pertinencia en cuanto el mismo esta celebrado el 08 de febrero de 2017. Tuvo una duración de doce meses como consta en su cláusula Quita y, por lo tanto, su terminación es el 08 de febrero de 2018. El 20 de abril de 2018 el Hospital Teodoro Maldonado Carbo publicó en el Portal del SERCOP el proceso de subasta inversa No. SIE-HTMC-105-2018, siendo esto posterior a la terminación del contrato mencionado.

(iii) Acuerdo de confidencialidad y no divulgación de información entre **MERCATTISA** e **IVAN ALBERTO ILLESCAS RENDON**.

[93] El acuerdo de confidencialidad resulta impertinente, inconducente e inútil para determinar la existencia o no del acuerdo anticompetitivo, pues está atado a un contrato de servicios que ha finalizado previamente a la realización de la conducta anticompetitiva imputada, como lo observamos en el literal anterior.

(iv) Asiento contable “**PARA REGISTRAR EL VALOR CORRESPONDIENTE AL PAGO DEL ING. FELIPE BERMEO POR CONCEPTO DE ASESORIA CONTABLE, FISCAL Y FINANCIERA DEL MES DE ABRIL DEL 2018”**.”

[94] El asiento contable no se considera como prueba en sí mismo, menos aun cuando no se encuentra plenamente identificado que fue en relación con el proceso de compras públicas objeto de la investigación.

(v) Acuerdo de confidencialidad y no divulgación de información entre **MERCATTISA** y **FELIPE BERMEO**.

[95] El acuerdo de confidencialidad de 08 de febrero de 2017 resulta pertinente, conducente y útil para determinar la existencia o no de la relación contractual entre las partes.

(vi) Contrato de servicios profesionales entre **MERCATTISA** y **FELIPE BERMEO**.

[96] Resulta pertinente, conducente y útil para determinar la existencia o no de la relación contractual entre las partes.



**9.1.12. Escrito de 01 de febrero de 2019 a las 12h00, signado con el número de trámite ID 124193.**

[97] La INICAPMAPR al respecto menciona:

*“Con esta información se establece, que, JAIME JOSÉ GERARDO GUTIÉRREZ GONZÁLEZ (LABORATORIO GUTIÉRREZ), no cuenta con asesores externos ni internos de compras públicas ni contables, únicamente tiene una contadora Marlene del Carmen Puruncajas Chávez, encargada de llevar la contabilidad del operador, evidenciándose que no existe similitud con los asesores externos, Felipe Bermeo e Iván Illescas, semejanza que si existe para los operadores económicos MERCATTI S.A., y, COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA, elemento adicional que conlleva a determinar la existencia de vinculación entre estos dos operadores económicos, excluyendo a JAIME JOSÉ GERARDO GUTIÉRREZ GONZALEZ.”*

[98] De la información presentada la CRPI no encuentra relación entre la conducta investigada y los hechos que involucran a los operadores económicos investigados, por lo que no es conducente, pertinente ni útil para el caso en cuestión.

**9.1.13. Escrito y anexo de JAIME JOSE GERARDO GUTIÉRREZ GONZÁLEZ (LABORATORIOS GUTIÉRREZ), ingresado el 31 de mayo de 2019 a las 11h51, y signado con el número de trámite ID 133851.**

[99] La INICAPMAPR sobre esto menciona:

*“Del escrito y anexo ingresado, se concluye que el operador económico JAIME JOSÉ GERARDO GUTÉRREZ GONZÁLEZ (LABORATORIOS GUTIÉRREZ), nunca tuvo relación directa ni indirecta con MERCATTI S.A. MERCATTISA, puesto que nunca emitió una factura en su favor, adicionalmente tampoco guardo similitud en relación a los asesores contables señores Iván Alberto Illescas Rendón, y, Felipe Bermeo Rocha, puesto que no consta con asesores externos, y únicamente cuenta con una contadora señora Marlene del Carmen Puruncajas Chávez, por lo que no existe ninguna vinculación con MERCATTI S.A. MERCATTISA, y, COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA.”*

[100] De la información presentada la CRPI no encuentra relación entre la conducta investigada y los hechos que involucran a los operadores económicos investigados, por lo que no es conducente, pertinente ni útil para el caso en cuestión.

**9.1.14. Escrito y anexos, remitidos por el Servicio Nacional de Contratación Pública, ingresados el 21 de junio de 2019 a las 10h11, y signado con el número de trámite ID 135467.**

[101] Del cual INICAPMAPR menciona que:

*“En referencia a la información constante en el anexo CD, remitido por el organismo de control se encuentra que los operadores económicos MERCATTI S.A. MERCATTISA, y, COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A., participaron de manera conjunta en procesos de contratación pública, como se muestra en la tabla subsecuente, ofertando los mismos productos, teniendo similitudes de comportamientos y actuación en otros procesos de contratación en los que participaron, tal como sucedió en el proceso SIE-HTM-105-2018.”*

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO	TIPO DE PROCEDIMIENTO	PRODUCTO	FECHA DE PUBLICACIÓN DEL PROCESO	ESTADO DEL PROCESO
<u>SIE-HGIB-051-2017</u>	Subasta Inversa Electrónica	Soluciones y Sustancias	2017-06-01	Finalizado
<u>SIE-HTMC-257-2017</u>	Subasta Inversa Electrónica	Toxina botulinica 100 u	2017-07-19	Ejecución de contrato
<u>SIE-HVCM-081-2017</u>	Subasta Inversa Electrónica	Paracetamol 100 mg	2017-10-02	Ejecución de contrato
<u>SIEB-HEFFAA-242-2017</u>	Subasta Inversa Electrónica	Paracetamol	2017-10-03	Finalizado
<u>SIE-IJESS-HP-073-2017</u>	Subasta Inversa Electrónica	Toxina botulinica 100 u	2017-11-20	Finalizado
<u>SIE-HPNG2-026-2018</u>	Subasta Inversa Electrónica	Servicios comerciales al por mayor, excepto los prestados a comisión o por contrato, de productos farmacéuticos y médicos: de uso humano	2018-04-16	Finalizado
<u>SIE-HAGP-047-2018</u>	Subasta Inversa Electrónica	Paracetamol 100 mg	2018 05 31	Finalizado
<u>SIE-IESSCEL-040-2018</u>	Subasta Inversa Electrónica	Eritromicina y sus derivados y sales, no presentados como medicamentos	2018-11-07	Finalizado

Fuente: Servicio Nacional de Contratación Pública



[102] La CRPI considera que esta información resulta útil, conducente y pertinente para determinar el comportamiento de los operadores económicos involucrados respecto de la conducta investigada.

**9.1.15. Escrito y anexo de JAIME JOSÉ GUTIÉRREZ GONZÁLEZ (LABORATORIOS GUTIÉRREZ), de 25 de junio de 2019 a las 15h41, y signado con el número de trámite ID 135943, mediante el cual da respuesta a lo requerido en providencia de 19 de junio de 2019 a las 11h05.**

[103] La INICAPMAPR al respecto menciona:

*“Mediante escrito y anexo remitidos, tomando en cuenta que dicho anexo ha sido declarado con el carácter de confidencial, y como se desprende de la información analizada y el contenido del escrito, el operador económico remite los libros contables de los años 2016, 2017 y 2018, sin manifestar algún inconveniente o falta de claridad del pedido de información realizado por la autoridad, como si lo realizaron los otros operadores económicos. Adicionalmente, mediante la información remitida se corrobora que, JAIME JOSÉ GUTIÉRREZ GONZÁLEZ (LABORATORIOS GUTIÉRREZ), no ha emitido facturas a nombre de los otros dos operadores económicos, por lo que es un elemento adicional, con lo que se comprueba su no vinculación directa o indirecta con MERCATTI S.A. MERCATTISA, y, COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA.”*

[104] La información no resulta útil, conducente ni pertinente para determinar el cometimiento de una infracción a la libre competencia de los operadores económicos involucrados.

**9.1.16. El Informe de resultados No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-0018-2019, de 27 de junio de 2019.**

[105] La INICAPMAPR señala:

*“Entre los puntos más relevantes del informe de resultados citado ut supra se destacan: en primer lugar una constancia de que los operadores económicos, COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA participaron conjuntamente en el proceso de contratación pública desde una misma dirección IP; conforme se desprende del audio de la reunión de trabajo celebrada con los operadores económicos MERCATTI S.A. MERCATTISA, y COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A., y que en ambas estuvieron presentes los señores FELIPE BERMEO e IVÁN ILLESCAS, asesores externos. En segundo lugar ambos operadores han aceptado que han contratado asesores externos contable y compras públicas (Felipe Bermeo e Iván Illescas), para el manejo de los procesos de contratación pública, es decir existe una relación de trabajo entre los operadores y sus asesores, a quienes delegaron las órdenes para la participación en procesos de compras públicas, y que además,*



*manejan información económica y comercial de los dos operadores económicos. En tercer lugar la influencia dentro del mercado, es decir en el proceso de contratación pública SIE-HTMC-105-2018, por cuanto para participar debían haber cumplido con ciertos requisitos propuestos por la entidad contratante, en el caso particular poder comercializar el producto “ELTROMBOPAG”, que lo obtuvieron a raíz de un certificado de distribución otorgado por el fabricante (JAIME JOSÉ GERARDO GUTIÉRREZ GONZÁLEZ LABORATORIOS GUTIÉRREZ); y, en cuarto lugar, una clara existencia de motivación para coludirse, por cuanto como se ha mencionado anteriormente en los acápite 7.6 y 7.10, los operadores han participado en procesos de contratación pública, a través de representantes delegados (asesores), los cuales sabían qué oferta presentar, hasta cuanto pujar y en qué proceso de contratación pública participarían. Lo que deja en evidencia una facilidad en la coordinación e intercambio de información entre los operadores económicos MERCATTI S.A. MERCATTISA, y COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A.”*

- [106] La CRPI considera que no es posible tomar en cuenta como prueba un informe de resultados realizado por la misma entidad investigadora, en cuanto el informe de la Intendencia lo hace respecto de sus propias afirmaciones y no puede ser considerado como material probatorio.

#### **9.1.17. Formulación de cargos**

- [107] La INICAPMAPR menciona:

*“En la formulación de cargos emitida fundada en el informe de resultados de la investigación, así como de la información analizada, se procedió a formular cargos en contra de los operadores económicos MERCATTI S.A. MERCATTISA, y, COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA, por haber encontrado indicios sobre la presunta infracción a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en su artículo 11 numeral 6.*

*De la formulación emitida, se desprende que la misma, fue realizada por cuanto los operadores económicos ahora infractores, adecuaron su conducta de colusión en compras públicas, a lo determinado dentro de la norma de competencia, misma que prohíbe la existencia de todo tipo de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, práctica concertada, conscientemente paralela, realizada entre proveedores u oferentes, cuyo objeto o efecto sea restringir, falsear o distorsionar la competencia, en la presentación de ofertas y posturas para beneficio propio o de otro proveedor u oferente, en procesos de contratación pública.”*



[108] La CRPI considera que no es posible tomar en cuenta como prueba la formulación de cargos realizada por la misma entidad investigadora, en cuanto la intendencia lo hace respecto de sus propias afirmaciones y no puede ser considerado como material probatorio.

**9.1.18. Escrito y anexo de la Administración del Parque Empresarial Colón, ingresado el 08 de noviembre de 2019 a las 11h14, y signado con el número de trámite ID 149227. La Administración del mencionado edificio, certificó que dentro de sus archivos no consta registrado que haya ejercido actividades económicas el operador KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A., pero si el operador económico MERCATTI S.A. MERCATTISA.**

[109] Se determina que los operadores económicos no tienen una similitud de dirección comercial, siendo esto útil, conducente y pertinente para verificar la relación entre la conducta y las imputaciones a los operadores económicos involucrados.

**9.1.19. Escrito de JAIME JOSÉ GERARDO GUTIÉRREZ GONZÁLEZ (LABORATORIOS GUTIÉRREZ), ingresado el 21 de noviembre de 2019 a las 10h51 y signado con el número de trámite ID 150195.**

[110] La INICAPMAPR manifiesta:

*“La información constante en el escrito que obra del expediente se encuentra que el operador económico certifica que MERCATTI S.A. MERCATTISA, y, COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A., no son distribuidores autorizados, ni que se ha emitido factura alguna en su favor por objeto de la venta del producto “ELTROMBOPAG”, con lo que se comprueba una vez conforme ya se analizado preliminarmente, la no existencia de un acuerdo entre los referidos operadores, y el dueño del producto “ELTROMBOPAG”.*

[111] El documento en mención no constituye elemento probatorio en cuanto no es útil, conducente ni pertinente para determinar infracción a la libre competencia por los operadores económicos investigados.

**9.1.20. Escrito del Ministerio de Trabajo ingresado el 04 de diciembre de 2019 a las 15h42, signado con número de trámite ID 151357.**

[112] La intendencia al respecto menciona:

*“El Ministerio de trabajo, en su escrito certifica que dentro de sus registros no encuentra alguno que haga referencia a la información laboral de la señora CARMEN INÉS CARVAJAL AULESTIA, por lo que esta información no es pertinente para el desarrollo de la investigación por no arrojar datos valorables.”*



[113] La información constante en dicho documento es inútil, inconducente e impertinente para el caso en cuestión, en cuanto no genera elementos que demuestren o desvirtúen el cometimiento de la infracción.

**9.1.21. Escrito del Ministerio de Trabajo ingresado el 04 de diciembre de 2019 a las 15h42, signado con número de trámite ID 151357.**

[114] La Intendencia al respecto menciona:

*“El Ministerio de trabajo, en su escrito certifica que dentro de sus registros no encuentra alguno que haga referencia a la información laboral de la señora CARMEN INÉS CARVAJAL AULESTIA, por lo que esta información no es pertinente para el desarrollo de la investigación por no arrojar datos valorables.”*

[115] La información constante en dicho documento es inútil, inconducente e impertinente para el caso en cuestión, en cuanto no genera elementos que demuestren o desvirtúen el cometimiento de la infracción.

**9.1.22.**

**9.1.23. Prueba de la obstrucción a la labor inspectora de la INICAPMAPR.**

[116] *El literal d. del artículo 81 de la LORCPM determina que:*

*“Art. 81.- Circunstancias Agravantes.- Para fijar el importe de las sanciones se tendrán en cuenta además, entre otras, las siguientes circunstancias agravantes:*

*d. La falta de colaboración u obstrucción de la labor inspectora, sin perjuicio de la posible consideración como infracción independiente, según lo previsto en el artículo 78 numeral 1, literal g.”*

[117] Los siguientes documentos son útiles, conducentes y pertinentes para determinar posibles agravantes o atenuantes relacionados con la colaboración u obstrucción de la labor inspectora:

[118] En providencia de 19 de junio de 2019 la INICAPMAPR menciona:

- i) Escrito de 25 de junio de 2019 a las 12h34, y signado con el número de trámite ID 135835, presentado por el operador económico **MERCATTI S.A. MERCATTISA.**
- ii) Escrito de 25 de junio de 2019 a las 12h38, signado con el número de trámite ID 135839, presentado el operador **COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A.**



- iii) Providencia de 24 de octubre de 2019 a las 12h00.
- iv) Escrito y anexo del operador económico **MERCATTI S.A. MERCATTISA**, ingresado el 07 de noviembre de 2019 a las 13h31, y signado con el número de trámite ID 149136.
- v) Escrito de **COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A.**, ingresado el 13 de noviembre de 2019 a las 09h19, y signado con el número de trámite ID 149561.
- vi) Providencia de 19 de noviembre de 2019 a las 08h55.
- vii) Providencia de 21 de noviembre de 2019 a las 16h35.
- viii) Providencia de 27 de noviembre de 2019 a las 09h35
- ix) Providencia de 29 de noviembre de 2019 a las 17h00
- x) Providencia de 02 de diciembre de 2019 a las 14h45
- xi) Providencia de 04 de diciembre de 2019 a las 13h35
- xii) Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-DNICAPR-0025, elaborado por la intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, de 04 de diciembre de 2019, y signado con el número de trámite ID 151326.
- xiii) Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2019-0026, elaborado por la intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, de 04 de diciembre de 2019, y signado con el número de trámite ID 151328.
- xiv) Razón de no realización de la diligencia dispuesta en el ordinal SEXTO, de la providencia de 19 de noviembre de 2019 a las 08h55, suscrita por la Abg. Adriana Tapia, Secretaria de Sustanciación, signada con el número de trámite ID 150541.
- xv) Razón de no realización de la diligencia dispuesta en el ordinal SÉPTIMO, de la providencia de 27 de noviembre de 2019 a las 09h35, suscrita por la Abg. Adriana Tapia Secretaria de Sustanciación, signada con el número de trámite ID 151092.



- xvi) Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2019-0022, elaborado por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, de 04 de diciembre de 2019, signado con el número de trámite ID 151324.
- xvii) Razón de no realización de la diligencia dispuesta en el ordinal quinto de la providencia de 19 de noviembre de 2019 a las 08h55, suscrita por la Abg. Adriana Tapia, secretaria de sustanciación, signada con número de trámite ID 150540.
- xviii) Razón de no realización de la diligencia dispuesta en el ordinal sexto, de la providencia de 27 de noviembre de 2019, suscrita por la Abg. Adriana Tapia, secretaria de sustanciación, signada con el número de trámite ID 151091.
- xix) Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2019-0024, elaborado por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, el 04 de diciembre de 2019, signado con el número de trámite ID 151329.
- xx) Razón de no realización de la diligencia, dispuesta en el ordinal CUARTO de la providencia de 19 de noviembre de 2019 a las 08h55, suscrita por la Abg. Adriana Tapia, secretaria de sustanciación, signada con el número de trámite ID 150538.
- xxi) Razón de no realización de la diligencia, dispuesta en el ordinal quinto de la providencia de 27 de noviembre de 2019 a las 09h35, suscrita por la Abg. Adriana Tapia, secretaria de sustanciación, signada con el número de trámite ID 151090.
- xxii) Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2019-0023, elaborado por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, y signado con el número de trámite ID 151325.
- xxiii) Providencia de 11 de junio de 2019 a las 10h15, suscrita por la Econ. María Alejandra Egüez Vásquez, Intendente Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, signada con número de trámite ID 135005.
- xxiv) Acta de inspección de 11 de junio de 2019, suscrita por el Abg. Francisco Riofrio Cueva, Director Nacional de Investigación y Control de Acuerdos y Prácticas Restrictivas, y la Abg. Andrea Merizalde, Secretaria de Sustanciación, signada con número de trámite ID 135133.



- xxv) Razón de no realización de la diligencia de inspección al operador económico MERCATTISA de fecha 11 de junio de 2019, sentada por la Abg. Andrea Merizalde Reinoso, Secretaria de Sustanciación Ad-hoc, signada con numero de tramite ID 135007.
- xxvi) Razón de no comparecencia a la reunión de trabajo por parte del operador económico COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A., suscrita por la Abg. Adriana Tapia, secretaria de sustanciación, signada con el número de trámite ID 135930.
- xxvii) Razón de no comparecencia a la reunión de trabajo por parte del operador económico MERCATTISA sentada por la Secretaria de Sustanciación Ad-hoc, a 21 de junio de 2019, signada con numero de tramite ID 135587.

## 9. CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS

### 9.2. Los fundamentos de hecho y de derecho de la resolución, incluida la normativa interna de la SCPM

#### 9.2.1. De los fundamentos de hecho

[119] El 20 de abril de 2018, el Hospital Teodoro Maldonado Carbo publicó en el portal de compras públicas del SERCOP el proceso de Subasta Inversa Electrónica No. SIE-HTMC-105-2018, para la adquisición del medicamento ELTROMBOPAG solido oral 25 MG para el área de hematología.

[120] Conforme consta de las bases de datos de la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria, **NOVARTIS** y **LABORATIOS GUTIERREZ** son los únicos operadores económicos que tienen inscrito registro sanitario sobre el producto ELTROMBOPAG.

Sin perjuicio de lo expuesto, al proceso de Subasta Inversa Electrónica No. SIE-HTMC-105-2018, para la adquisición del medicamento ELTROMBOPAG se presentaron tres oferentes: **(i) NOVARTIS**, **(ii) CUPHARMA** y **(iii) MERCATTISA**.

[121] Conforme consta del Acta de apertura de ofertas y convalidación de errores de forma el 07 de mayo de 2018, el Hospital Teodoro Maldonado Carbo solicitó convalidación de errores a **MERCATTISA** y **CUPHARMA**.

[122] **CUPARMA** y **MERCATTISA** entregaron la convalidación de errores el 9 y 10 de mayo de 2018 respectivamente.

[123] El 4 de mayo de 2018 se realiza la presentación de las ofertas dentro del proceso de subasta inversa.



- [124] Las ofertas económicas presentadas por los operadores **MECATTI** y **CUPHARMA** fueron de USD \$ 220.308,66 y USD \$ 220.309,83, respectivamente. Partiendo del presupuesto referencial de USD \$ 220.311,00.
- [125] El 15 de mayo de 2018 de 14:00:00 a 14:30:00 se realizó la etapa de puja según el cronograma establecido por el Hospital de Especialidades Teodoro Maldonado Garbo.
- [126] Las rebajas de dichos operadores en las primeras pujas también fueron de 6,041% y 6,949% en relación con el presupuesto referencial, respectivamente.
- [127] En las segundas pujas **MERCATTISA** presentó una segunda puja con rebaja de 2,270%, y **CUPHARMA** faltando un minuto y veinte segundos para finalizar la etapa de pujas, presenta una segunda con rebaja del 16,045%, y con esto se convierte en adjudicatario del contrato.
- [128] El 09 de julio de 2018 se declara desierto el proceso de contratación pública.
- [129] El 11 de junio de 2018 a las 11h43, el operador económico **NOVARTIS** presenta denuncia con sus anexos en la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, signada con el número de trámite Id 92277.
- [130] Por medio de Memorando SCPM-IGT-INICAPMAPR-2020-002 de 02 de enero de 2020 suscrito por María Alejandra Egúez, en calidad de la Intendente Nacional de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, se da a conocer a la CRPI el Informe Final de investigación No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2020-001, dentro del expediente administrativo No. SCPM-IIAPMAPR-0014-2018.

## 9.2.2. De los fundamentos de derecho

- [131] En el presente acápite la CRPI establecerá el conjunto de normas que servirán de base para la calificación jurídica de los hechos, y como efecto, para la adopción de la resolución.

### 9.2.2.1. Constitución de la República del Ecuador:

*“Art. 76.- 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.*



3. *Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.*
4. *Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.*
5. *En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.*
6. *La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.*
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.*
  - d) *Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.*
  - e) *Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.*
  - f) *Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento. g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor.*



- g) *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.*
- h) *Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.*
- i) *Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.*
- j) *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. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.*
- m) *Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.”*

[132] El artículo 76 de la CN, establece el derecho al debido proceso, que se aplica no solo a los procesos judiciales sino a los procedimientos administrativos. Este derecho es uno de los cimientos de los Estados de Derecho contemporáneos y que, sin lugar a duda, ocupa un lugar preponderante en la actividad de la SCPM y específicamente de la CRPI.

[133] Los artículos 213, 335 y 336 de la CN determinan las facultades de las Superintendencias como órganos de control y regulación de las actividades económicas, buscando la transparencia y eficiencia en los mercados.

*“Art. 213.- 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 determinarán de acuerdo con la ley.*

*(...)”*



*“Art. 335.- El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos.*

*El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal.”*

*“Art. 336.- El Estado impulsará y velará por el comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, que minimice las distorsiones de la intermediación y promueva la sustentabilidad.*

*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.”*

[134] Los artículos transcritos establecen las bases constitucionales para la actuación de la SCPM; indican el fundamento de su función de vigilancia y control, así como de su facultad sancionadora.

### **9.2.2.2.Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado**

[135] La normativa ecuatoriana en materia de libre y leal competencia busca evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar las prácticas anticompetitivas en las que los operadores económicos puedan incurrir, en aras de conseguir la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general de los consumidores y usuarios.

*“Art. 1.- Objeto.- El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible.*

*Art. 2.- Ámbito.- Están sometidos a las disposiciones de la presente Ley todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que las agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional.*



*Las conductas o actuaciones en que incurriere un operador económico serán imputables a él y al operador que lo controla, cuando el comportamiento del primero ha sido determinado por el segundo.*

*La presente ley incluye la regulación de las distorsiones de mercado originadas en restricciones geográficas y logísticas, así como también aquellas que resultan de las asimetrías productivas entre los operadores económicos.”*

[136] Las normas transcritas establecen el objeto y el ámbito de la LORCPM y, por lo tanto, el límite de actuación de la SCPM. El caso bajo estudio encaja dentro de dicho marco de acción.

[137] El Artículo 3 de la LORCPM concibe la primacía de la realidad como:

*“Art. 3.- Primacía de la realidad.- Para la aplicación de esta Ley la autoridad administrativa determinará la naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a su realidad y efecto económico. La forma de los actos jurídicos utilizados por los operadores económicos no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos.*

*La costumbre o la costumbre mercantil no podrán ser invocadas o aplicadas para exonerar o eximir las conductas contrarias a esta Ley o la responsabilidad del operador económico.”*

[138] El principio de primacía de la realidad es muy importante para determinar si estamos frente de un acuerdo o práctica prohibida. Para el caso particular será un parámetro esencial para establecer si la conducta ejecutada por los operadores económicos **MERCATTI** y **CUPHARMA** es sancionable.

*“Art. 11.- Acuerdos y prácticas prohibidas.- Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, y en general todos los actos o conductas realizados por dos o más operadores económicos, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general.*

*En particular, las siguientes conductas, constituyen acuerdos y prácticas prohibidas:*

*(...)*



6. *Los actos u omisiones, acuerdos o prácticas concertadas y en general todas las conductas de proveedores u oferentes, cualquiera sea la forma que adopten, cuyo objeto o efecto sea impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, ya sea en la presentación de ofertas y posturas o buscando asegurar el resultado en beneficio propio o de otro proveedor u oferente, en una licitación, concursos, remates, ventas al martillo, subastas públicas u otros establecidos en las normas que regulen la contratación pública, o en procesos de contratación privados abiertos al público.*”

[139] La norma transcrita establece la conducta que delimita el asunto jurídico a resolver en el presente procedimiento. La CRPI debe resolver sobre si el acuerdo realizado por los operadores económicos **MERCATTI** y **CUPHARMA** encaja en los supuestos de hecho establecidos normativamente, a saber:

- i) Acuerdo entre oferentes para la presentación de ofertas en el marco de un proceso de contratación.
- ii) Que por “objeto” o por “efecto” impidió, restringió, falseó o distorsionó la competencia.
- iii) Para asegurar un beneficio propio

[140] Los anteriores parámetros serán analizados al detalle en el acápite denominado "calificación jurídica de los hechos".

[141] El inciso 5 del artículo 48 de la LORCPM establece quién tiene la carga de la prueba en los procedimientos de investigación que adelanta la SCPM.

*“Art. 48.- Normas generales.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, antes de iniciar el expediente o en cualquier momento del procedimiento, podrá requerir a cualquier operador económico o institución u órgano del sector público o privado, los informes, información o documentos que estime necesarios a efectos de realizar sus investigaciones, así como citar a declarar a quienes tengan relación con los casos de que se trate.*

(...)

*La carga de la prueba corresponderá a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, sin perjuicio de las pruebas aportadas por el denunciante y el denunciado. Sin embargo, en el caso de los acuerdos y prácticas prohibidas de conformidad con el artículo 11 de la presente Ley, si un operador económico o persona negare, dificultare o impidiere el acceso a información; dañare ocultare u omitiere información o entregase información falsa, fraudulenta, engañosa, falaz, fingida, artificiosa, irreal o dolosa requerida o relacionada al operador económico o persona en una investigación de la Superintendencia de*



*Control del Poder de Mercado, se invertirá la carga de la prueba a dicho operador económico o persona, sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en la ley.*

*(...)”*

[142] La norma transcrita establece que la falta de colaboración del investigado invierte la carga de la prueba, cuestión que es relevante en el presente asunto.

[143] Los Artículo 77, 78, 79, 80, 81 y 82 a su vez establecen:

*“Art. 77.- Sujetos infractores.- Serán sujetos infractores las personas naturales o jurídicas que incurran en las prohibiciones o ejecuten las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en esta Ley.*

*(...)”*

*“Art. 78.- Infracciones.- Las infracciones establecidas en la presente Ley se clasifican en leves, graves y muy graves.*

*1. Son infracciones leves:*

*a. Haber presentado a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado la notificación de la concentración económica fuera de los plazos previstos en el artículo 16.*

*b. No haber notificado una concentración requerida de oficio por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado según lo previsto en el artículo 16.*

*c. No haber cumplido con las medidas correctivas dispuestas en virtud de los artículos 73 y siguientes de esta Ley.*

*d. Incumplir o contravenir lo establecido en una resolución de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.*

*e. Incurrirán en infracción leve las autoridades administrativas o cualquier otro funcionario que hubiere admitido o concedido recursos administrativos, que se formulen con el ánimo de o que tengan como resultado el impedir, restringir, falsear, o distorsionar la competencia, o retrasar o impedir la aplicación de las normas previstas en esta Ley.*

*f. No haberse sometido a una inspección ordenada de acuerdo con lo establecido en esta Ley. g. Incurrirá en infracción leve quien presentare una denuncia falsa, utilizando datos o documentos falsos, con el propósito de causar daño*



*a la competencia, sin perjuicio de las demás acciones civiles y penales que correspondan.*

*h. La obstrucción por cualquier medio de la labor de inspección de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.*

*2. Son infracciones graves:*

*a. El desarrollo de conductas colusorias en los términos previstos en el artículo 11 de esta Ley, cuando las mismas consistan en carteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas u operadores económicos que no sean competidores entre sí, reales o potenciales.*

*b. El abuso de poder de mercado tipificado en el artículo 9 que no tenga la consideración de muy grave.*

*c. El falseamiento del régimen de competencia mediante prácticas actos desleales en los términos establecidos en el artículo 27 de esta Ley.*

*d. La ejecución de una operación de concentración sujeta a control, antes de haber sido notificada a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado; o antes de que haya sido autorizada de conformidad con lo previsto en esta Ley.*

*e. La utilización infundada, deliberada y reincidente de incidentes legales o judiciales, o recursos administrativos, que impidan, restrinjan, falseen, o distorsionen la competencia, o retrasen o impidan la aplicación de las normas previstas en esta Ley.*

*f. No haber cumplido con las medidas correctivas dispuestas en virtud de esta Ley, tratándose de abuso de poder de mercado o acuerdos y prácticas restrictivas.*

*g. No haber cumplido con los compromisos adquiridos de conformidad con esta Ley.*

*h. Suministrar a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado información engañosa o falsa.*

*3. Son infracciones muy graves:*

*a. El desarrollo de conductas colusorias tipificadas en el artículo 11 de esta Ley que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre*



*empresas u operadores económicos competidores entre sí, reales o potenciales.*

- b. El abuso de poder de mercado tipificado en el artículo 9 de esta Ley cuando el mismo sea cometido por una o más empresas u operadores económicos que produzca efectos altamente nocivos para el mercado y los consumidores o que tengan una cuota de mercado próxima al monopolio o disfrute de derechos especiales o exclusivos.*
- c. La ejecución de actos o contratos efectuados por el operador económico resultante de una operación de concentración sujeta a control, antes de haber sido notificada a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado; o antes de que haya sido autorizada de conformidad con lo previsto en esta ley.*
- d. Incumplir o contravenir lo establecido en una resolución de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, tanto en materia de abuso de poder de mercado, conductas anticompetitivas y de control de concentraciones.*

*Las infracciones graves y muy graves se juzgarán independientemente de que puedan constituir conductas tipificadas y sancionadas en la Ley Penal y ser objeto de la correspondiente acción por parte de la Función Judicial.”*

*Art. 79.- Sanciones.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado impondrá a las empresas u operadores económicos, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellos que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley, las siguientes sanciones:*

- a. Las infracciones leves con multa de hasta el 8% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.*
- b. Las infracciones graves con multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.*
- c. Las infracciones muy graves con multa de hasta el 12% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa.*

*El volumen de negocios total de las asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas u operador económico se determinará tomando en consideración el volumen de negocios de sus miembros.*



*Además de la sanción prevista en el apartado anterior, cuando el infractor sea una persona jurídica y haya incurrido en infracciones muy graves, se podrá imponer una multa de hasta 500 Remuneraciones Básicas Unificadas a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión, según el grado de intervención o participación de dichos representantes o directivos en la determinación o ejecución de la práctica o conducta infractora.*

*Quedan excluidas de la sanción aquellas personas que, formando parte de los órganos colegiados de administración, no hubieran asistido a las reuniones o hubieran votado en contra o salvado su voto.*

*En caso de que no sea posible delimitar el volumen de negocios a que se refieren los literales a), b) y c) del primer inciso del presente artículo, las infracciones tipificadas en la presente Ley serán sancionadas en los términos siguientes:*

- 1. Las infracciones leves con multa entre 50 a 2.000 Remuneraciones Básicas Unificadas.*
- 2. Las infracciones graves con multa entre 2.001 a 40.000 Remuneraciones Básicas Unificadas.*
- 3. Las infracciones muy graves con multa de más de 40.000 Remuneraciones Básicas Unificadas.*

*La reincidencia se considerará circunstancia agravante, por lo que la sanción aplicable no deberá ser menor que la sanción precedente. La Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá imponer las multas de manera sucesiva e ilimitadamente en caso de reincidencia. En ese caso los umbrales del 8%, 10% y 12% del volumen de negocios total del infractor, relativos a todas sus actividades económicas correspondientes al ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa, establecidos en los literales a, b y c precedentes, no serán aplicables.*

*De igual manera, si la Superintendencia determinare que los beneficios obtenidos como resultado de una conducta contraria a las disposiciones de la presente Ley son superiores a los umbrales del 8%, 10% y 12% del volumen de negocios total del infractor, o a los montos previstos en los números 1, 2 y 3 de este artículo, sancionará al infractor con un monto idéntico al de dichos beneficios, sin perjuicio de su facultad para sancionar la reincidencia establecida en el inciso precedente.*

*Quien no suministrare a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado la información requerida por ésta o hubiere suministrado información*



*incompleta o incorrecta, será sancionado con una multa de hasta 500 Remuneraciones Básicas Unificadas.*

*La Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá ordenar desinvertir, dividir o escindir en los casos en los que determine que es el único camino para restablecer la competencia.”*

*“Art. 80.- Criterios para la determinación del importe de las sanciones.- El importe de las sanciones se fijará atendiendo, entre otros, a los siguientes criterios:*

- a. La dimensión y características del mercado afectado por la infracción.*
- b. La cuota de mercado del operador u operadores económicos responsables.*
- c. El alcance de la infracción.*
- d. La duración de la infracción.*
- e. El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos.*
- f. Los beneficios obtenidos como consecuencia de la infracción.*
- g. Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurren en relación con cada una de las empresas u operadores económicos responsables.”*

*“Art. 81.- Circunstancias Agravantes.- Para fijar el importe de las sanciones se tendrán en cuenta además, entre otras, las siguientes circunstancias agravantes:*

- a. La comisión reiterada de infracciones tipificadas en la presente Ley.*
- b. La posición de responsable o instigador de la infracción.*
- c. La adopción de medidas para imponer o garantizar el cumplimiento de las conductas ilícitas.*
- d. La falta de colaboración u obstrucción de la labor inspectora, sin perjuicio de la posible consideración como infracción independiente, según lo previsto en el artículo 78 numeral 1, literal g.*

*Art. 82.- Circunstancias Atenuantes.- Para fijar el importe de la sanción se tendrán en cuenta además, entre otras, las siguientes circunstancias atenuantes:*



- a. La realización de actuaciones que pongan fin a la infracción.
- b. La no aplicación efectiva de las conductas prohibidas.
- c. La realización de actuaciones tendientes a reparar el daño causado. d. La colaboración activa y efectiva con la Superintendencia de Control del Poder de Mercado llevada a cabo fuera de los supuestos de exención y de reducción del importe de la multa regulados en los artículos 83 y 84 de esta Ley.”

[144] Las normas transcritas regulan los parámetros para aplicar las sanciones, especialmente en relación con la calificación de la infracción, el cálculo de la multa y la imposición de agravantes y atenuantes. Este conjunto normativo será aplicado al caso concreto al revisar la infracción y la responsabilidad que corresponda a sus autores, las circunstancias agravantes y atenuantes concurrentes, y la decisión sobre la aplicación e importe de la multa.

### **9.2.2.3.Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de regulación y Control del Poder de Mercado**

[145] Los artículos 4, 8 y 10 del RLORCPM ayudan a entender de mejor manera los parámetros de aplicación de la conducta prevista en el numeral 6 del artículo 11 de la LORCPM, así como del régimen de excepción que plantea el artículo 12 de la misma ley. Como ya se advirtió, esto será tratado en el acápite denominado "calificación jurídica de los hechos".

*“Art. 4.- Criterio general de evaluación.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, para determinar el carácter restrictivo de las conductas y actuaciones de los operadores económicos, analizará su comportamiento caso por caso, evaluando si tales conductas y actuaciones, tienen por objeto o efecto, actual o potencialmente, impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o atentar contra la eficiencia económica, el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios.”*

*“Art. 8.- Presunción de práctica restrictiva.- Se presumirá que tienen por objeto impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, que afectan negativamente a la eficiencia económica y al bienestar general, todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, y en general cualquier acto o conducta realizados por dos o más operadores económicos, competidores, reales o potenciales, que directa o indirectamente:*

*(...)*

*4. También están sujetos a la presunción establecida en este artículo los actos u omisiones, acuerdos o prácticas concertadas y en general todas las conductas de proveedores u oferentes, cualquiera sea la forma que adopten, ya sea en la*



*presentación de ofertas y posturas o buscando asegurar el resultado en beneficio propio o de otro proveedor u oferente, en una licitación, concursos, remates, ventas al martillo, subastas públicas u otros establecidos en las normas que regulen la contratación pública, o en procesos de contratación privados abiertos al público.”*

*“Art. 10.- Exención.- A efectos de la aplicación de la exención establecida en el artículo 12 de la Ley, se estará a las siguientes reglas:*

*1. Los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas contemplados en el artículo 11 de la Ley que no cumplan las condiciones del artículo 12 de la misma están prohibidos y serán sancionados de acuerdo con la Ley.*

*2. Los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas contemplados en el artículo 11 de la Ley que reúnan las condiciones del artículo 12 de la misma no están prohibidos, sin que sea necesaria autorización previa alguna a tal efecto.*

*3. En todos los procedimientos de investigación y sanción el o los operadores económicos que invoquen ser beneficiarios de la exención establecida en el artículo 12 de la Ley deberán aportar la prueba de que se cumplen las condiciones previstas en dicho artículo.”*

[146] El artículo 42 del RLORCPM nos indica que la Junta de Regulación establecerá la metodología a utilizar para calcular el importe de la multa en el presente asunto. Esto será analizado en la decisión sobre la aplicación e importe de la multa.

*“Art. 42.- Atribuciones de la Junta de Regulación.- La Junta de Regulación, aquí en adelante la Junta, tendrá las siguientes facultades:*

*(...)*

*k) Establecer la metodología para el cálculo del importe de multas y aplicación de los compromisos de cese;*

*(...)”*

#### **9.2.2.4. Resolución No. 012 de 23 de septiembre de 2016, publicada en el Registro Oficial No. 887 de 22 de noviembre de 2016, expedida por la Junta de Regulación.**

#### **9.2.3.**

[147] Mediante la resolución reseñada se expidió la Metodología para la Determinación del Importe de Multas por Infracciones a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

- [148] El Informe No. SP-2016-009, se considera como un elemento interpretativo esencial <sup>1</sup> de la Resolución No. 012 de 23 de septiembre de 2016, publicada en el Registro Oficial No. 887 de 22 de noviembre de 2016.
- [149] El Informe No. SP-2016-009 define la metodología mencionada en el párrafo anterior, estableciendo un procedimiento de cálculo en concordancia con lo determinado tanto en la LORCPM como en el RLORCPM.
- [150] Dicha metodología considera parámetros que permiten cuantificar, de la manera más aproximada, un importe de sanción que se encuentre acorde a las especificidades de cada caso.

### 9.3. La identificación de las normas o principios violados y los responsables

- [151] La conducta realizada por los operadores económicos **MERCATTI** y **CUPHARMA** vulneró el numeral 6 del artículo 11 de la LORCPM, tal y como se explicará en el acápite denominado "calificación jurídica de los hechos".

### 9.4. Relación entre la conducta y la prueba

- [152] La CRPI para valorar la prueba tendrá en cuenta lo determinado en el numeral 5 del artículo 3 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM, en concordancia con el numeral 4 del artículo 76 de la Constitución de la República, que establecen que solamente la prueba pedida, ordenada y practicada conforme a los principios del debido proceso tendrá eficacia probatoria, caso contrario, no tendrá valor probatorio alguno.
- [153] A la vez se observará que la misma conste en originales, fiel copias del original, copias certificadas, o en caso de documentos digitales y otras diligencias, serán incorporados con las formalidades que dicta la ley.
- [154] Ahora bien, estas actuaciones las realizará el órgano de investigación y sustanciación, e incorporará las pruebas de las partes dentro del término de prueba establecido en el Artículo 59 de la LORCPM, que será de sesenta (60) días prorrogables hasta por un término de treinta (30) días adicionales, a criterio de la autoridad.
- [155] Que, de la revisión de las piezas procesales, la Intendencia de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, mediante providencia de 24 de julio de 2019, abre el término de prueba por 60 días, y mediante providencia de 17 de octubre de 2019, prórroga el término de prueba por 30 días, de tal manera que la prueba que haya sido agregada fuera de ese término no tendría valor alguno, por lo que en el caso de que la CRPI considere pruebas presentadas fuera del término de prueba se afectarían los derechos

---

<sup>1</sup> Resolución de 05 de julio de 2019 expedida por el Superintendente de Control del Poder de Mercado, expediente SCPM-CRPI-2015-019-RA



y garantías de la parte contraria, vulnerando el debido proceso, el derecho a la seguridad jurídica, confianza legítima, igualdad y de legalidad.

[156] La prueba considerada será aquella que lleve a la CRPI al convencimiento de los hechos y circunstancias que se han planteado en la etapa de Investigación sobre las conductas imputadas.

[157] La prueba que consideró la CRPI para la determinación de la conducta es la siguiente:

**9.4.1. Denuncia y anexos del operador económico NOVARTIS ECUADOR S.A., y anexos, ingresados el 11 de junio de 2018 a las 11h43, y signados con número de trámite ID 92277.**

[158] De los anexos constantes en la denuncia se desprenden los datos generales que constaban en la información que reposaba en su momento en la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, según la cual los operadores económicos **CUPPHARMA** y **MERCATTISA** mantenían la misma dirección de correo electrónico y números telefónicos.

[159] Pues según se aprecia de los documentos, consta como correo electrónico 2 fbermeor@gmail.com y teléfono 04288068. Dicha coincidencia genera la certeza que los dos operadores económicos mantienen una estrecha relación en cuanto a instalaciones, como a las personas que trabajan en ellas.

[160] La relación entre los agentes económicos al momento de la consecución de la conducta, brinda un indicio suficiente para establecer la vinculación entre las empresas a fin de realizar el acuerdo anticompetitivo en el proceso de contratación pública.



### DATOS GENERALES DE LA COMPAÑÍA

RAZÓN O DENOMINACIÓN	COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INES CARVAJAL CUPPHARMA S.A.		
NOMBRE COMERCIAL:			
EXPEDIENTE:	305962	RUC:	0993010596001
FECHA DE CONSTITUCIÓN:	13/01/2017	PLAZO SOCIAL:	13/01/2117
NACIONALIDAD:	ECUADOR	TIPO DE CIA:	ANÓNIMA
OFICINA:	GUAYAQUIL	SITUACIÓN LEGAL:	ACTIVA

**DIRECCIÓN LEGAL**

PROVINCIA:  CANTÓN:  CIUDAD:

**DIRECCIÓN POSTAL**

PROVINCIA:  CANTÓN:  CIUDAD:

PARROQUIA:  CALLE:  NÚMERO:

INTERSECCIÓN/MZ.  CIUDADELA:

CONJUNTO:  BLOQUE:

NÚMERO DE OFICINA:  EDIFICIO/C.C.:

REFERENCIA / UBICACIÓN:

PISO:  TELÉFONO1:  TELÉFONO2:

FAX:  CORREO ELECTRÓNICO 1:

CASILLERO POSTAL:  CORREO ELECTRÓNICO 2:



**DATOS GENERALES DE LA COMPAÑÍA**

RAZÓN O DENOMINACIÓN	MERCATTI S.A. MERCATTISA		
NOMBRE COMERCIAL:			
EXPEDIENTE:	125405	RUC:	0992489839001
FECHA DE CONSTITUCIÓN:	14/12/2006	PLAZO SOCIAL:	14/12/2056
NACIONALIDAD:	ECUADOR	TIPO DE CIA:	ANÓNIMA
OFICINA:	GUAYAQUIL	SITUACIÓN LEGAL:	ACTIVA

**DIRECCIÓN LEGAL**

PROVINCIA:  CANTÓN:  CIUDAD:

**DIRECCIÓN POSTAL**

PROVINCIA:  CANTÓN:  CIUDAD:

PARROQUIA:  CALLE:  NÚMERO:

INTERSECCIÓN/MZ.  CIUDADELA:

CONJUNTO:  BLOQUE:

NÚMERO DE OFICINA:  EDIFICIO/C.C.:

REFERENCIA / UBICACIÓN:

PISO:  TELÉFONO1:  TELÉFONO2:

FAX:  CORREO ELECTRÓNICO 1:

CASILLERO POSTAL:  CORREO ELECTRÓNICO 2:

**9.4.2. Información remitida por el Servicio Nacional de Contratación Pública, mediante escrito y anexos, ingresados el 27 de agosto de 2019 a las 09h23, y signados con el número de trámite ID 110435.**

[161] De la información remitida por el Servicio Nacional de Contratación Pública se desprende:

Tabla 1. Direcciones IP proceso SIE-HTMC-105-2018

CÓDIGO	RAZÓN SOCIAL	RUC	FECHA DE OFERTA	IP ACCEDE
SIE-HTMC-105-2018	MERCATTI S.A.	0992489839001	2018-05-14 16:35:36.024524	181.39.235. 231
SIE-HTMC-105-2018	CUPPHARMA	0993010596001	2018-05-14 16:40:29.064959	181.39.235. 231



SIE-HTMC-105-2018	NOVARTIS ECUADOR S.A.	1790233332001	2018-05-14 17:08:38.681023	8.7.228.252
SIE-HTMC-105-2018	MERCATTI S.A.	0992489839001	2018-05-15 14:03:27.384818	181.39.235.231
SIE-HTMC-105-2018	CUPPHARMA	0993010596001	2018-05-15 14:07:20.357894	181.39.235.231
SIE-HTMC-105-2018	MERCATTI S.A.	0992489839001	2018-05-15 14:10:39.086742	181.39.235.231
SIE-HTMC-105-2018	NOVARTIS ECUADOR S.A.	1790233332001	2018-05-15 14:14:25.725482	179.49.8.204
SIE-HTMC-105-2018	CUPPHARMA	0993010596001	2018-05-15 14:28:40.822424	181.39.235.231

*“En el proceso de subasta inversa electrónica SIE-HTMC-105-2018 resultaron calificados para participar en la puja del procedimiento de contratación pública tres participantes que presentaron su oferta técnica y económica.”*

- [162] De los datos proporcionados por el SERCOP, **CUPPHARMA** y **MERCATTISA** participaron desde la misma dirección IP 181.39.235.231, mientras que el operador económico **NOVARTIS** participó desde las siguientes dos direcciones IP: 8.7.228.252 y 179.49.8.204.
- [163] La participación dentro de un proceso de subasta electrónica desde una misma IP refleja una prueba clara de que los operadores económicos estaban vinculados con la finalidad de ganar el proceso de contratación pública, constituyendo esto un acuerdo anticompetitivo.
- [164] Siendo esto así, se demuestra la adopción de medidas suficientes para imponer o garantizar el cumplimiento de las conductas ilícitas.

#### **9.4.3. Acta y audio de reunión de trabajo efectuada con el operador económico CUPPHARMA el 12 de diciembre de 2018 a las 10h55, signada con los números de tramite ID 120379 y 150663.**

- [165] La INICAPMAPR al respecto menciona que:

*“Conforme consta en autos dentro del presente expediente, en la reunión en mención estuvieron reunidos en las instalaciones de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, por parte de la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas: Jacobo Salvador Aguayo Zambrano, Director Nacional de Investigación y Control de Acuerdos y Prácticas Restrictivas, María Alejandra Costales, Analista Jurídica, y, Juan Fernando Narváez, Secretario de Sustanciación, y por parte del operador económico COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL, CUPPHARMA S.A.: Felipe Bermeo Rocha, Asesor Contable, Carmen Inés Carvajal Aulestia Gerente*



*General y Accionista, Oswaldo Florencia Peña, abogado patrocinador; e, Iván Alberto Illescas Rendón, Asesor externo en contratación pública.*

*Minuto 10:48 — 10:52: Interviene Felipe Bermeo Rocha: “trabajo con MERCATTI con CUPPHARMA Minuto 18 18— 18:29: Interviene Felipe Bermeo Rocha “Con CUPPHARMA [...], 2017, y con MERCATTI tengo desde el 2013 en el mes de agosto, [...].*

*De acuerdo a lo manifestado tanto por el asesor contable y de compras públicas, en todo momento se tuvo conocimiento de que los mismos trabajaban para COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A así como para la competencia (...).”*

[166] De la reunión de trabajo se mencionó:

*“Interviene Jacobo Aguayo (INICAPMAPR) minuto 29:08 — 29:16: “Y en esta razón por ejemplo usted ha trabajado con Mercatti también, en la misma época que dice el Señor Contador, desde cuando lleva trabajando con Mercatti.”*

*Interviene Iván Illescas (CUPPHARMA) minuto 29:17 — 29: 32: “Yo no acá cuando Felipe me aviso que el año pasado por junio o julio por 2017 sabes que acá necesitan alguien en compras porque creo que tenían alguien más”.*

*Interviene Jacobo Aguayo (INICAPMAPR) minuto 29:35 — 29.37: “Y en este proceso de contratación participó o no”.*

*Interviene Iván Illescas (CUPPHARMA) minuto 29:38 — 29:40: “En este especial si, porque ya estaba”.*

*Interviene Alejandra Costales (CUPPHARMA) minuto 29:41 — 29:43: “Usted maneja el portal de los dos operadores”.*

*Interviene Iván Illescas (CUPPHARMA) minuto 29.44 — 30:13: “Yo al mismo tiempo no porque tengo a otra persona, pero se podría decirlo'ecfr (sic) que tenía en conocimiento, [...], para evitar los problemas entre ellos, uno obviamente se guarda la información, por ejemplo si trabajo con él, yo le digo, sabes que tengo otra empresa, solamente les digo sabes que ayúdame, maneja esta puja, este tu tope, y participa y me avisas que pasa, y yo me voy acá y la maneja”.*

[167] Los presuntos asesores aceptan que trabajaban para los dos agentes económicos involucrados, y que los mismos se encontraban dentro del mismo proceso de contratación pública, lo que genera certeza de que los procesos fueron llevados a cabo por una misma

persona, que por supuesto ejercía las labores encomendadas por los administradores de los dos operadores económicos CUPHARMA y MERCATTISA.

**9.4.4. Acta y audio de la reunión de trabajo con el operador económico MERCATTI S.A. MERCATTISA., el 07 de enero de 2019 a las 14h09, y signado con el número de trámite ID 121986.**

[168] La INICAPMAPR al respecto señala:

*“Conforme consta en autos dentro del presente expediente, en la reunión precedente estuvieron reunidos en las instalaciones de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, por parte de la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas. Francisco Riofrio Cueva, Director Nacional de Investigación y Control de Acuerdos y Prácticas Restrictivas, Daniela Estévez, Analista Jurídica, Karen Poveda, Analista Económica, y, Juan Fernando Narváez, Secretario de Sustanciación, y por parte del operador económico MERCATTI S.A. MERCATTISA., Felipe Bermeo Rocha, Contador, Wladimir San Martín, abogado patrocinador; e, Iván Alberto Illescas Rendón, Asesor externo en contratación pública.*

*Minuto 9:58 — 10:44: Interviene Iván Alberto Illescas Rendón en este caso me tocó tanto con MERCATTI como con CUPPHARMA, que también me recomendó Felipe ahí, porque necesitaban también a alguien que incursionara en esto y los dos quisieron participar, entonces para mantener la profesionalidad, ante todo no lo maneje yo las dos al mismo tiempo, manejo una persona la una, y otra persona la otra, entonces cada uno tenía sus límites, y se dio la subasta, se conversan y cada uno tiene sus límites (sic) hasta donde llegan en la subasta como es a la baja, entonces sabes tú llega hasta diez mil y tú hasta diez mil uno, y de ahí vean lo que hacen”.*

*Minuto 10:54 — 11.15: Interviene Iván Alberto Illescas Rendón es súper básica, que estás haciendo, tienes tiempo hoy día, ayúdame en un proceso, no hay enrolamiento, no hay aportes al IEISS, no pues se le paga por proceso ganado, haber con el mismo caso, ganamos un proceso, bien porque ahí recién cobra, sino gano no pasa nada, por lo que es una relación externa.”*

Adicionalmente la reunión de trabajo contiene lo siguiente:

*Minuto 11:49 a 13:14: Interviene Iván Illescas Rendón. Entonces la comunicación es con el que tenga la decisión, el representante o en este caso es Felipe, entonces me dicen sabes que Iván en este proceso en específico tu tope es este, en la subasta, ya saben que hay la subasta y todo, la subasta está al día y tal hora, tu tope es este, no te bajes de este, yo, entonces Andrés mira, este proceso es tal hora mañana en la subasta, este es tu tope y me avisan como*



*queda. Entonces consiguientemente está la otra empresa, entonces yo no puedo decirle oye no, porque va a estar la otra empresa, porque yo pierdo, de ganar, si en caso de que gane, entonces para hacerlo más salomónico con todos, me dicen el precio del otro y yo digo Julio ayúdame, manéjate esta subasta que por política no la puedo manejar yo, manéjala tú, para ver cómo queda, para ver quién gana, entonces pues cualquiera que las dos que ganen, gano yo y compartimos, si no ganamos no pasa nada. Entonces en ese día de la subasta manejamos las dos, después me avisan, sabes que ganó Cuppharma, chuta bacán, y sabes que ganó Cuppharma, a la otra les dije sabes que perdieron ya, cuando uno perdió en subasta y tú vas a la pérdida y pierdes mucho más dinero, entonces a veces es un alivio no ganar en subasta porque lo ideal es negociación.*

(...)"

[169] Se recaba de la reunión de trabajo que Felipe Bermeo Rocha, en su calidad de Contador, e Iván Alberto Illescas Rendón, trabajaban para los dos agentes económicos involucrados, y que los mismos se encontraban dentro del mismo proceso de contratación pública, lo que genera certeza de que los procesos fueron llevados a cabo por una misma persona, que por supuesto ejercía las labores encomendadas por los administradores de los dos operadores económicos **CUPHARMA** y **MERCATTISA**.

#### **9.4.5. Escrito y anexo, remitido por el Servicio Nacional de Contratación Pública, ingresado el 14 de enero de 2019 a las 10h14, y signado con el número de trámite ID 122612.**

*"(...) certifique que las direcciones IP desde la que los proveedores investigados participaron en el proceso de contratación pública N° SIE-HTMC-105-2018, sean las direcciones de IP de origen de los proveedores y no las direcciones IP de los equipo del SERCOP"*

CÓDIGO	ADJUDICANOMBRE_COMERCIAL	CÉDULA	FECHA DE OFERTA	IP ACCEDE
SIE-HTMC-105-2018NO	MERCATTI S.A.	0992489839001	2018-05-14 16:35:36.024524	181.39.235.231
SIE-HTMC-105-2018NO	CUPPHARMA	0993010596001	2018-05-14 16:40:29.064959	181.39.235.231
SIE-HTMC-105-2018NO	NOVARTIS ECUADOR S.A.	1790233332001	2018-05-14 17:08:38.6810238	7.228.252
SIE-HTMC-105-2018NO	MERCATTI S.A.	0992489839001	2018-05-15 14:03:27.384818	181.39.235.231
SIE-HTMC-105-2018NO	CUPPHARMA	0993010596001	2018-05-15 14:07:20.357894	181.39.235.231
SIE-HTMC-105-2018NO	MERCATTI S.A.	0992489839001	2018-05-15 14:10:39.086742	181.39.235.231
SIE-HTMC-105-2018NO	NOVARTIS ECUADOR S.A.	1790233332001	2018-05-15 14:14:25.725482	179.49.8.204
SIE-HTMC-105-2018NO	CUPPHARMA	0993010596001	2018-05-15 14:28:40.822424	181.39.235.231

**Fuente:** Memorando Nro. SERCOP-CTIT-2018-0417-M de 20 de agosto de 2018, filtrando el código de proceso SIE-HTMC-105-2018

En este contexto, informo a usted que las IP's en el cuadro adjunto corresponden a las direcciones ip de origen donde acceden los proveedores, según información proporcionada con el mantis N°2321 por parte de la Dirección de Gestión de Servicios Informáticos.



- [170] De la información constante en el acervo probatorio se desprende que las ofertas de **MERCATTI** y **CUPPHARMA** presentadas dentro del proceso de subasta inversa electrónica SIE-HTMC-105-2018, fueron realizadas desde la misma dirección IP, siendo prueba determinante que permite establecer que los operadores económicos **MERCATTI** y **CUPPHARMA** realizaron su contratación pública basados en un acuerdo anticompetitivo, pues aun cuando estos afirman que mantenían un contrato de prestación de servicios con especialistas en materia de contratación pública y contadores para realizar este tipo de procesos, y que por coincidencia son los mismos de su competencia, los documentos presentados como los contratos de servicios y acuerdos de confidencialidad mantienen coincidencias que ponen en tela de duda su veracidad, conforme podemos observar del análisis realizados a los mismos.
- [171] Si contrastamos la información constante en esta prueba con la información constante en la pagina del **SERCOP**, link <https://www.compraspulicas.gob.ec/ProcesoContratación/compras/PC/ResumenPuja.cpe?id=NBh-pfFiwub6SXAoljPHILKqoE9N6mBlz6r6ttL3Ato> (información pública), encontramos que las ofertas presentadas por los operadores **MERCATTI** y **CUPPHARMA** fueron de USD \$ 220.308,66 y USD \$ 220.309,83, respectivamente. Partiendo del presupuesto referencial de USD \$ 220.311,00., donde las reducciones porcentuales en relación con el mencionado presupuesto son las mismas, es decir, 0,001%.

#### Resumen de Puja

COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INES CARVAJAL CUPPHARMA S.A.	MERCATTI S.A. MERCATTISA	NOVARTIS ECUADOR S.A.
USD 169.650.00	USD 202.000.00	USD 217.990.00
hora:14:28:40	hora:14:10:39	hora:14:14:25
USD 205.000.00	USD 207.000.00	USD 220.194.00
hora:14:07:20	hora:14:03:27	hora:17:08:38
USD 220.309,83	USD 220.308,66	
hora:16:40:29	hora:16:35:36	

#### Orden Final de Puja

Proveedor	Última Oferta	Fecha Oferta	Análisis de Vinculaciones
COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INES CARVAJAL CUPPHARMA S.A.	USD 169,650.00	2018-05-15 14:28:40.822424	No Vinculada
MERCATTI S.A. MERCATTISA	USD 202,000.00	2018-05-15 14:10:39.086742	No Vinculada
NOVARTIS ECUADOR S.A.	USD 217,990.00	2018-05-15 14:14:25.725482	No Vinculada

PROVEEDOR	ORIGEN	TIPO EMPRESA
COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INES CARVAJAL CUPPHARMA S.A.	Extranjero	
MERCATTI S.A. MERCATTISA	Extranjero	
NOVARTIS ECUADOR S.A.	Extranjero	

- [172] De este punto partieron los operadores **MERCATTI** y **CUPPHARMA** para participar de manera coordinada en la etapa de puja sabiendo que el otro oferente era **NOVARTIS**.
- [173] Es evidente que las rebajas de dichos operadores en las primeras pujas también fueron muy similares, es decir, de 6,041% y 6,949% en relación con el presupuesto referencial, respectivamente. En las segundas pujas se observa que **MERCATTI**, desde la misma dirección IP 181.39.235.231, presentó una segunda puja con rebaja de 2,270%, lo que incidió para que **CUPPHARMA** faltando un minuto y veinte segundos para finalizar la etapa



de pujas y pensando que la oferta de **NOVARTIS** hasta dicho momento podría ser la más baja, presentara una segunda con rebaja del 16,045%, y con esto ser adjudicatario del contrato.

[174] El Informe SCPM-IGT-INICAPMAPR-2020-0001 establece al respecto que:

*“Es importante indicar que en el procedimiento de contratación pública de Subasta Inversa Electrónica, al momento de la fase de pujas los operadores económicos no pueden visualizar sus nombres ni los valores pujados, lo único que les aparece en la pantalla de sus computadores es un mensaje indicando si su oferta es la menor o no<sup>2</sup>.*

*El desarrollo de la puja continuó de la siguiente manera:*

- *El 15 de mayo de 2018 se realizó la etapa de puja según el cronograma establecido por el Hospital de Especialidades Teodoro Maldonado Garbo, la hora de inicio fue a las 14:00:00 y la hora de finalización a las 14:30:00.*
- *De los operadores económicos con la misma dirección IP y dado que la oferta de NOVARTIS era la más baja (USD 117,000 de rebaja del presupuesto referencial), el mensaje que les aparecía en la misma pantalla de su computador fue "el valor de su oferta no es el más bajo en este momento".*
- *MERCATTI S.A. fue el primero en pujar a las 14:03:27, su primera puja fue de USD 207.000,00, que significó una rebaja de USD 13.308,66, que es el 6,041% del presupuesto referencial. Sin embargo, un método para generar más ahorro estatal con una mayor puja ideado por el SERCOP, es el incorporar un participante ficticio para que simule una puja y que indique el mensaje **-el valor de su oferta no es el más bajo en este momento-**.*
- *Con conocimiento de que la oferta de MERCATTI S.A. no es la menor, a las 14:07:20, CUPPHARMA S.A. realiza su primera puja por un valor menor al pujado por MERCATTI S.A. (en este punto es importante*

<sup>2</sup> RESOLUCION-SERCOP-2016-000072-99. Última modificación de 25 de junio de 2019. Art. 273. *“Visualización de la puja.- Para garantizar que la puja se realice de manera transparente, ninguno de los oferentes participantes, podrá visualizar el desarrollo de la misma, solamente la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado podrá visualizarlo. Una vez que haya terminado el tiempo programado para la puja, el detalle de los resultados serán públicos a través de del Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública. Será de entera responsabilidad de la máxima autoridad o su delegado, la utilización de dicha información. Durante el desarrollo de la puja, el Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública, alertará al oferente si el valor de su oferta es o no el más bajo en ese momento, sin que se conozca la identidad y las posturas económicas de los demás oferentes que se encuentren participando en la misma.”*



considerar el artículo 273 de la RESOLUCIÓN SERCOP-2016- 000072-99), siendo este USD 205.000,00, que significa una rebaja de USD 15.309,83, y que es el 6,949% del presupuesto referencial. En este punto se evidencia que la rebaja del presupuesto referencial por puja propuesto por MERCATTI S.A. y CUPPHARMA está entre el 6 y 7%.

- Luego de las primeras pujas de MERCATTI S.A. y CUPPHARMA , en la pantalla del computador vinculado a la dirección IP 181.39.235.231, por el método establecido para el efecto por el SERCOP, siguió apareciéndoles el mensaje "**el valor de su oferta no es el más bajo en este momento**". Resultado de esto MERCATTI S.A. a las 14:10:39 realiza su segunda puja por un valor igual a USD 202.000,00 que significó una rebaja de USD 5.000,00 de su primera puja, que es el 2,270% del presupuesto referencial.
- NOVARTIS realizó su primera y única puja a las 14:14:25 por un valor igual a USD 217.990,00 que significó una rebaja de USD 2.204,00 de su oferta inicial, y que es el 1% menos del presupuesto referencial del proceso SIE-HTMC-105-2018, luego de esta puja a NOVARTIS también le aparecía en la pantalla de su computador el mensaje "el valor de su oferta no es el más bajo en este momento". No obstante, no volvió a pujar a pesar que tenía 15 minutos adicionales antes de que finalice la fase de puja que fue a las 14:30:00 de ese día.
- Finalmente a 1 minuto y 20 segundos de finalizar la fase de pujas (14:30:00), y debido a que MERCATTI S.A. y CUPPHARMA en su pantalla observaban el mensaje "**el valor de su oferta no es el más bajo en este momento**", el operador económico CUPPHARMA realiza su segunda puja por un valor igual a 169.650,00, que es una rebaja de USD 35.350,00 de su primera puja, y que es el 16,045% menos del presupuesto referencial de USD 220.311,00.

Nombre comercial	Fecha de oferta	Secuencia a puja	Valor ofertado (USD)	Pujas (USD)	Rebaja por puja respecto al presupuesto referencial (porcentaje)	Rebaja total respecto al presupuesto referencial (porcentaje)
MERCATTI S.A.	2018-05-14 16:35:36.0245 24	Oferta Inicial	220.308,66	2,34	0,001%	-
CUPHARMA	2018-05-14 16:40:29 064959	Oferta Inicial	220.309,83	1,17	0,001%	-
NOVARTIS ECUADOR S.A.	2018-05-14 17:08:38.6810 23	Oferta Inicial	220.194,00	117,00	0,053%	-
MERCATTI S.A.	2018-05-15	Puja 1	207.000,00	13.308,66	6,041%	-



	14:03:27.3848 18					
CUPHARMA	2018-05-15 14:07:20.3578 94	Puja 1	205.000,00	15.309,83	6,949%	-
MERCATTI S.A.	2018-05-15 14:10:39.0867 42	Puja 2	202.000,00	5.000,00	2,270%	8,31%
NOVARTIS ECUADOR S.A.	2018-05-15 14:14:25.7254 82	Puja 1	217.990,00	2.204,00	1,000%	1,05%
CUPHARMA	2018-05-15 14:28:40.8224 24	Puja 2	169.650,00	35.350,00	16,045%	23,00%

Tabla No. 10: Etapas de la puja

*Con lo expuesto, se concluye que no se cumplió con lo establecido en el (sic) RESOLUCION-SERCOP-2016-000072-99, artículo 273 sobre la visualización de la puja, en consecuencia no existió transparencia en la puja por parte de los operadores económicos MERCATTI S.A. y CUPPHARMA, y que claramente se explica con cifras monetarias.”<sup>3</sup>*

[175] Es decir, esto demuestra que los agentes económicos involucrados tuvieron como objeto el impedir, restringir, falsear y distorsionar la competencia con la presentación de ofertas y posturas coordinadas, asegurando el resultado del proceso de contratación pública a su favor, es decir, el ser adjudicado en el proceso, actos suficientes para adopción de medidas y garantizar el cumplimiento de las conductas ilícitas.

**9.4.6. De los anexos al escrito del operador económico CUPPHARMA ingresado el 13 de marzo de 2019 a las 09h41, y signado con el número de trámite ID 127271 se desprende que constan:**

- i) Acuerdo de confidencialidad y no divulgación de información entre CUPHARMA y FELIPE BERMEO.
- ii) Contrato de servicios profesionales entre CUPHARMA y FELIPE BERMEO.

**9.4.7. Escrito y anexos del operador económico MERCATTI S.A. MERCATTISA, ingresado el 14 de marzo de 2019 a las 11h12, y signado con el número de trámite ID 127457.**

- i) Acuerdo de confidencialidad y no divulgación de información entre MERCATTISA y FELIPE BERMEO.
- ii) Contrato de servicios profesionales entre MERCATTISA y FELIPE BERMEO.

<sup>3</sup> Páginas 142 y 143 del Informe SCPM-IGT-INICAPMAPR-2020-0001 de 02 de enero de 2020.



[176] Tanto los acuerdos de confidencialidad como los contratos de servicios profesionales entre **MERCATTI, CUPHARMA** y **FELIPE BERMEO**, demuestran que existió relación contractual entre estos. Sin embargo, resulta cuestionable el hecho de que aun cuando los imputados mencionan que no existe relación entre estos, todos los contratos, incluidos los celebrados con el señor Illescas, hayan sido celebrados el mismo día, es decir el 08 de febrero de 2018, lo que hace que la CRPI cuestione la veracidad de sus afirmaciones y documentos presentados.

**9.4.8. Escrito y anexos, remitidos por el Servicio Nacional de Contratación Pública, ingresados el 21 de junio de 2019 a las 10h11, y signado con el número de trámite ID 135467.**

[177] Del cual la INICAPMAPR menciona que:

*“En referencia a la información constante en el anexo CD, remitido por el organismo de control se encuentra que los operadores económicos MERCATTI S.A. MERCATTISA, y, COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A., participaron de manera conjunta en procesos de contratación pública, como se muestra en la tabla subsecuente, ofertando los mismos productos, teniendo similitudes de comportamientos y actuación en otros procesos de contratación en los que participaron, tal como sucedió en el proceso SIE-HTM-105-2018.”*



CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO	TIPO DE PROCEDIMIENTO	PRODUCTO	FECHA DE PUBLICACIÓN DEL PROCESO	ESTADO DEL PROCESO
<u>SIE-HGIB-051-2017</u>	Subasta Inversa Electrónica	Soluciones y Sustancias	2017-06-01	Finalizado
<u>SIE-HTMC-257-2017</u>	Subasta Inversa Electrónica	Toxina botulinica 100 u	2017-07-19	Ejecución de contrato
<u>SIE-HVCM-081-2017</u>	Subasta Inversa Electrónica	Paracetamol 100 mg	2017-10-02	Ejecución de contrato
<u>SIEB-HETTAA-242-2017</u>	Subasta Inversa Electrónica	Paracetamol	2017-10-03	Finalizado
<u>SIE-IESS-HP-073-2017</u>	Subasta Inversa Electrónica	Toxina botulinica 100 u	2017-11-20	Finalizado
<u>SIE-HPNG2-026-2018</u>	Subasta Inversa Electrónica	Servicios comerciales al por mayor, excepto los prestados a comisión o por contrato, de productos farmacéuticos y médicos: de uso humano	2018-04-16	Finalizado
<u>SIE-HAGP-047-2018</u>	Subasta Inversa Electrónica	Paracetamol 100 mg	2018 05 31	Finalizado
<u>SIE-IESSCEL-040-2018</u>	Subasta Inversa Electrónica	Eritromicina y sus derivados y sales, no presentados como medicamentos	2018-11-07	Finalizado

Fuente: Servicio Nacional de Contratación Pública

[178] De la información sustraída del SERCOP, se observa que existe un comportamiento anómalo en las contrataciones, pues los imputados han tenido Similitudes en su actuar en cuanto a la presentación de ofertas, direcciones IP, y mismos productos ofertados, lo que hace concluir a la CRPI que el comportamiento está dado por un acuerdo anticompetitivo.

#### **9.4.9. Prueba de la obstrucción a la labor inspectora de la INICAPMAPR** **9.4.10.**

[179] Para determinar posibles agravantes o atenuantes relacionados con la colaboración u obstrucción de la labor inspectora se han observado los siguientes documentos que obran en el expediente:

[180] En la providencia de 19 de junio de 2019 la INICAPMAPR menciona:



*“Dentro del ordinal décimo tercero literal b, la autoridad solicitó a los operadores económicos MERCATTI S.A. MERCATTISA, COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A., y, JAIME JOSÉ GERARDO GUTIÉRREZ GONZÁLEZ (LABORATORIOS GUTIÉRREZ), que remitan los libros contables correspondientes a los años 2016, 2017 y 2018, con esta información se buscaba encontrar, los ingresos y egresos de dichas empresas por objeto de contratación de asesores externos, participación en procesos de contratación pública, y demás indicios de carácter contable, que permitan a la autoridad encontrar elementos de convicción adicionales, sobre la existencia de similitudes entre los dos operadores, que conlleven a determinar la existencia de un acuerdo colusorio.*

*En el ordinal décimo cuarto, se solicitó al operador económico MERCATTI S.A. MERCATTISA, que remita las grabaciones del circuito cerrado de sus instalaciones del día (sic) 11 de junio de 2019 a partir de la 11h00, con esta información se buscaba corroborar los movimientos efectuados en dicho establecimiento, el día en que la autoridad acudió a realizar la inspección a dicho operador económico.*

*El ordinal décimo quinto, solicitó a la administración del PARQUE EMPRESARIAL COLÓN, que remita las grabaciones del circuito cerrado del edificio corporativo 3, primer piso, correspondientes al día 11 de junio de 2019 a partir de las 11h00, con lo que se buscaba al igual que la solicitud a MERCATTI, los movimientos efectuados en dicho establecimiento, el día en que la autoridad acudió a realizar la inspección a dicho operador económico, adicionalmente se solicitó una certificación de si dentro de su inmueble, ha laborado el operador económico COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A., esto para corroborar si ambos operadores ejercen sus actividades económicas dentro del mismo establecimiento.”*

**9.4.11. Escrito de 25 de junio de 2019 a las 12h34, y signado con el número de trámite ID 135835, del operador económico MERCATTI S.A. MERCATTISA.**

[181] Sobre este punto la Intendencia menciona:

*“En to (sic) principal de este escrito, en el acápite 1.1, solicita a la autoridad que se sirva aclarar a que se refiere la petición de información contable de los años 2016, 2017 y 2018, y no solo indicar ‘libros contables’, argumento mediante el cual retrasó la entrega de información. En el acápite 1.3, niega la entrega de las grabaciones del circuito cerrado de seguridad de sus instalaciones del día 11 de junio de 2019<sup>1</sup>’, arguyendo que vulnera sus derechos y que este requerimiento debe ser canalizado o requerido por las autoridades*



*jurisdiccionales competentes, cuando ha sido ordenado con el afán de contar con elementos adicionales en torno al impedimento para la ejecución de la inspección a sus instalaciones, y que fue negada por su abogado patrocinador, conforme se analizará a profundidad posteriormente.”*

**9.4.12. Escrito de 25 de junio de 2019 a las 12h38, signado con el número de trámite ID 135839, del operador COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A.**

[182] La INICAPMAPR sobre esto determina:

*“En el acápite 1.1, del escrito en referencia el suscrito por el Dr. Oswaldo Florencia, abogado patrocinador tanto del operador económico MERCATTI S.A. MERCATTISA, como de COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA, solicita a la autoridad que se sirva aclarar a que se refiere la petición de información contable de los años 2016, 2017 y 2018, y no solo indicar 'libros contables”, mismo argumento planteado por el otro operador, con el mismo afán dificultar la marcha investigativa proseguida por la autoridad, cabe acotar que esta información jamás fue entregada por parte del infractor.”*

**9.4.13. Providencia de 24 de octubre de 2019 a las 12h00.**

[183] La INICAPMAPR menciona que:

*“Dentro de los ordinales segundo y quinto literales b, se solicitó a los operadores económicos MERCATTI S.A. MERCATTISA, y, COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A., que remitan la información constante en el cuestionario B, cuyo objetivo era recabar información económica referente a ventas, clientes, proveedores, cantidades y productos; así como analizar el comportamiento del sector de medicamentos, para determinar la existencia o no de similitud de productos ofertados por ambos operadores. En el ordinal sexto, se solicitó por segunda ocasión al operador económico COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A., los balances generales y el estado de la cuenta de pérdidas y ganancias y sus anexos, correspondientes a los años 2016, 2017 y 2018, puesto que sin justificativo alguno hasta la fecha, no había dado cumplimiento a lo dispuesto en providencia de 28 de junio de 2019.*

*En el ordinal cuarto de la providencia, por tercera ocasión y bajo prevenciones legales se solicitó a MERCATTI S.A. MERCATTISA, que remita las grabaciones del circuito cerrado de sus instalaciones, del día 11 de junio de 2019.*



*Como se observa en los dos párrafos anteriores, los operadores económicos en cada uno de los requerimientos continuaron en su labor de impedir el acceso a dicha información por parte de la autoridad. (Énfasis añadido)”*

**9.4.14. Escrito y anexo del operador económico MERCATTI S.A. MERCATTISA, ingresado el 07 de noviembre de 2019 a las 13h31, y signado con el número de trámite ID 149136.**

[184] La INICAPMAPR al respecto menciona:

*“De la información remitida tanto en el escrito y anexo por el operador económico, no se observa el motivo o justificación por la cual no procedió a entregar la información solicitada dentro del cuestionario B, incumpliendo lo dispuesto por esta autoridad, dificultando la sustanciación del presente expediente.*

*Adicionalmente en el acápite tres de su escrito se menciona que, sus cámaras de vigilancia estaban dañadas por falta de disco duro, lo cual se vería contrarrestado con lo manifestado por la Administración del Parque Empresarial Colón, que menciona que la no entrega de las mismas grabaciones no se hace porque su autoguardado ha sido borrado, lo cual pondría en tela de duda el argumento manifestado por el operador económico.”*

**9.4.15. Escrito de COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A., ingresado el 13 de noviembre de 2019 a las 09h19, y signado con el número de trámite ID 149561.**

[185] La INICAPMAPR al respecto menciona:

*“En el escrito en mención el operador económico omite sin justificación la entrega de información referente al cuestionario B y la entrega de los balances generales y el estado de la cuenta de pérdidas y ganancias y sus anexos, correspondientes a los años 2016, 2017 y 2018, incumpliendo lo requerido por la autoridad, y dificultando una vez más las labores investigativas del organismo de control.*

*Mediante el escrito ingresado requiere que se solicite al operador económico JAIME JOSÉ GUTIÉRREZ GONZALES (LABORATORIOS GUTIÉRREZ) una certificación en la que conste si el operador económico COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMÉN INÉS CARVAJAL, CUPPHARMA S.A, es su distribuidor autorizado para el expendio del fármaco denominado ELTROMBOPAG DE 25MG; y, la cantidad de unidades vendidas del fármaco ELTROMBOPAG DE 25 MG, al operador económico COMERCIALIZADORA*

*KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMÉN INÉS CARVAJAL, CUPPHARMA S.A.”*

#### **9.4.16. Providencia de 19 de noviembre de 2019 a las 08h55.**

[186] La INICAPMAPR al respecto de la providencia manifiesta:

*“En ordinales PRIMERO y TERCERO, en atención a lo solicitado por los operadores económicos MERCATTI S.A. MERCATTISA, y, COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A. se solicita al operador económico JAIME JOSÉ GUTIÉRREZ GONZALES (LABORATORIOS GUTIÉRREZ) una certificación en la que conste si los operadores económicos objeto de la investigación, son sus distribuidores autorizados para el expendio del fármaco denominado ELTROMBOPAG DE 25MG; y, la cantidad de unidades vendidas del fármaco ELTROMBOPAG DE 25 MG.*

*Mediante los ordinales CUARTO, QUINTO y SEXTO, se solicitó la comparecencia de los representantes legales de los operadores económicos MERCATTI S.A. MERCATTISA, y, COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A., a fin de que con la compañía de su abogado patrocinador se acerquen a las instalaciones del ente de control a rendir su versión testimonial, sobre los hechos vertientes del presente caso de investigación, cuya finalidad era contrarrestar toda la información constante en la presente sustanciación, con lo manifestado en los testimonios de los representantes legales, para tener mayores indicios de su ilicitud.”*

#### **9.4.17. Providencia de 21 de noviembre de 2019 a las 16h35**

[187] La INICAPMAPR al respecto menciona:

*“En el ordinal cuarto de la mencionada providencia se solicitó a los operadores económicos MERCATTI S.A. MERCATTISA, y, COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A., que remitan las copias de las facturas emitidas a su favor por parte de los señores IVÁN ILLESCAS, y, FELIPE BERMEO, por concepto de su relación laboral de servicios profesionales, esto con la finalidad de encontrar elementos de convicción adicionales, sobre la existencia del acuerdo colusorio, información que tampoco fue ingresada por los operadores referidos.”*

#### **9.4.18. Providencia de 27 de noviembre de 2019 a las 09h35**

[188] La INICAPMAPR al respecto manifiesta:



*“Dentro de los ordinales primero y segundo, se solicitó a los operadores económicos MERCATTI S.A. MERCATTISA, y, COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A., por tercera ocasión y bajo prevenciones que remitan la información solicitada en el cuestionario B.*

*El ordinal cuarto, se dispuso elaborar el informe de sanción en contra del operador económico COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A., por no haber remitido los balances generales y el estado de la cuenta de pérdidas y ganancias y sus anexos, correspondientes a los años 2016, 2017 y 2018.*

*En los ordinales cuarto, quinto y sexto, se convocó por segunda ocasión y bajo prevenciones legales la comparecencia de los representantes legales de los operadores económicos MERCATTI S.A. MERCATTISA, y, COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A., a fin de que en la compañía de su abogado patrocinador se acerquen a las instalaciones del ente de control a rendir su versión testimonial, sobre los hechos vertientes del presente caso de investigación.”*

#### **9.4.19. Providencia de 29 de noviembre de 2019 a las 17h00**

[189] La INICAPMAPR al respecto manifiesta:

*“En el ordinal séptimo, se dispone agregar al expediente el Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2019-0021, sobre la sanción al operador económico COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A., por la no entrega los balances generales y el estado de la cuenta de pérdidas y ganancias y sus anexos, correspondientes a los años 2016, 2017 y 2018, y remitir dicho informe a la Comisión de Resolución de Primera Instancia, para que en base a sus atribuciones proceda con la sanción correspondiente conforme a lo establecido en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado e Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.*

*Con este informe debidamente motivado, se determina que el operador económico mencionado, no procedió a la entrega de información solicitada por la autoridad, debidamente puesta en su conocimiento, por la tanto infringió lo establecido en la Ley.”*

#### **9.4.20. Providencia de 02 de diciembre de 2019 a las 14h45**



- [190] En los ordinales primero, segundo, y tercero, se ordenó la elaboración de un informe para la imposición de una multa coercitiva a los operadores económicos **MERCATTI S.A. MERCATTISA, y COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A.**, por la no comparecencia de sus representantes legales a rendir su versión testimonial solicitada en providencias de 19 y 27 de noviembre de 2019.
- [191] En los ordinales octavo y noveno, se dispuso la elaboración de un informe de sanción para los operadores económicos **MERCATTI S.A. MERCATTISA y COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A.**, por la no entrega de información solicitada dentro del cuestionario B, mediante providencias de 24 de octubre, 19 y 27 de noviembre de 2019.
- [192] La elaboración de estos informes tuvieron como base la no entrega de información y la no comparecencia a rendir las versiones testimoniales, que afectaron al desarrollo óptimo de la investigación, viéndose obstaculizada por la falta de colaboración de los operadores económicos.

#### **9.4.21. Providencia de 04 de diciembre de 2019 a las 13h35.**

- [193] La Intendencia al respecto establece que:

*“En sus ordinales: décimo, décimo primero y décimo segundo, se dispuso agregar los informes No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2019-022, SCPM-IGT-INICAPMAPR-2019-023, y SCPM-IGT-INICAPMAPR-2019-024, para la imposición de una multa coercitiva a los operadores económicos MERCATTI S.A. MERCATTI SA, y, COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A., por un incumplimiento de un requerimiento de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, en virtud de la no comparecencia de sus representantes legales, a rendir su versión testimonial legalmente dispuesta por la autoridad; y, poner en conocimiento de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, para que proceda con la imposición de la multa descrita en la normativa vigente.”*

#### **9.4.22. Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-DNICAPR-0025, elaborado por la intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, de 04 de diciembre de 2019, y signado con el número de trámite ID 151326.**

- [194] Al respecto la Intendencia estableció:

*“El informe en valoración fue efectuado por la intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, conforme lo dispuesto en el ordinal noveno, de la providencia de*



*02 de diciembre de 2019 a las 14h45, el 04 de diciembre de 2019, en contra del operador económico MERCATTI S.A. MERCATTISA, por no haber entregado información dispuesta por la autoridad en providencias de 24 de octubre de 2019 a las 12h00, 19 de noviembre de 2019 a las 08h55, y, providencia de 27 de noviembre de 2019 a las 09h35, en las cuales se requería al operador económico remita la información solicitada dentro del cuestionario B, que fue adjuntado en las tres notificaciones de dicha providencia.*

*La plantilla del cuestionario B, tenía como finalidad recabar información y analizar el comportamiento del sector de medicamentos, tanto en el eslabón de la producción como en el de la comercialización al por mayor y menor, orientado a determinar márgenes de ganancia, costos, similitudes de productos, y, comportamiento en el mercado por parte de los operadores económicos investigados, que hubiesen ayudado a la autoridad a determinar con mejor efectividad el comportamiento anticompetitivo y acuerdo colusorio en el que incurrieron los operadores.”*

**9.4.23. Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2019-0026, elaborado por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, de 04 de diciembre de 2019, y signado con el número de trámite ID 151328.**

[195] Al respecto la Intendencia mencionó:

*“El informe en valoración fue efectuado por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, conforme lo dispuesto en el ordinal octavo de la providencia de 02 de diciembre de 2019 a las 14h45, el 04 de diciembre de 2019, en contra del operador económico COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A., por no haber entregado información dispuesta por la autoridad en providencias de 24 de octubre de 2019 a las 12h00, 19 de noviembre de 2019 a las 08h55, y, providencia de 27 de noviembre de 2019 a las 09h35, en las cuales se requería al operador económico remita la información solicitada dentro del cuestionario B, que fue adjuntado en las tres notificaciones de dicha providencia.*

*La plantilla del cuestionario B tenía como finalidad recabar información y analizar el comportamiento del sector de medicamentos, tanto en el eslabón de la producción como en el de la comercialización al por mayor y menor, orientado a determinar márgenes de ganancia, costos, similitudes de productos, y, comportamiento en el mercado por parte de los operadores económicos investigados, que hubiesen ayudado a la autoridad a determinar con mejor efectividad el comportamiento anticompetitivo y acuerdo colusorio en el que incurrieron los operadores.*



*Al no haber proporcionado la información, que buscaba la autoridad, el operador económico incurrió en la conducta tipificada en el artículo 79 penúltimo inciso, en el cual establece. "Art. 79.- Sanciones.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado impondrá a las empresas u operadores económicos, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellos que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley, las siguientes sanciones: [. . .]. Mercado la información requerida por ésta o hubiere suministrado información incompleta o incorrecta, será sancionado con una multa de hasta 500 Remuneraciones Básicas Unificadas”.*

*Al no haber entregado la información solicitada dentro del cuestionario B, el operador económico a su vez contravino el quinto inciso del artículo 48 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, que manda: “La carga de la prueba corresponderá a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, sin perjuicio de las pruebas aportadas por el denunciante y el denunciado. Sin embargo, en el caso de los acuerdos y prácticas prohibidas de conformidad con el artículo 11 de la presente Ley, si un operador económico o persona negare, dificultare o impidiere el acceso a información, dañare ocultare u omitiere información o entregase información falsa, fraudulenta, engañosa, falaz, fingida, artificiosa, irreal o dolosa requerida o relacionada al operador económico o persona en una investigación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, se invertirá la carga de la prueba a dicho operador económico o persona, sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en la Ley”.*

**9.4.24. Razón de no realización de la diligencia dispuesta en el ordinal SEXTO, de la providencia de 19 de noviembre de 2019 a las 08h55, suscrita por la Abg. Adriana Tapia, Secretaria de Sustanciación, signada con el número de trámite ID 150541.**

[196] Al respecto la Intendencia menciona:

*“La razón objeto de valoración, es sentada en virtud de la primera no comparecencia de la señora CARMEN INÉS CARVAJAL AULESTIA, representante legal del operador económico COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL AULESTIA CUPPHARMA S.A., en su periodo de funciones, cuya diligencia de recepción de versión testimonial, estaba dispuesta para llevarse a cabo el día lunes 25 de noviembre de 2019 a las 16h15.”*

**9.4.25. Razón de no realización de la diligencia dispuesta en el ordinal SÉPTIMO, de la providencia de 27 de noviembre de 2019 a las 09h35, suscrita por la Abg. Adriana Tapia, Secretaria de Sustanciación, signada con el número de trámite ID 151092**

[197] Al respecto la Intendencia menciona que:

*“La razón objeto de valoración, es sentada en virtud de la segunda no comparecencia de la señora CARMEN INÉS CARVAJAL AULESTIA, representante legal del operador económico COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL AULESTIA CUPPHARMA S.A., en su periodo de funciones, cuya diligencia de recepción de versión testimonial, estaba dispuesta para llevarse a cabo el día lunes 02 de diciembre de 2019 a las 11h45.”*

**9.4.26. Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2019-0022, elaborado por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, de fecha 04 de diciembre de 2019, signado con el número de trámite ID 151324.**

[198] Sobre este asunto la Intendencia menciona:

*“El informe fue efectuado de acuerdo a lo dispuesto en el ordinal tercero de la providencia de 02 de diciembre de 2019 a las 14h45, y fue realizado el 04 de diciembre de 2019, por la intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, en contra del operador económico COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A., por la no comparecencia a rendir su versión testimonial, de la señora CARMEN INÉS CARVAJAL AULESTIA, representante legal, en su periodo de funciones, conforme lo ordenado en providencias de 19 de noviembre de 2019 a las 08h55 y 27 de noviembre de 2019 a las 09h35.*

*En virtud de la no comparecencia de la señora CARMEN INES CARVAJAL AULESTIA representante legal en su periodo de funciones del operador económico COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A., infringió el artículo 49 numeral 2, 50 y 85 literal c, de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, es decir, incumplió un lo ordenado por la autoridad.”*

**9.4.27. Razón de no realización de la diligencia dispuesta en el ordinal quinto de la providencia de 19 de noviembre de 2019 a las 08h55, suscrita por la Abg. Adriana Tapia, secretaria de sustanciación, signada con número de trámite ID 150540**

[199] La Intendencia menciona:

*“La razón objeto de valoración, es sentada en virtud de la primera no comparecencia del señor SANTIAGO MANUEL BAUTISTA MEDINA, representante legal del operador económico COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL AULESTIA CUPPHARMA*



*S.A., cuya diligencia de recepción de versión testimonial, estaba dispuesta para llevarse a cabo el día lunes 25 de noviembre de 2019 a las 15h00.”*

**9.4.28. Razón de no realización de la diligencia dispuesta en el ordinal sexto, de la providencia de 27 de noviembre de 2019, suscrita por la Abg. Adriana Tapia, secretaria de sustanciación, signada con el número de trámite ID 151091.**

*“La razón objeto de valoración, es sentada en virtud de la segunda no comparecencia del señor SANTIAGO MANUEL BAUTISTA MEDINA, representante legal del operador económico COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL AULESTIA CUPPHARMA S.A., cuya diligencia de recepción de versión testimonial, estaba dispuesta para llevarse a cabo el día lunes 02 de diciembre de 2019 a las 10h15.*

*La notificación de esta segunda no comparecencia, fue efectuada el 27 de noviembre de 2019 a las 17h07, en el correo electrónico ofplegal@gmail.com, y de esta manera cumpliendo con la notificación en legal y debida forma, del auto interlocutorio dispuesto”.*

*De la revisión del expediente, no existe escrito y/o comunicación por parte del señor SANTIAGO MANUEL BAUTISTA MEDINA justificando su no comparecencia a la diligencia ordenada.*

*La segunda no comparecencia, fue efectuada bajo prevenciones legales, de acuerdo a los artículos 49 numeral 2, 50, y, 85 literal c, de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, y 45 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.”*

**9.4.29. Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2019-0024, elaborado por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, el 04 de diciembre de 2019, signado con el número de trámite ID 151329.**

[200] Del documento establecido la Intendencia menciona:

*“El informe fue efectuado de acuerdo a lo dispuesto en el ordinal segundo de la providencia de 02 de diciembre de 2019 a las 14h45, y fue realizado el 04 de diciembre de 2019 por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, en contra del operador económico COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A., por la no comparecencia a rendir su versión testimonial, del señor SANTIAGO MANUEL BAUTISTA MEDIAN, representante legal del operador económico, conforme lo ordenado en*



*providencias de 19 de noviembre de 2019 a las 08h55 y 27 de noviembre de 2019 a las 09h35.”*

**9.4.30. Razón de no realización de la diligencia, dispuesta en el ordinal CUARTO de la providencia de 19 de noviembre de 2019 a las 08h55, suscrita por la Abg. Adriana Tapia, secretaria de sustanciación, signada con el número de trámite ID 150538.**

[201] La Intendencia sobre este aspecto establece:

*“La razón objeto de valoración, es sentada en virtud de la primera no comparecencia del señor CHRISTIAN ULICH PEÑA, representante legal del operador económico MERCATTI S.A. MERCATTISA., cuya diligencia de recepción de versión testimonial, estaba dispuesta para llevarse a cabo el día lunes 25 de noviembre de 2019 a las 11h00.*

*La notificación de la providencia de 19 de noviembre de 2019 a las 08h55, fue efectuada el día 20 de noviembre de 2019 a las 12h56, en el correo electrónico [ofplegal@gmail.com](mailto:ofplegal@gmail.com), perteneciente al Dr. Oswaldo Florencia Peña, abogado patrocinador del operador económico MERCATTI S.A. MERCATTISA.*

*De la revisión del expediente, no existe escrito y/o comunicación por parte del señor CHRISTIAN ULICH PEÑA, justificando su no comparecencia a la diligencia ordenada.”*

**9.4.31. Razón de no realización de la diligencia, dispuesta en el ordinal quinto de la providencia de 27 de noviembre de 2019 a las 09h35, suscrita por la Abg. Adriana Tapia, secretaria de sustanciación, signada con el número de trámite ID 151090.**

[202] Sobre esto la Intendencia menciona:

*“La razón objeto de valoración, es sentada en virtud de la segunda no comparecencia del señor CHRISTIAN ULICH PEÑA, representante legal del operador económico MERCATTI S.A. MERCATTISA., cuya diligencia de recepción de versión testimonial, estaba dispuesta para llevarse a cabo el día lunes 02 de diciembre de 2019 a las 08h30.*

*En este contexto, la notificación de la providencia de 27 de noviembre de 2019 a las 09h35, fue efectuada el día 27 de noviembre de 2019 a las 17h07, en el correo electrónico del abogado patrocinador del operador económico MERCATTI S.A. MERCATTISA, con lo que el representante legal, estuvo en conocimiento de dicha citación.*



*De la revisión del expediente, no existe escrito y/o comunicación por parte del señor CHRISTIAN ULICH PEÑA, justificando su no comparecencia a la diligencia ordenada.*

*La segunda no comparecencia, fue efectuada bajo prevenciones legales, de acuerdo a los artículos 49 numeral 2, 50, y, 85 literal c, de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, y 45 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.”*

**9.4.32. Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2019-0023, elaborado por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, y signado con el número de trámite ID 151325.**

[203] La Intendencia en su informe establece:

*“En virtud de la no comparecencia del señor CHRISTIAN ULICH PEÑA, representante legal del operador económico, MERCATTI S.A. MERCATTISA., infringió el artículo 49 numeral 2, 50 y 85 literal c, de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, es decir, incumplió con lo ordenado por la autoridad.*

*Conforme lo analizado desde los acápite 11.20 hasta el 11.28, los representantes legales de los operadores económicos COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A., al no prestar las facilidades para que sus representantes legales, en su periodo de funciones, así como actuales comparezcan a rendir sus versiones testimoniales, de los hechos materia de análisis de este expediente, independientemente de la multa coercitiva que tuviera lugar, por impedir y dificultar el acceso a la información de esta autoridad, que se buscaba a través de las diligencias de recepción testimonial, infringieron lo establecido en el quinto inciso del artículo 48 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, es decir, corresponde a los operadores, probar la no existencia del acuerdo colusorio, esto en virtud de que la carga probatoria ha sido invertida, y está en manos de los mismos realizar las actuaciones pertinentes tendientes, a esclarecer o desvirtuar los hechos constantes en el presente expediente investigativo.”*

**9.4.33. Providencia de 11 de junio de 2019 a las 10h15, suscrita por la Econ. María Alejandra Egüez Vásquez, Intendente Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, signada con número de trámite ID 135005.**

[204] La Intendencia sobre la providencia en cuestión menciona:



*“Amparada en las facultades legales y administrativas, la Intendente Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, en el ordinal CUARTO ordena: “Se realice la inspección el día 11 de junio de 2019 a partir de las 11h00 del establecimiento ubicado en la AV. RODRIGO DE CHÁVEZ SL 6 MZ 274, CIUDADELA COLON, PARQUE EMPRESARIAL COLÓN, EDIFICIO EMPRESARIAL/CORPORATIVO, OFICINA 107, JUNTO AL SUPERMAXI DE CIUDAD COLÓN, misma en la que presuntamente funcionan los operadores económicos COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INES CARVAJAL (CUPPHARMA S.A.) y MERCATTI S.A., diligencia en la cual se podrá tomar y recuperar copia de los archivos físicos, virtuales o magnéticos, así como de cualquier documento o información que se estime pertinente, tomar las fotografías o filmaciones necesarias; examinar los libros, registros, y cualquier otro documento relacionado con la conducta investigada, información comercial y bienes, pudiendo comprobar el desarrollo de procesos productivos, y, se podrá receptor las declaraciones voluntarias de las personas que en ellos se encuentren”.*

**9.4.34. Acta de inspección de 11 de junio de 2019, suscrita por el Abg. Francisco Riofrio Cueva, Director Nacional de Investigación y Control de Acuerdos y Prácticas Restrictivas, y la Abg. Andrea Merizalde, Secretaria de Sustanciación, signada con número de trámite ID 135133.**

[205] La Intendencia sobre este aspecto establece:

*“A las 12h29, toda vez que la notificación de la diligencia de inspección fue efectuada en legal y debida forma, al operador económico MERCATTI S.A. MERCATTISA, en sus respectivas instalaciones ubicadas en la Av. Rodrigo de Chávez SL 6 MZ 274, Ciudadela Colón, Parque Empresarial Colón, edificio Empresarial Corporativo 3, piso 1, oficina 101 de la ciudad de Guayaquil, se procedió a dar inicio a la inspección del operador, ingresando a sus instalaciones.*

*La diligencia a los pocos minutos de haber sido instalada, y por llamada de Mónica Pazos, empleada que recibió la notificación de la providencia con la cual se ordenó la inspección, al Abg. Oswaldo Florencia Peña, abogado autorizado por el operador económico, expresó de forma clara y manifiesta, su oposición a que se continúe con la diligencia de inspección a su patrocinado.*

*A pesar de las advertencias realizadas por parte del Abg. Francisco Riofrio Cueva, Director Nacional de Investigación y Control de Acuerdos y Prácticas Restrictivas, el abogado patrocinador manifestó su negativa, misma que fue secundada por los empleados del operador que no prestaron la colaboración necesaria y se negaron a que se lleve a cabo la inspección.*



*A las 12h37, se dio por concluida la inspección del operador económico, toda vez que se impidió su realización por parte del abogado y empleados, dejando constancia de que el equipo de trabajo de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, no tuvo acceso a documentación o información de ningún tipo.”*

**9.4.35. Razón de no realización de la diligencia de inspección al operador económico MERCATTISA de fecha 11 de junio de 2019, sentada por la Abg. Andrea Merizalde Reinoso, Secretaria de Sustanciación Ad-hoc, signada con numero de tramite ID 135007.**

[206] La Intendencia al respecto menciona:

*“La razón sentada por la Secretaria de Sustanciación, cuya finalidad es dar fe y validez procesal de las actuaciones dispuestas y ordenadas por la autoridad, deja constancia de la no realización de la diligencia en virtud de la negativa expresada de forma clara por el Abg. Oswaldo Florencia Peña, de no permitir el normal desarrollo de la diligencia.”*

**9.4.36. Razón de no comparecencia a la reunión de trabajo por parte del operador económico COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A., suscrita por la Abg. Adriana Tapia, secretaria de sustanciación, signada con el número de trámite ID 135930**

[207] La INICAPMAPR menciona que:

*“La razón valorada, suscrita por la Abg. Adriana Tapia, tiene su fundamento en la no comparecencia del operador económico COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A., a la reunión de trabajo dispuesta por la autoridad en el ordinal cuarto literal b, de la providencia de 21 de junio de 2019 a las 17h15, y que debió llevarse a cabo el 25 de junio de 2019 a las 12h00.”*

**9.4.37. Razón de no comparecencia a la reunión de trabajo por parte del operador económico MERCATTI sentada por la Secretaria de Sustanciación Ad-hoc, a 21 de junio de 2019, signada con numero de tramite ID 135587.**

**9.4.38.**

[208] La INICAPMAPR menciona que:

*“La razón objeto de la presente valoración, suscrita por la Abg. Andrea Merizalde, está fundada en la no comparecencia del operador económico MERCATTI S.A. MERCATTISA, a la reunión de trabajo dispuesta, en el ordinal*



*décimo segundo literal b.2.1, de la providencia de 19 de junio de 2019 a las 11h05.”*

[209] Según se aprecia de la información detallada, es evidente que los operadores económicos **CUPHARMA** y **MERCATTI** no solo no han colaborado, si no que han obstruido la labor investigadora de la INICAPMAPR a través de actos como no presentación de información solicitada, presentación de información incompleta, no permitir el buen desarrollo de inspecciones, entre otras actuaciones.

## 9.5. Marco teórico

[210] La conducta investigada es la colusión en compras públicas en el marco de lo previsto en el artículo 11 numeral 6 de la LORCPM. Entendemos por tal a los acuerdos o prácticas entre oferentes o proponentes para coordinar sus posturas en el marco de un proceso de contratación estatal, con el fin de establecer el escenario propicio para que uno de ellos resulte ganador o adjudicatario del contrato. En últimas, es un acuerdo para manipular las ofertas en los proceso de contratación pública.<sup>4</sup>

[211] Existen un conjunto de condiciones de mercado que pueden favorecer al ejercicio de la colusión en compras públicas. Se han identificado diversas características en el mercado que facilitan esta ilegal práctica, a saber: (i) mercados concentrados, es decir, aquellos con muy baja cantidad de oferentes; (ii) mercados con altas barreras de entrada; (iii) procesos de contratación frecuentes; (iv) predictibilidad en las condiciones del mercado; (v) carencia de productos sustitutos; (vi) la común y fácil utilización de figuras de colaboración como las uniones temporales o consorcios; y (vii) ausencia de cambios tecnológicos en el corto plazo, entre otras.

[212] Sobre las condiciones anotadas anteriormente, la OCDE ha expedido varios documentos que las explican claramente<sup>5</sup>:

---

<sup>4</sup> Sobre esto se puede ver SAN MIGUEL – GIRALT, Johannes, CONTRATACIÓN PÚBLICA Y COLUSIÓN. DERECHO DE COMPETENCIA FRENTE AL DERECHO ADMINISTRATIVO, 135 Vniversitas, 377-420 (2017). Pontifica Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia. Consultado el 25 de marzo de 2020 en <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/18935> Indican lo siguiente:

*“La colusión en compras públicas —bid rigging en derecho anglosajón— se define como las prácticas o acuerdos entre postores oferentes en un proceso de licitación convocado por una institución pública, encaminado a vulnerar el principio de competencia abierta y eficaz, en detrimento del interés patrimonial del Estado y en beneficio directo de los postores parte del acuerdo<sup>54</sup>. La determinación de colusión en compras públicas no es una tarea fácil; esto ha sido reconocido por varios autores.”*

<sup>5</sup> Entre estos documentos encontrar los Lineamientos para combatir la Colusión entre Oferentes en Licitaciones Públicas. OCDE. Febrero 2019. Pags. 3 y 4. Consultado el 26 de marzo de 2020 en <https://www.oecd.org/daf/competition/cartels/42761715.pdf>.



“- **Número reducido de compañías.** Es más probable que se dé la manipulación de ofertas cuando sólo un número reducido de compañías proveen el bien o servicio en cuestión. Cuanto menor sea el número de vendedores, será más fácil llegar a un acuerdo en torno a la manipulación de licitaciones.

- **Participación baja o nula.** Cuando pocas empresas han entrado recientemente o tienen bajas probabilidades de entrar a un mercado porque la entrada es costosa, difícil o lenta, las compañías en este mercado quedan protegidas de la presión competitiva que representa la posible inclusión de nuevos participantes. La barrera de protección contribuye a fomentar los esfuerzos de manipulación de licitaciones.

- **Condiciones de mercado.** Los cambios significativos en las condiciones de la demanda o la oferta tienden a desestabilizar los acuerdos en vigor para manipular licitaciones. Un flujo constante y predecible de demanda por parte del sector público tiende a incrementar el riesgo de colusión. Al mismo tiempo, durante épocas de turbulencia económica o de incertidumbre, aumentan los incentivos a que los competidores manipulen las licitaciones, pues buscan reemplazar las pérdidas con ganancias derivadas de la colusión.

- **Asociaciones industriales.** Las asociaciones gremiales o industriales pueden servir como mecanismos pro competitivos que son legítimos a los miembros de un sector de negocios o de servicios para fomentar la aplicación de estándares, la innovación y la competencia. No obstante, cuando se utilizan para fines ilegales y anticompetitivos, los ejecutivos de las empresas usan estas asociaciones para reunirse y ocultar sus discusiones acerca de formas y medios para llegar a un acuerdo de manipulación de licitaciones e implementarlo.

- **Ofertas repetitivas.** Las compras repetidas aumentan las probabilidades de colusión. La frecuencia de presentación de ofertas ayuda a los miembros de un acuerdo de manipulación de licitaciones a asignar contratos entre ellos. Asimismo, los participantes del cartel pueden castigar a los miembros que hagan trampa al focalizar las licitaciones que se le asignaron a estos originalmente. Así, los contratos para la adquisición de bienes o servicios que tienen una frecuencia regular o recurrente podrían requerir de herramientas y vigilancia especiales para desalentar la colusión en la presentación de ofertas.

- **Productos o servicios idénticos o sencillos.** Cuando los productos o servicios que venden las personas o compañías son idénticos o muy similares, resulta más fácil que las empresas lleguen a un acuerdo en torno a una estructura de precios común.



- **Pocos o nulos sustitutos.** Cuando hay pocos o ningún sustituto adecuado de los productos o servicios que se está buscando adquirir, las personas o empresas que buscan manipular las licitaciones tienen la seguridad de saber que el comprador tiene pocas o ninguna opción y, por ende, es más probable que sus esfuerzos por elevar los precios tengan éxito.

- **Poco o ningún cambio tecnológico.** El déficit o la carencia franca de innovación en el producto o servicio en cuestión ayuda a que las empresas lleguen a un acuerdo y lo mantengan en el tiempo.”

[213] Una de las dificultades que plantea la figura de la colusión en compras públicas es su demostración. La doctrina y diversos manuales o guías que buscan precisar parámetros o lineamientos para identificar dichas prácticas y conductas<sup>6</sup>, enlistan y clasifican de manera no taxativa un conjunto de indicios que se deben apreciar en conjunto y de conformidad con el caso particular. Dichos indicios están compuestos por patrones de conducta, acciones que levantan sospechas o coincidencias injustificadas en los medios y el accionar de los oferentes en los procesos de contratación estatal. Los más importantes, teniendo en cuenta las diferentes guías y documentos sobre la materia<sup>7</sup>, son los siguientes:

(i) **Indicios en relación con la presentación de las ofertas.**

<sup>6</sup> “Las prácticas y conductas colusorias, amén de difícil demostración, son deducibles a partir de determinados indicios en el comportamiento de las empresas y del mercado. Varios documentos y textos doctrinales se han dedicado a la enumeración de tales conductas, con el propósito de facilitar la investigación y determinación de estas prácticas. De ellos, resulta particularmente importante el documento *An Antitrust Primer for Federal Prosecutors*, del Departamento de Justicia de Estados Unidos, el cual ha servido de guía para la redacción de los Lineamientos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos y otros documentos de análoga importancia.” Ob cit. SAN MIGUEL – GIRALT, Johannes. Pág. 398.

<sup>7</sup> Se puede ver: Recomendaciones del Consejo de la OCDE para Combatir la Colusión en la Contratación Pública. OCDE. 2012. Consultado el 31 de marzo de 2020 en <http://www.oecd.org/daf/competition/Recomendacion-del-Consejo-OCDE-para-combatir-la-colusion-en-contratacion-publica.pdf>.

Lineamientos para combatir la Colusión entre Oferentes en Licitaciones Públicas. OCDE. Febrero 2019. Consultado el 31 de marzo de 2020 en <https://www.oecd.org/daf/competition/cartels/42761715.pdf>.

Guía de buenas prácticas para la Detección Prevención y Sanción de Colusión en las Contrataciones Públicas en Nicaragua. 14 Foro Latinoamericano y del Caribe de Competencia 12 – 13 de abril de 2016, Ciudad de México, México. Consultado el 31 de marzo de 2020 en [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF\(2016\)33&docLanguage=Es](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF(2016)33&docLanguage=Es).

Combatiendo la Colusión en los Procesos de Contratación Pública en Colombia. Informe del Secretariado sobre el Marco Jurídico y las Prácticas de Contratación Pública en Colombia. OCDE. 2014. Consultado el 31 de Marzo de 2020 en [http://www.oecd.org/daf/competition/2014\\_Fighting%20Bid%20Rigging%20Colombia\\_SPA.pdf](http://www.oecd.org/daf/competition/2014_Fighting%20Bid%20Rigging%20Colombia_SPA.pdf).



- **El mejor oferente sistemático.** Al analizar varios procesos de contratación un mismo oferente es el que presenta la mejor oferta o la más baja.
- **Patrón geográfico en los procesos de contratación.** Esto se da cuando algunas empresas sólo presentan ofertas en relación con cierta parte del territorio pudiendo presentarlo en otras, lo que, de conformidad con las circunstancias, podría indicar un reparto geográfico.
- **Rotación sistemática entre los ganadores.** Se da cuando al analizar los procesos de contratación pareciera que los oferentes se turnan para ganar.
- **Patrón de participación institucional discriminada.** Esto se da cuando algunas empresas únicamente presentan propuestas para algunas Entidades, estando calificadas para presentarlas en otras.
- **Proponentes sistemáticamente no ganadores.** Se da cuando al analizar los procesos de contratación se encuentra oferentes que frecuentemente se presentan en los procesos de contratación pero nunca resultan ganadores.
- **Proponentes usuales que no presentan ofertas.** Se presenta cuando existen oferentes frecuentes que no se presentan a un proceso de contratación donde se esperaría su participación.
- **Subcontratación de los oferentes no ganadores.** Se da cuando frecuentemente el oferente ganador subcontrata a los perdedores.
- **Colaboración sin necesidad.** Aun cuando los oferentes tienen la capacidad económica y operativa para presentar ofertas de manera individual, lo hacen con esquemas de colaboración como los consorcios o las uniones temporales.
- **Cesión y subsecuente subcontratación.** Se da cuando el proponente ganador cede el contrato y posteriormente es subcontratado por el cesionario.
- **Reuniones previas entre proponentes.** Se da cuando los proponentes celebran reuniones previas a la etapa final del proceso de contratación.
- **Coincidencia en el personal que elabora y presenta las ofertas.** Se da cuando los colaboradores de cada una de los oferentes en la elaboración y presentación de las ofertas son los mismos.



- **Presentación de la oferta por uno de los proponentes.** Se presenta cuando uno de los oferentes presenta su oferta y la de otro de los proponentes.
  - **Adquisición de los pliegos por uno de los oferentes.** Se presenta cuando uno de los oferentes adquiere los pliegos para sí y para otro de los que participarán en el proceso.
- (ii) **Indicios relacionados con la presentación de la documentación.**
- **Presentación de ofertas idénticas.** Se presenta cuando los proponentes presentan ofertas idénticas.
  - **Coincidencia de errores.** Las ofertas presentadas coinciden en los mismos errores de forma, de valores y de cálculo.
  - **Coincidencia en la cuenta de donde se pagan los gastos del proceso de contratación.** Se da cuando los costos en los que se incurre en el proceso de contratación son debitados de una misma cuenta en relación con oferentes supuestamente independientes.
  - **Coincidencia en la presentación material de las ofertas.** Se da cuando las ofertas presentadas coinciden en elementos distintivos: similar papelería, tipografía, forma de redacción, formatos, extensión de los documentos, etc.
  - **Coincidencia en elementos postales.** Se presenta cuando las ofertas de diferentes compañías coinciden en los paquetes, sellos o marcas postales.
  - **Referencia a otros oferentes.** Se da cuando algunos de los documentos presentados por uno de los oferentes contienen datos de otro de los oferentes, tales como membretes, direcciones de identificación, signos distintivos, etc.
  - **Coincidencia en correcciones de último minuto.** Se da cuando los documentos presentados por algunos de los oferentes presentan las mismas correcciones de último minuto, representadas en tachaduras, enmendaduras o esquemas similares.
- (iii) **Indicios en relación con el precio**
- **Margen de precios sospechoso.** Se presenta cuando hay un margen de precios no convencional, extraño o inusual de la propuesta ganadora en relación con las otras propuestas presentadas.



- **Presentación de precios diferentes en distintos procesos de contratación.** Se da cuando en varios procesos de contratación algunos de los oferentes presentan diferentes precios en procesos de contratación análogos y en la misma época.
  - **Precios idénticos o variaciones mínimas de precios entre oferentes.** Se presenta cuando los precios presentados por algunos oferentes son idénticos o tienen variaciones mínimas, sobre todo cuando: (i) en varios procesos de contratación los precios fueron los mismos; (ii) en procesos anteriores los precios eran completamente diferentes; (iii) el aumento de precios no tiene sustento en un esquema de costos; (iv) se eliminaron descuentos que tradicionalmente se ofrecían para cierto mercado.
  - **Reducciones de precios como efectos de la participación de un nuevo o no frecuente proponente.** Se presenta cuando existen reducciones de precios en procesos donde participa un nuevo oferente o un oferente que participa eventualmente en procesos de contratación.
  - **Estimaciones idénticas del costo de algunos artículos.** Se presenta cuando las ofertas coinciden en la estimación del costo de ciertos artículos.
  - **Variaciones idénticas de precios.** Se presenta cuando algunos de los proponentes presentan variaciones similares de precios que no tienen soporte en incrementos de costos.
  - **Precios más altos para entregas locales.** Se presenta cuando algunos oferentes presentan precios más altos para entregas locales que para entregas alejadas.
  - **Costo de transporte similares en proponentes locales y no locales.** Se presenta cuando hay costos similares en las ofertas de oferentes locales y no locales sin ningún sustento técnico.
  - **Único oferente con contacto con mayoristas.** Se presenta cuando sólo uno de los proponentes es el que ha tenido contacto con los mayoristas para obtener información de los precios.
- (iv) **Indicios provenientes de afirmaciones de los oferentes.**
- **Afirmaciones relacionadas con costumbres mercantiles.** Se presenta cuando los oferentes refieren los precios utilizando expresiones como las siguientes: (i) “*los precios estándar del mercado*”; (ii) “*los precios que sugiere la industria*” (iii) “*escala de precios de la industria*”.



- **Afirmaciones sobre zonas o clientes específicos.** Se presenta cuando los oferentes indican que ciertas empresas no venden en zonas o a clientes específicos.
- **Afirmaciones de exclusividad.** Se presenta cuando los oferentes indican que cierto cliente o cierta zona “pertenece” a determinada empresa.
- **Afirmación en relación con información no conocida de otro oferente.** Se presenta cuando uno de los oferentes se refiere a información no pública de otro oferente, relacionado con el precio, formas de comercialización, o desempeño empresarial.
- **Afirmaciones en relación con la naturaleza de la oferta de otro proponente.** Se presenta cuando uno de los oferentes indica que la oferta presentada por otro es considerada como cortesía, soporte, ayuda, respaldo o escenarios similares.
- **Afirmaciones relacionadas con discusiones en escenarios gremiales.** Se presenta cuando se indican discusiones o puntos tratados en asociaciones de productores o figuras de aglutinación empresarial.

[214] La CRPI mediante Resolución de 08 de octubre de 2019<sup>8</sup> expedida a las 16h40 (expediente SCPM-CRPI-2015-019), estableció una metodología para analizar las conductas

---

<sup>8</sup> Sobre esto se puede ver la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2º de noviembre de 2008, expedida en el asunto C-209/07, donde manifestó lo siguiente:

“(…)

15. *Procede recordar que, para estar incurso en la prohibición establecida en el artículo 81 CE, apartado 1, un acuerdo debe tener «por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común». Es jurisprudencia reiterada, desde la sentencia de 30 de junio de 1966, LTM (56/65, Rec. pp. 337 y ss., especialmente p. 359), que el carácter alternativo de este requisito, como indica la conjunción «o», lleva en primer lugar a la necesidad de considerar el objeto mismo del acuerdo, habida cuenta del contexto económico en el que se debe aplicar. Sin embargo, en caso de que el análisis de las cláusulas de dicho acuerdo no revele un grado suficiente de nocividad respecto de la competencia, es necesario entonces examinar los efectos del acuerdo y, para proceder a su prohibición, exigir que se reúnan los elementos que prueben que el juego de la competencia ha resultado, de hecho, bien impedido, bien restringido o falseado de manera sensible.*

16. *Para apreciar si un acuerdo está prohibido por el artículo 81 CE, apartado 1, la toma en consideración de sus efectos concretos es superflua cuando resulta que éste tiene por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el interior del mercado común (sentencias de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión, 56/64 y 58/64, Rec. pp. 429 y ss., especialmente p. 496, y de 21 de septiembre de 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, C-105/04 P, Rec.*



determinadas en el artículo 11 de la LORCPM, en especial la colusión en compras públicas regulada en numeral 6 de dicho artículo, así:

*“[210] En consecuencia, la propia arquitectura normativa nos muestra un camino de actuación en el análisis de cualquier conducta: (i) se debe establecer si la conducta es por “objeto” prohibida; (ii) si esto no es posible, se deben analizar sus efectos anticompetitivos; y (iii) si se alega por el denunciado, se debe examinar si la conducta encaja en la excepción (efectos pro competitivos). Esta metodología se encuentra mencionada en las Directrices sobre la Aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los Acuerdos de Cooperación Horizontal...”*

(...)

*[211] Ahora bien, cuando el artículo 11 de la LORCPM se refiere a las conductas restrictivas de la competencia por objeto, lo hace en el mismo sentido que el artículo 101 del TFUE (anterior 81 CE), es decir, en relación con aquellas conductas que por su naturaleza son anticompetitivas, lo que implica realizar un análisis de la conducta y el escenario en que se desenvuelve. Si no es posible determinar la restricción por objeto se puede pasar al análisis de la conducta por sus efectos, lo que implica indagar si real o potencialmente afectará la competencia.*

*... Esto quiere decir, que el punto de partida siempre es el análisis por objeto, pues este indaga sobre la naturaleza de la conducta, esto es, su contenido, la finalidad objetiva que pretende alcanzar, y el contexto económico y jurídico en sus efectos, tal y como se explicó ut supra.*

(...)

*[221] La conducta ya probada dentro del procedimiento se encuentra enmarcada en el numeral 6 del artículo 11 de la LORCPM:*

*“Art. 11.- Acuerdos y prácticas prohibidas.- Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley todo*

---

*p. I-8725, apartado 125). Este examen debe efectuarse a la luz del contenido del acuerdo y del contexto económico en que se inscribe (sentencias de 28 de marzo de 1984, Compagnie royale asturienne des mines y Rheinzink/Comisión, 29/83 y 30/83, Rec. p. 1679, apartado 26, y de 6 de abril de 2006, General Motors/Comisión, C-551/03 P, Rec. p. I-3173, apartado 66).*

17 *La distinción entre «infracciones por objeto» e «infracciones por efecto» reside en el hecho de que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia.*

(...)”



*acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, y en general todos los actos o conductas realizados por dos o más operadores económicos, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general.*

*En particular, las siguientes conductas, constituyen acuerdos y prácticas prohibidas:*

*(...)*

*6. Los actos u omisiones, acuerdos o prácticas concertadas y en general todas las conductas de proveedores u oferentes, cualquiera sea la forma que adopten, **cuyo objeto o efecto sea impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, ya sea en la presentación de ofertas y posturas** o buscando asegurar el resultado en beneficio propio o de otro proveedor u oferente, **en una licitación, concursos**, remates, ventas al martillo, subastas públicas u otros establecidos en las normas que regulen la contratación pública, o en procesos de contratación privados abiertos al público.*

*(...)” (negritas y subrayado por fuera del texto)*

*[222] Si bien el mencionado numeral tiene una redacción diferente al de los demás, parte del mismo principio adoptado en el inciso primero del artículo 11, es decir, establecer si la conducta es sancionable cuando tenga por objeto o por efecto impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia. De ninguna manera sugiere que para este tipo de conducta se haga un análisis diferenciado de las demás conductas encuadradas en la misma LORCPM. De todas formas, de la redacción del articulado se nota que el legislador quiso ser más enfático en esta conducta por las implicaciones que tiene no sólo en la competencia, sino en la sociedad en su conjunto. En este sentido, se analizará la conducta en el marco del esquema de razonabilidad que impone la norma citada.*

*[223] Conforme lo analizado el punto de partida siempre es el análisis por objeto, según el cual se debe indagar sobre la naturaleza de la conducta, esto es:*

- i. Su contenido*
- ii. La finalidad objetiva que pretende alcanzar,*
- iii. El contexto económico y jurídico en que se desenvuelve”*



## 9.6. De la audiencia pública

[215] El 20 de julio de 2020, mediante providencia expedida a las 11h30, la CRPI dispuso convocar a audiencia pública para el 23 de julio de 2020 a las 10h00, donde asistieron la INICAPMAPR y el operador económico **NOVARTIS**. Los operadores económicos **MERCATTI S.A.**, **MERCATTISA** y **COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A.**, pese a ser convocados en debida forma, no asistieron, de lo cual dejó constancia en video.

[216] De la audiencia se desprendió lo siguiente:

[217] La INICAPMAPR reprodujo en su mayoría lo ya establecido en el informe final, concluyendo su intervención de la siguiente manera:

*Intervención de la Eco. María Alejandra Egüez en calidad de Intendente Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, minutos 48:28-48:50: “(...) nuevamente, como recomendación de la imposición de la multa, es una infracción muy grave por lo cual la multa puede ascender hasta el 12 % del volumen total de negocios. Hubo una clara negativa de acceso a la información y falta de colaboración por parte de los operadores económicos, y en cuanto al importe de sanción esta autoridad como recomendó en el informe es que se considere el máximo del importe de la sanción.”*

[218] El abogado del operador económico **NOVARTIS** ahondó lo dicho por la INICAPMAPR, y además en lo principal se tiene lo siguiente:

*Intervención del Abg. Carlos Trujillo Viteri en calidad de abogado patrocinador del operador económico NOVARTIS ECUADOR S.A., minutos 01:10:16-01:11:10: “(...) las sanciones como bien sabemos señores Comisionados, están en los artículo 78 y 79 de la Ley Orgánica. En este caso es una infracción muy grave que debería ser sancionada con hasta un 12 % del volumen de negocio total de la empresa. Nos encontramos como les he dicho con un acuerdo colusorio horizontal, de igual manera, se ha comprobado que los representantes legales eran quienes daban las instrucciones y aprobaban las actuaciones de sus asesores externos por lo cual, conforme a la ley, lo que está estipulado en la ley tiene un alto grado de decisión y participación en estos procesos colusorios, por lo cual, creemos que se debería imponer una multa de hasta quinientas (500) remuneraciones básicas unificadas, adicionalmente, no*



*se ha suministrado la información requerida por la Superintendencia y conforme la ley estas son quinientas (500) remuneraciones básicas unificadas adicionales que se debería imponer.”*

**9.6.1. La petición relacionada con la aplicación del artículo 79 se tomará en cuenta excepto lo manifestado con la sanción a imponerse a los representantes legales, ya que la INICAPMAPR en el momento procesal oportuno no formuló cargos en contra de dichos representantes legales.**

## **9.7. Naturaleza de la conducta.**

### **9.7.1. Contenido de la conducta.**

[219] En el acápite de la relación entre la prueba y la conducta se demostró que los operadores económicos **MERCATTI** y **CUPHARMA** se coludieron en el marco del procedimiento de subasta inversa electrónica No. SIE-HTMC-105-2018-1150-M, convocado por el Hospital Teodoro Maldonado Carbo de la ciudad de Guayaquil para la “ADQUISICIÓN DEL MEDICAMENTO ELTROMBOPAG SOLIDO ORAL 25 MG PARA EL AREA DE HEMATOLOGÍA PARA LOS PACIENTES DEL HTMC”.

[220] El acuerdo sería de tipo horizontal, ya que los dos operadores económicos están ubicados en el mismo eslabón del mercado, son competidores en el mismo nivel comercial.

[221] Del acervo probatorio, tal y como ya se indicó, se desprende lo siguiente:

#### **(i) Presentación de ofertas y documentos.**

- **Coincidencia en el personal que elaboró y presentó las ofertas.** Para el diseño de las ofertas, de forma consciente, los operadores económicos **MERCATTI** y **CUPHARMA** compartieron asesores esenciales para dicha labor en el periodo comprendido entre los años 2016 a 2018: Iván Alberto Illescas Rendón (asesor en compras públicas) y Felipe Bermeo Rocha (asesor contable).<sup>9</sup>

El intercambio de información entre los asesores mutuos muestra un escenario de colusión diáfano. Conocían perfectamente el funcionamiento económico de las empresas, los precios y demás asuntos económicos para la participación. Como efecto de lo anterior, pudieron diseñar la estrategia de participación conjunta y coordinada, tal y como se mostró en el acápite denominado “relación entre la prueba y la conducta”.

<sup>9</sup> Análisis de los contratos de prestación de servicios y declaraciones ante la INICAPMAPR en las reuniones de trabajo de 12 de diciembre de 2018 y 07 de enero de 2019.



Este cruce de información muestra una dependencia estructural en el diseño de la estrategia para presentarse al proceso de contratación, que de por sí muestra la imposibilidad de independencia profesional y, por el contrario, reitera el iter de la colusión.

La INICAPMAR lo indicó claramente en su informe:

*“Felipe Bermeo Rocha, asesor contable, definía mediante su consultoría, qué proceso de contratación pública resultaba beneficioso para uno u otro operador, de acuerdo a su estructura y costes, mientras que Iván Illescas Rendón se encontraba la información de la oferta base con la cual tendría que efectuar el proceso de puja. Con la actuación de ambos asesores, quienes operaban con certidumbre de información comercial de operadores competidores, dentro del proceso de contratación No. SIE-HTMC-105-2018 (sic), se nota un proceso no competitivo, si tomamos como variantes de análisis que el operador económico Jaime José Gerardo Gutiérrez González (LBORATORIOS GUTIERREZ) ofertaba al mismo precio el medicamento EL TROMBOPAG (sic) DE 25 MG para ambos agentes, con lo cual, todo rubro de reventa por sobre el precio de coste, resultaba genéricamente una ganancia; la oferta de inicio de cada operador económico era similar (de partida debe mencionarse que esa similitud suele responder a poner un precio inicial al del presupuesto referencial), pero del detalle de pujas obtenido del Sistema Oficial de Contratación Pública, cada oferta tuvo una variación insignificante en comparación a cualquier proceso competitivo, siendo que el porcentaje de variación de cada postura no responde a un proceso competitivo de subasta inversa.”*

Además, de un análisis de los contratos de prestación de servicios y de lo manifestado por los implicados en las reuniones de trabajo ante la INICAPMAR el 12 de diciembre de 2018 y 07 de enero de 2019, se establece que existía una clara sincronía entre las funciones de los asesores y los representantes legales de las compañías asesoradas, lo que indica que había pleno conocimiento del accionar de sus asesores compartidos.

Del texto de los contratos se desprende lo siguiente, tal y como ya se indicó en el acápite denominado “relación entre la prueba y la conducta”:

En la cláusula primera, punto tres del contrato con el señor Felipe Bermeo Rocha se estipuló lo siguiente: *“Generar reportes e informes económicos – financieros que soliciten sus superiores y posibiliten así la correcta toma decisiones.”*

En la cláusula primera del contrato con el señor Iván Illescas Rendón, se estipuló lo siguiente: *“Primera. Objeto. EL ASESOR. (...) ejercerá las siguientes funciones “1. Asesorar en todos los procesos relacionados con*



*compras públicas del sector público. 2. Manejo del portal de compras públicas. 3. Gestión documental de procesos y puja de los mismos.”*

En adición, los contratos de prestación de servicios fueron suscritos el mismo día, es decir, el 08 de febrero de 2017, y además coinciden en la forma, formato, tipo de letra y redacción, lo que también indica una dinámica muy cercana entre las empresas involucradas.

- **Coincidencia en la dirección IP de donde se presentaron las ofertas y se participó en la etapa de puja.**

El asesor en compras públicas, Iván Alberto Illescas Rendón, manejó el portal de compras públicas de **MERCATTI** y **CUPHARMA**. Presentó las ofertas y las pujas de las dos empresas desde la misma dirección IP: 181.39.235.231, tal y como se pudo establecer en el acápite denominado “*relación entre la prueba y la conducta*”.<sup>10</sup>

Del acervo probatorio se demuestra que las dos ofertas fueron presentadas por el asesor en compras públicas desde su oficina y su equipo de trabajo, y además con pocos minutos de diferencia.

Este escenario muestra claramente que cada una de las empresas conocía los datos sensibles de la otra, sus tiempos y movimientos, e inclusive sus posibilidades de puja, lo que sin duda alguna evidencia una acción claramente coordinada en el mencionado proceso de contratación pública, vulnerando de paso el principio básico de la independencia de los oferentes.

- **Coincidencia de certificados de autorización y distribución.**

**LABORATORIOS GUTIÉRREZ** es uno de los dos operadores económicos que posee el registro sanitario del principio activo “ELTROMBOPAG”.<sup>11</sup>

Aunque no se presentó al proceso de contratación, sí emitió certificados de autorización y de distribución idénticos a los operadores económicos **MERCATTI** y **CUPHARMA**.<sup>12</sup>, lo que indica que estos últimos desde este

<sup>10</sup> Análisis de la reunión de trabajo realizada el 07 de enero de 2010 ante la INICAPMAPR. Memorando Nro. SERCOP-CTIT-2018-0417-M de 20 de agosto de 2018.

<sup>11</sup> Registro sanitario 1060-MEN-051. Escrito y anexo remitido por la Agencia de Regulación, Control y Vigilancia sanitaria, ingresado el 02 de enero de 2019 a las 14h22, signado con Id 121569

<sup>12</sup> Conforme lo mencionado por el operador económico **CUPHARMA** mediante escrito de 25 de junio de 2019 a las 12h38 (Id 135839), menciona que “*Obra del expediente el certificado de distribución autorizada, que indica claramente que mi representada está autorizada por LABORATORIOS GUTIERREZ para comercialización y venta NO exclusiva en el IESS HOSPITAL DE*



punto coincidente partirían para presentar ofertas coordinadas, teniendo un precio común y base para un medicamento genérico, y sabiendo que el único contendiente sería **NOVARTIS**, quien es el otro titular del registro sanitario para “ELTROMBOPAG y que lo distribuye como un producto farmacéutico de marca”.<sup>13</sup> En otras palabras, únicamente habría un tercer oferente que sería **NOVARTIS**, lo que estaba ya previsto de manera conjunta por **MERCATTI** y **CUPHARMA**.

- **Coincidencia de errores.**

Las ofertas presentadas por **MERCATTI** y **CUPHARMA** coincidieron en los mismos errores, tal y como se puede constatar en el Acta de Apertura y Convalidación de errores dentro del proceso de contratación bajo análisis.

Según consta en dicha acta, el Hospital Teodoro Maldonado Carbo observó que las ofertas presentadas por los dos operadores mencionados no contenían el certificado para distribuir el medicamento “ELTROMBOPAG DE 25 mg”, indicando lo siguiente:

*“Convalidar de forma clara y legible el Certificado de Distribución autorizado en español.”*

Ante esto, para subsanar los errores, los dos oferentes presentaron certificados idénticos, expedidos en la misma fecha por **LABORATORIOS GUTIÉRREZ**, tal y como se mostró en el acápite denominado “relación entre la prueba y la conducta”.

(ii) **Indicios relacionados con el precio.**

- **Precios casi idénticos.**

Las ofertas económicas presentadas por los operadores **MERCATTI** y **CUPHARMA** fueron muy similares: USD \$ 220.308,66 y USD \$ 220.309,83,

---

*ESPECIALIDADES TEODORO MALDONADO CARBO el medicamento EL TROMBOPAG DE 25 MG.”*

<sup>13</sup> Lo indicado por el operador Laboratorios Gutiérrez en el escrito de contestación que obra a fojas 394 a 411, indica claramente la diferencia entre el producto de este y de Novartis:

“El producto ELTROMBOPAG de Laboratorios Gutiérrez es genérico, es de producción nacional y tiene precios más baratos y con igual calidad que el de la competencia de Novartis cuyo nombre comercial es REVOLADE.

REVOLADE, antes comercializado por Glaxo y ahora por Novartis, ha mantenido un mercado monopólico por años hasta 2017, año en que Laboratorios Gutiérrez comercializa ELTROMBOPAG (...)” Folio 401 del expediente virtual.



respectivamente. Partiendo del presupuesto referencial de USD \$ 220.311,00., que era conocido por dichos operadores<sup>14</sup>, las reducciones porcentuales en relación con el mencionado presupuesto son las mismas, es decir, 0,001%.

De este punto partieron los operadores **MECATTI** y **CUPHARMA** para participar de manera coordinada en la etapa de puja sabiendo que el otro oferente era **NOVARTIS**.

Al notar que en la pantalla de su computador se desplegaba el mensaje “*el valor de su oferta no es el más bajo en este momento*”, las rebajas de dichos operadores en las primeras pujas también fueron muy similares, es decir, de 6,041% y 6,949% en relación con el presupuesto referencial, respectivamente.

En las segundas pujas el esquema cambio drásticamente, y la diferencia fue alta debido a que después de que **MERCATTI** presentó una segunda puja con rebaja de 2,270%, en el computador de los dos operadores (vinculado a la dirección IP 181.39.235.231), se leía el mensaje “*el valor de su oferta no es el más bajo en este momento*”, lo que incidió para que **CUPHARMA** faltando un minuto y veinte segundos para finalizar la etapa de pujas, y pensando que la oferta de **NOVARTIS** hasta dicho momento podría ser la más baja, presentara una segunda con rebaja del 16,045%, y con esto ser adjudicatario del contrato.

El Informe SCPM-IGT-INICAPMAPR-2020-0001 de 02 de enero de 2020, explica claramente el desarrollo de la etapa de puja y presenta un cuadro muy explicativo de lo mencionado. Por lo tanto, es conveniente traerlo textualmente:

*“Es importante indicar que en el procedimiento de contratación pública de Subasta Inversa Electrónica, al momento de la fase de pujas los operadores económicos no pueden visualizar sus nombres ni los valores pujados, lo único que les aparece en la pantalla de sus computadores es un mensaje indicando si su oferta es la menor o no”<sup>15</sup>.*

<sup>14</sup> El precio referencial se podía obtener del Plan Anual de Contratación Pública para el año 2018 del Hospital de Especialidades Teodoro Maldonado Carbo, publicado en <http://bit.ly/2rReR84>, donde se estableció que se adquiriría a través de subasta inversa 11.700 unidades de medicamento ELTROMBOPAG sólido oral de 25mg a un costo unitario de USD \$ 18,83, es decir, con un presupuesto referencial de USD \$ 220.311,00.

<sup>15</sup> RESOLUCION-SERCOP-2016-000072-99. Última modificación de 25 de junio de 2019. Art. 273. “Visualización de la puja.- Para garantizar que la puja se realice de manera transparente, ninguno de los oferentes participantes, podrá visualizar el desarrollo de la misma, solamente la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado podrá visualizarlo. Una vez que haya terminado el tiempo programado para la puja, el detalle de los resultados serán públicos a través de del Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública. Será de entera responsabilidad de la máxima autoridad o su delegado, la utilización de dicha información. Durante el desarrollo de la puja, el Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública, alertará al oferente si el valor de su oferta



*El desarrollo de la puja continuó de la siguiente manera:*

- *El 15 de mayo de 2018 se realizó la etapa de puja según el cronograma establecido por el Hospital de Especialidades Teodoro Maldonado Garbo, la hora de inicio fue a las 14:00:00 y la hora de finalización a las 14:30:00.*
- *De los operadores económicos con la misma dirección IP y dado que la oferta de NOVARTIS era la más baja (USD 117,00 de rebaja del presupuesto referencial), el mensaje que les aparecía en la misma pantalla de su computador fue "el valor de su oferta no es el más bajo en este momento".*
- *MERCATTI S.A. fue el primero en pujar a las 14:03:27, su primera puja fue de USD 207.000,00, que significó una rebaja de USD 13.308,66, que es el 6,041% del presupuesto referencial. Sin embargo, un método para generar más ahorro estatal con una mayor puja ideado por el SERCOP, es el incorporar un participante ficticio para que simule una puja y que indique el mensaje **-el valor de su oferta no es el más bajo en este momento-**.*
- *Con conocimiento de que la oferta de MERCATTI S.A. no es la menor, a las 14:07:20, CUPPHARMA S.A. realiza su primera puja por un valor menor al pujado por MERCATTI S.A. (en este punto es importante considerar el artículo 273 de la RESOLUCIÓN SERCOP-2016- 000072-99), siendo este USD 205.000,00, que significa una rebaja de USD 15.309,83, y que es el 6,949% del presupuesto referencial. En este punto se evidencia que la rebaja del presupuesto referencial por puja propuesto por MERCATTI S.A. y CUPPHARMA está entre el 6 y 7%.*
- *Luego de las primeras pujas de MERCATTI S.A. y CUPPHARMA , en la pantalla del computador vinculado a la dirección IP 181.39.235.231, por el método establecido para el efecto por el SERCOP, siguió apareciéndoles el mensaje "el valor de su oferta no es el más bajo en este momento". Resultado de esto MERCATTI S.A. a las 14:10:39 realiza su segunda puja por un valor igual a USD 202.000,00 que significó una rebaja de USD 5.000,00 de su primera puja, que es el 2,270% del presupuesto referencial.*
- *NOVARTIS realizó su primera y única puja a las 14:14:25 por un valor igual a USD 217.990,00 que significó una rebaja de USD 2.204,00 de su oferta inicial, y que es el 1% menos del presupuesto referencial del proceso SIE-HTMC-105-2018, luego de esta puja a NOVARTIS también le aparecía en la pantalla de su computador el mensaje "el valor de su oferta no es el más bajo en este momento". No obstante, no volvió a pujar a pesar que tenía*

---

es o no el más bajo en ese momento, sin que se conozca la identidad y las posturas económicas de los demás oferentes que se encuentren participando en la misma.”



15 minutos adicionales antes de que finalice la fase de puja que fue a las 14:30:00 de ese día.

- Finalmente a 1 minuto y 20 segundos de finalizar la fase de pujas (14:30:00), y debido a que MERCATTI S.A. y CUPPHARMA en su pantalla observaban el mensaje "el valor de su oferta no es el más bajo en este momento", el operador económico CUPPHARMA realiza su segunda puja por un valor igual a 169.650,00, que es una rebaja de USD 35.350,00 de su primera puja, y que es el 16,045% menos del presupuesto referencial de USD 220.311,00.

Tabla No. 10: Etapas de la puja

Nombre comercial	Fecha de oferta	Secuencia a puja	Valor ofertado (USD)	Pujas (USD)	Rebaja por puja respecto al presupuesto referencial (porcentaje)	Rebaja total respecto al presupuesto referencial (porcentaje)
MERCATTI S.A.	2018-05-14 16:35:36.0245 24	Oferta Inicial	220.308,66	2,34	0,001%	-
CUPHARMA	2018-05-14 16:40:29 064959	Oferta Inicial	220.309,83	1,17	0,001%	-
NOVARTIS ECUADOR S.A.	2018-05-14 17:08:38.6810 23	Oferta Inicial	220.194,00	117,00	0,053%	-
MERCATTI S.A.	2018-05-15 14:03:27.3848 18	Puja 1	207.000,00	13.308,66	6,041%	-
CUPHARMA	2018-05-15 14:07:20.3578 94	Puja 1	205.000,00	15.309,83	6,949%	-
MERCATTI S.A.	2018-05-15 14:10:39.0867 42	Puja 2	202.000,00	5.000,00	2,270%	8,31%
NOVARTIS ECUADOR S.A.	2018-05-15 14:14:25.7254 82	Puja 1	217.990,00	2.204,00	1,000%	1,05%
CUPHARMA	2018-05-15 14:28:40.8224 24	Puja 2	169.650,00	35.350,00	16,045%	23,00%

Con lo expuesto, se concluye que no se cumplió con lo establecido en el (sic) RESOLUCION-SERCOP-2016-000072-99, artículo 273 sobre la visualización de la puja, en consecuencia no existió transparencia en la puja por parte de los operadores económicos MERCATTI S.A. y CUPPHARMA, y que claramente se explica con cifras monetarias.<sup>16</sup>

<sup>16</sup> Páginas 142 y 143 del Informe SCPM-IGT-INICAPMAPR-2020-0001 de 02 de enero de 2020



(iii) **Indicios relacionados al análisis de otros procesos de contratación donde participaron los operadores económicos MERCATTI y CUPHARMA (patrón de participación).**

- **Utilización de la misma dirección IP en otros procesos de contratación.**

De la información remitida por el SERCOP, de conformidad con lo que se indicó en el acápite denominado “relación entre la prueba y la conducta”<sup>17</sup>, se observa que los operadores **MERCATTI** y **CUPHARMA** participaron en 8 procesos de contratación (procedimientos de subasta inversa electrónica), utilizando una misma dirección IP. El siguiente cuadro muestra lo afirmado:

IP ACCEDE	PROCESO	OPERADOR
181.113.144.110	SIE-HGIB-051-2017	MERCATTI S.A.
		CUPHARMA
181.39.235.231	SIEB-HEFFAA-242-2017	MERCATTI S.A.
		CUPHARMA
	SIE-HAGP-047-2018	MERCATTI S.A.
		CUPHARMA
	SIE-HPNG2-026-2018	MERCATTI S.A.
		CUPHARMA
	SIE-HTMC-105-2018	MERCATTI S.A.
		CUPHARMA
SIE-HTMC-257-2017	MERCATTI S.A.	
	CUPHARMA	
SIE-HVCM-081-2017	MERCATTI S.A.	
	CUPHARMA	
SIE-IESS-HP-073-2017	MERCATTI S.A.	
	CUPHARMA	

*Fuente información remitida por el SERCOP. Anexo al Memorando No. SERCOP-CTIT-2018-0417-M de 20 de agosto de 2018.*

Como se observa, los mencionados operadores económicos tienen como modus operandi participar en los procesos de contratación desde una misma dirección IP. En 7 de los procesos indicados lo hicieron desde la misma dirección IP que se utilizó para presentar la oferta en el proceso objeto del presente expediente, es decir, la IP 181.39.235.231.

El mencionado patrón indica que la coordinación de conductas que se evidencia en este caso no es un elemento aislado, sino que se presenta bajo un esquema constante de manejo conjunto y conectado de los procesos de contratación en donde participan los dos operadores.

<sup>17</sup> Anexo al Memorando No. SERCOP-CTIT-2018-0417-M de 20 de agosto de 2018.



- **Patrón en la presentación de ofertas que indicaría una rotación sistemática en la posibilidad de ser adjudicatario y un modus operandi depurado para la participación en los procesos de contratación.**
- En los 7 procesos en los que los operadores **MERCATTI** y **CUPHARMA** participaron compartiendo la dirección IP 181.39.235.231, se observa un patrón similar, que además da cuenta de una alternancia en la “posibilidad” de adjudicación para uno de ellos.

En los procesos SIEB-HEFFAA-242-2017, SIE-HAGP-047-2018, SIE-HVCM-081-2017 y SIE-HGIB-051-2017, el operador económico **CUPHARMA**, quien pretendía la adjudicación del contrato, hizo mayores rebajas de su oferta económica. En los tres primeros la rebaja fue muy superior a la que hizo **MERCATTI**, esto es, 9,6% frente a 0% de **MERCATTI** (no realizó puja); 42,2% frente a 0% de **MERCATTI** (no realizó puja); y 2,5% frente a 2% de **MERCATTI**, respectivamente.

Lo anterior, nos muestra una coordinación de posturas para favorecer, en estos casos a **CUPHARMA**, independiente del resultado final del proceso.

Por otro lado, cuando era el turno de **MERCATTI** para ganar las posturas, la dinámica fue todo lo contrario: en los procesos SIE-HPNG2-026-2018, SIE-HTMC-257-2017 y SIE-IESS-HP-073-2017, **CUPHARMA** tomó la iniciativa y las rebajas no superaron el 1% frente a las mayores rebajas de **MERCATTI**, quien finalmente resultó adjudicatario de dichos contratos.

El siguiente cuadro refleja claramente lo manifestado:

Código del proceso	Operador económico	Presupuesto referencial del proceso	Oferta final (valores en dólares)	Presupuest o referencial – Oferta final (dólares)	% rebaja alcanzado	Adjudicó	Fecha publicación proceso
SIE-HGIB-051-2017	CUPHARMA	59.010,00	33.000,00	26.010,00	44,1%	No	01/06/17
	MERCATTI S.A.		40.000,00	19,010,00	32,2%	No	
SIE-HTMC-257-2017	CUPHARMA	241.277,49	238.852,23	2.425,26	1,0%	No	19/07/17
	MERCATTI S.A.		236.463,70	4.813,79	2,0%	Si	
SIE-HVCM-081-2017	CUPHARMA	40.005,00	39.000,00	1.005,00	2,5%	No	02/10/17



	MERCATTI S.A.		39.601,00	404,00	1,0%	No	
SIEB-HEFFAA-242-2017	CUPHARMA	113.616,58	102.673,00	10.943,58	9,6%	No	03/10/17
	MERCATTI S.A.		113.613,00	3,58	0,0%	No	
SIE-IESS-HP-073-2017	CUPHARMA	39.603,96	39.207,00	396,96	1,0%	No	20/11/17
	MERCATTI S.A.		38.815,00	788,96	2,0%	Si	
SIE-HPNG2-026-2018	CUPHARMA	160.400,00	160.399,95	0,05	0,0%	No	16/04/18
	MERCATTI S.A.		158.800,00	1.600,00	1,0%	Si	
SIE-HAGP-047-2018	CUPHARMA	23.880,00	13.800	10,080,00	42,2%	No	31/05/18
	MERCATTI S.A.		23.879,40	0,60	0,0%	No	

Fuente información remitida por el SERCOP. Anexo al Memorando No. SERCOP-CTIT-2018-0417-M de 20 de agosto de 2018

**(iv) Falta de colaboración en el procedimiento de investigación**

Los operadores **MERCATTI** y **CUPHARMA** se negaron a colaborar con la INICAPMAPR, negando o impidiendo el acceso a la información, tal y como se demostró al valorar la prueba.

Es importante indicar que la falta de colaboración invierte la carga de la prueba de la infracción, de conformidad con el inciso 5 del artículo 48 del LORCPM:

*“Art. 48.- Normas generales.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, antes de iniciar el expediente o en cualquier momento del procedimiento, podrá requerir a cualquier operador económico o institución u órgano del sector público o privado, los informes, información o documentos que estimare necesarios a efectos de realizar sus investigaciones, así como citar a declarar a quienes tengan relación con los casos de que se trate.(...)”*

*La carga de la prueba corresponderá a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, sin perjuicio de las pruebas aportadas por el denunciante y el denunciado. Sin embargo, en el caso de los acuerdos y prácticas prohibidas de conformidad con el artículo 11 de la presente Ley, si un operador económico o persona negare, dificultare o impidiere el acceso a información; dañare ocultare u omitiere información o entregase información falsa, fraudulenta, engañosa, falaz, fingida, artificiosa, irreal o dolosa requerida o relacionada al operador económico o persona en una investigación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, se invertirá la carga de la prueba a dicho operador económico o persona, sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en la ley.(...)”*



### 9.7.2. Finalidad objetiva que pretende alcanzar

- [222] Los procesos de contratación pública son realmente trascendentales para el progreso de la sociedad, ya que aseguran el desarrollo de infraestructura, la prestación de servicios y la adquisición de bienes que cumplen los estándares de calidad, precio y garantías requeridos, pero, sobre todo, bajo los más estrictos parámetros de transparencia y adecuado manejo de los recursos públicos. Dichos procesos requieren de unos niveles de regulación y supervisión más estrictos que los implementados en las transacciones privadas. Están involucrados bienes jurídicos de la más alta importancia: el correcto funcionamiento de la administración pública, la eficiencia estatal, el bienestar general, entre otros.
- [223] Una colusión para lograr una adjudicación de un contrato es una conducta en extremo reprochable, que en muchos de los casos va de la mano con esquemas que se salen de la órbita meramente administrativa. Es tanto así, que diversos escenarios jurídicos vuelcan su manto de aplicación para su proscripción. Dependiendo del caso concreto se podrían activar mecanismos penales, de responsabilidad contractual y extracontractual del Estado, disciplinarios y de derecho de la competencia, entre otros. Por lo tanto, es una conducta que, por sus implicaciones y naturaleza, es abiertamente anticompetitiva.
- [224] En el caso particular se evidencia que en el procedimiento de contratación pública de subasta inversa electrónica SIE-HTMC-105-2018, convocado por el Hospital Teodoro Maldonado Carbo de la ciudad de Guayaquil para la “ADQUISICIÓN DEL MEDICAMENTO ELTROMBOPAG SOLIDO ORAL 25 MG PARA EL AREA DE HEMATOLOGÍA PARA LOS PACIENTES DEL HTMC”, se presentaron tres empresas: **NOVARTIS, MERCATTI y CUPHARMA.**
- [225] Del acervo probatorio que obra en el expediente, tal y como quedó establecido en el acápite denominado “*relación entre la prueba y la conducta*”, se demuestra la colusión de los operadores económicos **NOVARTIS** y **CUPHARMA** para impedir y falsear la competencia en el marco del proceso de contratación pública mencionado.
- [226] Impidieron la competencia porque al compartir los datos económicos y coordinar sus actuaciones, obstaculizaron un esquema de competencia real. El operador económico **NOVARTIS** no pudo competir bajo parámetros adecuados de transparencia, ya que los otros dos oferentes tenían sincronizados sus movimientos tanto en la presentación de la oferta como en la etapa de pujas, tal y como quedó evidenciado en el punto anterior.
- [227] Falsearon la competencia porque le hicieron creer a la administración y al otro oferente que eran competidores independientes, cuando en realidad tenían un acuerdo para montar un escenario ficticio de pujas finamente armonizado, cuyo objetivo era que **CUPHARMA** lograra la adjudicación.

### 9.7.3. El contexto económico y jurídico en el que se desenvuelve



- [228] Como ya se advirtió, la conducta estudiada encaja en el marco de lo previsto en el artículo 11 numeral 6 de la LORCPM, es decir, en el supuesto de hecho conocido como la colusión en compras públicas, explicado detalladamente en el acápite denominado "*marco teórico*".
- [229] La mencionada colusión se desarrolló en el marco de un proceso de compras públicas para la "ADQUISICIÓN DEL MEDICAMENTO ELTROMBOPAG SOLIDO ORAL 25 MG PARA EL AREA DE HEMATOLOGÍA PARA LOS PACIENTES DEL HTMC", que se ambientó en ciertas características económicas que favorecieron su ejercicio, a saber:
- [230] El principio activo El TROMBOPAG, tal y como ya se indicó, cuenta con dos productos con registro sanitario en Ecuador: Revolade de 25 y 50 mg a nombre del operador económico NOVARTIS (producto de marca); y EL TROMBOPAG genérico de 25 y 50 mg a nombre de LABORATORIOS GUTIERREZ.
- [231] Estamos en presencia de un mercado concentrado, ya que existirían pocos competidores en relación con dicho producto. Esto implicó que existieran dos oferentes que partirían de un certificado de distribución expedido por uno de los titulares del registro sanitario, generando con esto un ambiente propicio para una participación coordinada al amparo del costo común del medicamento genérico.
- [232] Del acervo probatorio constante en el expediente, tal y como se explicó al analizar el contenido de la conducta, se desprenden un conjunto de datos, coincidencias o patrones, que al analizarlos en su conjunto, sin las más mínima duda, arrojan como resultado la existencia de una colusión en compras públicas, así: (1) coincidencia en el personal que elaboró y presentó las ofertas; (2) coincidencia de la dirección IP de donde se presentaron las ofertas y se participó en la etapa de puja; (3) coincidencia en certificados de autorización y distribución; (4) coincidencia de errores en la presentación de las ofertas; (5) precios casi idénticos; (6) Un mismo modus operandi (patrón) en otros procesos de contratación donde participaron los operadores involucrados, tales como la utilización de una misma dirección IP y rotación sistemática de la posibilidad de ser adjudicatario; y (7) falta de colaboración con la SCPM al impedir u obstaculizar el acceso a la información por parte de la Intendencia de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas.
- [233] En las condiciones mencionadas, la afectación a la competencia es evidente, salta de bulto por la naturaleza de la conducta. Por lo tanto, no hay que hacer un análisis extenso ni profundo para vislumbrar lo anticompetitivo de la misma. De ninguna manera, podría existir en la acción estudiada efectos pro competitivos.

#### **9.7.4. Impacto real o potencial en el mercado.**

- [234] De todo lo dicho hasta el momento y de conformidad con la naturaleza de la conducta, la finalidad objetiva que pretende alcanzar y el contexto jurídico y económico en que se desenvuelve, es más que evidente que la conducta de los operadores económicos **MERCATTI** y **CUPHARMA** afectó negativamente la eficiencia económica, la libre

concurrencia al mercado y el bienestar general. Por lo tanto, en razón de su objeto, no es necesario analizar el impacto real o potencial en el mercado.

### 9.8. Declaración de la existencia de la infracción y responsabilidad de sus autores.

[235] Teniendo en cuenta el análisis realizado en la presente resolución, y atendiendo al acervo probatorio que obra en el presente expediente, la Comisión de Resolución de Primera Instancia declara que los operadores **MERCATTI** y **CUPHARMA** distorsionaron y falsearon la competencia al coludirse en el marco del procedimiento de contratación pública de subasta inversa electrónica SIE-HTMC-105-2018, convocado por el Hospital Teodoro Maldonado Carbo de la ciudad de Guayaquil para la “ADQUISICIÓN DEL MEDICAMENTO ELTROMBOPAG SOLIDO ORAL 25 MG PARA EL AREA DE HEMATOLOGÍA PARA LOS PACIENTES DEL HTMC, infringiendo con esto el numeral 6 del artículo 11 de la LORCPM.

### 10. Determinación del mercado relevante

[236] La definición del mercado es sin duda una herramienta fundamental dentro de la política de competencia, que incluye el estudio de las diferentes conductas que la constituye, entre estas los acuerdos entre empresas, abusos de posiciones dominantes y concentraciones.<sup>18</sup>

[237] Como lo destaca la INICAPMAPR en su informe final de investigación<sup>19</sup>, la Comisión Europea, señala que el principal objetivo de la definición de mercado es:

*“(...) determinar de forma sistémica las limitaciones que afrontan las empresas afectadas desde el punto de vista de la competencia. La definición de mercado tanto desde el punto de vista del producto como de su dimensión geográfica debe permitir identificar aquellos competidores reales de las empresas afectadas que puedan limitar el comportamiento de éstas o impedirles actuar con independencia de cualquier presión que resulta de una competencia efectiva”.*

[238] El artículo 5 de la LORCPM establece qué se debe tener en cuenta para determinar el mercado relevante:

*“Art. 5.-Mercado relevante.- A efecto de aplicar esta Ley la Superintendencia de Control del Poder de Mercado determinará para cada caso el mercado relevante. Para ello, considerará, al menos, el mercado del producto o servicio, el mercado geográfico y las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado.”.*

<sup>18</sup> José Manuel Ordóñez de Haro, “Aspectos económicos del funcionamiento competitivo de los mercados” Sección I, Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía, Sevilla 2009, pág. 137

<sup>19</sup> Informe SCPM-IGT-INICAPMAPR-2020-0001 de 02 de enero de 2020; informe final de investigación, expediente administrativo No. SCPM-IIAPMAPR-0014-2018



(...)

*El mercado geográfico comprende el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, los costos de transporte, las modalidades de venta y las barreras al comercio existentes.*

(...)”

[239] Los artículos 2, 3, 4 y 5 de la Resolución No. 011 de la Junta de Regulación de la LORCPM<sup>20</sup> establecen los parámetros y criterios de análisis para determinar el mercado relevante, así:

**“Art.2.-El mercado del producto o servicio.-** De conformidad con el artículo 5 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, el mercado del producto o servicio comprende, al menos, el producto o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos.

**Art. 3.- Mercado geográfico.-** De conformidad con el artículo 5 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, el mercado geográfico comprende el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto o servicio relevante.

**Art. 4.- Mercado relevante.-** El mercado relevante en el cual se examina un caso concreto previsto en la Ley, se determina combinando el mercado del producto o servicio y el mercado geográfico.

**Art. 5.- Criterios de análisis.-** para la determinación del mercado de producto o servicio, se debe hacer una evaluación técnica que comprenda, un análisis de sustitución de la demanda, y un análisis de sustitución de la oferta y competencia potencial.”

[240] La determinación del mercado relevante exige un análisis previo de los fundamentos técnicos y jurídicos que sustenten dicha definición. De acuerdo al artículo 5 de la LORCPM, se debe considerar al menos, el mercado del producto o servicio, el mercado geográfico y las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado.

---

<sup>20</sup> Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Resolución Ministerial 11, Registro oficial 885 de 18 noviembre de 2016, última modificación 24 de febrero de 2017.

## 10.1. Mercado de producto o servicio

### 10.1.1. Acuerdo horizontal

- [241] Conforme las normas señaladas, para la delimitación del mercado del producto es clave considerar el grado de sustituibilidad que presentan los bienes y servicios, tanto del lado de la demanda como por el lado de la oferta. Por lo cual se deben analizar y comprender todos los bienes y servicios que se consideran intercambiables exclusivamente entre sí y que se encuentran en competencia.
- [242] Por otro lado, se enuncia que el mercado geográfico se establece por las zonas o los espacios que deben considerarse parte del mercado relevante y que a su vez es el territorio en donde los agentes económicos compiten.<sup>21</sup>
- [243] De conformidad con los documentos obrantes en el expediente, la conducta analizada versa sobre el proceso de Subasta Inversa Electrónica No.SIE-HTMC-105-2018 cuyo objeto fue la ADQUISICIÓN DEL MEDICAMENTO EL TROMBOPAG SÓLIDO ORAL 25 MG PARA EL ÁREA DE HEMATOLOGÍA PARA LOS PACIENTES DEL HTMC.
- [244] Por las características de la conducta y teniendo en cuenta que los operadores económicos se encuentran dentro del mismo nivel respecto del mercado, siendo estos competidores, se configura un acuerdo horizontal.<sup>22</sup>
- [245] La Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante INDECOPI) señala que las prácticas colusorias horizontales son: “(...) *aquellas realizadas entre agentes económicos que participan en el mismo nivel de una cadena de producción, distribución o comercialización y que normalmente compiten entre sí respecto de precios, producción, mercados y clientes, con el objeto de eliminar, restringir o limitar la competencia en detrimento de los consumidores, de otros competidores, de los clientes o de los proveedores.*”<sup>23</sup>
- [246] Cabe anotar lo que señala la INICAPMAPR en el informe final, donde citando a Jorge Witker, indica que los acuerdos de este tipo, es decir, las prácticas colusorias horizontales, son las más perjudiciales ante la visión del derecho de competencia, puesto que, por un lado, se sustituye la actuación autónoma en el mercado por una que resulta de la concertación en la que los intereses comunes sobrepasa la libre competencia en el mercado,

---

<sup>21</sup> TRIBUNAL GALEGO DE DEFENSA DA COMPETENCIA, 2010, *Economía y Defensa de la Competencia*, Santiago de Compostela, 1ª, Edición, Página 134.

<sup>22</sup> TRIBUNAL GALEGO DE DEFENSA DA COMPETENCIA, 2010, *Economía y Defensa de la Competencia*, Santiago de Compostela, 1ª, Edición, Página 147 – 148.

<sup>23</sup> Comisión de Defensa de la Libre Competencia – INDECOPI, Informe 012-2014/ST-CLC-INDECOPI, 03 de marzo de 2014.

y, por otro lado, se monopolizan las cadenas productivas completas, evitando todo tipo de competencia.<sup>24</sup>

### 10.1.2. Análisis de sustituibilidad de la demanda y de la oferta

- [247] Con la finalidad de delimitar correctamente el mercado relevante en el presente caso, conforme el artículo 5 de la LORCPM respecto de los criterios de análisis, resulta necesario realizar un estudio técnico y jurídico de la sustituibilidad de la demanda y la oferta teniendo en cuenta los diferentes parámetros normativos.
- [248] El artículo 6<sup>25</sup> de la Resolución 011 de la Junta de Regulación de la LORCPM, establece una definición para el análisis en función de la sustitución de la demanda que implica establecer todos los bienes o servicios que el consumidor considere como sustitutos del producto o servicio analizado, es decir, que sean intercambiables entre sí, puesto que supondría que satisfacen las mismas necesidades en razón de sus características, usos, destino y precio<sup>26</sup>.
- [249] La sustituibilidad desde el punto de vista de la oferta no es más que la posibilidad y capacidad que tienen otros agentes del mercado para producir o vender un producto.<sup>27</sup>
- [250] Cabe señalar que en apego al análisis realizado por la INICAPAMPR, el presente estudio que trata de un procedimiento de contratación pública de Subasta Inversa Electrónica, dará énfasis a la utilización del método cualitativo, a lo cual la INICAPAMPR hizo alusión a Peter Davis y Eliana Garcés (2010), que señalan:

*"Antes de que consideremos enfoques cuantitativos para la definición de mercado, vale la pena enfatizar que mucho del tiempo para la definición del mercado recae en por lo menos en parte en evaluación cualitativa. En efecto, la evaluación cualitativa es universalmente el punto de partida de cualquier ejercicio de definición de*

<sup>24</sup> Informe SCPM-IGT-INICAPMAPR-2020-0001 de 02 de enero de 2020; informe final de investigación, expediente administrativo No. SCPM-IIAPMAPR-0014-2018

<sup>25</sup> Resolución 011 "Art. 6.- *Definición.- El análisis de sustitución de la demanda implica determinar todos aquellos bienes que el consumidor o usuario considere como sustitutos del producto o servicio materia de análisis. Se deberá utilizar criterios, tanto cuantitativos como cualitativos, que incluya uno o algunos de los referidos en los numerales subsiguientes.*"

<sup>26</sup> Miranda Londoño, Alfonso y Gutiérrez Rodríguez, Juan David. Sección II. "El Control de las Concentraciones Empresariales en Colombia". Ibañez, Bogotá 2014, p 135.

<sup>27</sup> Resolución 11 "Art. 11.- *Definición.- El análisis de sustitución de la oferta implica determinar todos aquellos bienes ofertados por operadores económicos, denominados potenciales competidores, quienes ante incrementos en precios del producto o servicio materia de análisis, podrían fabricarlo y comercializarlo en un periodo de tiempo tal que no suponga ajustes significativos de activos materiales e inmateriales, y sin incurrir en costos o riesgos adicionales excesivos. Se deberá utilizar criterios, tanto cuantitativos como cualitativos, que incluyan una o algunas de las pruebas referidas en los numerales siguientes.*"



*mercado. Claramente, por ejemplo, es probable que no sea necesario hacer ningún análisis formal de mercado para llegar a la conclusión de que el precio del helado no será sensible al precio de los martillos. De hecho, si dichas valoraciones cualitativas no fueran posibles, sería necesario hacer una gran cantidad de trabajo en cada investigación para revisar cada posibilidad — una imposibilidad tomando en cuenta los niveles de recursos actuales en la mayoría de autoridades.*

*El análisis cualitativo a veces puede ser suficiente para definir satisfactoriamente el mercado relevante, de hecho a veces es necesario confiar puramente en análisis cualitativo. Dicho esto, un análisis más explícitamente cuantitativo de los datos del mercado será frecuentemente muy útil para informar y complementar nuestros juicios en ésta área. (énfasis añadido).*<sup>28</sup>

#### 10.1.2.1. Análisis de sustituibilidad de la demanda

[251] Entrando en el análisis propiamente dicho, se debe indicar que los procesos de compras públicas en el cual está incluida la subasta inversa electrónica SIE-HTMC-105-2018 sujeta a análisis, se encuentran regulados en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCPP), su Reglamento y normas conexas, los que en conjunto establecen el Sistema Nacional de Contratación Pública.

[252] En este sentido, el estudio de sustituibilidad de la demanda así como de la oferta, se realizará en apego a lo determinado en las normas mencionadas y sobre la base del análisis de los parámetros técnicos implícitos en estas, lo cual posibilitará la definición del mercado de referencia.

[253] El proceso de contratación pública No. SIE-HTMC-105-2018 define de manera específica el objeto del contrato como la “*Adquisición del medicamento ELTROMBOPAG sólido oral de 25 mg para el área de hematología para los pacientes del HTMC*”, sobre la base que establecen los pliegos y términos de referencia determinados por la entidad contratante, que en este caso es el Hospital Teodoro Maldonado Carbo, perteneciente al sistema integrado de salud pública.

[254] Los numerales 28, 29 y 30 del artículo 2 de la Resolución No. RE- SERCOP-2016-0000072, publicada en el Registro Oficial el 29 de enero de 2018, señala:

*“Art. 2.- Definiciones.- Para efectos de la presente Codificación se observarán las siguientes definiciones:*

*(...)*

<sup>28</sup> Informe SCPM-IGT-INICAPMAPR-2020-0001 de 02 de enero de 2020; informe final de investigación, expediente administrativo No. SCPM-IIAPMAPR-0014-2018, pág. 92



**28. Fase preparatoria.-** Fase de la contratación pública que incluye la elaboración y modificación del plan anual de contrataciones -PAC; la elaboración de estudios de mercado, elaboración de especificaciones técnicas y términos de referencia -TDR; elaboración del presupuesto referencial y emisión de certificación presupuestaria; elaboración de estudios, elaboración y aprobación de pliegos; conformación de la comisión técnica u otorgamiento de delegación; y, toda actividad hasta antes de la publicación del procedimiento en el Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública

**29. Fase precontractual.-** Fase de la contratación pública que se inicia con la publicación del procedimiento en el Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública; etapa de preguntas, respuestas y aclaraciones, modificaciones de condiciones contractuales o de pliegos; cancelación del procedimiento, etapa de recepción, apertura, convalidación de errores, verificación, y calificación de ofertas; informe de la comisión técnica o del delgado; resolución y publicación de la adjudicación o decisión de procedimiento desierto; y todo acto que esté comprendido entre la convocatoria hasta la adjudicación o declaratoria de desierto del proceso de contratación.

**30. Fase contractual.-** Fase de la contratación pública que incluye todas las actuaciones para cumplir con el contrato suscrito, registro en el Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública, la administración de la ejecución contractual, incluidos los registros de entregas parciales en caso de haberlas, presentación y pago de planillas, según el objeto de contratación y las actas de entrega-recepción provisionales y definitivas, según corresponde, además de la liquidación de los contratos en cualquiera de sus formas y la finalización del procedimiento; y en el caso de ser pertinente la realización de órdenes de trabajo, órdenes de cambio y contratos complementarios cubriendo la totalidad de los eventos

(...)"

[255] Para efecto del presente análisis, nos enfocaremos en la fase preparatoria, principalmente en lo que se refiere a la elaboración y aprobación de los pliegos, ya que es en este momento en el que se define de manera técnica las características del producto o servicio que se va a adquirir, así como evaluar la posibilidad de existencia de productos o servicios sustitutos que podrían ser más eficientes.

[256] Por lo tanto, dentro del procedimiento de compras públicas una vez definidos los pliegos, en el cual están implícitos todos los elementos técnicos, económicos y legales requeridos, no resulta posible la modificación de este instrumento y alterar el objeto de la contratación.



[257] De lo expuesto en el párrafo anterior, resulta importante referirnos a algunos aspectos normativos que aluden a la posibilidad de modificar los pliegos.

[258] Los artículos 22 y 23 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública ( en adelante RGLOSNCNP), se refiere a las aclaraciones de los pliegos y convalidación de errores en las ofertas, así:

“(…)

**Art. 22.- Aclaraciones.-** *La máxima autoridad de la entidad contratante, su delegado o la comisión técnica, según el caso, por propia iniciativa o a pedido de los participantes, a través de aclaraciones podrá modificar los pliegos, siempre que no alteren el objeto del contrato y el presupuesto referencial de los mismos.*

(…)

**Art. 23.- Convalidación de errores de forma.-** *Las ofertas, una vez presentadas no podrán modificarse. No obstante, si se presentaren errores de forma, podrán ser convalidados por el oferente a pedido de la entidad contratante, dentro del término mínimo de 2 días o máximo de 5 días, contado a partir de la fecha de notificación. Dicho término se fijará a criterio de la Entidad Contratante, en relación al procedimiento de contratación y al nivel de complejidad y magnitud de la información requerida. El pedido de convalidación será notificado a todos los oferentes, a través del Portal [www.compraspublicas.gov.ec](http://www.compraspublicas.gov.ec).*

*Se entenderán por errores de forma aquellos que no implican modificación alguna al contenido sustancial de la oferta, tales como errores tipográficos, de foliado, sumilla o certificación de documentos.*

*Así mismo, dentro del período de convalidación los oferentes podrán integrar a su oferta documentos adicionales que no impliquen modificación del objeto de la oferta, por lo tanto podrán subsanar las omisiones sobre su capacidad legal, técnica o económica.” (Subrayado fuera de texto)*

[259] El artículo 22 del RGLOSNCNP, respecto de las aclaraciones que se pueden dar en el proceso, establece la posibilidad de modificar los pliegos siempre y cuando no se modifique el objeto del contrato.

[260] El artículo 23 del RGLOSNCNP, que se refiere a la convalidación de errores en las ofertas, faculta la posibilidad de convalidarlos cuando son de forma, considerados aquellos que no conlleven a la modificación o cambio sustancial al contenido de la oferta.

[261] De lo expuesto, para el presente caso se establece un mercado restringido en función de las consideraciones técnicas establecidas en los pliegos. Por lo tanto, no existe la posibilidad de que en este proceso pueda demandarse otro tipo de productos o bienes sustitutos; estos



no existen, ya que es un único producto determinado por la necesidad del comprador. En consecuencia, el procedimiento de contratación pública de Subasta Inversa Electrónica signado con el código SIE-HTMC-105-2018, es el mercado relevante en sí mismo.

- [262] De lo manifestado *ut supra*, cabe hacer un análisis de derecho comparado en relación a la determinación del mercado de producto en procesos de contratación pública.
- [263] La Resolución No. 19890-2017, emitida por la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia (en adelante "SIC"), referente a la definición y análisis del mercado relevante, señalando:

*"Al respecto la Delegatura<sup>29</sup> indicó que, a diferencia de otros tipos de prácticas restrictivas de la competencia, en los casos que involucran procesos de compras públicas el mercado relevante es precisamente el proceso de contratación pública en sí mismo, pues el mercado es el resultado de la interacción entre la demanda (constituida por la necesidad de la entidad contratante) y la oferta de bienes y servicios de los agentes económicos, conocidos como proponentes."*<sup>30</sup>

- [264] Lo establecido por la SIC es compartido por otras autoridades de competencia, como sería el caso de la Autoridad de Competencia de Francia, que en Decisión No. 10-D05 de 27 de enero de 2010 indicó:

*"De manera constante, cada mercado público que pasa por un procedimiento de solicitud de ofertas constituye un mercado pertinente. Tal mercado es el resultado de la confrontación entre la demanda de quien necesita la obra y de las propuestas hechas por los candidatos que responden a dicha solicitud."*

- [265] En este sentido, la SIC se refiere a lo señalado por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile, que en Sentencia No. 112/2011 de 22 de junio de 2011 manifestó que: *"(...) en los casos de colusión de licitaciones públicas el mercado relevante es determinado por cada concurso específico en el cual se presentó la conducta investigada (...)."*

#### **10.1.2.2. Análisis de sustituibilidad de la oferta.**

- [266] Solventar las necesidades que tiene el Estado a través de procedimientos adecuados de compras públicas, garantiza la libre concurrencia de los oferentes a participar de los mismos, lo cual contribuye en el control y ejecución eficiente de los recursos estatales.

---

<sup>29</sup> Resolución No. 2065 de 28 de enero de 2015. Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia,

<sup>30</sup> Resolución No. 19890-2017 de 24 de abril de 2017, Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, pág 59.

- [267] Los acuerdos y prácticas restrictivas en materia de contratación pública generan un doble perjuicio: vulneran la libre competencia en el mercado y generan un impacto negativo sobre la utilización y ejecución de los recursos y bienes públicos.
- [268] El análisis de sustituibilidad realizado desde el lado de la demanda guarda estrecha relación en cuanto a la oferta, ya que al conocer la participación de los agentes económicos considerados como competidores, el mercado se ve delimitado por la participación de aquellos.
- [269] En el mismo sentido, la SIC en la Resolución No. 19890-2017 de 24 de abril de 2017, además de establecer que el mercado relevante en procesos de licitaciones públicas es el mismo proceso analizado, señala que el mercado se restringe en función de la competencia de aquellos agentes económicos que tienen la capacidad de cumplir con el objeto del contrato.<sup>31</sup>
- [270] Precisa además que la competencia está caracterizada por aquellas personas naturales y jurídicas que no solo tienen la capacidad de cumplir con el objeto del contrato, sino que hayan decidido participar y presentar su oferta dentro del proceso de adjudicación.<sup>32</sup>
- [271] La delimitación del mercado por el lado de la oferta se circunscribe a los participantes dentro del proceso de contratación pública a través de subasta inversa electrónica signado con el No. SIE-HTMC-105-2018, para la adquisición del producto con código CPC N9 35260539499 que comprende "todo el resto de los productos terapéuticos ELTROMBOPAG sólido oral 25 mg", es decir, **NOVARTIS, MERCATTISA y CUPPHARMA**.
- [272] Conforme el análisis realizado de sustituibilidad tanto desde el lado de la demanda como de la oferta, consideraciones técnicas, normativas y procedimentales impiden el desplazamiento de la demanda y de la oferta hacia sustitutos, ya que el proceso de contratación pública en sí mismo es el mercado relevante.
- [273] De lo mencionado *ut supra* el mercado no tiene comparabilidad y por lo tanto sustitutos.

### 10.1.3. Características particulares de compradores y vendedores.

- [274] Para el análisis contemplado en la presente sección es necesario recordar lo que establece el inciso cuarto del artículo 5 de la LORCPM:

*“Art. 5.- Mercado relevante.- A efecto de aplicar esta Ley la Superintendencia de Control del Poder de Mercado determinará para cada caso el mercado relevante.*

---

<sup>31</sup> Resolución No. 19890-2017 de 24 de abril de 2017, Superintendencia de Industria y Comercio, de Colombia pág 60.

<sup>32</sup> *Ibidem*



*Para ello, considerará, al menos, el mercado del producto o servicio, el mercado geográfico y las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado.*

*“(…)*

*La determinación del mercado relevante considerara las características particulares de los vendedores y compradores que participan en dicho mercado. Los competidores de un mercado relevante deberán ser equiparables, para lo cual se considerará las características de la superficie de venta, el conjunto de bienes que se oferta, el tipo de intermediación y la diferenciación con otros canales de distribución o venta del mismo producto.”*

[275] De acuerdo con la información dispuesta en el Informe SCPM-IGT-INICAPMAPR-2020-0001 de 02 de enero de 2020, los operadores económicos que cuentan con los registros sanitarios vigentes y, por lo tanto, autorizados para comercializar el medicamento ELTROMBOPAG son: (i) **NOVARTIS** con el producto importado REVOLADE 25 mg y (ii) **LABORATORIOS GUTIÉRREZ** con el producto genérico de nombre ELTROMBOPAG 25 mg.

[276] La INICAPMAPR sobre la base de la información registrada en el Servicio de Rentas Internas para los operadores económicos **CUPPHARMA** y **MERCATTISA**, consideró que existen elementos comunes en relación con la actividad económica de cada uno, manteniendo de alguna manera homogeneidad en la provisión de los servicios que prestan, así: *“CUPPHARMA S.A., registra su actividad económica en base a la venta al por menor de productos farmacéuticos en establecimientos especializados. Por su parte, MERCATTI S.A. registra su actividad económica en base a la venta al por mayor de productos farmacéuticos y medicinales.”*<sup>33</sup>

[277] En concordancia con el análisis de la INICAPMAPR, son dos mercados referenciales en los que los compradores y vendedores pueden intervenir: el sector privado y el público. Sin embargo, al existir diferencias sustanciales entre estos, de ninguna manera el mercado relevante puede ser ampliado. Los procesos de contratación para cada mercado tienen actores, normas y procedimientos completamente diferentes: el sector privado se regula por el Código Civil, Código de Comercio, entre otros, mientras que el sector público se regula por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP), su Reglamento y normas conexas.

[278] Como lo hemos mencionado, la entidad pública contratante es el HOSPITAL TEODORO MALDONADO CARBO de la ciudad de Guayaquil, entidad del IESS perteneciente al sistema integral de salud pública, y los proveedores identificados como

---

<sup>33</sup> Informe SCPM-IGT-INICAPMAPR-2020-0001 de 02 de enero de 2020; informe final de investigación, expediente administrativo No. SCPM-IIAPMAPR-0014-2018, pág. 97

vendedores participantes de la subasta inversa electrónica, son **NOVARTIS, MERCATTISA y CUPPHARMA.**

[279] En conclusión el mercado relevante de productos es el proceso de contratación pública Código SIE-HTMC-105-2018, fase precontractual, con temporalidad abril – julio de 2018, efectuado por el HOSPITAL “TEODORO MALDONADO CARBO” de la ciudad de Guayaquil.

#### 10.1.4. Mercado geográfico

[280] El artículo 3 de la Resolución No. 011 de la Junta de Regulación de la LORCPM<sup>34</sup>, establece los parámetros desde el punto de vista geográfico para determinar el mercado relevante, así:

*“Art. 3.- Mercado geográfico.- De conformidad con el artículo 5 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, el mercado geográfico comprende el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto o servicio relevante”*

[281] El ámbito de alcance de los competidores dentro del proceso de contratación signado con la identificación No. SIE-HTMC-105-2018, es nacional. Los proveedores para participar en los procesos de contratación pública deben estar previamente registrados en el Registro Único de Proveedores, lo cual les da potestad de acción con una cobertura a nivel nacional, aspecto que se articula con el hecho de que la LOSNCP y su Reglamento para las adquisiciones en el sector público alcanza a todo el territorio nacional.

[282] De lo mencionado, el artículo 1 de la LOSNCP señala:

*“Art. 1.- Objeto y Ámbito.- Esta Ley establece el Sistema Nacional de Contratación Pública y determina los principios y normas para regular los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, que realicen:*

*(...)*

*5. Los Organismos y entidades creados por la Constitución o la Ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.*

*(...)” (subrayado por fuera del texto).*

---

<sup>34</sup> Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Resolución Ministerial 11, Registro oficial 885 de 18 noviembre de 2016, última modificación 24 de febrero de 2017.



[283] El artículo 4 de la LOSNCP que indica:

*“Art. 4.- Principios.- Para la aplicación de esta Ley y de los contratos que de ella deriven, se observarán los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional.”* ( Subrayado por fuera de texto)

[284] De los dos artículos señalados se establece que las actividades e intervención del Estado es en todo el territorio nacional.

[285] Asimismo, las necesidades del Estado se manifiestan a través de sus diferentes entidades públicas en todo el territorio nacional, y la provisión de estas la satisfacen los proveedores quienes circunscriben su provisión también a nivel nacional.

### 10.1.5. Mercado temporal

En el presente caso el mercado temporal iría desde el 18 de abril de 2018, que fue el inicio del proceso de contratación pública, hasta la publicación de la resolución de declaratoria de desierto, esto es, el 9 de julio de 2018.

[286] De conformidad con lo anterior, el mercado relevante, es decir, proceso de contratación pública Código SIE-HTMC-105-2018, fase precontractual, con temporalidad abril – julio de 2018, efectuado por el HOSPITAL “TEODORO MALDONADO CARBO” de la ciudad de Guayaquil, tiene alcance nacional.

## 11. DETERMINACIÓN DE LA MULTA

[287] La LORCPM respecto de las multas y sanciones, en su artículo 79, establece:

*“Art. 79.- Sanciones.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado impondrá a las empresas u operadores económicos, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellos que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley, las siguientes sanciones:*

*a. Las infracciones leves con multa de hasta el 8% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.*

*b. Las infracciones graves con multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.*



*c. Las infracciones muy graves con multa de hasta el 12% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa.*

*(...)*”

[288] La norma citada hace referencia al artículo 80 de la LORCPM, el cual establece los criterios para la determinación del importe de las sanciones:

*“Art. 80.- Criterios para la determinación del importe de las sanciones.- El importe de las sanciones se fijará atendiendo, entre otros, a los siguientes criterios:*

- a. La dimensión y características del mercado afectado por la infracción.*
- b. La cuota de mercado del operador u operadores económicos responsables.*
- c. El alcance de la infracción.*
- d. La duración de la infracción.*
- e. El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos.*
- f. Los beneficios obtenidos como consecuencia de la infracción.*
- g. Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurran en relación con cada una de las empresas u operadores económicos responsables.”*

### **11.1. Metodología de cálculo para la determinación de la multa de conformidad con la Resolución No. 012.**

[289] Esta resolución constituye la metodología vigente para la determinación del importe de multas.

### **11.2. Metodología de cálculo para la determinación de la multa según lo establecido en el Informe SP-2016-009**

[290] El artículo 35 de la LORCPM establece que:

*“Art. 35.- Facultades de la Función Ejecutiva.- Corresponde a la Función Ejecutiva la rectoría, planificación, formulación de políticas públicas y regulación en el ámbito de esta Ley. La regulación estará a cargo de la Junta de Regulación, cuyas atribuciones estarán establecidas en el Reglamento General de esta Ley, exclusivamente en el marco de los deberes, facultades y atribuciones establecidas para la Función Ejecutiva en la Constitución. La Junta de Regulación tendrá facultad para expedir normas con el carácter de generalmente obligatorias en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales.*



*El Superintendente de Control del Poder de Mercado o su delegado participará en las sesiones de la Junta de Regulación en calidad de invitado con voz informativa pero sin voto. La Junta de Regulación estará integrada por las máximas autoridades de las carteras de estado, o sus delegados, a cargo de la Producción, la Política Económica, los Sectores Estratégicos y el Desarrollo Social."*

[291] El artículo 42 del RLORCPM señala en el literal k) las facultades que posee la Junta de Regulación:

*"Art. 42.- Atribuciones de la Junta de Regulación.- La Junta de Regulación, aquí en adelante la Junta, tendrá las siguientes facultades:*

*(...)*

*k) Establecer la metodología para el cálculo del importe de multas y aplicación de los compromisos de cese;*

*(...)"*.

[292] El artículo 95 del RLORCPM señala que:

*"Art. 95.- Cálculo del importe de multas.- La Junta de Regulación emitirá la metodología para el cálculo del importe de las multas indicadas en el artículo 79 de la ley, en concordancia con los criterios establecidos en el artículo 80 y siguientes del mismo cuerpo normativo, y tomando en cuenta lo siguiente:*

- 1.- Determinará la base para el cálculo del importe de la multa para cada operador económico o asociación, unión o agrupación de operadores económicos.*
- 2.- Multiplicará el importe de base en función de la duración de la conducta.*
- 3.- Ajustará el importe de base total incrementándolo o reduciéndolo en base a una evaluación global de las circunstancias pertinentes."*

[293] El 15 de Septiembre de 2016, la Secretaría Permanente de la Junta de Regulación elaboró el Informe No. SP-2016-009, estableciendo una propuesta metodológica para el cálculo del importe de sanciones a las infracciones de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

[294] Mediante Resolución No. 012 de 23 de septiembre de 2016, publicada en el Registro Oficial No. 887 de 22 de noviembre de 2016, la Junta de Regulación resuelve: *"Expedir la Metodología para la Determinación del Importe de Multas por Infracciones a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado"*.



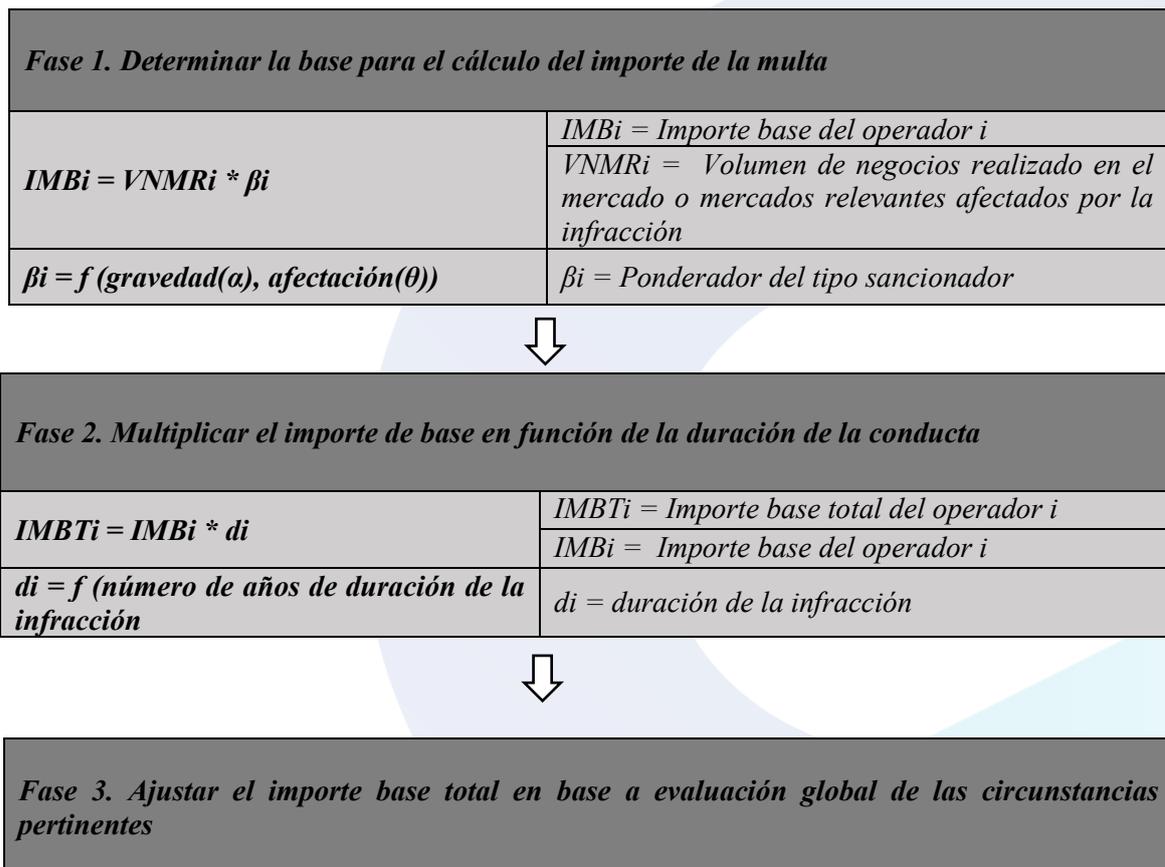
[295] El Informe No. SP-2016-009, se considera como un elemento interpretativo esencial <sup>35</sup> de la Resolución No. 012 de 23 de septiembre de 2016, publicada en el Registro Oficial No. 887 de 22 de noviembre de 2016.

[296] El Informe No. SP-2016-009 define la metodología mencionada en el párrafo anterior, estableciendo un procedimiento de cálculo en concordancia con lo determinado tanto en la LORCPM como en el RLORCPM.

[297] Dicha metodología considera parámetros que permiten cuantificar, de la manera más aproximada, un importe de sanción que se encuentre acorde a las especificidades de cada caso.

### 11.2.1. Fases de cuantificación de la multa y fórmulas de cálculo

[298] La metodología de cálculo para la determinación de la multa se fija siguiendo las siguientes fases:



<sup>35</sup> Resolución de 05 de julio de 2019 expedida por el Superintendente de Control del Poder de Mercado, expediente SCPM-CRPI-2015-019-RA



$IMTi = IMBTi * Yi$	$IMTi = \text{Importe total de la multa para el operador } i$
	$IMBTi = \text{Importe base total del operador } i$
$Yi = f$ (número de circunstancias agravantes y atenuantes)	$Yi = \text{factor proporcional a las circunstancias agravantes y atenuantes}$

Fuente: LORCPM – Secretaría Permanente de la Junta de Regulación de la LORCPM

### 11.3. Variables a considerar para establecer factores de ponderación

[299] Previo al cálculo del importe total de la multa, es necesario considerar los criterios prescritos en el artículo 80 de la LORCPM, según las variables que indicaremos a continuación:

#### 11.3.1. Volumen de negocios del mercado afectado

[300] De conformidad con el literal a) del artículo 80 de la LORCPM, se debe calcular la dimensión y características del mercado afectado por la infracción. Para determinar lo anterior se debe tomar en cuenta lo establecido en el artículo 5 de la LORCPM, que hace referencia al mercado relevante, es decir, al mercado afectado.

[301] Para lo anterior, como se estableció al determinar el mercado relevante en la presente resolución, el mercado afectado sería el proceso de contratación pública Código SIE-HTMC-105-2018, fase precontractual, con temporalidad abril – julio de 2018, efectuado por el HOSPITAL “TEODORO MALDONADO CARBO” de la ciudad de Guayaquil

[302] De conformidad con el artículo 8 del RLORCPM, las conductas realizadas por los operadores económicos **MERCATTISA** y **CUPPHARMA** tuvieron por “objeto” el impedir, restringir, falsear y distorsionar la competencia a través de un proceso de contratación pública, de lo cual, mediante pujas el operador económico **CUPPHARMA** logró presentar la oferta más baja, siendo esta de USD 169.650,00.

[303] Por lo tanto, dicho valor constituirá el volumen de negocios del mercado afectado, atendiendo a la naturaleza de la infracción y la sanción por objeto de la misma.

#### 11.3.2. De los agravantes

[304] En aplicación del artículo 81 de la LORCPM, la CRPI teniendo en cuenta lo sustraído de la investigación, deberá previo a calcular el importe total de las sanciones, tener en cuenta las circunstancias agravantes en las que haya incurrido el infractor de la normativa establecida en relación con la libre competencia.

[305] Dichas circunstancias agravantes se establecen de la siguiente manera:

*“Art. 81.- Circunstancias Agravantes.- Para fijar el importe de las sanciones se tendrán en cuenta además, entre otras, las siguientes circunstancias agravantes:*



- a. *La comisión reiterada de infracciones tipificadas en la presente Ley.*
- b. *La posición de responsable o instigador de la infracción.*
- c. *La adopción de medidas para imponer o garantizar el cumplimiento de las conductas ilícitas.*
- d. *La falta de colaboración u obstrucción de la labor inspectora, sin perjuicio de la posible consideración como infracción independiente, según lo previsto en el artículo 78 numeral 1, literal g.”*

[306] Los operadores económicos **CUPPAHARMA** y **MERCATTI** incurrieron en los siguientes agravantes:

- i) La adopción de medidas para imponer o garantizar el cumplimiento de las conductas ilícitas.

[307] Como se mencionó dentro del acápite correspondiente, los operadores económicos **MERCATTI** y **CUPHARMA** compartieron asesores esenciales para las labores relacionadas con los procesos de compras públicas de estas empresas, tal como lo determinó el análisis de los contratos de prestación de servicios y declaraciones ante la INICAPMAPR, de acuerdo con las reuniones de trabajo mantenidas los días 12 de diciembre de 2018 y 07 de enero de 2019. En virtud de lo cual pudieron diseñar la estrategia de participación conjunta y coordinada, tal y como se mostró en el acápite denominado “relación entre la prueba y la conducta”.

[308] Con lo anterior, impidieron la competencia al compartir los datos económicos y coordinar sus actuaciones, y obstaculizaron un esquema de competencia real. El operador económico **NOVARTIS** no pudo competir bajo parámetros adecuados de transparencia, ya que los otros dos oferentes tenían sincronizados sus movimientos tanto en la presentación de la oferta como en la etapa de pujas.

[309] Falsearon la competencia porque le hicieron creer a la administración y al otro oferente que eran competidores independientes, cuando en realidad tenían un acuerdo para montar un escenario ficticio de pujas finamente armonizado, cuyo objetivo era que **CUPHARMA** lograra la adjudicación.

[310] Por otro lado, se establece que las ofertas presentadas, así como la puja de las dos empresas involucradas, se realizaron desde la misma dirección IP: 181.39.235.231. Del acervo probatorio se demuestra que las dos ofertas fueron presentadas por el asesor en compras públicas, quien manejó el portal desde su oficina con su equipo de trabajo, y además con pocos minutos de diferencia.<sup>36</sup>

<sup>36</sup> Análisis de la reunión de trabajo realizada el 07 de enero de 2010 ante la INICAPMAPR. Memorando Nro. SERCOP-CTIT-2018-0417-M de 20 de agosto de 2018.



[311] Se demuestra claramente que cada una de las empresas conocía los datos sensibles de la otra, sus tiempos y movimientos, e inclusive sus posibilidades de puja, lo que sin duda alguna evidencia una acción claramente coordinada en el mencionado proceso de contratación pública, vulnerando de paso el principio básico de la independencia de los oferentes.

- ii) La falta de colaboración u obstrucción de la labor inspectora, sin perjuicio de la posible consideración como infracción independiente, según lo previsto en el artículo 78 numeral 1, literal g.

[312] Conforme quedó establecido en la presente resolución al hacer la valoración de la prueba, a pesar de los múltiples pedidos, los operadores económicos **MERCATTI** y **CUPHARMA** se negaron a colaborar con la INICAPMAPR, impidiendo la posibilidad de realizar las inspecciones dispuestas e imposibilitando el acceso a la información. De manera consciente y efectiva, tal y como quedó demostrado a lo largo de la presente resolución, los operadores económicos denunciados entorpecieron absolutamente la labor inspectora de la INICAPMAPR.

### 11.3.3. Atenuantes

[313] La CRPI conforme el artículo 82 de la LORCPM, para calcular el importe total de las sanciones, deberá establecer la existencia de las circunstancias atenuantes.

[314] Las circunstancias atenuantes se determinan de la siguiente manera:

*“Art. 82.- Circunstancias Atenuantes.- Para fijar el importe de la sanción se tendrán en cuenta además, entre otras, las siguientes circunstancias atenuantes:*

*a. La realización de actuaciones que pongan fin a la infracción.*

*b. La no aplicación efectiva de las conductas prohibidas.*

*c. La realización de actuaciones tendientes a reparar el daño causado.*

*d. La colaboración activa y efectiva con la Superintendencia de Control del Poder de Mercado llevada a cabo fuera de los supuestos de exención y de reducción del importe de la multa regulados en los artículos 83 y 84 de esta Ley.”*

[315] Los operadores **CUPPAHARMA** y **MERCATTI**, según se observa del expediente no han presentado prueba alguna que pueda considerarse como una actuación tendiente a disminuir la gravedad de la conducta analizada.



[316] En virtud de lo expuesto, la CRPI no ha encontrado mérito para establecer atenuantes para el cálculo de la multa.

#### 11.3.4. Duración de la infracción

[317] Con la finalidad de contar con los elementos necesarios para establecer las sanciones para la conducta establecida en el numeral 6 del artículo 11 de la LORCPM<sup>37</sup>, debemos definir el lapso de tiempo en el cual se cometió la infracción sancionable, estableciendo, por lo tanto, la duración y ejecución de la conducta anti competitiva.

[318] La duración de la infracción es desde la fecha de presentación de ofertas, esto es, desde el 4 de mayo de 2018, hasta la declaratoria de proceso desierto, esto es, el 09 de julio de 2018. La fecha de iniciación está marcada porque con la presentación de las ofertas se puede evidenciar el inicio de la colusión entre los operadores económicos **CUPPHARMA** y **MERCATTI**, que se mantiene en el tiempo hasta la declaratoria de desierto.

[319] De conformidad con lo anterior, el factor de duración de la infracción conforme el artículo 98 del RLORCPM, es de 0,5.

#### 11.3.5. Cálculo de la dimensión del mercado afectado

[320] Para el cálculo del indicador de la dimensión del mercado afectado (ni) se calculan los percentiles, categorizando el tamaño total del mercado afectado, medido por el volumen de las ventas netas del sector real de la economía ecuatoriana. Esto con la finalidad de establecer la afectación en el mercado.

[321] El Informe SP-2016-009, para la determinación del importe base, cuando es posible determinar el volumen de negocios, señala que:

<sup>37</sup> “Art. 11.- Acuerdos y prácticas prohibidas.- Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, y en general todos los actos o conductas realizados por dos o más operadores económicos, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general.

*En particular, las siguientes conductas, constituyen acuerdos y prácticas prohibidas:*

(...)

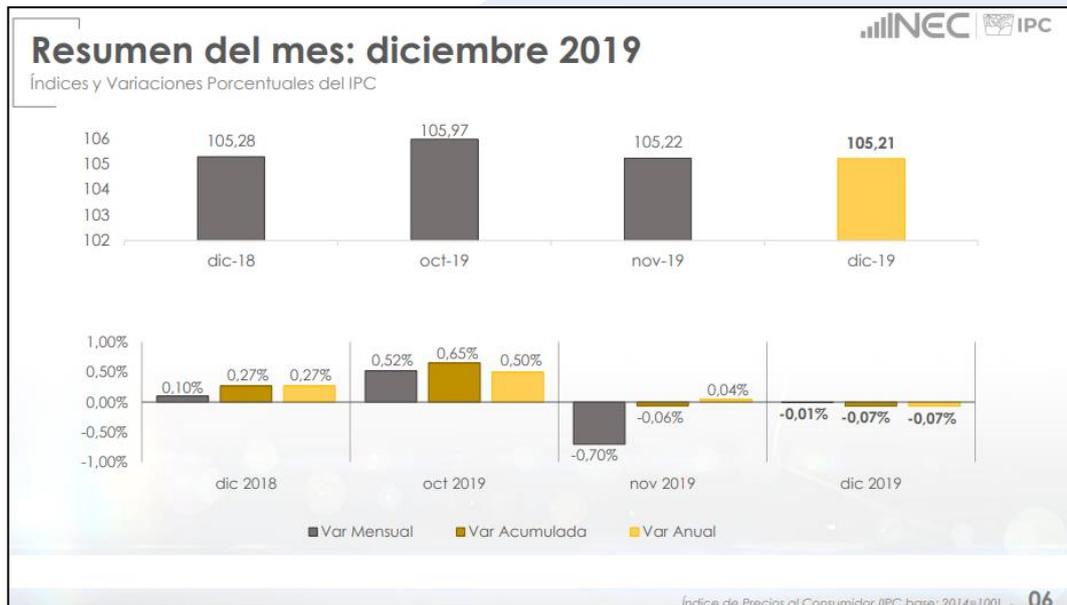
*6. Los actos u omisiones, acuerdos o prácticas concertadas y en general todas las conductas de proveedores u oferentes, cualquiera sea la forma que adopten, **cuyo objeto o efecto sea impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, ya sea en la presentación de ofertas y posturas** o buscando asegurar el resultado en beneficio propio o de otro proveedor u oferente, **en una licitación, concursos**, remates, ventas al martillo, subastas públicas u otros establecidos en las normas que regulen la contratación pública, o en procesos de contratación privados abiertos al público.*



*“(…) Para la determinación del volumen de negocios del operador económico i (VNMRi), se considerarán las ventas durante el último ejercicio que corresponda a sus actividades ordinarias en el mercado relevante, previa deducción del impuesto sobre el valor agregado y de otros impuestos al consumidor final directamente relacionados con el negocio, o las ventas del último año calendario para el cual se cuente con la información, ajustado por la inflación correspondiente.” (Subrayado por fuera del texto)*

[322] Tal y como se estableció en el acápite 15 de la presente providencia, por la naturaleza de la conducta, la finalidad objetiva que pretende alcanzar y el contexto jurídico en que se desenvuelve, la acción de los operadores económicos **MERCATTI** y **CUPHARMA** es sancionable por objeto. En este sentido, como no es necesario analizar el impacto real o potencial en el mercado, el volumen de negociaciones será el valor resultante de la colusión, que se materializa en el valor finalmente ofertado por **CUPHARMA** y con el que sería adjudicatario del contrato: USD \$ 169.650,00.

[323] De la página web del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos<sup>38</sup> (en adelante “INEC”), y del anexo del Oficio del Oficio Nro. INEC-SUGEN-2020.0042-O (id 165445), se puede obtener el dato de los índices y variaciones porcentuales de los precios, siendo la información de referencia la siguiente:



Fuente: INEC  
Elaboración: INEC

38

[https://www.ecuadorenconfias.gob.ec/documentos/web-inec/Inflacion/2019/Diciembre-2019/01%20ipc%20Presentacion\\_IPC\\_dic2019.pdf](https://www.ecuadorenconfias.gob.ec/documentos/web-inec/Inflacion/2019/Diciembre-2019/01%20ipc%20Presentacion_IPC_dic2019.pdf)

[324] Para determinar el rango en el que se encuentra el mercado afectado, tomamos los ciento sesenta y nueve mil seiscientos cincuenta (USD \$ 169.650,00), que ajustado por la inflación correspondiente al 2019, es de ciento sesenta y nueve mil quinientos treinta y uno con 25/100 (USD \$ 169.531,25), el cual representa el volumen de negocios del mercado relevante, cuyo rango corresponde al segmento entre el percentil  $75 \leq \sum_{i=1}^N \text{ventas } N$  y percentil 95, es decir un factor de 0.80 para el presente caso.

#### 11.4. Factores para el cálculo de la multa

Variable	Indicador	Valor
$VNMR$	Volumen de negocios del mercado afectado	\$ 169.531,25
$\lambda_i$	Cuota de mercado	1
$\phi_i$	Alcance de la infracción	Nacional
$\eta_i$	Dimensión del mercado afectado	0,80 si $p75 \leq \Sigma \text{Ventas} < p95$
$HN_i$	Características del mercado afectado	1
$n$	Número de firmas	3
$d_i$	Duración de la infracción	0,50
$\gamma_i$	Circunstancias agravantes y atenuantes	1,15
$SIMG$	Naturaleza de la infracción	Muy grave
$tIMG$	Tipo de la infracción	Muy grave
$\omega$	Coefficiente de ponderación	Muy grave

[325] Por lo expuesto, una vez aplicada la metodología con los parámetros establecidos anteriormente, la multa sería de MIL NOVECIENTOS SETENTA Y OCHO 63/100 Dólares de los Estados Unidos de América (\$ 1.978,63 USD) para cada uno de los operadores económicos infractores.

#### 11.5. Techo en la imposición de la multa

[326] El literal a) del numeral 3 del artículo 78 de la LORCPM, establece una gradación de las infracciones según su gravedad, así:

*“Art. 78.- Infracciones.- Las infracciones establecidas en la presente Ley se clasifican en leves, graves y muy graves.*

*(...)*

*3 Son infracciones muy graves:*

*i. El desarrollo de conductas colusorias tipificadas en el artículo 11 de esta Ley que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones*



*colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas u operadores económicos competidores entre sí, reales o potenciales.*

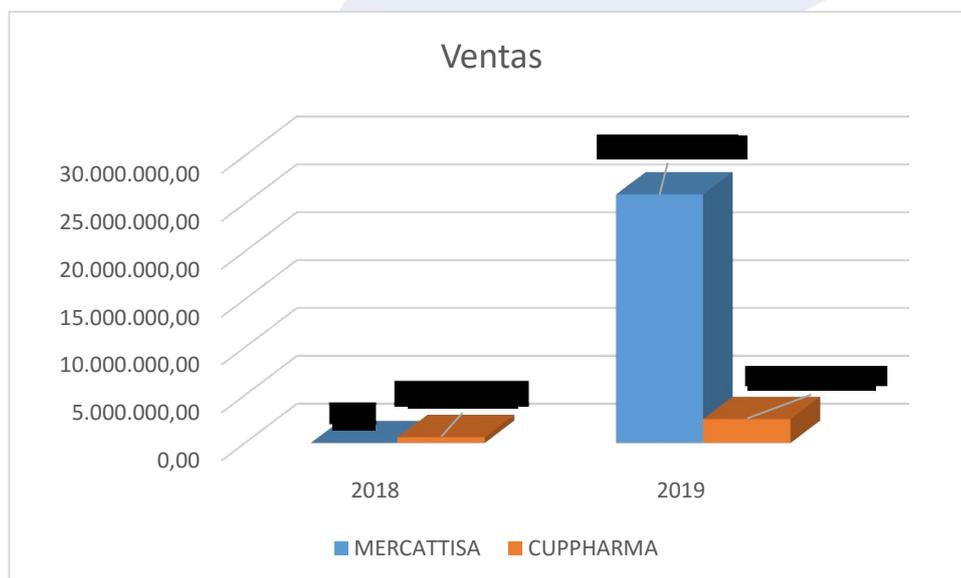
(...)”

[327] El literal c) del artículo 79 de la LORCPM, en concordancia con el artículo 102 del RLORCPM, establecen que el importe total de la multa no podrá sobrepasar, en el caso de infracciones muy graves, el 12% del volumen total de negocios del o los operadores económicos responsables en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.

[328] El Servicio de Rentas Internas a través de Oficio No. NAC-PLIOGEB20-00000043, ingresado con anexo a la Secretaría General de la SCPM el 26 de mayo de 2020 a las 15h50, signado con el Id de trámite 162385, remite información respecto de los ingresos en el año 2019 de los operadores económicos involucrados:

- i. **MERCATTI S.A.** USD \$ [REDACTED]
- ii. **CUPPHARMA S.A.** USD \$ [REDACTED]

[329] No obstante lo anterior, y teniendo en cuenta que de aplicarse dichos umbrales se haría nugatorio el sistema de sanciones en materia de competencia, la CRPI solicitó al SRI que le remitiera el volumen de negocios de los operadores para el año 2018, encontrando una gran diferencia entre los dos periodos, tal y como se puede evidenciar en el siguiente gráfico:



[330] Los operadores económicos **MERCATTI** y **CUPHARMA** pasaron de tener un volumen de negocios en 2018 de USD \$ [REDACTED] y USD \$ [REDACTED] respectivamente, a USD \$ [REDACTED] y USD \$ [REDACTED] respectivamente en 2019.



[331] De tomarse los datos de 2019, **MERCATTI**, por ejemplo, tendría una sanción de máximo “**centavos de dólar**”, lo que realmente sería una burla al sistema jurídico y a la sociedad en general. Sería completamente risible que una infracción de extrema gravedad como la colusión en compras públicas sea sancionada con multas increíblemente irrisorias. Con esto se estaría dando un mensaje completamente equivocado y por fuera de la función disuasiva de las multas sancionatorias. Es más se estaría invitando a vulnerar el sistema de la protección de la libre competencia, ya que algunos operadores económicos simplemente dejarían de tener actividad económica sabiendo que los están investigando, y con esto tener multas ínfimas y burlarse del Estado de Derecho.

[332] En consecuencia con lo anterior, para la CRPI, en este contexto, encuentra que los mejores datos disponibles para determinar el volumen de negocios son los del 2018, aplicando de esta manera la facultad prevista en el artículo 97 del RLORCP, que indica lo siguiente:

**“Art. 97.- Información.- Con el fin de determinar el volumen de negocios de un operador económico, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado utilizará los mejores datos disponibles sobre dicho operador económico.**

*Cuando el volumen de negocios de operadores económicos que participan en una infracción sea similar, pero no idéntico, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá fijar un mismo importe de base para cada uno de estos operadores económicos.”* (Negrita y subrayado por fuera del texto).

[333] Mediante Oficio de contestación 917012020OGIN001046, remitido por el SRI el 30 de julio de 2020, signado con Id 165962, se remitieron los siguientes datos sobre el volumen de negocios de los operadores económicos infractores para el año 2018:

- i. **MERCATTI S.A.** USD \$ [REDACTED]
- ii. **CUPPHARMA S.A.** USD \$ [REDACTED]

[334] Con estos mejores datos, el techo para la imposición de la multa al operador económico, considerando la infracción tipificada como muy grave, es de:

**MERCATTISA S.A.** USD \$ [REDACTED] = \$ [REDACTED]

**CUPPHARMA S.A.** USD \$ [REDACTED] = \$ [REDACTED]

[335] Con el mencionado techo se puede imponer la multa que se determinó en el punto 11.4 de la presente resolución, es decir, MIL NOVECIENTOS SETENTA Y OCHO 63/100 Dólares de los Estados Unidos de América (\$ 1.978,63 USD) para cada uno de los operadores económicos infractores.

[336] Si bien dicha multa sigue siendo baja para la gravedad y naturaleza de la infracción, por lo menos no sería irrisoria, paupérrima y no proporcional.



## 12. MEDIDAS CORRECTIVAS

[337] Mediante Informe Final SCPM-IGT-INICAPMAPR-2020-0001 de 02 de enero de 2020, la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, recomendó las siguientes medidas correctivas:

1. *“No tomar contacto con sus competidores de manera directa o indirecta, ni a través de terceras personas.”*

[338] La medida correctiva propuesta no contiene duración, por lo cual la CRPI no encuentra conveniente adoptar una medida indefinida. Además, el hecho de tomar contacto con los competidores no es un acto reprochable a la luz de la libre competencia, ya que lo reprochable sería realizar actos anticompetitivos como acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas, que pretendan distorsionar la libre competencia.

2. *“No contratar terceras personas, a las cuales se delegue funciones de exclusiva responsabilidad de los representantes legales, en lo que se refiera a la participación en procesos de contratación pública.”*

[339] La medida correctiva propuesta habla de exclusiva responsabilidad de representantes legales en procesos de contratación pública, lo cual no tiene asidero jurídico ya que la normativa societaria no hace distinción sobre la responsabilidad exclusiva de representantes legales en procesos de contratación pública. En consecuencia, la medida no es clara y concreta.

3. *“Prohibición de contratación de terceras personas que presten sus servicios profesionales a empresas de competencia directa en su mercado”.*

[340] Del texto de la medida correctiva propuesta no se verifica específicamente el propósito del cese de la práctica anticompetitiva o el restablecimiento del proceso competitivo, pues la misma resulta demasiado amplia y con muchas implicaciones en cuanto a limitar la libre contratación de profesionales que no son directamente relacionadas con asuntos que generen incompatibilidad o actuaciones antiéticas, tal es el caso de contratación de ciertas profesiones liberales como arquitectos, comunicadores, diseñadores, entre otros.

4. *“Suscriban un protocolo mediante el cual se comprometan a observar y cumplir las normas de competencia ecuatorianas, que deberá ser puesto en conocimiento de todo el personal de cada operador económico. El mismo deberá contener como elementos mínimos: una descripción y explicación de la normativa de competencia, los compromisos que cada operador económico estará obligado a cumplir, un listado de las acciones que no deberán realizar por ser contrarias al marco legal vigente, así como aquellos comportamientos que deberán tomar precauciones.”*



- [341] De la medida correctiva propuesta no se tiene certeza de cuál es el alcance y la naturaleza de un instrumento llamado “protocolo”. Asimismo, no se establece el tiempo de duración. Por lo cual, dicha medida no se puede adoptar por no ser clara y específica.
- [342] Mediante providencia de 20 de julio de 2020 expedida a las 11h30, la CRPI le solicitó a la INICAPMAPR que se pronuncie con un informe técnico sobre medidas correctivas en cumplimiento del artículo 74 de la LORCPM.
- [343] Dicha solicitud tiene sustento en lo determinado en el literal b) del artículo 74 del IGPA, que establece lo siguiente:

**“Art. 74.- APLICACIÓN Y CUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS CORRECTIVAS.-** *En caso de ser necesarias las medidas correctivas, previstas en los artículos 73 y 74 de la LORCPM; y, artículos 71 y 72 del RLORCPM, se observará el siguiente procedimiento:*

(...)

- b. *Las medidas sugeridas por la Intendencia no limitarán la facultad correctiva de la CRPI para imponer otras derivadas o vinculadas no señaladas por la Intendencia u ofrecidas por el operador económico en el compromiso de cese.*

(...)”

- [344] En este contexto, la INICAPMAPR emitió el Informe SCPM-IGT- INICAPMAPR-2020-019 de 27 de julio de 2020, mediante el cual se establece lo siguiente:

“(...)”

### **LOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE**

*Un Programa de Cumplimiento (Compliance Program) corresponde a aquellas políticas, procedimientos, directrices y mecanismos adoptados por un operador económico para dar cumplimiento, en este caso, a la normativa vigente en materia de libre competencia. Mediante la prevención, detección y corrección de las conductas que vulnerarían el régimen de competencia.*

*Los programas de cumplimiento son los procedimientos sistemáticos adoptados por una organización, empresa u operador económico para cumplir con los requisitos regulatorios impuestos por la Ley o por una agencia gubernamental. Se podría definir como un conjunto de medidas, políticas, procedimientos o protocolos adoptados por las empresas para detectar, prevenir y mitigar la comisión de infracciones y evitar el incumplimiento de la normativa.*



*Lo que se espera de los programas de compliance es que sean la mejor expresión de la voluntad real de la organización y que cumplan cabalmente con la regulación. No pueden ser un mero “manual” o “guía vacía”, sino que su implementación debe propender a evitar las conductas proscritas por el sistema normativo por todos los medios razonables. Para que estos programas sean exitosos deben ser serios respecto a los compromisos del operador económico, creíbles en cuanto a su alcance y resultados; y efectivos en lo que respecta a la prevención y corrección de posibles conductas anticompetitivas.*

*La implementación de un programa de cumplimiento en materia de competencia se dirige a establecer un sistema de control interno y de vigilancia que permita al operador económico evitar en la medida de lo posible, la comisión de ilícitos de competencia al interior de su organización, o en caso de no poder evitarlos, reducir de forma significativa el riesgo de su comisión, así como facilitar su rápida detección.*

*Los principios que rigen la aplicación de un programa de compliance son:*

- *Prevención: La empresa elabora un conjunto de medidas, herramientas y protocolos adaptados a sus propias particularidades con el objetivo de evitar o disminuir las posibilidades de que se cometan infracciones.*
- *Detección: La empresa busca facilitar la identificación de las áreas de riesgo en las que se están produciendo o es posible que se produzcan infracciones y crear mecanismos para su inmediata puesta en conocimiento de los responsables de la empresa.*
- *Rectificación: La empresa, ante la detección de una infracción o posible infracción, busca rectificar la situación para volver a la senda de la legalidad.*

*Por tanto, los programas de compliance dentro del Derecho de competencia se implementan como mecanismos que permiten detectar áreas de riesgo en relación con esta materia y las actividades comerciales de las empresas, además de formar a los representantes legales, el personal de alta dirección y demás empleados, en materia antitrust para que conozcan las prácticas anticompetitivas y sepan cómo actuar en el mercado en conformidad con la ley*

#### **4.1. De los elementos de un programa de compliance**

*Los programas de compliance en competencia, comprenden una serie de elementos, los cuales estarán en función del grado de efectividad que se busca alcanzar. La implementación de medidas para recopilar información, de concientización y de formación sobre la normas de competencia pueden ayudar a reducir el riesgo de que la empresa u el organismo cometan una infracción . A continuación se detalla una recopilación de los principales elementos a considerar en la construcción de un programa de compliance:*



1. *Descripción de la normativa de competencia: El programa deberá contar con un “manual” en el que se describa de manera clara, simple y comprensible para todos los empleados y altos directivos de la empresa, la normativa de competencia, y las prácticas anticompetitivas que pueden coadyuvar a la conformación de un acuerdo o práctica prohibida y las sanciones a las que están expuestos en caso de infringir la Ley.*
2. *Identificación de las prácticas riesgosas y prohibidas: El programa deberá describir de forma clara el listado de las prácticas que los empleados y directivos de la empresa no pueden realizar bajo ningún precepto, así como de aquellas conductas que deberán tener un alto grado de cuidado por el riesgo de los efectos anticompetitivos que podrían provocar.*
3. *Implementación de canales de comunicación y denuncia: Es aconsejable que el programa contemple la implementación de vías de comunicación eficientes y efectivas, por medio de las cuales los trabajadores pueden realizar una consulta o dar a conocer el cometimiento o posible infracción a la norma de competencia, al responsable del programa manteniendo, precautelando en todo momento el anonimato, para evitar posibles represalias.*
4. *Nombramiento del responsable del programa de Compliance: El programa de compliance deberá designar a una persona externa o dentro del operador económico que vele por la correcta implementación del mismo (Compliance Officer), siendo altamente recomendable que goce de autonomía e independencia en el desempeño de sus funciones, y que responda únicamente a la alta dirección u órgano de administración, esto dependerá en gran medida del tamaño del operador y el mercado relevante analizado.*
5. *Compromiso real de cumplir la normativa: La implementación del programa no será realmente efectivo si no existe por parte del operador económico un verdadero compromiso de cumplir con la normativa de competencia. Por lo que el operador económico debe transmitir la intención de cumplirla, tanto interna como externamente, siendo lo usual solicitar una declaración juramentada del representante legal de cada uno de los operadores económicos involucrados.*
6. *Identificación de riesgos: El operador económico debe llevar a cabo una detección de los riesgos tanto actuales y/o potenciales que ostentan las distintas áreas según el sector de actividad y características del mercado; calificándolos en tres niveles: bajo, medio y alto, dependiendo del ámbito específico de responsabilidad y probabilidad de interacción con competidores. Esta identificación tiene como objetivo la implementación de medidas a fin poder enfrentarlos y mitigarlos, debiendo observar las particularidades de cada caso.*
7. *Desarrollo de herramientas y procesos para la consecución del compromiso adquirido: El compromiso adquirido por la entidad de cumplir con la ley, debe ir*



*encaminado a establecer herramientas y procesos que permitan a la empresa conseguir dicho cumplimiento, por lo que el programa debe ser dirigido a que la conducta del operador no sea encaminada a establecer relaciones comerciales, incentivos o beneficios incompatibles con la ley de competencia.*

*8. Implicación de la alta dirección y órganos de administración: La participación e intervención directa de los directivos y órganos de administración en el diseño, desarrollo e implementación del Programa de Compliance es necesario, obligatorio e imprescindible para crear una cultura de cumplimiento, ya que son quienes deben garantizar y velar por el cumplimiento de la normativa.*

*9. Mecanismos de revisión y auditoría: El operador económico deberá revisar periódicamente el programa de compliance para identificar deficiencias y debilidades y poder corregirlas. Por su parte la auditoría debe efectuarse regularmente con el fin de que el programa este siendo integrado totalmente por la empresa para evitar vulneraciones a la normativa.*

*10. Procedimientos de sanción e incentivos adecuados: En el programa de compliance se debe considerar de forma clara, las sanciones a las cuales se verán expuestos los trabajadores que, incumplan con el programa y a la vez vulneren la norma de competencia. Así como también se deben considerar incentivos a los trabajadores para que cumplan el programa y participen de manera activa en la detección y prevención de deficiencias.*

*El objetivo de los programas de compliance es evitar la comisión de infracciones en materia de competencia, por lo que es imprescindible que el operador económico sea consciente de los beneficios y la necesidad de cumplir con la normativa. Por ende, el operador deberá instaurar una cultura de cumplimiento, con el desarrollo de procedimientos y medidas encaminadas a determinar el acatamiento real y efectivo de la normativa de competencia en todos los niveles tanto jerárquicos como entre todos sus trabajadores, y colaboradores externos (Stakeholders).*

*Una política de compliance tiene por lo general los siguientes requisitos, que comprenden los elementos señalados ut supra:*

*a) Manual de cumplimiento: una herramienta de softlaw pero que explica la normativa y establece las conductas prohibidas por el régimen de competencia, por lo que genera unos lineamientos básicos que permita a todo el personal del operador económico conocer que actuaciones vulneran la norma, así como los mecanismos implementados por el operador económico para la ejecución del programa compliance.*

*b) Entrenamiento o capacitaciones: el personal del operador deberá recibir capacitaciones a fin de enseñar, explicar y dar a conocer el alcance del programa*



*y las políticas de competencia. Se deberá establecer diferentes grupos en razón de sus actividades y niveles de riesgos. Lo primordial es que la formación sea impartida por un profesional externo al operador con amplios conocimientos y formación en materia de competencia, que permita explicar de forma imparcial el desarrollo de las conductas empresariales.*

*c) Mecanismos de alerta, detección y corrección: representan los medios a través de los cuales cualquier miembro de la organización puede dar a conocer la configuración actual o potencial de un acto anticompetitivo, para ello se debe establecer un efectivo canal de denuncias que garantice la confidencialidad y elimina la posibilidad de que el denunciante sufra sanciones disciplinarias.*

*Con la implementación de un programa de compliance, por parte de los operadores económicos infractores, se buscará evitar la configuración de infracciones tipificadas dentro de la normativa de competencia, que puedan potencialmente y/o efectivamente afectar el mercado nacional, el bienestar general, y distorsionar, falsear, restringir o impedir el buen desenvolvimiento de la competencia, dentro de procesos de contratación pública.*

*Conviene señalar que la implementación de un programa de cumplimiento debe ir acompañado de la adopción de políticas comerciales y comportamientos pro-competitivos por parte de los operadores económicos.*

## **5. DEL ANÁLISIS DE LA PERTINENCIA DE LA MEDIDA CORRECTIVA**

*(...)*

### **5.1. Participación de un abogado experto en materia de competencia**

*Dado que el programa de compliance versa sobre competencia, la elaboración del mismo por parte de un experto en la materia de competencia es pertinente. No obstante, se recomienda que con el objetivo de que la medida sea accesible y aplicable en el contexto del desarrollo del derecho de la competencia en el país, se amplíe el requisito de la formación del abogado a la certificación de contar con un título de cuarto nivel en materia de competencia, derecho empresarial, económico, y/o afines, permitiendo a su vez la acreditación de un profesional en Derecho que cuente con al menos tres (3) años de experiencia en derecho de la competencia.*

*La reconsideración del requisito propuesto por la CRPI se debe a que no existe en el Ecuador un programa de postgrado específicamente enfocado en derecho de la competencia, por lo que se limitaría a en gran medida a los operadores el contar con dicho especialista.*

### **5.2. Enfoque específico a acuerdos anticompetitivos**



*El contenido del programa de compliance deberá estar orientado al conocimiento y entendimiento pleno de las conductas anticompetitivas contempladas en la LORCPM, a fin de dar cumplimiento a la normativa vigente en materia de derecho de la competencia.*

*En atención a los hechos del expediente SCPM-IIAPMAPR-014-2018, el programa deberá contemplar como uno de sus elementos, la difusión y capacitación respecto de los acuerdos y prácticas restrictivas prescritas en el artículo 11 de la LORCPM.*

*Recomendando a la CRPI que para una mayor eficacia y cobertura del programa se contemple las diversas conductas anticompetitivas contenidas en la LORPCM, y no se restrinja únicamente al artículo 11 de la norma ibídem, al mencionar que el enfoque deberá ser específico a los acuerdos anticompetitivos.*

### **5.3. Direccionamiento a empleados y directivos que consten en nómina.**

*El programa de compliance para su correcto desarrollo y cumplimiento debe ser difundido y explicado a todos los trabajadores, asesores externos y directivos de la compañía (operador económico), a fin de crear y fortalecer una verdadera cultura de sana y libre competencia. Resultando esencial la participación activa del representante legal y/o cuerpos directivos de la compañía en la creación, implementación y monitoreo del programa.*

*De igual forma es recomendable que se establezcan diversos grupos dentro de la compañía que compartan el mismo rango o presenten los mismos riesgos en sus tareas a fin de enfocar de mejor manera las capacitaciones y diversas actividades que se contemplen en el programa.*

### **5.4. Socialización con los empleados y directivos por al menos 10 horas**

*La implementación efectiva del programa de compliance requiere la participación de los altos ejecutivos, directores y demás empleados de los operadores económicos, y cuyo éxito depende de su intervención activa e involucramiento en el desarrollo del programa. La socialización del programa de compliance permitirá, por un lado el conocimiento pleno de la normativa en materia de competencia y, por otro lado, trasladará el compromiso de cumplimiento y acatamiento de la normativa a todos los empleados.*

*Por lo expuesto, esta Intendencia considera que la regla impuesta cumple con uno de los requisitos esenciales de un programa de compliance, dejando a criterio de la CRPI el tiempo de duración de la socialización.*

### **5.5. Aspectos a considerar en la propuesta de medida correctiva**



*Conforme lo señalado en el presente informe técnico, a fin de que el programa de compliance sea un mecanismo eficiente y efectivo de prevención y detección de conductas anticompetitivas, implementado por parte de los operadores económicos MERCATTI S.A. MERCATTISA y COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A., se deberá considerar, adicionalmente a las reglas señaladas por la Comisión de Resolución de Primera instancia (SIC), las siguientes:*

- *El establecimiento de un plazo para la duración del programa de compliance, estableciendo la obligación del envío de un informe escrito de manera periódica a la INICAPMAPR que reporte la ejecución del mismo.*
- *La elaboración de un Manual en el cual se detalle de manera clara y comprensible los principales aspectos del programa de compliance, que contenga al menos: la descripción y explicación de la normativa de competencia; los compromisos que cada operador económico estará obligado a cumplir; un listado de las acciones que no deberán realizar por ser contrarias al marco legal vigente; los comportamientos que deberán tomar precauciones en función de los riesgos identificados; la implementación de los canales de comunicación y denuncia internos; las atribuciones y funciones del oficial de cumplimiento; así como los mecanismos que se implementarán para el monitoreo del cumplimiento periódico del programa.*
- *La delegación del oficial de cumplimiento, el mismo que podrá ser un empleado del operador económico, y cuya designación deberá ser informada a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas.*

*Para el seguimiento del cumplimiento de la medida, se recomienda que como parte de los medios de verificación a ser presentados a la INICAPMAPR se solicite, adicionalmente, la remisión de:*

- *Una fiel copia del manual del programa de compliance;*
- *La declaración juramentada del representante legal de cada uno de los operadores económicos involucrados, mediante la cual se manifieste expresamente su compromiso y conocimiento del programa de compliance; y*
- *La designación del oficial de cumplimiento.*

### **5.6 De la pertinencia de la medida correctiva**

*Un programa de compliance, que contemple las consideraciones expuestas en la sección 5 del presente informe, resultaría pertinente su implementación, dado que observa los dos requisitos establecidos en el artículo 73 de la LORCPM. Respecto del primer requisito, se establece el mecanismo para la suspensión de una conducta contraria al régimen de competencia al difundir entre todos los*



*empleados y stakeholders relacionados con el operador económico, las conductas que se encuentran prohibidas de conformidad con el régimen de competencia ecuatoriano, y los diversos mecanismos de alerta y respuesta frente a una actual o potencial conducta anticompetitiva.*

*El segundo requisito se observa al establecer diversos mecanismos de prevención, por ejemplo, las capacitaciones, seguimiento y reporte por parte del oficial de cumplimiento, tendientes a evitar la reincidencia por parte del operador económico.*

*Sin perjuicio de lo antes expuesto, el cumplimiento de los requisitos de las medidas correctivas que deberán ser emitidas por la CRPI, dependerán en última instancia del real compromiso de cumplir con las medidas por parte de los operadores económicos.*

## **6. CONCLUSIONES**

*6.1. Por las características de la infracción (colusión en compras públicas), y por los hechos probados en la misma, se considera pertinente la implementación de un programa de compliance por parte de los operadores económicos MERCATTI S.A. MERCATTISA y COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A.*

*6.2. El programa de compliance, con todos los requisitos esbozados con anterioridad deberá ser implementado por un profesional en Derecho con conocimientos en Competencia, sin perjuicio de las consideraciones expuestas en el numeral 5.1, y deberá ser plasmado dentro de un documento (manual) para conocimiento de todos los empleados de la empresa y reportarse su cumplimiento a la SCPM.*

*6.3. Se deberá fijar acciones dentro del programa que cumplan con los criterios expuesto en el informe respecto a ser serios, creíbles y efectivos, debiendo establecerse un cronograma para el cumplimiento de cada uno de los hitos.*

*6.4. De conformidad con la sección 1.2.1 del Estatuto Orgánico Funcional de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, la CRPI tiene la facultad exclusiva de determinar el tipo y alcance de las medidas correctivas en lo que considere aplicables al expediente SCPM-IIAPMAPR-014-2018.*

## **7. RECOMENDACIONES**

*7.1. Implementar un programa de compliance como una medida correctiva de conformidad con los artículos 73 y 74 de la LORCPM, para los operadores económicos infractores.*



7.2. Considerar los puntos expuestos en la sección 5.5. al momento de establecer la adopción de un programa de compliance como medida correctiva.”

[345] Una vez analizado el Informe presentado por la INICAPMAPR, la CRPI acoge en su totalidad el contenido del mismo, así como sus conclusiones y recomendaciones.

### 13. NOTIFICACIÓN A LAS INSTITUCIONES DEL ESTADO

[346] El numeral 12 del artículo 3 del IGPA establece lo siguiente:

**“Art. 3.- LINEAMIENTOS FORMALES Y FUNDAMENTALES PARA LA GESTIÓN PROCESAL.-** En la gestión procesal se deberá observar lo siguiente:

(...)

**12. NOTIFICACIÓN A LA FUNCIÓN EJECUTIVA O A OTROS ÓRGANOS COMPETENTES DEL ESTADO.-** Cuando en el transcurso de un estudio o investigación administrativa aparezcan posibles indicios de daños a la sociedad o a la naturaleza, actuales o futuros, reales o potenciales, el órgano correspondiente a través de la Coordinación General de Asesoría Jurídica, deberá notificar a los órganos competentes del Estado;

(...)”

[347] El artículo 300 de la Constitución Nacional establece lo siguiente:

**“Art. 300.-** El régimen tributario se regirá por los principios de generalidad, progresividad, eficiencia, simplicidad administrativa, irretroactividad, equidad, transparencia y suficiencia recaudatoria. Se priorizarán los impuestos directos y progresivos. La política tributaria promoverá la redistribución y estimulará el empleo, la producción de bienes y servicios, y conductas ecológicas, sociales y económicas responsables.”

[348] El artículo 6 del Código Tributario establece lo siguiente:

**“Art. 6.- Fines de los tributos.-** Los tributos, además de ser medios para recaudar ingresos públicos, servirán como instrumento de política económica general, estimulando la inversión, la reinversión, el ahorro y su destino hacia los fines productivos y de desarrollo nacional; atenderán a las exigencias de estabilidad y progreso sociales y procurarán una mejor distribución de la renta nacional.”

[349] El artículo 9 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece lo siguiente:



*“Art. 9.- Objetivos del Sistema.- Son objetivos prioritarios del Estado, en materia de contratación pública, los siguientes:*

- 1. Garantizar la calidad del gasto público y su ejecución en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo;*
- 2. Garantizar la ejecución plena de los contratos y la aplicación efectiva de las normas contractuales;*
- 3. Garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad en la contratación pública;*
- 4. Convertir la contratación pública en un elemento dinamizador de la producción nacional;*
- 5. Promover la participación de artesanos, profesionales, micro, pequeñas y medianas empresas con ofertas competitivas, en el marco de esta Ley;*
- 6. Agilizar, simplificar y adecuar los procesos de adquisición a las distintas necesidades de las políticas públicas y a su ejecución oportuna;*
- 7. Impulsar la participación social a través de procesos de veeduría ciudadana que se desarrollen a nivel nacional, de conformidad con el Reglamento;*
- 8. Mantener una sujeción efectiva y permanente de la contratación pública con los sistemas de planificación y presupuestos del Gobierno central y de los organismos seccionales;*
- 9. Modernizar los procesos de contratación pública para que sean una herramienta de eficiencia en la gestión económica de los recursos del Estado;*
- 10. Garantizar la permanencia y efectividad de los sistemas de control de gestión y transparencia del gasto público;*
- y, 11. Incentivar y garantizar la participación de proveedores confiables y competitivos en el SNCP.”*

[350] De conformidad con lo anterior, y teniendo en cuenta los indicios que constan como pruebas en la presente resolución, la CRPI encuentra posibles daños a sociedad en general, al evidenciarse una posible defraudación tributaria y una evidente colusión en compras públicas. Por tal razón, se ordenará que, a través de la Intendencia Nacional Jurídica de la SCPM y en marco del numeral 12 del artículo 3 del IGPA, que se envíe una copia certificada de la presente resolución al SRI y al SERCOP, para que cada Institución realice las acciones que le correspondan.

En mérito de lo expuesto, la Comisión de Resolución de Primera Instancia

### **RESUELVE**

**PRIMERO.- DECLARAR** que los operadores económicos **COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A. y MERCATTI S.A. MERCATTISA**, incurrieron en la conducta prevista en el numeral 6 del Artículo 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.



**SEGUNDO.- IMPONER** al operador económico **COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A.**, la multa de MIL NOVECIENTOS SETENTA Y OCHO 63/100 Dólares de los Estados Unidos de América (\$ 1.978,63 USD), en aplicación del artículo 79 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y la Resolución 12 publicada en el Registro Oficial No. 887 de 22 de noviembre de 2016, mediante la cual se expidió la Metodología para la Determinación del Importe de Multas por Infracción a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

**TERCERO.- IMPONER** al operador económico **MERCATTI S.A. MERCATTISA**, la multa de MIL NOVECIENTOS SETENTA Y OCHO 63/100 Dólares de los Estados Unidos de América (\$ 1.978,63 USD), en aplicación del artículo 79 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y la Resolución 12 publicada en el Registro Oficial No. 887 de 22 de noviembre de 2016, mediante la cual se expidió la Metodología para la Determinación del Importe de Multas por Infracción a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

**CUARTO.- ORDENAR** la siguiente medida correctiva:

En el término de 30 días, los operadores económicos **MERCATTI S.A. MERCATTISA**, y **COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A.**, por medio de un abogado experto en materia de derecho de competencia, realizará un programa de compliance de competencia, bajo las siguientes reglas:

- El programa de compliance estará dirigido a empleados y directivos que consten en la nómina de la compañía.
- El abogado experto debe contar con un título de cuarto nivel en materia de competencia, derecho empresarial, económico, y/o afines, y con mínimo tres (3) años de experiencia profesional en derecho de la competencia.
- El programa de compliance debe estar enfocado a las diversas conductas anticompetitivas establecidas en la LORCPM.
- El programa de compliance debe ser socializado con los empleados y directivos por al menos 10 horas.
- El programa del compliance debe diseñarse y ponerse en práctica en un término de noventa (90) días contado desde notificación de la presente resolución.
- El operador económico deberá nombrar un oficial de cumplimiento que monitoree periódicamente el cumplimiento del programa, y cuya designación deberá ser comunicada a la INICAPMAPR en el término de cinco (5) días contado desde la puesta en práctica del programa de compliance.
- Los representantes legales de cada uno de los operadores económicos, en el término de treinta (30) días contados desde la puesta en práctica del programa de compliance, deberán realizar una declaración juramentada ante notario



público, mediante la cual manifiesten expresamente su compromiso y conocimiento del programa de compliance.

El seguimiento de la medida correctiva lo hará la INICAPMAPR, para lo cual, una vez diseñado y puesto en práctica el programa de compliance, los operadores económicos deberán entregar a la INICAPMAPR los siguientes medios de verificación:

- En el término de cinco (5) días de la puesta en marcha del programa de compliance, los operadores económicos deberán remitir a la INICAPMAPR una fiel copia del original del manual del programa de compliance;
- En el término de cinco (5) días de la puesta en marcha del programa de compliance, los operadores económicos remitirán fiel copia del título de cuarto nivel del abogado que elabora el compliance, así como los medios de verificación de su experiencia.
- En el término de cinco (5) días de la puesta en marcha del programa de compliance, los operadores económicos remitirán un documento con firma de todos los empleados y directivos, declarando que han recibido la socialización del programa de compliance por 10 horas.
- En el término de cinco (5) días de la puesta en marcha del programa de compliance, los operadores económicos remitirán documento con firma del abogado experto declarando que ha socializado por 10 horas el programa de compliance.
- En el término de cinco (5) días de la puesta en marcha del programa de compliance, los operadores económicos remitirán la declaración juramentada del representante legal de cada uno de los operadores económicos involucrados, mediante la cual se manifieste expresamente su compromiso y conocimiento del programa de compliance.
- El oficial de cumplimiento, en el plazo de un año de la puesta en marcha del programa de compliance, reportará a la INICAPMAPR cada seis (6) meses el cumplimiento del programa de compliance.

**QUINTO.- ORDENAR**, de conformidad con el numeral 12 del artículo 3 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, que a través de la Intendencia Nacional Jurídica de la SCPM, en el término de treinta (30) días, se notifique y envíe una copia certificada de la presente resolución a las máximas autoridades del Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP y al Servicio de Rentas Internas SRI, para que cada institución pública actúe en razón de sus competencias y funciones.

Para el efecto se debe coordinar lo pertinente con la Secretaría General de la SCPM.

**SEXTO.- ESTABLECER** los siguientes términos y plazos de cumplimiento de la presente resolución:



**i. PAGO DEL IMPORTE DE LA MULTA**

El pago de los importes de la multa detallados en los ordinales segundo y tercero de la parte resolutive de esta resolución, deberán ser cancelados por los operadores económicos **MERCATTI S.A. MERCATTISA. y COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A.**, en el término de treinta (30) 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, debiendo remitir el comprobante del depósito a la CRPI en el término de tres (3) días contados a partir de la realización del pago.

**ii. MEDIDAS CORRECTIVAS**

La medida correctiva determinada en el ordinal cuarto de esta parte resolutive, se cumplirá dentro del plazo máximo de un (1) año, contado a partir de la notificación de la presente Resolución.

**SÉPTIMO.- NOTIFÍQUESE** con la presente Resolución en su versión no confidencial a los operadores económicos **MERCATTI S.A. MERCATTISA y COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A.**, a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, a la Dirección Nacional Financiera de la SCPM, a la Intendencia Nacional Jurídica de la SCPM y a la Secretaría General de la SCPM.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-**



Firmado electrónicamente por:  
**JOSE LUIS  
CARTAGENA**

Mgs. José Cartagena Pozo  
**COMISIONADO**



Firmado electrónicamente por:  
**JAIME  
FERNANDO LARA  
IZURIETA**

Mgs. Jaime Lara Izurieta  
**COMISIONADO**



Firmado electrónicamente por:  
**MARCELO  
VARGAS**

Mgs. Marcelo Vargas Mendoza  
**PRESIDENTE**