EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-034-2019

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- D.M. Quito, 23 de diciembre de 2019, 13h00.-

Comisionado sustanciador: José Cartagena Pozo.

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 sesión ordinaria del pleno de la Comisión de Resolución de Primera Instancia (en adelante "CRPI") de 05 de septiembre de 2019 se designó a la abogada Nathally Sarmiento Vite secretaria Ad-hoc de la CRPI.

[4] El Memorando No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-DNICAPR-2019-122 de 05 de diciembre de 2019, en el cual se remite a la CRPI el Informe No. SCPM-IGT- INICAPMAPR-2019-0024, emitido por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivitas (en adelante "INICAPMAPR").

La Comisión de Resolución de Primera Instancia en uso de sus atribuciones legales para resolver considera:

1. AUTORIDAD COMPETENTE

[5] A la CRPI le compete conocer y resolver el presente caso, de conformidad con lo señalado en artículo 78 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

2. IDENTIFICACIÓN DE LA CLASE DE PROCEDIMIENTO

[6] El procedimiento es el determinado en artículo 78 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

3. IDENTIFICACIÓN DE LOS OPERADORES ECONÓMICOS INVOLUCRADOS

[7] El operador económico involucrado es **COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL, CUPPHARMA S.A.** (en adelante "**CUPPHARMA**").

4. DESARROLLO DE LOS ANTECEDENTES

[8] El Memorando No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-DNICAPR-2019-122 de 05 de diciembre de 2019.

[9] El Informe No. SCPM-IGT- INICAPMAPR-2019-0024, emitido por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivitas (en adelante "INICAPMAPR").

[10] La providencia de 09 de diciembre de 2019 emitida por la CRPI.

[11] El escrito presentado por el operador económico **CUPPHARMA,** ingresado por medio de secretaría general de la SCPM el 11 de diciembre de 2019 a las 11h53, en el cual ejerce su derecho a la defensa y presenta sus observaciones respecto del informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2019-0024.

[12] La providencia de 17 de diciembre de 2019 emitida por la CRPI.

[13] El escrito presentado por el operador económico **CUPPHARMA,** ingresado por medio de secretaría general de la SCPM el 20 de diciembre de 2019 a las 16h04 con Id. 152552, mediante el cual solicita se tome en cuenta el casillero judicial No. 180 de del Palacio de Justicia de Guayaquil señalado por el operador económico **COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL, CUPPHARMA S.A.,** y ratifica a las actuaciones de la defensa técnica.

5. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA RESOLUCIÓN

[14] El artículo 78 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM establece el procedimiento que ha de seguir la CRPI para la imposición de multas coercitivas.

> *"**Art. 78**.- DISPOSICIÓN COMÚN SOBRE MULTAS COERCITIVAS.- Para la imposición de la multa coercitiva se observará el siguiente procedimiento:*
>
> *1. La CRPI una vez recibido el Informe de incumplimiento emitido por la Intendencia emitirá en el término de un (1) día, la correspondiente providencia, avocando conocimiento, disponiendo la apertura de un expediente independiente; y notificará al Operador Económico con el Informe de*

Incumplimiento para que en el término de tres (3) días ejerza su derecho a la defensa y presente sus observaciones respecto al informe;

2. Con o sin la contestación y una vez transcurrido el término de tres (3) días, la CRPI de ser el caso y de no encontrar justificativos válidos emitirá la resolución en la que se declare al operador económico como incumplido; se le concederá, bajo apercibimiento, un nuevo plazo para el cumplimiento de las obligaciones, el mismo que deberá ser proporcional al requerimiento; y dispondrá a la Intendencia efectúe el seguimiento y verificación del cumplimiento de la resolución;

3. Una vez vencido el término otorgado al operador la Intendencia en el término de un día (1) verificará si se ha dado cumplimiento a lo dispuesto por la Comisión; y, en el término de un (1) día remitirá el informe correspondiente a la CRPI;

4. Recibido el informe, la CRPI en el término de un (1) día emitirá la correspondiente providencia y notificará al Operador Económico con el Informe de Incumplimiento para que en el término de tres (3) días ejerza su derecho a la defensa y presente sus observaciones respecto al informe;

5. Con o sin la contestación y una vez transcurrido el término de tres (3) días, la CRPI de ser el caso y de no encontrar justificativos válidos emitirá la resolución en la que se declare al operador económico como incumplido del nuevo plazo otorgado y se le impondrá la multa coercitiva que corresponda conforme a la metodología prevista en el artículo 7 este instructivo;

6. Pese a la implementación de la multa, la comisión en la resolución referida en el numeral anterior, requerirá nuevamente al operador económico concediéndole, bajo apercibimiento, un nuevo plazo para que cumpla con la obligación; y, dispondrá a la Intendencia efectúe el seguimiento y verificación del cumplimiento de la resolución, para lo cual se observará el procedimiento establecido en los numerales 3, 4, 5 y 6 de este artículo.

En caso que el operador económico persista en el incumplimiento de la disposición emitida por la CRPI, habrá incurrido en reincidencia conforme lo establecido en el artículo 108 del Reglamento de aplicación a la LORCPM; norma que será aplicada por la CRPI hasta que el operador cumpla con su obligación."

6. CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS

6.1 Del Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2019-0024

[15] El Informe No. SCPM-IGT- INICAPMAPR-2019-0024 determina que el operador económico **COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL, CUPPHARMA S.A.** ha incumplido lo determinado en el artículo 49 numeral 2, y artículo 50 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y del literal c del artículo 45 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM exponiendo que:

> "***3.2. Primera no comparecencia a rendir la versión testimonial***
>
> *Mediante providencia de 19 de noviembre de 2019 a las 08h55, en su ordinal QUINTO, la autoridad amparada en el artículo 49 numeral 2, y artículo 50 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, convocó "al señor SANTIAGO MANUEL BAUTISTA MEDINA, en su calidad de Gerente General, y por tanto representante legal del operador económico COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL, CUPPHARMA S.A., a fin de que comparezca conjuntamente con su abogado patrocinador a rendir su versión testimonial el día lunes 25 de noviembre de 2019 a las 15h00, (...)*
>
> *La providencia que antecede fue notificada el 20 de noviembre de 2019 a las 12h50, al operador económico COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL, CUPPHARMA S.A., (...) conforme consta en los medios de verificación que reposan dentro del expediente administrativo (ID 150188). (...)*
>
> ***Constancia de la no realización de la diligencia de versión testimonial***
>
> *Mediante 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, se deja constancia que el señor SANTIAGO MANUEL BAUTISTA MEDINA, Gerente General del operador económico COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL, CUPPHARMA S.A, no compareció a rendir su versión testimonial, de acuerdo a lo dispuesto por la Autoridad, según consta dentro del presente expediente administrativo (ID 150540)."*
>
> ***"3.3. Segunda no comparecencia de rendir la versión testimonial***
>
> *A través de providencia de 27 de noviembre de 2019 a las 09h35, la Autoridad en el ordinal SEXTO literal a, agregó la razón de no realización de la diligencia de versión testimonial, y con base a la misma en el literal b, del mismo ordinal, en estricto cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 45 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado , y amparada en el artículo 49 y 50 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, convocó* ***por segunda ocasión y***

bajo prevenciones legales: *"al señor SANTIAGO MANUEL BAUTISTA MEDINA, en su calidad de Gerente General, y por tanto representante legal del operador económico COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL, CUPPHARMA S.A., a fin de que comparezca conjuntamente con su abogado patrocinador a rendir su versión testimonial el día lunes 02 de diciembre de 2019 a las 10h15, (...) "*

La providencia que antecede fue notificada el 27 de noviembre de 2019 a las 17h07, (...) mediante correo electrónico, conforme consta en los medios de verificación que reposan dentro del expediente administrativo (ID 151062).

(...)"

*"**Constancia de la no realización de la diligencia de versión testimonial***

Mediante razón de no realización de la diligencia, dispuesta en el ordinal SEXTO de la providencia de 27 de noviembre de 2019 a las 09h35, (...), se deja constancia que el señor SANTIAGO MANUEL BAUTISTA MEDINA, Gerente General del operador económico COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL , CUPPHARMA S.A., no compareció a rendir su versión testimonial (...)"

6.2 De las observaciones al Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2019-0024

[16] El operador económico **CUPPHARMA** mediante escrito de 11 de diciembre de 2019 presenta sus observaciones respecto del informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2019-0024 de la siguiente manera:

"Que rechazo e impugno el numeral 6 "conclusiones" y el numeral 7 "Recomendaciones" del informe SCPM-IGT-INICAPMAPR-2019-0024, toda vez, que lo mencionado en los numerales antes indicados son inconstitucionales, contraviniendo expresamente lo determinado en los literales b) y c) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República.

El accionar de la SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO, al pretender obligar a una persona a rendir testimonio, so pena de una multa, es INCONSTITUCIONAL, y no puede ser aceptado bajo ningún concepto.

Por lo expuesto, solicito no se tome en cuenta el informe SCPM-IGT-INICAPMAPR-2019-0022, por ser inconstitucional y por ende nulo, al violentar los derechos consagrados en la constitución. Recordando lo determinado en el artículo 226 de la Constitución de la República."

[17] El operador económico **CUPPHARMA** sustenta sus observaciones al informe emitido por la INICAPMAPR en lo dispuesto por los literales b) y c) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República, que a saber son:

> *"**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:*
>
> *(...)*
>
> *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:*
> *(...)*
>
> *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.*
>
> *(...)"*

[18] La INICAPMAPR determina que se ha llamado a rendir testimonio por dos ocasiones a su representante legal y este no ha acudido; al respecto el agente económico **CUPPHARMA** fundamenta el presunto incumplimiento manifestando que no ha contado con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa, y no ha sido escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones. La CRPI no encuentra relación con la justificación planteada por el operador económico **CUPPHARMA,** en cuanto la infracción se desenvuelve en que el representante no ha acudido a rendir testimonio donde los llamados a dicha diligencia manifiestan la veracidad de los hechos que conoce.

[19] El operador económico **CUPPHARMA** sustenta sus observaciones al informe emitido por la INICAPMAPR por supuestamente vulnerar derechos constitucionales conforme el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador, que a saber son:

> *"**Art. 226.**- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución."*

[20] Por otro lado el artículo 226 de la Constitución de la República establece que las instituciones del Estado, deben actuar dentro de sus competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Se ha verificado que la INICAPMAPR ha realizado

los procedimientos establecidos en la LORCPM y en el Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM.

[21] La CRPI considera que el escrito presentado por el operador económico **CUPPHARMA,** el 11 de diciembre de 2019 no contiene justificativos suficientes para desestimar lo manifestado en el Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2019-0024, toda vez que, no ha presentado documentos que demuestren el no incumplimiento, así como la normativa constitucional invocada no mantiene relación con la contravención a la Ley.

[22] En virtud de lo expuesto se declara al operador económico **CUPPHARMA** como incumplido, bajo apercibimiento, un nuevo plazo para el cumplimiento de las obligaciones, el mismo que será proporcional al requerimiento; y dispondrá a la Intendencia efectúe el seguimiento y verificación del cumplimiento.

[23] En mérito de lo expuesto la Comisión de Resolución de Primera Instancia

RESUELVE

PRIMERO.- AGREGAR al expediente el escrito presentado por el operador económico **COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL, CUPPHARMA S.A.,** ingresado por medio de secretaría general de la SCPM el 20 de diciembre de 2019 a las 16h04 con Id. 152552.

SEGUNDO.- DECLARAR al operador económico **COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL, CUPPHARMA S.A.,** como incumplido por no encontrar justificativos válidos que demuestren el no incumplimiento del artículo 49 numeral 2, y artículo 50 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y del literal c del artículo 45 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM.

TERCERO.- CONCEDER bajo apercibimiento, nuevo plazo al señor SANTIAGO MANUEL BAUTISTA MEDINA, en su calidad de Gerente General, y por tanto representante legal del operador económico **COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL, CUPPHARMA S.A.,** a fin de que comparezca conjuntamente con su abogado patrocinador a rendir su testimonio el día 02 de enero de 2020 a las 11h00 en las instalaciones de la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivitas en la SCPM.

CUARTO.- DISPONER a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivitas efectúe el seguimiento y verificación del cumplimiento de la resolución.

QUINTO.- TOMAR en cuenta el casillero judicial No. 180 del Palacio de Justicia de Guayaquil señalado por el operador económico **COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL, CUPPHARMA S.A.**

SEXTO.- TOMAR en cuenta la ratificación realizada por el operador económico **COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL, CUPPHARMA S.A.,** a su abogado patrocinador Oswaldo B. Florencia Peña.

SÉPTIMO.- NOTIFÍQUESE con la presente Resolución operador económico, **COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL, CUPPHARMA S.A.,** y a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivitas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-

Mgs. José Cartagena Pozo
COMISIONADO

Mgs. Jaime Lara Izurieta
COMISIONADO

Mgs. Marcelo Vargas Mendoza
PRESIDENTE

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO
COMISION DE RESOLUCION PRIMERA INSTANCIA