

EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-036-2019

**SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.-
COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.-** D.M. Quito, 27 de agosto de 2020, a las 14h00.-

Comisionado sustanciador: Marcelo Vargas Mendoza

VISTOS

- [1] 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.
- [2] El acta de sesión extraordinaria del pleno de la Comisión de Resolución de Primera Instancia (en adelante “CRPI”) de 05 de junio de 2020 se designó al abogado Omar Poma Secretario Ad-hoc de la CRPI.

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

1. AUTORIDAD COMPETENTE

- [3] La CRPI es competente para resolver en primera instancia el procedimiento administrativo sancionador por multas coercitivas, conforme lo señalado en los artículos 85 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante “LORCPM”), 105 a 108 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante “RLORCPM”), y 78 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM (en adelante “IGPA”).

2. IDENTIFICACIÓN DE LA CLASE DE PROCEDIMIENTO

- [4] El procedimiento es el determinado en el artículo 78 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM.

3. IDENTIFICACIÓN DEL OPERADOR ECONÓMICO INVOLUCRADO

- [5] El operador económico parte del presente expediente es **COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL, CUPPHARMA S.A.** (en adelante “CUPPHARMA”).

4. ANTECEDENTES

- [6] La Resolución de 27 de julio de 2020 expedida a las 11h00, mediante la cual la CRPI resolvió lo siguiente:



“PRIMERO.- DECLARAR como incumplido al operador económico **COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL, CUPPHARMA S.A.**, por el incumplimiento del nuevo plazo otorgado mediante la Resolución de 23 de diciembre de 2019 expedida a las 13h20.

SEGUNDO.- SANCIONAR al operador económico **COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL, CUPPHARMA S.A.**, con una multa coercitiva de **OCHO MIL DÓLARES DE ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD \$ 8.000,00)**, los cuales deberán ser pagados en el término de treinta (30) días.

TERCERO. – CONCEDER, bajo apercibimiento, un nuevo plazo a la señora **CARMEN INES CARVAJAL AULESTIA**, en calidad de Gerente General en su periodo de funciones 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 por vía telemática el viernes 31 de julio de 2020 a las 10h00 con la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas.

CUARTO.- DISPONER a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, que coordine las acciones necesarias para receptar el testimonio por vía telemática el viernes 31 de julio de 2020 a las 10h00 con el operador económico **COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL, CUPPHARMA S.A.**

QUINTO.- DISPONER a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, que efectúe el seguimiento y verificación del cumplimiento de la presente Resolución, de conformidad con lo previsto en el numeral 6 del artículo 78 del IGPA.

(...)”

- [7] La providencia de 29 de julio de 2020 expedida a las 11h00, mediante la cual la CRPI dispuso lo siguiente:

“(…)

SEGUNDO.- INFORMAR a la INICAPMAPR que las direcciones de notificación fijadas por el operador económico **COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL, CUPPHARMA S.A.**, en el presente expediente son “el correo electrónico **ofplegal@gmail.com** y/o el casillero judicial No. 180”



TERCERO.- INFORMAR al operador económico **COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL, CUPPHARMA S.A.**, que los datos para que realice el depósito del importe de la multa dispuesta mediante resolución de 27 de julio de 2020 son: 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.

(...)"

- [8] El Memorando SCPM-IGT-INICAPMAPR-2020-238 de 03 de agosto de 2020, mediante el cual la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado (en adelante "INICAPMAPR"), remitió el Informe SCPM-IGT-INICAPMAPR-2020-020 de 3 de agosto de 2020 y sus respectivos anexos.
- [9] El Informe SCPM-IGT-INICAPMAPR-2020-020 de 3 de agosto de 2020 y sus respectivos anexos.
- [10] La providencia de 04 de agosto de 2020 expedida a las 9h20, mediante la cual la CRPI dispuso lo siguiente:

"(...)

SEGUNDO.- TRASLADAR el Informe SCPM-IGT-INICAPMAPR-2020-020 de 3 de agosto de 2020 y sus respectivos anexos, al operador económico **COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL, CUPPHARMA S.A.**, para que, en el término de tres (3) días, ejerza su derecho de defensa y presente sus observaciones a dicho informe.

(...)"

5. FUNDAMENTOS DE DERECHO

5.1. Constitución de la República del Ecuador

- [11] El artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante "CN") establece las garantías básicas en el marco del derecho al debido proceso:

"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:

(...)

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.

(...)

5. (...) 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.

(...)”

5.2. Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante LORCPM)

[12] El artículo 38 numeral 1 y los artículos 48, 49 y 50 de la LORCPM contemplan la obligación de colaboración que tienen los diferentes actores con la SCPM, así como la facultad que tienen los órganos de la SCPM para solicitar y receptor testimonios:

“Art. 38.- Atribuciones.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, a través de sus órganos, ejercerá las siguientes atribuciones:

1. Realizar los estudios e investigaciones de mercado que considere pertinentes. Para ello podrá requerir a los particulares y autoridades públicas la documentación y colaboración que considere necesarias.

(...)”

“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.”

“Art. 49.- Facultad de investigación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, a través de sus órganos internos, tendrá las siguientes facultades investigativas, las mismas que se ejercerán en el marco de la Constitución, la ley y el respeto a los derechos y garantías de los ciudadanos:

(...)



2. *Notificar, examinar y receptor declaración o testimonio, a través de los funcionarios que se designen para el efecto, a las personas materia de investigación o a sus representantes, empleados, funcionarios, asesores, dependientes y a terceros, utilizando los medios técnicos que consideren necesarios para generar un registro completo y fidedigno de sus declaraciones, pudiendo para ello utilizar grabaciones magnetofónicas, grabaciones en video u otras similares. Para ello, la declaración se efectuará con la presencia de un abogado particular o un defensor público provisto por el Estado.*

(...)"

"Art. 50.- Obligación de colaborar con los órganos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.- Toda persona natural o jurídica, pública o privada, así como las autoridades, funcionarios y agentes de la Administración Pública están obligados, sin necesidad de requerimiento judicial alguno, a suministrar los datos, la documentación, la información verdadera, veraz y oportuna, y toda su colaboración, que requiera la Superintendencia de Control del Poder de Mercado y sus servidores públicos, siempre que esto no violente los derechos ciudadanos.

(...)

La Superintendencia de Control del 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."

[13] El literal c. del artículo 85 de la LORCPM establece las sanciones a imponerse a quien incumpliere lo ordenado por los órganos de la SCPM mediante una resolución, requerimiento o acuerdo, así:

"Art. 85.- Multas coercitivas.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, independientemente de las multas sancionadoras y sin perjuicio de la adopción de otras medidas de ejecución forzosa previstas en el ordenamiento, podrá imponer, previo requerimiento del cumplimiento a las empresas u operadores económicos, asociaciones, uniones o agrupaciones de éstas, y agentes económicos en general, multas coercitivas de hasta 200 (doscientos) Remuneraciones Básicas Unificadas al día con el fin de obligarlas:

(...)

c. Al cumplimiento de lo ordenado en una resolución, requerimiento o acuerdo de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

(...)"

5.3. Código Orgánico Administrativo (en adelante COA)

[14] El Código Orgánico Administrativo en su artículo 29 plasma el principio de tipicidad así:

“Art. 29.- Principio de tipicidad. Son infracciones administrativas las acciones u omisiones previstas en la ley.

*A cada infracción administrativa le corresponde una sanción administrativa. **Las normas que prevén infracciones y sanciones no son susceptibles de aplicación analógica, tampoco de interpretación extensiva.**” (Negrita y subrayado por fuera del texto).*

[15] El artículo 202 del Código Orgánico Administrativo (en adelante “COA”) establece la obligación de resolver por parte de los órganos competentes así no exista ley aplicable:

“Art. 202.- Obligación de resolver. El órgano competente resolverá el procedimiento mediante acto administrativo.

El vencimiento de los plazos previstos para resolver no exime al órgano competente de su obligación de emitir el acto administrativo.

***Las administraciones públicas no pueden abstenerse de resolver con la excusa de la falta u oscuridad de la ley.**” (Negrita y subrayado por fuera del texto).*

5.4. Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante RLORCPM)

[16] El literal k) del artículo 42 del RLORCPM prevé que la Junta de Regulación es el órgano que tiene la facultad para establecer la metodología para el cálculo del importe de multas, así:

“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;”

[17] El literal c) del artículo 105 del RLORCOM prevé la imposición de multas coercitivas a quien incumpliere lo ordenado por los órganos de la SCPM mediante una resolución, requerimiento o acuerdo, así:

“Art. 105.- Multas coercitivas.- En aplicación del artículo 85 de la ley, el órgano de sustanciación y resolución podrá imponer a las empresas u operadores económicos, asociaciones, uniones o agrupaciones de estas, y agentes



económicos en general multas coercitivas de hasta 200 (doscientas) Remuneraciones Básicas Unificadas al día, cuando:

(...)

c) Se ha dejado de cumplir lo ordenado en resoluciones, requerimientos o acuerdos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

(...)"

- [18] Los artículos 106 y 107 del RLORCPM establecen de manera general el procedimiento para la imposición de las multas coercitivas de la siguiente manera:

“Art. 106.- Declaratoria de incumplimiento.- Previo informe del órgano competente que determine que existe incumplimiento de una obligación contemplada en el artículo precedente, el órgano de sustanciación y resolución emitirá una resolución que declare el incumplimiento y requerirá su cumplimiento en el plazo que determine en su resolución.”

“Art. 107.- Imposición de multas coercitivas.- Transcurrido el plazo para el cumplimiento de las obligaciones y de no haberse cumplido, el órgano de sustanciación y resolución impondrá la multa coercitiva correspondiente, fijando su cuantía total en función del número de días de retraso en el cumplimiento contados a partir de la fecha de notificación de la resolución de incumplimiento, y concederá un nuevo plazo para el cumplimiento de la obligación.”

5.5. Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM (en adelante IGPA)

- [19] Los literales a), b) y c) artículo 45 del IGPA establece quién tiene la facultad de ordenar la recepción de testimonios, así:

*“Art. 45.- **PROCEDIMIENTO DE LA DECLARACIÓN O TESTIMONIO.**- Para la Declaración o testimonio que deban receptor las Intendencias a los representantes legales y otros empleados de los operadores económicos con el fin de obtener información directa, se tomarán en consideración los siguientes parámetros:*

- a) Las declaraciones o testimonios, se receptorán, a pedido de la Intendencia o por disposición de la CRPI, en cualquier etapa del procedimiento de la investigación; e, incluso antes de ella
Estas diligencias se podrán realizar en las instalaciones de las Intendencias nacionales, zonales o en cualquier lugar donde se efectúe la investigación.*
- b) El Intendente o la CRPI dentro de los procesos investigativos podrá ordenar la declaración o el testimonio del representante legal de la empresa u operador*



económico, sus empleados o a quien haya sido requerido como testigo, la cual se realizará mediante providencia señalando lugar, día y hora en el que debe asistir al pedido de la autoridad en forma personal o por mandatario debidamente acreditado; y siempre que así lo autorice el Intendente respectivo.

- c) *Si quien ha sido requerido para rendir su testimonio no asistiere el día y hora señalados, el Intendente o la CRPI insistirá en el acatamiento de su disposición para lo cual, luego de haberse sentado la razón respectiva, mediante providencia y bajo prevenciones legales, por falta de colaboración, señalará nuevos día y hora para la realización de la diligencia. Si el requerido no asistiere en el segundo señalamiento, de ser el caso, se aplicará la multa coercitiva prevista en el artículo 85 literal c) de la LORCPM; sin perjuicio de la adopción de otras medidas de ejecución forzosa, según lo dispuesto en el artículo 38 No. 4 IBIDEM.*

(...)”

- [20] El artículo 78 del IGPA establece el procedimiento para la imposición de multas coercitivas de la siguiente manera:

“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. Hechos que dan origen a incumplimiento de requerimiento de autoridad competente

- [21] Mediante de Oficio No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2020-072 de 30 de julio de 2020, en cumplimiento a los ordinales tercero y cuarto de la Resolución de 27 de julio de 2020 expedida por la CRPI las 11h00, la INICAPMAPR procedió a convocar a la señora **CARMEN INÉS CARVAJAL AULESTIA**, en calidad de ex gerente del operador económico **CUPPHARMA**, para que compareciera a rendir testimonio por vía telemática el viernes 31 de julio de 2020. Fue notificada al correo electrónico del operador económico **CUPPHARMA**: ofplegal@gmail.com, tal y como se desprende del medio de verificación adjunto al informe de la Intendencia (Anexo id. 166788).
- [22] Mediante razón de 31 de julio de 2019, suscrita por el Abg. Jonathan Camilo Sánchez Maila, se dejó constancia de que la señora **CARMEN INÉS CARVAJAL AULESTIA**, en calidad de Gerente General en su periodo de funciones del operador económico **CUPPHARMA**, no compareció a rendir la versión testimonial, tal y como se desprende de los medios de verificación adjunto al informe de la Intendencia (Anexo id. 166788). Certificó lo siguiente:

“(…)

Toda vez que mediante oficio No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2020-072, de 30 de julio de 2020 la Econ. María Alejandra Egüez Vásquez, Intendente Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, procedió a notificar a la señora Carmen Inés Carvajal Aulestia, ex gerente del operador económico COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A., a fin de que comparezca a rendir su testimonio mediante vía telemática incluyendo el



link, contraseña y usuario de acceso a la diligencia, en el correo electrónico ofplegal@gmail.com, fijado por el mismo operador dentro del expediente SCPM-CRPI-036-2019, conforme la providencia de 29 (Sic) de julio a las 11h00, expedida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia.

A pesar de las diligencias efectuadas por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, la señora Carmen Inés Carvajal Aulestia, ex gerente del operador económico Comercializadora Katty Elizabeth Tubay, Carmen Inés Carvajal Cuppharma S.A., no compareció a la misma.

Siendo las 10h01 del 31 de julio de 2020, una vez que se dio por instalada la diligencia con la comparecencia de la Econ. María Alejandra Egüez Vásquez, Intendente Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, el Abg. Patricio Pozo Vintimilla, Director Nacional de Investigación y Control de Acuerdos y Prácticas Restrictivas, y el Abg. Jonathan Camilo Sánchez Maila, Analista de Investigación y Control de Acuerdos y Prácticas Restrictivas, se dio por concluida la diligencia a las 10h10, una vez que la señora Carmen Inés Carvajal Aulestia, ex gerente del operador económico Comercializadora Katty Elizabeth Tubay, Carmen Inés Carvajal Cuppharma S.A., no compareció a rendir su testimonio, de conformidad con lo dispuesto en la resolución de 27 de julio de 2020 a las 11h00, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia.”

6.2. De la recomendación de multas coercitivas y su trámite

[23] La INICAPMAPR el 03 de agosto de 2020 emitió Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2020-020, mediante el cual concluyó y recomendó lo siguiente:

“5. CONCLUSIONES

5.1. *La señora CARMEN INÉS CARVAJAL AULESTIA, en calidad de Gerente General -en su periodo de funciones- del operador económico COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A., sin justificación alguna no compareció a rendir su testimonio en la fecha y hora señalada por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, incumpliendo con ello con el literal c) del artículo 85 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.*

5.2. *Se debe tener en consideración que, el 02 de enero de 2020 la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, puso en conocimiento de la Comisión de*



Resolución de Primera Instancia, mediante informe final No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-001-2020, la investigación desarrollada y el expediente SCPM-IIAPMAPR-014-2018, para su conocimiento y resolución, por lo cual, las facultades investigativas de la INICAPMAPR han precluido.

6. RECOMENDACIONES

- 6.1.** *Al amparo de lo previsto en el literal c) del artículo 85 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en concordancia con los artículos 105 al 108 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, literal c) del artículo 45, y numerales 2 y 3 del artículo 78 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, esta autoridad, pone en conocimiento de la Comisión de Resolución de Primera Instancia el presente informe, a fin de que continúe el trámite legal correspondiente en lo que respecta al operador económico COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A., conforme lo señalan los numerales 3 al 5 del artículo 78 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa.*
- 6.2.** *De conformidad con lo dispuesto en el artículo 85 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, se recomienda el imponer el máximo del monto previsto para la infracción de una multa coercitiva al operador económico COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A., en consideración de la reincidencia en el incumplimiento a las disposiciones de la Comisión de Resolución de Primera Instancia.*
- 6.3.** *La solicitud de realización de la diligencia de recepción de versión testimonial de la señora CARMEN INÉS CARVAJAL AULESTIA, en calidad de Gerente General -en su periodo de funciones- del operador económico COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A., fue efectuada dentro de la etapa de sustanciación del expediente SCPM-IIAPMAPR-014-2018, misma que terminó su investigación por la Intendencia el 02 de enero de 2020, con la emisión del informe final No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-001-2020, por lo cual se recomienda a la Comisión de Resolución de Primera Instancia, se evalúe la oportunidad y pertinencia de una nueva convocatoria a realizar dicha diligencia, en virtud de que las facultades investigativas de esta autoridad han precluido.”*

[24] Para demostrar las afirmaciones realizadas por la INICAPMAPR, se adjuntó al informe los siguientes medios de verificación:

- (i) La notificación del Oficio SCPM-IGT-INICAPMAPR-2020-072, mediante el cual se convocó a la señora **CARMEN INÉS CARVAJAL AULESTIA**, en



calidad de ex gerente del operador económico **CUPPHARMA**, para que compareciera a rendir testimonio por vía telemática el viernes 31 de julio de 2020, realizada por correo electrónico remitido el 30 de julio de 2020 (Anexo id. 166788).

- (ii) Razón de 31 de julio de 2019, suscrita por el Abg. Jonathan Camilo Sánchez Maila, mediante la cual se dejó constancia de que la señora **CARMEN INÉS CARVAJAL AULESTIA**, en calidad de Gerente General en su periodo de funciones del operador económico **CUPPHARMA**, no compareció a rendir la versión testimonial. (Anexo id. 166788).
- (iii) Grabación de audio y video de la diligencia, donde queda constancia de la inasistencia de la señora **CARMEN INÉS CARVAJAL AULESTIA**. (fj. del expediente digital). (Anexo id. 166788).

[25] De conformidad con lo anterior, se constata la no comparecencia sin justificación alguna de la señora **CARMEN INÉS CARVAJAL AULESTIA**, en calidad de Gerente General en su periodo de funciones del operador económico **CUPPHARMA**, a rendir testimonio el 31 de julio de 2020 a las 10h00. En consecuencia, la CRPI encuentra que dicho operador incumplió el nuevo plazo otorgado en la Resolución de 27 de julio de 2020 expedida a las 11h00, lo que lo hará acreedor de la multa plasmada en los literales c) de los artículos 85 de la LORCPM y 105 del RLORCPM, en concordancia con el numeral 5 del artículo 78 del IGPA.

6.3. No Justificación por parte de CUPPHARMA.

[26] Como se indicó, el operador económico **CUPHARMA** no presentó justificación alguna para el no cumplimiento del nuevo plazo otorgado en la Resolución de 27 de julio de 2020. Tampoco presentó documento alguno donde ejerciera su derecho de defensa dentro del término otorgado en la providencia de 04 de agosto de 2020 expedida a las 09h20, ni presentó documentos que demostrasen que se hicieron los trámites pertinentes para que la señora **CARMEN INÉS CARVAJAL AULESTIA**, en calidad de Gerente General en su periodo de funciones, asistiera a rendir el testimonio solicitado.

7. DECLARACIÓN DE INCUMPLIMIENTO DE ENTREGA DE INFORMACIÓN

[27] El operador económico **CUPPHARMA** tuvo, con esta última, cuatro (4) oportunidades para cumplir con la solicitud de la autoridad, consistente en que señora **CARMEN INES CARVAJAL AULESTIA**, en su calidad de Gerente General en su periodo de funciones, compareciera a rendir el testimonio solicitado por la INICAPMAPR.

[28] Pese a lo anterior, el operador económico prefirió incumplir de manera consciente, deliberada y reiterada las solicitudes de la autoridad competente.

- [29] El operador económico **CUPPHARMA** debió cumplir con lo establecido en la LORCPM, específicamente en el numeral 2 del artículo 49, en concordancia con los literales a), b) y c) del artículo 45 y 78 del IGPA.
- [30] Una vez demostrado el incumplimiento del operador económico **CUPPHARMA**, se procederá a analizar el importe de la multa.

8. DEL IMPORTE DE LA MULTA POR NO ENTREGA DE INFORMACIÓN

- [31] El primer inciso del artículo 85 de la LORCPM establece el techo a imponerse por multas coercitivas de la siguiente manera:

*“Art. 85.- Multas coercitivas.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, independientemente de las multas sancionadoras y sin perjuicio de la adopción de otras medidas de ejecución forzosa previstas en el ordenamiento, podrá imponer, previo requerimiento del cumplimiento a las empresas u operadores económicos, asociaciones, uniones o agrupaciones de éstas, y agentes económicos en general, **multas coercitivas de hasta 200 (doscientos) Remuneraciones Básicas Unificadas al día con el fin de obligarlas:***

(...)” Negrita y subrayado por fuera del texto

- [32] En la misma línea, el artículo 105 del RLORCPM establece lo siguiente:

“Art. 105.- Multas coercitivas.- En aplicación del artículo 85 de la ley, el órgano de sustanciación y resolución podrá imponer a las empresas u operadores económicos, asociaciones, uniones o agrupaciones de estas, y agentes económicos en general multas coercitivas de hasta 200 (doscientas) Remuneraciones Básicas Unificadas al día, cuando:

(...)”

- [33] El artículo 107 del RLOCPM establece algunos parámetros básicos para la imposición de las multas coercitivas, así:

*“Art. 107.- Imposición de multas coercitivas.- Transcurrido el plazo para el cumplimiento de las obligaciones y de no haberse cumplido, el órgano de sustanciación y resolución impondrá la **multa coercitiva correspondiente, fijando su cuantía total en función del número de días de retraso en el cumplimiento contados a partir de la fecha de notificación de la resolución de incumplimiento,** y concederá un nuevo plazo para el cumplimiento de la obligación.”* Negrita y subrayado por fuera del texto.



- [34] El literal k) del artículo 42 del RLORCPM prevé que la Junta de Regulación es el órgano que tiene la facultad para establecer la metodología para el cálculo del importe de multas, así:

“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;”

- [35] El numeral 5 del artículo 78 del IGPA indica la existencia de una metodología para imponer las multas coercitivas, a saber:

“ART. 78.- DISPOSICIÓN COMÚN SOBRE MULTAS COERCITIVAS.- Para la imposición de la multa coercitiva se observará el siguiente procedimiento:

(...)

*6. 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;***

(...)” Negrita y subrayado por fuera del texto.

- [36] Una vez consultado el artículo 7 del IGPA, la CRPI encuentra que dicha norma regula la acumulación de expedientes pero no la metodología para imponer multas coercitivas.
- [37] La CRPI llama la atención de que la LORCPM, el RLORCPM y el IGPA no establecen una metodología que se pueda emplear para el cálculo de las multas coercitivas.
- [38] Además, la CRPI se ve imposibilitada de adoptar cualquier forma de cálculo, ya que la LORCPM y el RLORCOM le otorgan facultades a la Junta de Regulación para establecer dicha metodología¹, y, por lo tanto, obligan a la SCPM a aplicarla.

¹ LORCPM, “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 artículo 42 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado establece en su literal k) que la Junta de Regulación tendrá la facultad de:



- [39] En consecuencia, si bien la CRPI debe imponer multas, lo hará sobre la base de la metodología de la Junta de Regulación. Si no existe dicha metodología, la CRPI no puede determinar con claridad y precisión el importe de la multa.
- [40] De conformidad con lo anterior, la CRPI en este caso deberá imponer la multa velando por las garantías al debido proceso desarrolladas en el artículo 76 de la CN, específicamente las contenidas en los numerales 3, 5 y 6:

“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:

(...)

*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.*

(...)

*5. (...) **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.**” (negrita y subrayada por fuera del texto).*

“Establecer la metodología para el cálculo del importe de multas y aplicación de los compromisos de cese;”.

El primero inciso del artículo 95 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado establece:

“La Junta de Regulación de Poder de Mercado emitirá la metodología para el cálculo del importe de las multas indicadas en el artículo 79 de la ley. La Superintendencia de Control del Poder de Mercado aplicará esta metodología, atendiendo a los criterios establecidos en el artículo 80 y siguientes del mismo cuerpo normativo, y tomando en cuenta lo siguiente:

(...)

[41] Aun cuando los literales c) de los artículos 85 de la LORCPM y 105 del RLORCPM establecen un máximo de multa (200 Remuneraciones Básicas Unificadas), como se evidenció, no existe la metodología para determinar con claridad y proporcionalidad las multas coercitivas.

[42] El principio de proporcionalidad genera alta incidencia en el procedimiento administrativo sancionador, que a saber se lo considera como:

“Proporcionalidad, ligado al principio de legalidad, destacando su papel en el ámbito sancionador, donde es un principio clave, y en el ámbito de la ejecución forzosa, pues la ejecución ha de estar en línea directa con la ejecución del acto”

[43] En el presente caso es importante hacer referencia al principio de seguridad jurídica, que se encuentra plasmado en el artículo 82 de la CN, así:

Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”.

[44] Asimismo, la Corte Constitucional en la sentencia No. 135-14-SEP-CC de 17 de septiembre de 2014, en referencia al principio de seguridad jurídica, estableció lo siguiente:

“(…)

De esta manera, a través del derecho a la seguridad jurídica se pretende otorgar certeza a los ciudadanos respecto a la aplicación del derecho vigente y, en cuanto al reconocimiento y previsibilidad de las situaciones jurídicas; por lo tanto, las autoridades investidas de potestad jurisdiccional están en la obligación de aplicar adecuadamente la constitución y demás normas jurídicas en los procesos sometidos a su conocimiento(…)Dicho de este modo, el derecho a la seguridad jurídica se entiende como la certeza en la aplicación normativa que se genera en función de la obligación de los poderes públicos de respetar la Constitución como norma suprema, y el resto del ordenamiento jurídico.”

[45] Bajo la misma línea, el Código Orgánico Administrativo en su artículo 29 plasma el principio de tipicidad así:

“Art. 29.- Principio de tipicidad. Son infracciones administrativas las acciones u omisiones previstas en la ley.

*A cada infracción administrativa le corresponde una sanción administrativa. **Las normas que prevén infracciones y sanciones no son susceptibles de aplicación analógica, tampoco de interpretación extensiva.**” (Negrita y subrayado por fuera del texto).*



- [46] Por último, bajo el principio denominado “*in dubio pro administrado*”, cualquier duda en la aplicación de normas sancionatorias se debe resolver a favor del administrado, de conformidad con lo que establece el numeral 5 del artículo 76 de la CN.
- [47] Además, el artículo 202 del COA establece la obligación de resolver por parte de los órganos competentes así no exista ley aplicable:

“Art. 202.- Obligación de resolver. El órgano competente resolverá el procedimiento mediante acto administrativo.

El vencimiento de los plazos previstos para resolver no exime al órgano competente de su obligación de emitir el acto administrativo.

Las administraciones públicas no pueden abstenerse de resolver con la excusa de la falta u oscuridad de la ley.” (Negrita y subrayado por fuera del texto).

- [48] De conformidad con todo lo mencionado, la CRPI de acuerdo con los principios de tipicidad, legalidad, seguridad jurídica e *Indubio pro administrado*, sancionará al operador económico **CUPPHARMA** con una multa de una remuneración básica unificada² al día, que corresponde a cuatrocientos dólares de Estados Unidos de América (\$ USD 400).
- [49] Según los parámetros del artículo 107 del RLORCPM, la cuantía total de la multa se calcula en función del número de días de retraso en el cumplimiento, contados a partir de la fecha de notificación de la resolución de incumplimiento.
- [50] En el presente caso la Resolución de 27 de julio de 2020, mediante la cual se declaró como incumplido al operador económico **CUPPHARMA**, fue notificada el 27 de julio de 2020 (Id 166753). Desde dicha fecha hasta la fecha de expedición de la presente Resolución han transcurrido, restando los días de la suspensión dispuesta mediante la Resolución SCPM-DS-2020-31 de 12 de agosto de 2020 expedida por el Superintendente de Control del Poder de Mercado, 17 días.
- [51] Al multiplicar los 17 días de retraso por USD \$ 400, nos da una multa de seis mil ochocientos dólares (US \$ 6.800,00).

9. OPORTUNIDAD Y PERTINENCIA PARA REALIZAR UNA NUEVA CONVOCATORIA EN EL PRESENTE CASO.

- [52] Teniendo en cuenta que la Resolución que resolvió la investigación principal se expidió el 04 de agosto de 2020, y por lo tanto ya no tendría razón de ser el testimonio de la señora

² El Acuerdo Ministerial No. MDT-2019-394 de 27 de diciembre de 2019, suscrito por el Ministro de Trabajo, determina que el salario básico unificado a partir del 01 de enero de 2020 es CUATROCIENTOS DÓLARES AMERICANOS (USD 400.00).



CARMEN INES CARVAJAL AULESTIA, la CRPI considera impertinente realizar una nueva convocatoria.

En mérito de lo expuesto, la Comisión de Resolución de Primera Instancia

RESUELVE

PRIMERO.- DECLARAR como incumplido al operador económico **COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL, CUPPHARMA S.A.**, por el incumplimiento del nuevo plazo otorgado mediante la Resolución de 27 de julio de 2020 expedida a las 11h00.

SEGUNDO.- SANCIONAR al operador económico **COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL, CUPPHARMA S.A.**, con una multa coercitiva de **SEIS MIL OCHOCIENTOS DÓLARES DE ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD \$ 6.800,00)**, los cuales deberán ser pagados en el término de treinta (30) días.

TERCERO.- INFORMAR al operador económico **COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL, CUPPHARMA S.A.**, que los datos para que realice el depósito del importe de la multa son: 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.

CUARTO.- NOFICAR al operador económico **COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL, CUPPHARMA S.A.**, a la INICAPMAPR y a la Dirección Nacional Financiera de la SCPM.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-

Mgs. José Cartagena Pozo
COMISIONADO

Mgs. Jaime Lara Izurieta
COMISIONADO

Mgs. Marcelo Vargas Mendoza
PRESIDENTE