

EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-036-2019

**SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.-
COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.-** D.M. Quito, 27 de julio de 2020, 11h00.-

Comisionado sustanciador: Marcelo Vargas Mendoza

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 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

- [4] 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

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

3. IDENTIFICACIÓN DEL OPERADOR ECONÓMICO INVOLUCRADO

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

4. ANTECEDENTES

- [7] El informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2019-0022 de 04 de diciembre de 2019, mediante el cual la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (en adelante “INICAPMAPR”), recomendó lo siguiente:

*“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 107 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, y literal c) del artículo 45 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, esta Autoridad recomienda poner en conocimiento de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, el presente informe, para que en el marco de sus atribuciones, imponga una multa coercitiva al operador económico **COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL, CUPHARMA S.A.**, por la inobservancia deliberada a las disposiciones de autoridad competente, que con base en lo permitido en el numeral 2 del artículo 49 de la LORCPM en concordancia con el artículo 45 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, llamó a rendir testimonio a la señora **CARMEN INÉS CARVAJAL AULESTIA**, anterior Gerente General y representante legal.”*

- [8] La providencia de 09 diciembre de 2019, a las 17h10, en la cual la CRPI concedió el término de tres (3) días para que el operador económico **CUPPHARMA** ejerza su derecho de defensa y presente sus observaciones respecto del Informe.
- [9] El escrito presentado el 11 de diciembre de 2019 a las 11h51, signado con Id 15176, mediante el cual el operador económico **CUPPHARMA** ejerció su derecho de defensa.
- [10] La providencia de 17 de diciembre de 2019 expedida a las 17h00, mediante la cual la CRPI dispuso lo siguiente:

“(…)

SEGUNDO.- PREVIO continuar la sustanciación conforme lo dispuesto por el artículo 78 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, se requiere al representante legal del operador económico **COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL, CUPPHARMA S.A.** ofrezca poder o ratificación del escrito presentado en el término de tres (3) días de notificada la presente providencia.”

- [11] El escrito presentado el 20 de diciembre de 2019 a las 16h07, signado con Id 152554, mediante el cual el operador económico **CUPPHARMA** presentó la ratificación requerida.
- [12] La Resolución de 23 de diciembre de 2019 expedida a las 13h20, mediante la cual la CRPI resolvió lo siguiente:

“(…)

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

TERCERO.- CONCEDER bajo apercibimiento, nuevo plazo a la señora **CARMEN INES CARVAJAL AULESTIA**, 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 12h00 en las instalaciones de la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas en la SCPM.

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

(…)”

- [13] El informe SCPM-IGT-INICAPMAPR-2020-002 de 3 de enero de 2020, mediante el cual la INICAPMAPR concluyó lo siguiente:

“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 CUPHARMA S.A.**, sin justificación alguna no compareció a rendir su testimonio acorde a lo dispuesto por la autoridad.

5.2. 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.**, no dio cumplimiento a la resolución de la

Comisión de Resolución de Primera Instancia, incumpliendo con ello el literal c) del artículo 85 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.”

- [14] La providencia de 04 de enero de 2020 expedida a las 13h20, mediante la cual la CRPI dispuso lo siguiente:

“(…)

SEGUNDO.- NOTIFICAR al operador económico **COMERCIALIZADORA KATTY ELISABETH (sic) TUBAY CARMEN INÉS CARVAJAL, CUPPHARMA S.A.**, con el Informe de Incumplimiento SCPM-IGT-INICAPMAPR-2020-002 de 03 de enero de 2020, emitido por la INICAPMAPR, para que en el término de tres (3) días ejerza su derecho a la defensa y presente sus observaciones respecto al informe.”

- [15] La providencia de 08 de enero de 2020 expedida a las 16h40, mediante la cual la CRI dispuso lo siguiente:

“(…)

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 noventa y dos (92) días.

(…)”

- [16] El Oficio NAC-PLIOGEB20-00000043 de 26 de mayo de 2020, signado bajo Id 162385, mediante el cual el Servicio de Rentas Internas (en adelante “SRI”), remitió a la CRPI la información solicitada mediante providencia de 08 de enero de 2020.
- [17] El Acta de Confidencialidad de 26 de mayo de 2020 firmada por el Presidente de la CRPI, mediante la cual se compromete a guardar confidencialidad sobre la información entregada por el SRI.
- [18] La providencia de 20 de julio de 2020 expedida a las 11h10, mediante la cual la CRPI dispuso lo siguiente:

“(…)

SEGUNDO.- AGREGAR al expediente en su parte confidencial los anexos remitidos por el SRI mediante el Oficio NAC-PLIOGEB20-00000043 de 26 de mayo de 2020, signado bajo id 162385. El Secretario Ad hoc de la CRPI debe realizar el extracto no confidencial de la presente información y correr traslado del mismo al operador económico.

TERCERO.- LEVANTAR la suspensión dispuesta mediante la providencia de 04 de enero de 2020 expedida a las 13h20.

(...)”

5. FUNDAMENTOS DE DERECHO

5.1. Constitución de la República del Ecuador

- [19] 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)

- [20] 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 receptar 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 estime 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 receptar 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 investigar.”

- [21] 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)

- [22] 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).

- [23] 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)

- [24] 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;”

- [25] 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.

(...)”

- [26] 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)

[27] 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 receptar 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 receptarán, 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.*

(...)”

[28] 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

- [29] Mediante el ordinal SEXTO de la providencia de 19 de noviembre de 2019 expedida a las 08h55, la INICAPMAPR convocó “a la señora CARMEN INÉS CARVAJAL AULESTIA, 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, 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, en las instalaciones ubicadas en la Av. De los Shyris N44-93 y Río Coca, edificio Ocaña, de la ciudad de Quito, o en su defecto mediante la ayuda de medios telemáticos en las oficinas de la Intendencia Regional, ubicadas en la Av. Francisco de Orellana y Justino Cornejo Sector Kennedy Norte, Complejo Inmobiliario World Trade Center, torre A, Local 1.”

- [30] El 20 de noviembre de 2019 a las 12h50, mediante correo electrónico, fue notificado de la anterior providencia el operador económico **CUPPHARMA**, tal y como se desprende de los medios de verificación que reposan en el expediente administrativo SCPM-IIAPMAPR-014-2018 (Id 150188).
- [31] Mediante razón de 25 de noviembre de 2019, suscrita por la Abg, Adriana Tapia en su calidad de Secretaria de Sustanciación ad-hoc, 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 que se desprenden del expediente administrativo SCPM-IIAPMAPR-014-2018 (Id. 140541).
- [32] Mediante el literal b del ordinal SÉPTIMO de la providencia de 27 de noviembre de 2019 expedida las 09h35, la INICAPMAPR convocó por segunda ocasión y bajo previsiones legales a *“la señora CARMEN INÉS CARVAJAL AULESTIA, 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, 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, en las instalaciones ubicadas en la Av. De los Shyris N44-93 y Río Coca, edificio Ocaña, de la ciudad de Quito, o en su defecto mediante la ayuda de medios telemáticos en las oficinas de la Intendencia Regional, ubicadas en la Av. Francisco de Orellana y Justino Cornejo Sector Kennedy Norte, Complejo Inmobiliario World Trade Center, torre A, Local 1.”*
- [33] El 27 de noviembre de 2019 a las 17h07, mediante correo electrónico, fue notificado de la anterior providencia el operador económico **CUPPHARMA**, tal y como se desprende de los medios de verificación que reposan en el expediente administrativo SCPM-IIAPMAPR-014-2018 (Id 151062).
- [34] Mediante razón de 02 de diciembre de 2019, suscrita por la Abg, Adriana Tapia en su calidad de Secretaria de Sustanciación ad-hoc, 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 que se desprenden del expediente administrativo SCPM-IIAPMAPR-014-2018 (Id. 151092).

6.2. De la recomendación de multas coercitivas y su trámite

[35] La INICAPMAPR el 04 de diciembre de 2019 emitió Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2019-022, mediante el cual concluyó y recomendó lo siguiente:

“6. CONCLUSIONES

6.1. *El operador económico COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CAMEN INÉS CARVAJAL, CUPPHARMA S.A., tuvo pleno conocimiento, por las notificaciones efectivamente realizadas al correo electrónico ofplegal@gmail.com, señalado por su defensa legal técnica como medio de notificación oficial, de providencias de 19 de noviembre de 2019 a las 08h55 y 27 de noviembre de 2019 a las 09h35, por las cuales se dispuso que su anterior Gerente General y por tanto representante legal, en su periodo de funciones, señora CARMEN INÉS CARVAJAL AULESTIA comparezca, en la calidad antes mencionada, a la diligencia testimonial dispuesta.*

6.2. *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, CAMEN INÉS CARVAJAL, CUPPHARMA S.A., de manera injustificada no compareció a rendir su testimonio acorde a lo dispuesto por la autoridad.*

6.3. *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., no acató de manera justificada con lo dispuesto por la autoridad administrativa, incumpliendo con ello el literal c) del artículo 85 de la Ley Orgánica de Regulación del Poder de Mercado.*

7.RECOMENDACIONES

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 a 107 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, y literal c) del artículo 45 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder

de Mercado, esta Autoridad recomienda poner en conocimiento de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, el presente informe, para que en el marco de sus atribuciones, imponga multa coercitiva al operador económico COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL, CUPPHARMA S.A., por la inobservancia deliberada a las disposiciones de autoridad competente, que con base en lo permitido en el numeral 2 del artículo 49 de la LORCPM en concordancia con el artículo 45 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, llamó a rendir testimonio a la señora CARMEN INÉS CARVAJAL AULESTIA, anterior Gerente y representante legal.”

[36] Para demostrar las afirmaciones realizadas por la INICAPMAPR, se encuentra en el expediente administrativo SCPM-IIAPMAPR-014-2018, lo siguiente:

- (i) Providencia de 19 de noviembre de 2019 expedida a las 08h45, mediante la cual INICAPMAPR convocó a rendir testimonio a la señora **CARMEN INÉS CARVAJAL AULESTIA**, en su calidad de Gerente General del operador económico **CUPPHARMA** en su periodo de funciones, el lunes 25 de noviembre de 2019 a las 15h00 (Id 150173).
- (ii) Medio de verificación del correo electrónico enviado el 20 de noviembre de 2019 a las 12h50, mediante el cual se le notificó al operador económico **CUPPHARMA** la providencia de 19 de noviembre de 2019 (Id 150188).
- (iii) Razón de 25 de noviembre de 2019, suscrita por la Abg, Adriana Tapia en su calidad de Secretaria de Sustanciación ad-hoc, 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, tal y como se desprende de los medios de verificación que obran en el expediente administrativo SCPM-IIAPMAPR-014-2018 (Id. 140541).
- (iv) Providencia de 27 de noviembre de 2019 expedida a las 09h35, mediante la cual INICAPMAPR convocó, por segunda ocasión y bajo previsiones legales, a rendir testimonio a la señora **CARMEN INÉS CARVAJAL AULESTIA**, en su calidad de Gerente General del operador económico **CUPPHARMA** en su periodo de funciones, el lunes 02 de diciembre de 2019 a las 10h15 (Id 150943).
- (v) Medio de verificación del correo electrónico enviado el 27 de noviembre de 2019 a las 17h07, mediante el cual se le notificó al operador económico **CUPPHARMA** la providencia de 27 de noviembre de 2019 (Id 151062).
- (vi) Razón de 02 de diciembre de 2019, suscrita por la Abg, Adriana Tapia en su calidad de Secretaria de Sustanciación ad-hoc, 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, tal y como se desprende de los medios de verificación obrante en el expediente administrativo SCPM-IIAPMAPR-014-2018 (Id. 151092).

- [37] Mediante providencia de 09 de diciembre de 2019 expedida a las 17h10, la CRPI avocó conocimiento del expediente SCPM-CRPI, 036-2019, agregó al expediente el Informe SCPM-IGT-INICAPMAPR-2019-022, y lo notificó al operador económico **CUPPHARMA** para que en el término de tres (3) días ejerciera su derecho de defensa.
- [38] Mediante escrito de 11 de diciembre de 2019, signado con Id. 151765, el operador económico **CUPPHARMA** ejerció su derecho de defensa indicando lo siguiente:

“(…)

Que rechazo e impugno el numeral 6 “conclusiones” y el numeral 7 “Recomendaciones” del Informe SCPM-IGT-INICAPMAPR-2019-022, 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-2019-022, 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.”

- [39] Mediante Resolución de 23 de diciembre de 2019 expedida a las 13h30, la CRPI al constatar del acervo documental constante en el expediente administrativo SCPM-IIAPMAPR-014-2018, encontró que la ex representante legal del operador económico **CUPPHARMA** sin justificación alguna no acudió a rendir el testimonio al que fue convocada por dos ocasiones, y al verificar que el accionar de la INICAPMAPR no vulneró en modo alguno el numeral 7, literales b) y c), del artículo 76 y el artículo 226 de la Constitución Nacional, resolvió declarar como incumplido al operador económico **CUPPHARMA**, conceder un nuevo plazo para que la señora **CARMEN INES CARVAJAL AULESTIA** comparezca a rendir testimonio el 02 de enero de 2020 a las 12h00, y disponer a la INICAPMAPR que realice el seguimiento y verificación del cumplimiento de la resolución.
- [40] Mediante correo electrónico de 24 de diciembre de 2019, se notificó en debida forma la Resolución de 23 de diciembre de 2019 al operador económico **CUPPHARMA** al correo

electrónico ofplegal@gmail.com, tal y como consta el expediente SCPM-CRPI-036-2019 (Id 152822).

- [41] La INICAPMAPR el 03 de enero de 2019 emitió Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2020-002, 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 ELIZBETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPHARMA S.A., sin justificación alguna no compareció a rendir su testimonio acorde a lo dispuesto por la autoridad.

5.2. 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., no dio cumplimiento a la resolución de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, incumpliendo con ello el literal c) del artículo 85 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

7. RECOMENDACIONES

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 107 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, recomienda poner en conocimiento de la Comisión de Resolución de Primera Instancia el presente informe, y siga el trámite correspondiente al operador económico COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPHARMA S.A., conforme lo señalan los numerales 3 y 5 del artículo 78 ibídem.”

- [42] Mediante providencia de 04 de enero de 2020 expedida a las 13h20, la CRPI dispuso notificar al operador económico **CUPPHARMA** con el Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2020-002, para que en el término de tres (3) días ejerza su derecho de defensa.
- [43] Mediante correos electrónicos de 04 y 07 de enero de 2020 se notificó en debida forma la providencia de 04 de diciembre de 2019 al operador económico **CUPPHARMA** al correo

electrónico ofplegal@gmail.com, tal y como consta el expediente SCPM-CRPI-036-2019 (Id 153526). Asimismo, se notificó al casillero judicial No. 180, tal y como consta en el expediente SCPM-CRPI-036-2019 (Id 153522).

- [44] Mediante providencia de 08 de enero de 2020 expedida a las 16h40, la CRPI suspendió los términos procesales, y mediante la providencia de 20 de julio de 2020 expedida a las 11h10 levantó la mencionada suspensión.
- [45] Una vez fenecido el término de tres (3) días dispuesto en el Providencia de 08 de enero de 2020, el operador económico **CUPPHARMA** no ejerció su derecho de defensa, pese a ser notificado de las providencias de 08 de enero de 2020 y 20 de julio de 2020 al correo electrónico ofplegal@gmail.com, tal y como consta el expediente SCPM-CRPI-036-2019 (Ids 154828 y 165527).
- [46] De conformidad con lo narrado anteriormente, 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 02 de enero de 2020 a las 12h00. En consecuencia, la CRPI encuentra que dicho operador incumplió el nuevo plazo otorgado mediante la Resolución de 23 de diciembre de 2019, en el marco del numeral 5 del artículo 78 del IGPA, lo que lo hará acreedor de la multa plasmada en los literales c) de los artículos 85 de la LORCPM y 105 del RLORCPM.

6.3. No Justificación por parte de CUPPHARMA.

- [47] Como se indicó, el operador económico **CUPHARMA** no presentó justificación alguna para no cumplimiento del nuevo término otorgado en la Resolución de 23 de diciembre de 2019. Tampoco presentó documento alguno donde ejerciera su derecho de defensa dentro del término otorgado en la providencia de 04 de enero de 2020, 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.
- [48] No obstante lo anterior, la CRPI hace notar que la facultad de la INICAPMAPR para solicitar y receptar testimonios está amparada en los artículos 38, numeral 1, 48, 49, numeral 2, y 50 de la LORCPM. Además, la actividad de vigilancia y control de la SCPM se encuentra prevista en el artículo 213 de la Constitución Nacional, así:

“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

(...)”

- [49] Si bien la CRPI mediante Resolución de 23 de diciembre de 2019 mostró que el testimonio convocado por la INICAPMAPR es absolutamente constitucional, aprovecha la oportunidad para reiterar que la convocatoria a rendir testimonio de ninguna manera vulnera el derecho al debido proceso previsto en el artículo 76 de la Constitución Nacional. La función de inspección y vigilancia de las Superintendencias, específicamente la de la SCPM, requieren la práctica de pruebas y dentro de ellas la recepción de testimonios. No cumplir los requerimientos de la autoridad es una infracción de una extrema gravedad, ya que no sólo entorpece el desarrollo de la investigación particular, sino agravia al sistema regulatorio plasmado en la propia Constitución.

7. DECLARACIÓN DE INCUMPLIMIENTO DE ENTREGA DE INFORMACIÓN

- [50] El operador económico **CUPPHARMA** tuvo tres (3) 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.
- [51] Pese a las tres oportunidades otorgadas, dos (2) por la INICAPMAPR y una (1) por la CRPI, el operador económico prefirió incumplir de manera consciente y deliberada. Además, para salvaguardar su derecho a la defensa y de contradicción se le concedió oportunidad para que justifique el incumplimiento conforme los numerales 2) y 4) del artículo 78 del IGPA.
- [52] 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 del IGPA, que establecen:

“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:

(...)

- 3. Notificar, examinar y receptar 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. 45.- PROCEDIMIENTO DE LA DECLARACIÓN O TESTIMONIO.-
Para la Declaración o testimonio que deban receptar 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 receptarán, 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.*

(...)”

- [53] 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

- [54] 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

- [55] 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:

(...)”

- [56] El artículo 107 del RLORCPM 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.*

- [57] 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;”

- [58] 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.

- [59] 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.
- [60] 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.
- [61] 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.
- [62] 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.

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: “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:

(...)

- [63] De conformidad con lo anterior, la CRPI en este caso deberá imponer la multa velando 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).*

- [64] 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 multa coercitiva.

- [65] 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”

- [66] 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”.

- [67] 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.”

- [68] 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).

- [69] 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.

- [70] 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).

- [71] 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).

- [72] 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.
- [73] En el presente caso la resolución de 23 de diciembre de 2019, mediante la cual se declaró como incumplido al operador económico **CUPPHARMA**, fue notificada el 24 de diciembre de 2019 (Id 152822). Desde dicha fecha hasta la fecha de expedición de la presente Resolución han transcurrido, restando los días de la suspensión dispuesta mediante providencia de 8 de enero de 2020 expedida a las 16h40, 20 días.
- [74] Al multiplicar los 20 días de retraso por USD \$ 400, nos da una multa de US \$ 8.000.00.

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 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

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).

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.

SEXTO.- NOTIFICAR 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