



Superintendencia
de Control del
Poder de Mercado

- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Control del Poder de Mercado
- **Órgano de Sustanciación:** Comisión de Resolución de Primera Instancia
- **Expediente:** No. 033-SCPM-CRPI-2014
- **Denunciante:** Intendencia de la Abogacía
- **Denunciada:** Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana DIFARE S.A.

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- Quito, DM, 12 de enero del 2015, a las 09h45.- Dentro del presente expediente administrativo, en mi calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado, conforme al nombramiento cuya copia certificada ya consta en el expediente, se dispone agregar al proceso el acta de audiencia, el CD que contiene la grabación en audio y video de la referida diligencia así como los documentos entregados en la exposición. En uso de mis facultades legales, estando el proceso para resolver, **SE CONSIDERA:**

PRIMERA.- COMPETENCIA.- En virtud de lo dispuesto en el Art. 44 numeral 2 de la Ley de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta Autoridad es competente para conocer y resolver el Recurso de Apelación interpuesto.

SEGUNDA.- VALIDEZ PROCESAL.- La tramitación del expediente en esta instancia jerárquica, no adolece de vicios de procedimiento ni se han omitido solemnidades sustanciales que puedan generar nulidad procesal, por lo que esta Autoridad declara la validez del mismo.

TERCERA.- LEGALIDAD DEL RECURSO.- Los impugnantes, han presentado su Recurso de Apelación dentro del término legal, cumpliendo así el principio de oportunidad garantizado en la Ley de Regulación y Control del Poder de Mercado en el Artículo 67.- Recurso de Apelación o Jerárquico.- *“Los actos administrativos emitidos en virtud de la aplicación de esta Ley podrán ser elevados al Superintendente de Control del Poder de Mercado mediante recurso de apelación, que se presentará ante éste. También serán susceptibles de recurso de apelación actos administrativos en los que se niegue el recurso ordinario y horizontal de reposición. El término para la interposición del recurso será de 20 días contados a partir del día siguiente al de la notificación del acto administrativo recurrido. Transcurrido dicho término sin haberse interpuesto el recurso, el acto administrativo será firme para todos sus efectos. El recurso se concederá solo en el efecto devolutivo. El plazo máximo para dictar y notificar la resolución será de 60 días calendario. Contra el acto o resolución*

que conceda o niegue el recurso de apelación no cabrá ningún otro recurso en vía administrativa”.

CUARTA.- PROVIDENCIA IMPUGNADA.- La Compañía Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana DIFARE S.A., mediante escrito de fecha 23 de octubre del 2014, suscrito por la Dra. María Teresa Lara Abogada de la pre nombrada compañía presenta RECURSO DE APELACIÓN y solicita que el señor Superintendente de Control del Poder de Mercado, REVOQUE la providencia de 21 de octubre del 2014, a las 14h30, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, en la que Resuelve: “negar la solicitud de revocatoria de la Resolución de 21 de agosto del 2014, a las 9h42 por improcedente”, misma que obra a folios 1448 del expediente.

QUINTA.- ACTO APELADO POR LOS IMPUGNANTES Y FUNDAMENTOS DE HECHO.-

1.- El señor Fernando Enrique Cueva Mejía en calidad de Vicepresidente Ejecutivo y Representante Legal de la compañía Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana DIFARE S.A., dentro del expediente No. 0033-SCPM-CRPI-2014, iniciado por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, presenta un escrito con fecha 23 de octubre del 2014, en el que expone “(...) una vez que he sido notificado mediante providencia de 21 de octubre del 2014, a las 14h30, por la que entre otras cosas, se RESUEVE negar la solicitud de revocatoria de la Resolución de 21 de agosto del 2014, a las 9h42 (...) comparezco (...) con el objeto de interponer RECURSO DE APELACIÓN de la referida providencia para ante el señor Superintendente de Control del Poder de Mercado (...) con sujeción a los siguientes términos: “(...) la providencia de 21 de octubre del 2014, a las 14h30, en la que se RESUELVE: “*Negar la solicitud de revocatoria de la Resolución de 21 de agosto del 2014, a las 9h42, por improcedente*”, **tiene carácter de auto con fuerza de sentencia y además ocasiona un gravamen irreparable a mi representada, por las razones que se explican seguidamente:**”

- a) “(...) la providencia emitida el 21 de octubre de 2014, a las 14h30, por Ustedes señores Comisionados, constituye una providencia apelable con sujeción a lo dispuesto en el Art. 330 del CPC.
- b) La providencia del 21 de octubre del 2014, a las 14h30, ocasiona un gravamen irreparable definitivo a mi representada, dado por la circunstancia de que al no aceptarse mi pedido de Revocatoria de la Resolución de 21 de agosto del 2014, la declaratoria de incumplimiento en contra de DIFARE que consta en la referida Resolución, **constituye una circunstancia agravante** que podría ser considerada por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado para el



cálculo del importe de multas que en el futuro pudieran llegar a ser impuestas. Lo anterior, con sujeción a lo dispuesto en los literales a) y d) del Art. 81 de la LORCPM (...) de acuerdo con el Art. 328 del CPC, la apelación debe ser interpuesta dentro del término de tres días (...) a la presentación de este recurso me encuentro dentro del término de los tres días (...)"

2.- "(...) son jurídicamente inaceptables y contrarias al sentido común, las razones expuestas por la Comisión de Resolución de Primera Instancia para no aceptar mi pedido de revocatoria de la Resolución de 21 de agosto del 2014, a las 09h42, de manera particular, las relacionadas con la errónea apreciación realizada por los señores Comisionados en el sentido de que la Resolución de 21 de agosto del 2014, tendría *"carácter declarativo y resolutivo"* y en consecuencia, no podría ser revocada por el mismo organismo que la expidió, porque según se expresa *"resuelve el asunto principal del Expediente y los comisionados que dictaron esta resolución no pueden revocarla ni alterar su sentido"*(...) encontramos entonces que la Comisión de Resolución de Primera Instancia con la Resolución de 21 de agosto del 2014, INICIO el Procedimiento por incumplimiento en contra de mi representada, le asignó una numeración, y actuó una serie de diligencias procesales adicionales, además de declarar el incumplimiento en contra de mi representada, le asignó una numeración, y Comisión de Resolución de Primera Instancia en la Providencia de 21 de agosto de 2014, **nos permite concluir que esta Resolución no tiene el carácter de sentencia como equivocadamente ha señalado la Comisión, dado que se trata de una Resolución con la que se está iniciando la sustanciación de un Procedimiento y para su sustanciación, se dispone la práctica de varias diligencias como las descritas** (...) la resolución del 21 de agosto del 2014 emitida por la Comisión, constituyó un acto procesal de iniciación, porque con ella se dio apertura al Procedimiento por incumplimiento y además, de desarrollo, por el resto de diligencias que se dispusieron sean cumplidas luego de su emisión. Pero la Resolución de 21 de agosto del 2014, **NO es un acto de DETERMINACIÓN porque a través de ella NO se CONCLUYÓ el Proceso Administrativo** iniciado en contra de mi representada (...) la Resolución de 21 de agosto del 2014, emitida por la Comisión, no tiene el carácter de declaratoria y resolutoria como se manifiesta, porque en ella no se resolvió el asunto principal del Expediente, y por el contrario, se trata de una providencia que reúne las características consideradas por nuestra normativa procesal para los decretos (...) solicito que el señor Superintendente de Control del Poder de Mercado, **REVOQUE la providencia de 21 de octubre del 2014, a las 14h30, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia.**

3.- Mediante providencia de fecha 27 de octubre de 2014, las 14h00, la Comisión de Resolución de Primera Instancia dispone: (...) atento al escrito firmado por la Dra.

María Teresa Lara Z., a nombre del señor Fernando Enrique Cueva Mejía, Vicepresidente Ejecutivo y Representante Legal de la compañía Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana S.A. DIFARE, que llega a conocimiento de esta Comisión el 24 de octubre de 2014, a las 14h30, por haberse presentado dentro de término y de conformidad con el Art. 67 de la LORCPM, se concede el recurso interpuesto solo en el efecto devolutivo (...)

SEXTA.- MEMORIA PROCESAL.- Dentro del proceso se ha realizado lo siguiente:

1.- A fojas 1, consta el oficio SCPM-IAC-105-2014, de fecha 25 de marzo del 2014, suscrito por el Econ. David Gutiérrez Luna, Intendente de Abogacía de la Competencia (E), dirigido al señor Ing. Julio César Ocaña Moreira, Gerente General de Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana DIFARE S.A., mediante el cual expresa: “La Superintendencia de Control del Poder de Mercado en ejercicio de las atribuciones conferidas en el artículo 38, numeral 1, de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, el cual establece que: “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 neCésarias (...), en concordancia con el artículo 50 del mismo cuerpo legal que estipula “(...) 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 (...), por lo cual, en vista que la Intendencia de Abogacía de la Competencia al estar realizando un estudio e investigación de mercado referente al sector farmacéutico en el Ecuador solicitó a la Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana DIFARE S.A., mediante oficio No. SCPM-IAC-105-2014 de fecha 25 de marzo del 2014, por intermedio del Intendente de Abogacía de la Competencia (E), Econ. David Gutiérrez Luna, se remita a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, la siguiente información: Plantilla 1: Información del Grupo Económico al que pertenecen, detallando las farmacias asociadas, distribuidores de productos farmacéuticos, productores, importadores y laboratorios, y proveedores varios. Plantilla 2: Información detallada de cada una de las farmacias y botiquines pertenecientes al grupo desde el año 2008 al 2013. Plantilla 3: Información detallada de los cupos de establecimientos farmacéuticos que tiene el grupo económico en el



periodo comprendido entre 2011 al 2013.- Plantilla 4: Información estadística de las ventas realizadas por todas las farmacias y botiquines pertenecientes al grupo en el periodo comprendido entre el año 2008 al 2013 (...) **esta información sírvase remitir en un término de 15 días**" (lo subrayado en mío).

2.- El Intendente de Abogacía de la Competencia (E), Econ. David Gutiérrez Luna mediante oficio No. SCPM-IAC-117-2014, de fecha 02 de abril del 2014, dirigido a Ing. Julio César Ocaña Moreira, Gerente General de DIFARE S.A., manifiesta "(...) conforme a los temas tratados en la reunión mantenida el 02 de abril del 2014 con el señor Julio Cueva Aguilar, Jefe Corporativo de Inteligencia Empresarial de Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana Difare S.A., se ha visto la necesidad de solicitar de la manera más comedida se remita a esta Superintendencia, mediante la creación de una cuenta de usuario para tener acceso vía internet a la información de la georreferenciación de distritos, circuitos y cupos de farmacias a nivel nacional que su empresa dispone (...) " (fs. 4).

3.- El señor Ing. Julio César Ocaña Moreira, en calidad de Vicepresidente Ejecutivo y Representante Legal de la compañía Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana DIFARE S.A., con fecha 14 de abril del 2014 dando contestación al oficio No. SCPM-IAC-117-2014, de fecha 02 de abril del 2014 expone: "(...) se ha visto la necesidad de solicitar de la manera más comedida, se permita a esta Superintendencia, mediante la creación de una cuenta de usuario para tener acceso vía internet a la información de la georreferenciación de distritos, circuitos y cupos de farmacias a nivel nacional que su empresa dispone". Además, se agrega que "... el acceso a esta información sírvase muy gentilmente realizarla en un término de diez (10) días (...) por lo expuesto vendrá en su conocimiento señor Intendente, que al haberse pedido la creación de una cuenta de usuario para **tener acceso vía internet** a la información de nuestra base cartográfica digital, su pedido lamentablemente no puede ser atendido, pues tenemos la limitación de acceso de usuarios señalado por el Contratista, dado que las especificaciones técnicas exigen trabajar con una dirección IP PRIVADA (...) finalmente y considerando la sensibilidad comercial de la información entregada para sustentar documentadamente la imposibilidad técnica de atender su pedido, con fundamento en el Art. 39 de la Ley Orgánica de Control del Poder de Mercado, en concordancia con el Art. 3 de su Reglamento, solicito a usted señor Intendente, se sirva declarar conforme corresponde, la reserva y confidencialidad del Contrato de Prestación de Servicios y de la Certificación extendida por nuestra proveedor (fs.6).

4.- El señor Ing. Julio César Ocaña Moreira, en calidad de Vicepresidente Ejecutivo y Representante Legal de la compañía Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana DIFARE

S.A., con fecha 16 de abril del 2014, dirige un escrito al Intendente de Abogacía de la Competencia (E), Econ. David Gutiérrez Luna, dando respuesta al requerimiento de información realizado mediante oficio No. SCPM-IAC-105-2014, de 25 de marzo del 2014 e indica: “(...), se ha señalado que la información requerida deberá ser remitida (...) en un término de quince (15) días (...) mediante resolución de 16 de enero del 2013, la Intendencia de Control de Concentraciones dentro del expediente No. SCPM-ICC-EXP-005, como consecuencia de mi representada puso en conocimiento de ese organismo de manera VOLUNTARIA la realización de una operación de Integración Operativa de empresas que pertenecían al Grupo Difare CIA. LTDA., se autorizó al grupo Holding Difare CIA. LTDA., continuar con la referida Integración Operativa, con sujeción a lo que disponen las leyes de la materia. En consecuencia mi representada se encuentra actuando en el segmento de la comercialización de medicinas bajo la razón social DISTRIBUIDORA FARMACÉUTICA ECUATORIANA (DIFARE) S.A., exclusivamente desde el primero de Diciembre del 2012. Particular que Usted se servirá tener en cuenta señor Intendente, para el análisis de la información que nos encontramos entregando, particularmente en relación con los años anteriores a esta Integración Operativa (...)”; entrega la información requerida en la plantilla 1, y adicionalmente informa que en el requerimiento de la plantilla 2 no disponen de dirección de correo electrónico para cliente externo y es por esta razón, que no se ha incluido esta información; en la plantilla 3 no se ha incluido información sobre Cantón y Distrito en vista que no disponen en su base de datos; en la plantilla 4, consignan las ventas totales incluido IVA. (fs.16).

5.- A fojas 21 consta un e mail dirigido al Ing. Julio César Cueva DIFARE S.A., por parte de Francisco López, Analista de Mercados de la Intendencia de Abogacía de la Competencia (IAC), en el que solicita: “(...) con respecto a la plantilla 4 en el que indica “(...) *se ha consignado información correspondiente a las Ventas Netas Totales, lo que*

incluye los precios finales de los productos más IVA. Es importante realizar esta aclaración porque no fue posible durante el tiempo concedido para la entrega de la información, desglosar el IVA y menos aún, hacerlo por cada ítem de producto requerido (...)”. En ese sentido, me permito aclararle que el estudio de mercado que nos encontramos realizando sobre el sector farmacéutico, toda la información solicitada a los operadores económicos debe ser homogénea, por lo que requerimos envíen las Ventas Netas, es decir, desglosado el IVA por cada una de las categorías y de las Ventas Netas Totales (...) hemos decidido otorgarles una prórroga de cinco (5)



días término para la entrega de esta información la misma que comienza a recurrir al día siguiente del recibimiento de esta notificación, es decir el día 24 de abril del 2014 (...)"

6.- La Dra. María Teresa Lara (DIFARE), mediante escrito de fecha 30 de abril del 2014, dirigido al Intendente de Abogacía de la Competencia manifiesta "(...) con la finalidad de cumplir con el nuevo requerimiento (...) se sirva extender la prórroga inicialmente dada por 3 días hábiles adicionales (...)" (fs. 24)

7.- Mediante correo electrónico de fecha 05 de mayo del 2014, enviado por la Dra. María Teresa Lara, dirigido al Ing. Francisco López, en el cual informa: "(...) le aseguramos que la información por Ustedes requerida les estará siendo entregada el día de mañana 6 de mayo (...)" (fs.28).

8.- DIFARE S.A., mediante escrito de fecha 06 de mayo del 2014, entrega la información solicitada por la IAC, (fs.31)

9.- El Ing. Christian Ruíz, MA, Intendente de la Abogacía de la Competencia (E), mediante oficio SCPM-IAC-170-2014, de fecha 09 de mayo del 2014, dirigido a Julio César Ocaña Moreira, Gerente General de DIFARE S.A., en el que manifiesta que la información requerida a la Compañía DIFARE S.A., tiene observaciones en las Plantillas 1, 2, 3, 4, por lo que, concede el término de CINCO (5) días improrrogables, contados desde el día siguiente a la notificación, con la finalidad de que el operador económico cumpla con el requerimiento de información realizado mediante oficio No. SCPM-IAC-105-2014 de fecha 25 de marzo de 2014 (fs. 34).

10.- Con fecha 19 de mayo del 2014, mediante escrito dirigido al Ing. Christian Ruíz suscrito por la Dra. María Teresa Lara, mediante el cual da contestación al oficio SCPM-IAC-170-2014, de 9 de mayo de 2014, recibido el 12 de mayo de 2014, y en sus explicaciones y criterios aclaratorios respecto de la entrega de información expone en resumen lo siguiente: "1.- (...) la información que nos ha sido solicitada fue siempre de las "farmacias y botiquines pertenecientes al Grupo Difare" y solo en el oficio No. SCPM-IAC-170-2014 de 9 de mayo del 2014, al que me encuentro dando respuesta, es que se solicita información del total de farmacias, haciendo referencia a las farmacias propias y a las "franquiciadas". Por lo anterior, es que mi representada, ha venido presentando información exclusivamente de farmacias y botiquines pertenecientes a Difare; en consecuencia no consideró la inclusión de las farmacias franquiciadas Cruz Azul (...)" 1.- La información que hemos consignado en las

plantillas Nos. 1, 2, 3, y 4, respecto de farmacias franquicias Cruz Azul, corresponde a establecimientos comerciales que **NO son de propiedad de Difare**. Por la naturaleza jurídica de los Contratos de Franquicia que tenemos suscritos con estos establecimientos comerciales, **cada farmacia franquiciado es independiente**. 2.- Al tratarse de establecimientos comerciales que no son de propiedad de Difare no disponemos de información que la Intendencia nos está solicitando y el levantamiento de esta información significaría que tendríamos que contactar a cada una de las farmacias franquiciadas, y realizar una tarea de levantamiento de esta información “in situ”, lo que podría durar 30 días o más, dado que mi representada dispone solo de la información requerida para el funcionamiento y administración del Contrato de Franquicia 3.- la información sobre las ventas y toda la información comercial que consta consignada en la Planilla No. 4 no incluye todas las ventas que debe realizar cada una de las farmacias franquiciadas sino exclusivamente de los productos que son adquiridos a Difare. Como corresponde cada establecimiento franquiciado está en facultad de comprar productos de otros distribuidores locales (...) por esta razón tampoco disponemos de información sobre ventas totales realizadas por estas farmacias franquiciadas. 4.- en la Plantilla No. 1 no disponemos del nombre actual del representante Legal de cada establecimiento franquiciado, porque podría ser que desde la suscripción del contrato de franquicia hasta la fecha, se hayan dado cambios en la representación que no nos han sido reportados (...) 5.- en la Plantilla No. 2 no disponemos del nombre Químico Bioquímico Farmacéutico de la farmacia franquiciada 6.- se agrega una nueva Plantilla No. 2 sobre las farmacias propias, en la que hemos considerado a todos los establecimientos por años (...) 7.- en la Plantilla No. 3, no disponemos del nombre del propietario del Cupo porque esta es información que la maneja cada establecimiento franquiciado. 8.- en ninguna de las Plantillas disponemos del Cantón, porque no registramos esta data en nuestra base de datos y tampoco lo exige el Contrato de Franquicia, pero podríamos levantarla en un plazo adicional luego de que consigamos actualizar el domicilio de cada establecimiento propio y de los franquiciados (...)” (fs. 37 a 41).

11.- El Intendente de la Abogacía de la Competencia (E), Ing. Christian Ruíz mediante oficio SCPM-IAC-181-2014, de fecha 27 de mayo de 2014, dirigido a Julio César Ocaña Gerente General de DIFARE S.A., mediante el cual, en respuesta a la comunicación de fecha 19 de mayo de 2014, recibida el mismo día a las 14h52, en la que se entrega la información requerida, manifiesta las siguientes observaciones: “Plantilla 1: el listado de farmacias debe contener solo las farmacias propias y franquicias ABIERTAS hasta el 31 de diciembre de 2013 (...) Plantilla 2: se debe enlistar el TOTAL (tanto propias como franquiciadas) de farmacias relacionadas con



Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana (Difare) S.A. EN CADA AÑO entre el año 2008 al 2013, falta información de la columna "Cantón". Las columnas "Fecha de apertura" y "Fecha de cierre" DEBEN llenarse (...) Plantilla 3: se debe enlistar el TOTAL de farmacias relacionadas con Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana (Difare) S.A. EN CADA AÑO entre el año 2011 al 2013. Falta información de la columna "Cantón" y "Propietario del cupo". La información de las columnas "Distrito" y "Circuito" DEBEN llenarse con la codificación emitida por la SENPLADES en el Registro Oficial No. 290 de fecha 28 de mayo de 2012. Plantilla 4: (...) la información que se solicita en la Plantilla No. 4 busca obtener las ventas netas totales de las farmacias, más no las compras realizadas por éstas. Siendo así se solicita se remita a esta Superintendencia una copia notariada de cada uno de los tipos de contratos que se hayan suscrito entre su representada y las farmacias franquiciadas (...) finalmente, y aclarando que el día 2 de abril de 2014, se mantuvo una reunión con el Sr. Julio Cueva Aguilar, Jefe Corporativo de Inteligencia Empresarial de Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana (Difare) S.A., en la cual se aclararon las dudas acerca de la información solicitada, me permito invitar a usted a una nueva entrevista con las autoridades de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, para aclarar nuevamente los requerimientos (...) (fs. 52) .

12.- Con fecha 28 de mayo del 2014, la Dra. María Teresa Lara mediante escrito dirigido al Ing. Christian Ruíz, Intendente de Abogacía de la Competencia (E) dice: "(...) se nos informa sobre observaciones adicionales que existirían con respecto de la información presentada ante esa entidad por mi representada el 19 de mayo del 2014, y al mismo tiempo, se nos requiere información adicional y se nos convoca a una Reunión de Trabajo para el día 29 de mayo de 2014, comparezco ante Usted señor Intendente, con el fin de manifestar y solicitar lo siguiente: (...) solicitamos se sirva diferir la realización de la Reunión de Trabajo que ha sido convocada para el día viernes 30 de mayo, a las 10h00 (...) (fs.57).

13.- Mediante oficio SCPM-IAC-185-2014, de fecha 2 de junio de 2014, suscrito por el Ing. Cristian Ruíz dirigido al Ing. Julio César Ocaña Moreira, Gerente General de Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana (Difare) S.A., hace un alcance al oficio SCPM-IAC-181-2014, de fecha 27 de mayo de 2014 y en concordancia a la reunión mantenida el día 30 de mayo de 2014 (...) se solicita una copia notariada de cada uno de los contratos que se hayan suscrito entre su representada y las farmacias franquiciadas entre el año 2012 al 2014. Los contratos deben provenir de doce (12) provincias diferentes, es decir, se debe enviar el total de treinta y seis (36) contratos

(tres por cada provincia-entre 2012 a 2014) (...) esta Autoridad le concede el término de CINCO (5) días improrrogables (...)” (fs.59).

14.- Mediante oficio SCPM-IAC-186-2014, de fecha 2 de junio de 2014, suscrito por el Ing. Cristian Ruíz dirigido al Ing. Julio César Ocaña Moreira, Gerente General de Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana (Difare) S.A., solicita: “(...) en relación a la reunión mantenida entre funcionarios de la Superintendencia (...) se solicita: “Plantilla 2: llenar la columna “Cantón”, “Fecha de apertura” y “Fecha de cierre”. Alunas farmacias que tienen diferentes nombres, tienen la misma dirección (...) Plantilla 3: llenar la información de las columnas “Cantón”, y “Propietario del cupo” (...) La información de las columnas “Distrito” y “Circuito” DEBEN llenarse con la codificación emitida por la SENPLADES en el Registro Oficial No. 290 de fecha 28 de mayo de 2012 (...) en el caso de las farmacias propias ésta debe ser entregada en un plazo máximo de quince (15) días improrrogables, mientras que para el caso de farmacias franquiciadas ésta debe ser entregada en un plazo máximo de treinta (30) días improrrogables (...)” (fs. 60).

15.- Mediante escrito de fecha 09 de junio de 2014, suscrito por la Dra. María Teresa Lara de Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana (Difare) S.A., dirigido al Econ. David Gutiérrez Luna, Intendente IAC, indica: “(cumpliendo con el requerimiento y dentro del término dispuesto, adjunto se servirá encontrar señor Intendente los 36 contratos de franquicia solicitados en copias certificadas (...)” (fs. 62 a 65).

16.- Con fecha 16 de junio de 2014, la Dra. María Teresa Lara (Difare) solicita al Ing. Christian Ruíz, Intendente IAC, por medio de la cual entrega información correspondiente a las Plantillas 2 y 3 y solicita se declare la reserva y confidencialidad de la información entregada (fs. 226).

17.- Mediante escrito con fecha 24 de junio del 2014, dirigido al Ing. Christian Ruíz, Intendente IAC, el señor Ing. Julio César Antonio Ocaña Moreira, Gerente General de Difare S.A., manifiesta: “(...) cumpliendo con lo requerido y dentro del plazo dispuesto, presentamos ante Usted señor Intendente, el 16 de junio del 2014, en CD sin protección alguna y en formato Excel, la información correspondiente a las plantillas 2 y 3 (...) sin embargo, posterior a su presentación, hemos identificado que por un error administrativo involuntario, en las Plantillas 2 y 3 solo se incluyó información de los establecimientos abiertos y cerrados y no del total de establecimientos (...) en base a los antecedentes expuestos, agradecemos su comprensión señor Intendente y volvemos a adjuntar en CD sin protección alguna (...)



(fs.231) Mediante oficio SCPM-IAC-203-2014, de fecha 25 de junio de 2014, suscrito por el Ing. Christian Ruíz, Intendente IAC, dirigido al Ing. Julio César Ocaña Moreira, Gerente General de Difare S.A., se le hace conocer lo siguiente: "(...) en relación a los contratos solicitados mediante oficio SCPM-IAC-185-2014, de fecha 2 de junio de 2014, una vez analizados éstos se pudieron obtener las siguientes observaciones: los contratos previos a la expedición de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado que han sido autorizados, es decir, los suscritos antes del 13 de octubre del 2011 y los contratos posteriores a la expedición de la ley ibídem hasta el año 2013, contienen la misma observación con respecto a la facultad del franquiciador a acceder física o virtualmente al sistema informático del franquiciado para extraer cualquier información que considere neCésaria con respecto a las ventas (...) la Cláusula Décimo Quinta del contrato: Obligaciones del Franquiciado, en su inciso 15.1 indica lo siguiente: (...) permitir y autorizar previa coordinación **el libre y permanente acceso** sea físico o virtual, al sistema informático de FRANQUICIADO para extraer toda la información que el FRANQUICIADOR considere neCésaria respecto al funcionamiento de su negocio tales como **ventas**, inventario, gastos, rentabilidad, compras, etc. De igual manera, en los contratos suscritos en el año 2014, se indica en la Cláusula Décimo Sexta: Obligaciones del Franquiciado, en su inciso 16.1 indica lo siguiente: (...) permitir y autorizar previa coordinación **el libre y permanente acceso** sea físico o virtual, al sistema informático de FRANQUICIADO para extraer toda la información que el FRANQUICIADOR considere neCésaria respecto al funcionamiento de su negocio tales como **ventas**, inventario, gastos, rentabilidad, compras, etc. (...) el operador económico Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana (Difare) S.A. tiene completo y libre acceso a la información de ventas de sus farmacias franquiciadas (...) se solicita nuevamente y de manera urgente e improrrogable el envío de la información de las VENTAS NETAS de TODAS las farmacias y franquicias entre el año 2008 al 2013 (...) para lo cual esta Autoridad concede el término de CINCO (5) días improrrogables (...)" (fs.230), (lo subrayado es mío).-

18.- Mediante escrito de fecha 1 de julio del 2014, presentado por la Dra. María Teresa Lara, abogada de DIFARE S.A., dirigido al Ing. Christian Ruíz, Intendente de Abogacía de la Competencia encargado, entrega la información solicitada mediante oficio SCPM-IAC-186-2014, de fecha 2 de junio de 2014, y solicita se declare conforme corresponda la reserva y confidencialidad de la información entregada (fs. 233).

19.- Mediante escrito de fecha 3 de julio del 2014, presentado por la Dra. María Teresa Lara, abogada de DIFARE S.A., dirigido al Ing. Christian Ruíz, Intendente de Abogacía de la Competencia encargado, da respuesta al oficio No. SCPM-IAC-203-2014 de 25 de junio del 2014, en el cual manifiesta la imposibilidad de entregar dentro de los 5 días hábiles la información requerida en la plantilla No. 4 y adicionalmente expone “(...) es verdad señor Intendente que en nuestros Contratos de Franquicia se encuentra expresa como **Obligación de las Farmacias Franquiciadas** la entrega de información a DIFARE relacionado con el funcionamiento de su negocio y entre tal información, uno de los ítems a los que podemos acceder es al de ventas. Sin embargo, hay que tener en cuenta que por la confidencialidad y reserva de esta información, en los propios Contratos de Franquicia se estipula que es necesaria una “previa coordinación” entre las Farmacias Franquiciadas y el Franquiciador para acceder a esta información, por lo que en la práctica y en atención al Modelo de Negocio que para farmacias franquiciadas viene aplicando y desarrollando mi representada, **nos hemos limitado a acceder al volumen de esas ventas, pero sin descender al desglose de la información que requiere esa autoridad en la Plantilla No. 4** (...) la información con la que cuenta DIFARE sobre sus farmacias franquiciadas respecto de sus Ventas es solamente referencial para fines de diseño de estrategias comerciales, no llega al desglose de los ítems requeridos por la Intendencia mediante Plantilla No. 4, y lo que es más preocupante, no sigue un proceso de validación posterior vía fuentes oficiales, por lo que podrían existir variaciones entre los levantado manualmente por DIFARE y la información incluida por las farmacias franquiciadas en sus declaraciones ante el Servicio de Rentas Internas o Superintendencia de Compañías (...) el modelo de negocio y alcance de nuestro sistema Neptuno no nos permite consignar el desglose de información requerida en la Plantilla No. 4 anexa al oficio SCPM-IAC-105-2014 de 25 de marzo del 2014. Sin embargo y considerando que el Contrato de Franquicia nos faculta para requerir información a nuestros franquiciados, incluso con el alcance solicitado por esta Intendencia en la Plantilla No. 4, estaríamos prestos a iniciar un proceso de levantamiento de información manual punto a punto a nivel nacional, bajo el procedimiento manual expuesto, para lo cual apelamos a su sensibilidad en el otorgamiento de un plazo no menor a los 60 días para cumplir con esta actividad (...) si Usted considera necesario señor Intendente que los argumentos expuestos deben ser aclarados/ampliados de mejor manera, estamos prestos a mantener una reunión de trabajo (...)” (fs. 235 a 239).

20.- Mediante oficio No. SCPM-IAC-220-2014, de fecha 14 de julio del 2014, dirigido al Ing. Julio César Ocaña Moreira, Gerente General de Difare S.A., suscrito por el Ing. Christian Ruíz, Intendente de Abogacía de la Competencia encargado, mediante el cual



hace referencia al requerimiento de información realizado por parte de esta Superintendencia mediante oficio No. SCPM-IAC-105-2014 de fecha 25 de marzo de 2014, y expresa "(...) cabe recalcar que la IAC remitió varios oficios al operador económico Distribuidora Farmacéutica del Ecuador Difare S.A., con respecto al requerimiento de información enviado mediante oficio No. Scpm-iac-105-2014 de fecha 25 de marzo de 2014. Dentro de los oficios enviados, mediante oficio SCPM-IAC-170-2014, de fecha 9 de mayo de 2014, se realizó el requerimiento puntual del alcance de la información solicitada, especificando que ésta debía ser entregada tanto de las farmacias propias, como franquiciadas. De acuerdo a lo señalado han transcurrido más de 60 días desde el primer requerimiento puntual por parte de la IAC, con respecto a la información de la Plantilla No. 4, y en vista de que el operador económico Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana (Difare) S.A. siempre tuvo la facultad para requerir información a sus franquiciados, incluso del alcance solicitado por ésta Intendencia, se determina que el plazo solicitado no procede (...) en tal razón, bajo prevenciones legales (...) se ordena al operador económico Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana (Difare) S.A. que en el término de CINCO (5) días improrrogables contados desde el día siguiente a la notificación del siguiente oficio, con la finalidad de que cumpla con la obligación de colaboración con esta Autoridad y entregue la información faltante (...)” (fs. 243 a 246).

21.- A fojas 247 consta el registro de reunión de fecha 15 de julio de 2014, realizada entre servidores de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado y (Difare) S.A.

22.- Con fecha 22 de julio del 2014, mediante escrito dirigido al Ing. Christian Ruiz, Intendente de Abogacía de la Competencia encargado suscrito por la Dra. María Teresa Lara abogada de Difare S.A., entrega información requerida mediante oficio No. SCPM-IAC-220-2014 de 14 de julio del 2014, en el que concluye: "(...) ratificamos nuestro compromiso señor Intendente de seguir colaborando con la Superintendencia de Control del Poder de Mercado en la entrega de información de la que disponemos y de levantar información de que no disponemos, dentro de plazos razonables que posibiliten se cumplimiento, y en tal sentido, solicitamos a Usted señor Intendente, concedernos una última prórroga de 5 días hábiles, en los cuales, considerando que nos encontramos en proceso de levantamiento de información que nos será proporcionada por nuestras franquiciadas, lograremos levantarla y entregarla con el nivel de detalle requerido en la Plantilla No. 4 (...)” (fs. 249 a 255).

23.- Con fecha 31 de julio de 2014, el Ing. Christian Ruíz, Intendente de Abogacía de la Competencia mediante memorando SCPM-IAC-240-2014-M, dirigido al Dr. Bernardo Jaramillo Sáenz, Comisionado, envía un informe previo de incumplimiento fundamentado en el artículo 106 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (fs. 267).

24.- A fojas 268 consta el Informe No. SCPM-IAC-013-2014, correspondiente al incumplimiento de Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana DIFARE S.A., de la obligación de colaborar con los órganos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado en el que concluye: “(...) la Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana DIFARE S.A. no ha entregado la información requerida por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (...) la Intendencia determina que existe incumplimiento de la obligación de “suministrar información que requiere la Superintendencia así como de prestar la colaboración que está requerida”, establecida en artículo 105 letra d) del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado”; en el mismo informe recomienda “Se pone en consideración de la Comisión de Resolución de Primera Instancia el presente informe, a fin de que ésta proceda conforme lo establecido en el artículo 106 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. En este sentido se le requerirá al operador económico Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana DIFARE S.A., que cumpla con su obligación de enviar la “Plantilla No.4” al nivel de detalle solicitado por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, a través de la Intendencia de Abogacía de la Competencia”

25.- Con fecha 01 de agosto del 2014, la Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana DIFARE S.A., presenta un escrito manifestando en su literal d. que: “Como resultado de este proceso que al momento se ha cumplido con éxito, se ha logrado levantar la planilla No. 4 con el nivel de detalle requerido por esa Intendencia ...”. Información que en digital fue revisada y analizada por la Intendencia de Abogacía de la SCPM no es completa, conforme fue solicitada, en tal sentido continúa incólume el informe de la referida Intendencia de 31 de julio del 2014, dirigido a la CRPI.

26.- La Comisión de Resolución de Primera Instancia, con fecha 21 de agosto del 2014, las 09h42, en base al análisis del informe No. SCPM-IAC-013-2014, resuelve: “(...) **2)** Signar al presente procedimiento con el número de trámite 0033-SCPM-CRPI-2014. **3)** Declarar INCUMPLIDO a Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana DIFARE S.A., de la información requerida por la Intendencia de Abogacía de la Competencia (...) **4)** (...) que el operador económico presente en el término máximo e



improrrogable de cinco días la información requerida por la Intendencia según especificaciones realizadas, bajo prevenciones de lo estipulado en el artículo 85 de la LORCPM en concordancia con los artículos 105 y siguientes del RLORCPM 5) (...) se declara confidencial y reservada toda la información entregada por parte de DIFARE S.A., que reposa dentro del presente expediente (...)” (fs. 273).

27.- Mediante escrito de fecha 26 de agosto del 2014, suscrito por la Dra. María Teresa Lara, dirigido a la Comisión de Resolución de Primera Instancia en el cual manifiesta en su petición “(...) solicito a Ustedes señores Comisionados, se sirvan revisar los documentos probatorios agregados como sustentos probatorios de mis afirmaciones y en virtud de que la información requerida por la Intendencia de Abogacía de la Competencia a la fecha se encuentra ya entregada, y dado que tal información completa incluso fue entregada antes de que se emita la Resolución de 21 de agosto de los corrientes con respaldo en los Arts. 281 y 289 del Código de Procedimiento Civil, norma de aplicación supletoria conforme la Disposición Transitoria Primera de la LORCPM, **se sirvan REVOCAR la Resolución de 21 de agosto del 2014, a las 09h42”**. En el mismo documento adjunta el escrito presentado el 01 de agosto del 2014, en el que expone “(...) deberá conocer Usted señor Intendente que no fue posible obtener toda la información histórica de todas nuestras farmacias franquiciadas, años 2008-2013, lo cual obedeció entre otros factores a los siguientes: Entre los años 2008-2013 el Grupo Difare incluyó modificaciones en el sistema informático que está a disposición de nuestras farmacias franquiciadas con la finalidad de incluir mejoras administrativas y en las modificaciones informáticas sólo se contempló la migración de saldos de inventarios, excluyéndose la migración de transacciones. Daños en los discos duros de los equipos de propiedad de las farmacias franquiciadas. Cierres de farmacias franquiciadas. Terminación de los contratos de franquicia (...) ratificamos nuestro compromiso de **seguir colaborando con la Superintendencia de Control del Poder de Mercado en la entrega de información de la que disponemos y de levantar información de la que no disponemos, siempre que para esto último, se nos otorguen plazos razonables que posibiliten su cumplimiento**” (fs. 276).

28.- A fojas 331 a 945 se evidencia los oficios suscritos por Carlos Cueva Mejía, Presidente Ejecutivo de Difare S.A., enviados a las diferentes farmacias franquiciadas Cruz Azul con fecha 16 de julio del 2014, en el mismo solicita información requerida por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado en la Plantilla 4 que adjunta al oficio.

29.- A fojas 947 consta el escrito presentado por el señor Fernando Enrique Cueva Mejía, Vicepresidente Ejecutivo de DIFARE S.A., de fecha 28 de agosto del 2014, dirigido a la Comisión de Resolución de Primera Instancia en el que solicita se señale día y hora para Audiencia ante la Comisión y exponer en forma verbal y con mayor detalle los argumentos para solicitar la revocatoria de la Resolución de 21 de agosto del 2014, fundamentando su pedido en el Art. 151 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, en correspondencia con el Art. 76, numerales 1,2 y 7 de la Constitución, de la República, y dentro del numeral 7, los literales a), b), c), d) y h). Adicionalmente con fecha 1 de septiembre del 2014 dirige otro escrito en el que solicita “(...) que en forma previa a proveer mi pedido para ser recibido en Audiencia ante la Comisión constante en mi escrito de 28 de agosto del 2014, a las 15h37, solicito se sirva señalar día y hora para que tenga lugar una reunión en la que se explicará de parte de mi representada y de manera detallada, todos los documentos probatorios que constan agregados a mi escrito de respuesta presentado el 26 de agosto del 2014, a las 15h05 (...)” (fs. 953).

30.- A fojas 956 consta la Resolución de la Comisión de Resolución de Primera Instancia de fecha 8 de septiembre del 2014, las 14h30, por medio de la cual resuelve “(...) **1)** Téngase como válida la intervención realizada por la doctora María Teresa Lara a nombre de DISTRIBUIDORA FARMACÉUTICA ECUATORIANA DIFARE S.A., **2)** Correr traslado a la Intendencia de la Abogacía de la Competencia con la documentación presentada por DIFARE S.A., a fin que en el término máximo de 15 días realicen un informe preciso con respecto al cumplimiento de la entrega de la información que ha sido solicitada por esta Comisión así como el pedido de revocatoria realizado por el operador económico a la Resolución de 21 de agosto de 2014 a las 9h42 adoptada por esta comisión **3)** Con el objetivo de contar con mayores criterios para mejor proveer, el pedido de revocatoria realizado a la Resolución de 21 de agosto de 2014 a las 09h42 será resuelto una vez conocido el informe presentado al respecto por parte de la Intendencia de Abogacía de la Competencia (...)”.

31.- Mediante escrito de fecha 18 de septiembre del 2014 presentado por la Dra. María Teresa Lara (DIFARE S.A.), dirigido a la Comisión de Resolución de Primera Instancia, solicita: “(...) a) se sirva correrme traslado con el contenido del nuevo informe que a la fecha, debió haber sido atendido por la Intendencia de Abogacía de la Competencia (...) c) Insisto nuevamente en que se señale día y hora para ser recibidos en Audiencia ante la Comisión y exponer en forma verbal y con mayor detalle los argumentos que nos asisten para solicitar revocatoria de la Resolución de 21 de agosto del 2014 (...)” (fs. 959)



32.- A fojas 963, consta una copia notariada del escrito de fecha 21 de julio del 2014, presentado por el Ab. Gery Francisco de la Cruz Carrión, dirigido a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado con copia al Econ. Rafael Correa Delgado, Presidente Constitucional de la República del Ecuador, a la Superintendencia de Compañías y Seguros, al Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, al Ministerio de Relaciones Laborales, y al Ministerio del Interior; mediante el cual expone: "(...) con el fin de obtener un pronunciamiento oportuno y apegado en estricto derecho, dentro de mi petición presentada ante la presidencia de la República del Ecuador con fecha 21 de mayo del año 2014, a las 10H; 45, Sobre la consulta de los contratos de la Franquicia denominada FARMACIAS CRUZ AZUL, y signado con el No. 0000017446 (...) **ANTECEDENTES.** Con fecha 16 de julio del año 2014, recibí un correo electrónico por parte del señor **CARLOS CUEVA MEJIA**, en calidad de Presidente Ejecutivo del **GRUPO DIFARE S.A.** mismo que adjunto a la presente así como mi contestación al mencionado correo electrónico y por este mismo medio. Donde doy a conocer mi autorización y buena voluntad para que **DIFARE S.A.** obtenga y lleve la información que está siendo requerida por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, con la cual dejo constancia de mi cumplimiento con la franquicia antes mencionada, misma que presuntamente maneja los sistemas operativos de software, desde la compañía **DIFARE S.A.** quienes direccionaron técnicamente a las farmacias: **PHARMACYS, CRUZ AZUL Y COMUNITARIAS.** Con los programas **LOLFAR, ZEUS, NEPTUNO Y EL HOSTING,** desde donde **EL GRUPO DIFARE S.A.** tiene libre acceso a la información de todas y cada una de las farmacias que funcionan bajo el régimen de sus contratos de la franquicia Cruz Azul, y elevados a consulta ante el señor Presidente **Ec. RAFAEL CORREA DELGADO (...)**" (lo subrayado es mío).-

33.- De foja 968 a 1301, se evidencian fieles copias del original de los correos electrónicos enviados por las distintas farmacias franquiciadas Cruz Azul en respuesta al requerimiento realizado DIFARE S.A., solicitudes que tienen como fundamento la recopilación de información dispuesta por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. En las respuestas entre otras de fechas 17, 18, 21 de julio del 2014, expresan su autorización a los señores del grupo DIFARE a sacar toda la información del sistema Neptuno, otras manifiestan las fechas desde las cuales poseen información y sobre problemas que han tenido en sus sistemas, como la pérdida de la base de datos por daños en el disco duro, etc.

34.- A fojas 1904 consta el memorando SCPM-IAC-308-2014-M, de fecha 19 de septiembre del 2014, suscrito por el Ing. Christian Ruíz, Intendente de Abogacía de la Competencia dirigido al Dr. Fernando Benítez, Presidente de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, en el cual manifiesta: “en respuesta al memorando No. SCPM-CRPI-468-2014 de fecha 9 de septiembre de 2014 y en cumplimiento a la Providencia del 8 de septiembre del mismo año a las 14h30, en la cual se dispone a la Intendencia de la Abogacía de la Competencia se realice un “informe preciso con respecto al cumplimiento de la entrega de información que ha sido solicitada por esta Comisión” informo a su autoridad que la documentación entregada por el operador económico Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana DIFARE S.A. contiene la información requerida (...) con respecto al pedido de revocatoria, esta Intendencia no puede pronunciarse en cuanto a este tema por no estar dentro de sus atribuciones (...)”

35.- A fojas 1307 se observa un escrito de fecha 19 de septiembre del 2014 suscrito por la Dra. María Teresa Lara, dirigido a la Comisión de Resolución de Primera Instancia en la cual expresa: “(...) uno de los aspectos que fueron expuestos en mi pedido de revocatoria de 26 de agosto del 2014, a las 15h05 al que acompañé copias notariadas de todos los documentos probatorios que constan identificados en el Acápite IV del mismo, consiste en la circunstancia de que el señor Intendente de Abogacía de la Competencia (Encarado) **no atendió ni ha atendido hasta la fecha**, nuestra última petición de prórroga para la entrega de la información requerida en la Plantilla No. 4, y que consta en nuestro escrito de 22 de julio del 2014, presentado ese mismo día, a las 15h38 (...) sirvase tomar en cuenta señores Comisionados que en mi escrito del 22 de julio solicité una prórroga de 5 días hábiles que expresa el Art. 28 de la Ley de Modernización (...) si la Plantilla No. 4 fue presentada el 1 de agosto del 2014, conforme consta de la copia notariada agregada a mi pedido de revocatoria, **su presentación se la cumplió dentro del término que nos correspondió hacerlo por efecto de aplicación del silencio administrativo positivo que cabe en este caso en particular** (...) se servirán tener en cuenta señores Comisionados que mi pedido de revocatoria por haber sido presentado dentro del término de ley y con sujeción a los Arts. 306 y 332 del Código de Procedimiento Civil, se tiene por legal y oportunamente interpuesto y en consecuencia, **suspendió los efectos de la Resolución de 21 de agosto del 2014, a las 09h42, emitida por esta Comisión de Resolución de Primera Instancia, que a la fecha no se encuentra ejecutoriada** y en consecuencia, solo una vez que se resuelva mi pedido de revocatoria, y siempre que fuera dispuesto, mi representada estará prestando a prestar ante esa Comisión la información correspondiente a la Plantilla No. 4”

36.- A foja 1311 consta el memorando SCPM-IAC-312-2014-M, de fecha 22 de septiembre de 2014 suscrito por el Ing. Christian Ruíz, Intendente de Abogacía de la Competencia, dirigido al Dr. Fernando Benítez, Presidente de la Comisión de Resolución de Primera Instancia en el cual manifiesta: “(...) me permito poner en su conocimiento la información enviada por el operador económico Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana DIFARE S.A., recibida en esta Intendencia el 19 de septiembre de 2014 (...)

37.- A fojas 1333, se evidencia el escrito suscrito por la Dra. María Teresa Lara dirigido a la Comisión de Resolución de Primera Instancia, de fecha 24 de septiembre del 2014, en la que solicita: “(...) se sirvan correrme traslado con el contenido del nuevo informe que a la fecha, debió haber sido ya emitido por la Intendencia de Abogacía de la Competencia (...) se sirva agregar como pruebas a favor de mi representada las copias notariadas que acompaño a este escrito (...)”

38.- De fojas 1337 a 1397 se observa distintas certificaciones de los propietarios de Farmacias Franquicias Cruz Azul, en el que certifican que hicieron el mejor de los esfuerzos por entregar la información que fue requerida y dentro del plazo otorgado, y que se dieron varias situaciones que determinaron pérdidas parciales en los servidores que están bajo su responsabilidad y no del FRANQUICIADOR.

39.- Mediante providencia la Comisión de Resolución de Primera Instancia de fecha 09 de octubre del 2014, las 10h00 dispone “(...) previo a resolver la petición de revocatoria de la Resolución de 21 de agosto del 2014 dictada por esta Comisión, presentada el 26 de agosto de 2014, a las 9h00 por el indicado operador económico, señálese para el día miércoles 15 de octubre de 2014, a las 09h00, para la realización de la audiencia solicitada por DIFARE (...)” (fs. 1398)

40.- A fojas 1402, se evidencia el acta de audiencia celebrada el 15 de octubre de 2014, en la que firman los Comisionados doctores Fernando Benítez, Bernardo Jaramillo y como secretario Ad-Hoc doctor Miguel Beltrán Veloz, y doctora Teresa Lara y el señor Carlos Cueva de DIFARE S.A.

41.- De fojas 1404 a 1409 constan las copias de las diapositivas de la presentación de DIFARE S.A., en la Audiencia del 15 de octubre de 2014 expuesta en la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

42.- El señor Fernando Enrique Cueva Mejía, con fecha 15 de octubre del 2014, autoriza para que los señores Carlos Enrique Cueva Gonzales y el ingeniero Juan José Alfredo García Bustos, asistan a su nombre y representación a la Audiencia de 15 de octubre de 2014. (fs. 1422)

43.- A foja 1426 se observa el escrito presentado por la Dra. María Teresa Lara, con fecha 15 de octubre del 2014, dirigido a la Comisión de Resolución de Primera Instancia, en la que solicita se revoque y deje sin efecto la resolución de 21 de agosto del 2014, a las 09h42.

44.- A fojas 1448, se divisa la providencia de 21 de octubre del 2014, las 14h30 emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia en la que Resuelve: “negar la solicitud de revocatoria de la Resolución de 21 de agosto del 2014, a las 9h42 por improcedente (...)”

45.- A foja 1454, consta el escrito presentado por la Dra. María Teresa Lara de DIFARE S.A. dirigido a la Comisión de Resolución de Primera Instancia, con fecha 22 de octubre del 2014, en el cual manifiesta “(...) solicito a Ustedes señores Comisionados **se eximan de imponer sanción a mi representada por supuesta falta del deber de colaboración dispuesto en el Art. 50 de la LORCPM**, dado que es improcedente la imposición de la multa coercitiva dispuesta en el Art. 85 de la LORCPM, **toda vez que estas multas proceden siempre que PREVIO REQUERIMIENTO, en este caso de parte del requerimiento generado por la Comisión, mi representada no hubiese dado cumplimiento al deber de colaboración con esta entidad.** Y en el presente caso, el deber de colaboración dispuesto en el Art. 50 de la LORCPM, **consta cumplido antes de que se emita la Resolución de 21 de agosto del 2014, por esa Comisión, mediante escrito e información presentadas el 1 de agosto del 2014, y durante 2 ocasiones, ante esta Comisión, mediante escritos presentados el 26 de agosto y 22 de octubre del 2014.**

46.- A foja 1461 se evidencia el escrito de fecha 23 de octubre del 2014, suscrito por la Dra. María Teresa Lara de DIFARE S.A. dirigido a la Comisión de Resolución de Primera Instancia, mediante el cual presenta RECURSO DE APELACIÓN a la providencia del 21 de octubre del 2014, y solicita que el señor Superintendente de Control del Poder de Mercado, REVOQUE la providencia de 21 de octubre del 2014, a las 14h30, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia.



47.- A fojas 1465, consta la providencia emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia con fecha 27 de octubre del 2014, las 14h00, en la cual dispone: "(...) atento al escrito firmado por la Dra. María Teresa Lara Z., a nombre del señor Fernando Enrique Cueva Mejía, Vicepresidente Ejecutivo y Representante Legal de la compañía Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana S.A. DIFARE, que llega a conocimiento de esta Comisión el 24 de octubre del 2014, a las 16h53, mediante el cual interpone recurso de apelación de la resolución dictada el 21 de octubre del 2014, a las 14h30, por haberse presentado dentro del término y de conformidad con el Art. 67 de la LORCPM, se concede el recurso interpuesto solo en el efecto devolutivo (...)".

48.- Finalmente, a fojas 1515 consta el acta de realización de audiencia realizada en esta instancia el día 7 de enero del m2015.

SEPTIMA.- ANÁLISIS FÁCTICO DE LA PRETENSIÓN.- En mérito a todo lo expuesto y la memoria procesal se pueden establecer los siguientes asertos procesales:

1. El proceso de inicia para solicitar información que permita a la Superintendencia de Control de Poder de Mercado contar elementos para realizar el análisis respectivo del estado de la competencia en este mercado de los fármacos. No se trata de un proceso de investigación y sanción de conductas tipificadas como infracciones a la competencia. De igual forma, la máxima finalidad del recurso de apelación es el control jerárquico de la legalidad.
2. De acuerdo a la memoria procesal, la Intendencia de Abogacía de la Competencia, **por primera** vez solicita a la recurrente entregue la información requerida el día 25 de marzo del 2014 con un término de 15 días que se terminó el 15 de abril del mismo año.
3. El proceso demuestra que existen varias prórrogas para la entrega de información, hasta que finalmente el día 14 de julio del 2014 bajo prevenciones legales, la Intendencia le entrega la última prórroga a la procesada por el un término de cinco días.
4. Por lo tanto, **desde el 25 de marzo hasta el 14 de julio del 2014 TRANSCURRIÓ EL TIEMPO SUFICIENTE** para cumplir con la entrega de la información y de igual forma han existido varias reuniones de trabajo tendientes a establecer de mejor forma y claridad los requerimientos de la Superintendencia con la procesada. Además, con la circunstancia coadyuvante para la recurrente que podía trabajar todos los días de la semana en la recolección de la información.

5. En la audiencia realizada el día 8 de enero del 2014 en esta instancia, la recurrente a través de su Abogada defensora, afirmó e insistió en que no pudo entregar la información solicitada en vista de que los contratos de franquicia que tiene celebrados son de naturaleza abierta con independencia y autonomía de los franquiciados y que no tenía acceso a la información de las ventas de los mismos. Al respecto, revisado un contrato de franquicia constante a fojas No. 87 del proceso, se dice: “[...] Cláusula Décimo Quinta. Obligaciones del Franquiciado, en su inciso 15.1 indica lo siguiente: (...) permitir y autorizar previa coordinación **el libre y permanente acceso** sea físico o virtual, al sistema informático de FRANQUICIADO para extraer toda la información que el FRANQUICIADOR considere necesaria respecto al funcionamiento de su negocio tales como **ventas, inventario, gastos, rentabilidad, compras, etc.**” Del año 2011.- De igual manera, en los contratos suscritos en el año 2014, se indica en la “Cláusula Décimo Sexta: Obligaciones del Franquiciado, en su inciso 16.1 indica lo siguiente: (...) permitir y autorizar previa coordinación **el libre y permanente acceso** sea físico o virtual, al sistema informático de FRANQUICIADO para extraer toda la información que el FRANQUICIADOR considere necesaria respecto al funcionamiento de su negocio tales como **ventas, inventario, gastos, rentabilidad, compras, etc.**)” lo resaltado es mío).-
6. Lo inmediatamente manifestado se confirma con lo constante en fojas 963, donde consta una copia notariada del escrito de fecha 21 de julio del 2014, presentado por el Ab. Gery Francisco de la Cruz Carrión, dirigido a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado con copia al Econ. Rafael Correa Delgado, Presidente Constitucional de la República del Ecuador, a la Superintendencia de Compañías y Seguros, al Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, al Ministerio de Relaciones Laborales, y al Ministerio del Interior; mediante el cual expone: “(...) con el fin de obtener un pronunciamiento oportuno y apegado en estricto derecho, dentro de mi petición presentada ante la presidencia de la República del Ecuador con fecha 21 de mayo del año 2014, a las 10H; 45, Sobre la consulta de los contratos de la Franquicia denominada FARMACIAS CRUZ AZUL, y signado con el No. 0000017446 (...) **ANTECEDENTES.** Con fecha 16 de julio del año 2014, recibí un correo electrónico por parte del señor **CARLOS CUEVA MEJIA**, en calidad de Presidente Ejecutivo del **GRUPO DIFARE. S.A.** mismo que adjunto a la presente así como mi contestación al mencionado correo electrónico y por este mismo medio. Donde doy a conocer mi autorización y buena voluntad para que



DIFARE S.A. obtenga y lleve la información que está siendo requerida por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, con la cual dejo constancia de mi cumplimiento con la franquicia antes mencionada, misma que presuntamente maneja los sistemas operativos de software, desde la compañía **DIFARE S.A.** quienes direccionaron técnicamente a las farmacias: **PHARMACYS, CRUZ AZUL Y COMUNITARIAS.** Con los programas LOLFAR, ZEUS, NEPTUNO Y EL HOSTING, desde donde **EL GRUPO DIFARE S.A.** tiene libre acceso a la información de todas y cada una de las farmacias que funcionan bajo el régimen de sus contratos de la franquicia Cruz Azul, y elevados a consulta ante el señor Presidente **Ec. RAFAEL CORREA DELGADO (...)** (lo subrayado es mío).- Por lo tanto, los contratos desdican lo afirmado por la recurrente en la audiencia realizada el día 7 de enero del 2015, pues la falta de diligencia en gerenciar en forma eficaz y eficiente la información de los contratos de franquicias no puede ser oponible al requerimiento legal de la Superintendencia de parte de DIFARE S.A.

7. En cuanto a las pretensiones concretas deducidas en esta instancia por la recurrente se hacen las siguientes precisiones. Solicita la recurrente que se revoque la Resolución del 21 de agosto del 2014 porque no es un acto de resolución. De igual forma solicita se revoque la resolución de la CRPI emitida el 21 de octubre del 2014 por supuestas violaciones a sus derechos procesales, pues ha solicitado mediante recurso de reposición que la mencionada Comisión revoque la resolución de 21 de agosto del 2014, ante lo cual la Comisión le niega dicha revocatoria, ante lo cual interpone este recurso de apelación, de modo que el proceso aún no está resuelto como instancia jerárquica inferior.
8. El día 28 de agosto del 2014 la recurrente solicita se realice la audiencia pública la cual se realiza el día 15 de octubre del 2014, fojas 1402.
9. La recurrente hace hincapié en su derecho a ser escuchada por escrito durante el proceso e insiste en que ha adquirido derechos debido a que supuestamente ha operado en su favor el silencio administrativo, pues el señor Intendente no ha contestado su petición de prórroga presentado el día 22 de julio del 2014. Al respecto, el Intendente mediante oficio de 14 de agosto del 2014, le concede una prórroga final de cinco días bajo prevenciones de ley. La recurrente solicita más prórroga cuando la disposición administrativa había precluido, de modo mal puede la administrativa afirmar que ha operado en su favor el silencio administrativo. Sin embargo, como el silencio es un mecanismo de creación, modificación o extinción de derechos será la Comisión de Resolución de Primera Instancia quien deberá resolver sobre el fondo de esta alegación, ya que con la resolución del presente recurso no se está resolviendo el fondo del

proceso, y tanto el recurso deducido como esta resolución son de naturaleza intermedia. Además, solamente se debe hacer el control de la legalidad hasta el momento procesal en que se encuentra el expediente.

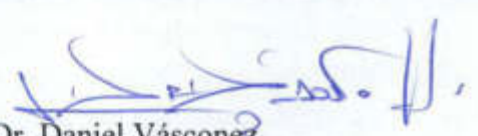
10. Finalmente, **el expediente signado con el No. 0033-SCPM-CRPI-2014 está en proceso y no se ha emitido la resolución que resuelva el fondo de la causa.** Esto hace que el recurso de apelación interpuesto por la administrada, no está debida y legalmente justificado para su aplicabilidad procesal, con el agravante que de acuerdo a la naturaleza de la resolución administrativa jerárquica superior emitida y el principio constitucional de congruencia, resulta incorrecto para el operador de justicia administrativo aplicar el principio IURA NOVIT CURIA -de que el operador de justicia puede suplir las omisiones EN DERECHO en que haya incurrido la parte- conforme lo manda el Código de Procedimiento Civil: "*Art. 280.- Los jueces están obligados a suplir las omisiones en que incurran las partes sobre puntos de derecho*", puesto que la impugnación es una denuncia o manifestación adversa a la voluntad pública administrativa en la misma sede al acto emitido, por lo que resulta improcedente el recurso de apelación interpuesto.-

OCTAVA.- RESOLUCIÓN.- Por todo expuesto, amparado en las disposiciones del Art. 44, numeral 2 y Art. 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta Autoridad **RESUELVE: Primero.-** Rechazar el recurso ordinario vertical de apelación interpuesto por la DIFARE S.A., por improcedente.- **Segundo.-** Disponer que la Intendencia de Abogacía de la Competencia y la Comisión de Resolución de Primera Instancia cumplan el principio de celeridad procesal en este caso en razón del tiempo transcurrido, bajo prevenciones.- **Tercero.-** Devuélvase el expediente a la Intendencia de Abogacía de la Competencia para los fines legales consiguientes.- NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-



Pedro Páez Pérez

SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO



Dr. Daniel Váscquez

SECRETARIO AD-HOC