



4374
16/10/16
M. V. L.
Y

- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Control del Poder de Mercado
- **Órgano de Sustanciación:** IIAPMAPR
- **Expediente IIAPMAPR:** SCPM-IIAPMAPR-014-2015
- **Expediente Apelación:** SCPM-IIAPMAPR-EXP-014-2015-A-0013-2016-DS
- **Denunciante:** OFICIO
- **Denunciado:** DIFARE S.A.

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- Quito, DM, 10 de octubre de 2016, a las 14H00- **VISTOS:** Dentro del presente expediente administrativo, en mi calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado, conforme el acta de posesión ante el Pleno de la Asamblea Nacional, de fecha 06 de septiembre de 2012 cuya copia certificada consta en el expediente, en uso de mis facultades legales estando el proceso para resolver, **SE CONSIDERA: PRIMERO.- COMPETENCIA.-** En virtud de lo dispuesto en el Art. 44 numeral 2 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), esta Autoridad es competente para conocer y resolver el Recurso de Apelación.- **SEGUNDO.- 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 ésta Autoridad declara la validez del mismo. **TERCERO.- LEGALIDAD DEL RECURSO.-** El recurrente DISTRIBUIDORA FARMACÉUTICA ECUATORIANA DIFARE S.A, con fecha 29 de julio de 2016, ha presentado Recurso de Apelación en contra de la providencia de 01 Julio de 2016, mediante la cual el Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, inadmite el Recurso de Reposición interpuesto en contra de la Resolución de Inicio de Investigación de 19 de mayo de 2016, en la que se dispone el inicio de la investigación en el proceso administrativo, expedida por la misma autoridad; es decir, el recurso ha sido presentado dentro del término legal, cumpliendo así el principio de oportunidad garantizado en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), Art. 67 que dispone: **"Recurso de Apelación o Jerárquico.-** Los actos administrativos emitidos en virtud de la aplicación de esta Ley podrán ser elevados al Superintendente de Control de 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 concede o niegue el recurso de apelación no cabrá ningún otro recurso en vía administrativa". **CUARTO.- RESOLUCIÓN IMPUGNADA.-** El recurrente mediante Recurso de Apelación, impugna la providencia de 01 Julio de 2016, mediante la cual el Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, inadmite el Recurso de Reposición interpuesto en contra de la Resolución de Inicio de Investigación de 19 de mayo de 2016, en la que se dispone el inicio de la investigación en el proceso administrativo. **QUINTO.- FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO DEL RECURSO INTERPUESTO POR EL RECURRENTE.-** En el escrito mediante el cual se interpone el Recurso de Apelación, el recurrente, hace constar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan su petición, cuya parte pertinente se transcribe a continuación: **"(...) FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO QUE SUSTENTAN LA PROCEDENCIA PROCESAL DE LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN RESPECTO DE LA RESOLUCIÓN EMITIDA POR LA INTENDENCIA DE ABUSO DE PODER DE MERCADO QUE INADMITIÓ A TRÁMITE EL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO RESPECTO DE LA RESOLUCIÓN DE INICIO DE LA**



INVESTIGACIÓN.- En este acápite se expondrán los fundamentos de hecho y de derecho del presente Recurso de Apelación y resolverlo de manera favorable a mi representada, toda vez que tanto la Resolución de Inicio de Investigación emitida mediante providencia de 19 de mayo de 2016, a las 17h00, como la Resolución de fecha 1 de julio del 2016, a las 10h25, la cual fue aclarada mediante providencia de 19 de julio de 2016 a las 16h29, ambas emitidas por la Intendencia de Abuso de Poder de Mercado, dentro del Expediente No. SCPM-IIAPMAPR-014-201, SI constituyen actos administrativo impugnables y susceptibles de Recursos de Impugnación de parte de los operadores económicos". **FUNDAMENTOS DE DERECHO QUE SUSTENTAN LA PROCEDENCIA PROCESAL DE LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE REPOSICIÓN RESPECTO DE LA RESOLUCIÓN DE INICIO DE INVESTIGACIÓN, AL CONTRARIO DE LO AFIRMADO POR LA INTENDENCIA DE ABUSO DE PODER DE MERCADO.** "3.1 Naturaleza Jurídica de los procedimientos seguidos ante la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.- En el artículo 213 de la Constitución se determina la naturaleza que tienen las Superintendencias y cuáles son sus atribuciones y competencias: "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 éstas 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 control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley" (...) En consecuencia, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado al formar parte de las instituciones estatales de control, ejerce sus facultades constitucionales y legales mediante procedimientos administrativos, por lo cual debe sujetar su accionar a las disposiciones señaladas en el Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, pues al momento constituye la única normativa vigente en el país para regular los procesos administrativos que se llevan a cabo en las instituciones del Estado. Por lo tanto, en los procesos administrativos que realiza la SCPM, se deberían observar las disposiciones establecidas en este cuerpo legal, donde se establecen las cinco formas en la cual la administración pública se manifiesta en relación con los administrados, así en el artículo 64 del ERJAFE se menciona: " Las Administraciones Públicas Central e Institucional de la Función Ejecutiva sometidos a éste Estatuto manifiestan su voluntad jurídica de derecho público a través de actos administrativos, actos de simple administración, hechos administrativos, contratos administrativos y reglamentos (...)". En este sentido, la Resolución de inicio de Investigación del 19 de Mayo de 2016, a las 17h00, emitida por la Intendencia de Abuso de Poder de Mercado constituye un acto administrativo plenamente impugnable (...). En correspondencia con los criterios expuestos, el ERJAFE, en su artículo 65, recoge esta definición, y conceptualiza al acto administrativo como "toda declaración unilateral de voluntad efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa"(...) La impugnabilidad de la Resolución de inicio de la Investigación tiene como base lo establecido en el artículo 173 de la Constitución que señala: " Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial", esto en correspondencia con el literal m) numeral 7 del artículo 76 de la misma Constitución que dispone: "(...) 7.- El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) m) Recurrir al fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos"; así como lo señalado en el artículo 66 de la LORCPM, que dispone: "Los actos administrativos de los diferentes niveles administrativos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrán ser recurridos en sede administrativa mediante el recurso horizontal o de reposición.(...)", y las disposiciones aplicables del ERJAFE ya referidas, particularmente aquella contenida en el artículo 174(...). En conformidad con las disposiciones expuestas, todos los actos administrativos emanados de las autoridades de la Administración Pública, como lo es la Superintendencia de Control del Poder de Mercado y sus Intendencias, pueden ser impugnados por el administrado si se tratan de actos que le generan afectaciones directas (...)". **SEXTO.- PETICIÓN DE CONFIDENCIALIDAD SOLICITADO POR EL RECURRENTE EN EL RECURSO INTERPUESTO.-** En el acápite VII del Recurso de Apelación, el recurrente solicita "Con respecto de las copias notariadas de los documentos e información que constan en el Acápite V,



-43-
Wanda J
pro
mas

solicito a Usted Señor Superintendente se declara su confidencialidad y reserva, con sujeción al Art. 66, numeral 19 de la Constitución de la República, y al Art. 39 de la LORCPM, en concordancia con el Art. 3 de su Reglamento."

Al respecto, es necesario manifestar al recurrente que, se debe entender que el deber de secreto y reserva establecido en el Art. 47 de la LORCPM, dice, "Deber de secreto y reserva.- Quienes tomen parte en la realización de investigaciones o en la tramitación de procedimientos o expedientes previstos en esta Ley o conocieren tales expedientes por razón de su cargo, labor o profesión, están obligados a guardar confidencialidad, reserva y secreto sobre los hechos de que hubieren tenido conocimiento a través de ellos, en aplicación de las normas de este capítulo. La obligación de confidencialidad y secreto se extiende a toda persona que en razón del ejercicio de su profesión, especialidad u oficio, aun cuando no formare parte de la Superintendencia, llegare a conocer de información contenida en los expedientes, investigaciones y denuncias fundadas en las disposiciones de la presente Ley y en las leyes y reglamentos de la materia (...)"; está encaminado a custodiar la información que sea entregada al ente de control, o aquella información que se genere como resultado de la fase de investigación, resolución e inclusive impugnación, así lo establece el Art. 1 del Instructivo para el Tratamiento de la Información Restringida de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, que dice "El presente instructivo tiene por objeto regular el tratamiento, restricción, custodia y archivo de la información obtenida, recibida o gestionada por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado" (el subrayado me pertenece). En concordancia con lo expuesto el Art. 3 de la misma norma establece, "CLASIFICACION GENERAL.- Para los fines de este Instructivo, la información restringida es aquella que su acceso es limitado por razones que se encuentran en esta normativa (...)", el Art. 6 al respecto especifica, "INFORMACION OBTENIDA, RECIBIDA O GENERADA EN LA SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- Toda la información que ingrese a este organismo es información confidencial o reservada. La información que se encuentra en investigación hasta la terminación del último acto procesal definitivo que cause estado en la Comisión de Resolución de Primera Instancia o en poder del Superintendente es de carácter reservado o confidencial. (...)" (el subrayado me pertenece); por lo tanto, en virtud de la base legal mencionada, se entiende que por principio contemplado en la LORCPM, toda la información que se procesa en la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, obliga a los servidores que tengan conocimiento de la misma, a guardar confidencialidad, reserva y secreto respecto de los hechos que hubieren tenido conocimiento por medio de ellos; por lo que, se niega lo solicitado por el recurrente por las consideraciones expuestas. **SÉPTIMO.- ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO DE LA PRETENSIÓN.**- Una vez analizado el expediente No. SCPM-IIAPMAPR-014-2015, se verifican las siguientes constancias procesales: **a) 1.-** Mediante Memorando N° SCPM-IIAPMAPR-233-2015-M, de 15 de junio de 2015, el Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas restrictivas, solicitó al señor Intendente General la autorización a fin de dar inicio a dos procedimientos de oficio que han derivado del análisis realizado en el expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-27-2013. **2.-** Mediante Informe de Barrido N° SCPM-IIAPMAPR-099-2015, de 27 de julio de 2015, la Dirección Nacional de Abuso de Poder de Mercado, concluye y recomienda lo siguiente: "(...)colige que podrían existir presuntas prácticas anticompetitivas de abuso de poder de mercado, que son competencia de la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, conforme lo dispone el artículo 9, numeral 2.2.3. del Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (...). Iniciar un procedimiento de investigación preliminar de oficio, conforme lo establecido en el artículo 53 de la LORCPM, y el artículo 55 del Reglamento de la LORCPM.(...)" **3.-** El 28 de julio de 2015, a las 12h30, el Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, expidió la Resolución de inicio de investigación preliminar de oficio por presuntas conductas susceptibles de infracción contenidas en los numerales 6, 7 y 9 del artículo 9 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. **4.-** El 12 de abril de 2016, el Director Nacional de Abuso de Poder de Mercado, pone en conocimiento de la Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (Subrogante), el informe de resultados N° SCPM-DNIAPM-026-2016 de investigación preliminar dentro del expediente N° SCPM-IIAPMAPR-EXP-014-2015, que en lo principal, en la parte pertinente de las conclusiones y recomendaciones consta lo siguiente: "(...) Dentro del mercado relevante determinado para el

diclofenaco como producto oftalmológico, se ha observado que DIFARE establece precios distintos a cada tipo de farmacia por el mismo producto, a través de una aplicación de un margen de distribución mínimo dependiendo de cada tipo de farmacia. Esto permite presumir que podrían haber méritos para analizar una posible infracción al numeral 7 del artículo 9 de la LORCPM, pues las farmacias independientes se estarían encontrando en una situación de desventaja frente a las farmacias comunitarias y a las franquiciadas Cruz Azul; y, así mismo, las farmacias comunitarias frente a las franquiciadas.(sic) Dado que los precios de adquisición son distintos para cada tipo de farmacia, se puede presumir que las farmacias independientes, en caso de querer mantener un mismo margen de ganancia que las comunitarias y las franquiciadas, tendrán un precio de venta público final mayor al de éstas dos últimas; y lo mismo sucedería al comparar farmacias comunitarias con las franquiciadas. De este modo se puede presumir que DIFARE estará colocando a unas farmacias en situación de desventaja frente a las demás dependiendo del su tipo (independiente, comunitaria o franquiciada.)(...)Recomendaciones: "(...) Correr traslado al operador económico DIFARE con el contenido del presente informe y sus respectivos anexos, de conformidad con lo señalado en la LORCPM y su respectivo reglamento para la aplicación, y por la existencia de presunciones de haber incurrido en infracciones a los numerales 6, 7, y 9 del Artículo 9 de la LORCPM a fin de que dicho operador presente sus explicaciones". 5.- Mediante providencia de 13 de abril de 2016, las 16h45, el Intendente de la IIAPMAPR, dispuso que, de conformidad a lo contemplado en el artículo 55 del Reglamento para la aplicación de la LORCPM, en concordancia con el literal a) del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, se corra traslado con el informe SCPM-DNIAPM-026-2016 al operador económico DISTRIBUIDORA FARMACÉUTICA ECUATORIANA DIFARE S.A, a fin de que en el término de 15 días contados desde la notificación con la providencia, presenten sus explicaciones al informe señalado. 6.- El 11 de mayo de 2016, el operador económico DISTRIBUIDORA FARMACÉUTICA ECUATORIANA DIFARE S.A, presenta sus explicaciones a la IIAPMAPR. 7.- El 18 de mayo de 2016, mediante Informe SCPM-DNIAPM-038-2016, el Director Nacional de Abuso de Poder de Mercado de la IIAPMAPR, realiza la valoración de las explicaciones presentadas por DIFARE S.A. dentro del expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-014-2015, que en su parte pertinente el informe indicado concluye que "(...) 1) Respecto de la presunción de existencia de una infracción a lo estipulado en el numeral 6 del art. 9 de la LORCPM, las explicaciones presentadas por DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA DIFARE S.A. no han sido suficientes para desestimar los indicios existentes sobre su cometimiento. 2) Respecto de la presunción de existencia de una infracción a lo estipulado en el numeral 7 del art. 9 de la LORCPM, las explicaciones presentadas por DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA DIFARE S.A. no han sido suficientes para desestimar los indicios existentes sobre su cometimiento. 3) Respecto de la presunción de existencia de una infracción a lo estipulado en el numeral 9 del art. 9 de la LORCPM, las explicaciones presentadas por DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA DIFARE S.A. no han sido suficientes para desestimar los indicios existentes sobre su cometimiento. 4) De acuerdo a las conclusiones anteriores, existen aún indicios del cometimiento de infracciones a lo estipulado en el numeral 6,7 y 9 del artículo 9 de la LORCPM, por parte del operador económico DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA DIFARE S.A., mismas que deben continuar en análisis para confirmar o desestimar su cometimiento (...)". En la parte final, en lo principal recomienda lo siguiente: "(...) 1) Resolver el inicio de la etapa de investigación formal para el expediente N° SCPM-IIAPMAPR-EXP-014-2015 por la presunta infracción a los numerales 6, 7 y 9 del artículo 9 de la LORCPM por parte del operador económico DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA DIFARE S.A., a fin de confirmar o destimar el cometimiento de las conductas señaladas. (...)". 8.- Mediante Resolución de 19 de mayo de 2016, las 17h00, el Intendente de la IIAPMAPR, en su parte pertinente, dispone: "(...) Por lo expuesto y por cuanto las explicaciones al Informe SCPM-DNIAPM-026-2016, presentadas oportunamente por el operador económico DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA DIFARE S.A. no desvirtúan la presunción de hechos que posiblemente constituyen infracción a la LORCPM, según lo dispuesto en los numerales 6,7 y 9 del artículo 9 de la LORCPM, esta autoridad administrativa, **RESUELVE:** **PRIMERO.-** Se ratifica y acoge los informes SCPM-DNIAPM-026-2016 y SCPM-DNIAPM-038-2016, elaborados por la DNIAPM.- **SEGUNDO.-** Iniciar la investigación formal del expediente



- 445
Cura
Justicia
Ases

SCPM-IIAPMAPR-EXP-14-2015, por cuanto presume la existencia de Abuso de Poder de Mercado de acuerdo a lo dispuesto en los numerales 6,7 y 9 del artículo 9 de la LORCPM, por parte del operador económico DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA DIFARE S.A. a fin de determinar al amparo de las facultades investigativas otorgadas por la norma antes citada, la existencia o no de dichas infracciones; y, de las posibles conductas que son o podrían ser objeto de la investigación dentro del ámbito de las competencias de ésta autoridad(...)" 9.- Mediante escrito de 20 de junio de 2016, el operador económico DISTRIBUIDORA FARMACÉUTICA ECUATORIANA DIFARE S.A., presenta Recurso de Reposición dentro del Expediente N° SCPM-IIAPMAPR-EXP-014-2015, en contra de la Resolución de fecha 19 de mayo de 2016, las 17h00, solicitando en lo principal: "(...)Pretensión.- Solicito a usted señor Intendente, la revocatoria de la Resolución de inicio de la Investigación, respecto de los aspectos que se encuentran impugnados por DIFARE en forma detallada en este Recurso de Reposición (...)" 10.- El 01 de Julio de 2016, a las 10h25, el Intendente de la IIAPMAPR, resuelve inadmitir el Recurso de Reposición interpuesto. 11.- Mediante providencia de 19 de julio de 2016, el Intendente de la IIAPMAPR, en virtud de la petición realizada por el operador económico DIFARE S.A., de fecha 06 de julio, en el cual solicita se realice una aclaración a lo dispuesto en providencia de 01 de julio de 2016, procede a realizar la aclaración correspondiente. **b) BASE LEGAL APLICABLE.-** La Constitución de la República del Ecuador establece: "**Art. 213.-** Las Superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoria, 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 (...)" La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, dispone "**Art. 37.-** Facultad de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.- Corresponde a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado asegurar la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentar la competencia; la prevención, investigación, conocimiento, corrección, sanción y eliminación del abuso de poder de mercado, de los acuerdos y prácticas restrictivas, de las conductas desleales contrarias al régimen previsto en esta Ley; y el control, la autorización, y de ser el caso la sanción de la concentración económica.", "**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. (...)". La Disposición General Primera de la LORCPM," dispone: "La presente Ley tiene el carácter de orgánica y prevalecerá sobre las normas de inferior jerarquía. (...) En lo no previsto en esta Ley se estará a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil, Código de Procedimiento Penal, Código de Comercio, Código Civil, Código Penal, Ley Orgánica de Servicio Público y las demás leyes y regulaciones aplicables." El artículo 1, del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, dispone: "**Art. 1- Objeto.-** El presente estatuto instituye principalmente la estructura general, el funcionamiento administrativo común y las normas sobre responsabilidad de los órganos y entidades que integran la Administración Pública Central e Institucional que dependen de la Función Ejecutiva." El artículo 2 IBIDEM, en su parte pertinente establece lo siguiente: "**Art. 2.- Ámbito.-** Este estatuto es aplicable principalmente a la Función Ejecutiva. (...) La organización, funcionamiento y procedimiento de las otras administraciones públicas; de las Funciones Legislativa, Judicial y Electoral; y, en general de aquellas entidades y órganos que no integran ni dependen de la Función Ejecutiva se regulan por sus leyes y sus reglamentos especiales." En virtud de lo establecido en la base legal transcrita, es necesario aclarar al recurrente, que el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, no se constituye en una norma supletoria ni aplicable en los procedimientos administrativos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, pues esta entidad de control que pertenece a la Función de Transparencia y Control Social cuenta con disposiciones especiales propias que constan en la LORCPM y su Reglamento, por lo que los argumentos contenidos en el escrito de apelación, en los que citan varios artículos del ERJAFE, no son tomados en consideración en el presente análisis. Por otro lado, el Código Orgánico General de Procesos COGEP, publicado en el Registro Oficial Suplemento 506, de 22 de Mayo de 2015, en su artículo 88, contiene la definición de los denominados "autos interlocutorios", en los siguientes términos: "**Art. 88.-**

Clases de providencias.- Las o los juzgadores se pronuncian y deciden a través de sentencias y autos. La sentencia es la decisión de la o del juzgador acerca del asunto o asuntos sustanciales del proceso. El auto interlocutorio es la providencia que resuelve cuestiones procesales (...). En este punto, brevemente se debe realizar una aclaración de conceptos que permita resolver el recurso interpuesto, partiendo del concepto de Acto administrativo, Simple Acto de la Administración y Hecho Administrativo, en ese orden: **a) Acto Administrativo.-** Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos generales en forma directa. **b) Simple Acto de la Administración.-** Es toda declaración unilateral o interorgánica, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales en forma indirecta. **c) Hecho Administrativo.-** Es toda actividad material, traducida en operaciones técnicas o actuaciones físicas, ejecutadas en ejercicio de la función administrativa, productora de efectos jurídicos directos o indirectos.¹ La Enciclopedia Española de Derecho y Administración, en relación a los autos interlocutorios, los define de la siguiente manera: "(...) Los autos interlocutorios pueden recaer, ya sobre la sustanciación y ritualidad del juicio, ya sobre la resolución de alguna controversia incidental que se haya suscitado en el curso de él. Este doble concepto ha dado lugar a que los intérpretes hayan establecido una subdivisión de los autos interlocutorios, llamándolos en un caso interlocutorios con fuerza de definitivos, y en otros si ellos son de mera sustanciación. (...) Los segundos son los que recaen sobre los trámites y órdenes del juicio, y no deciden ni terminan cuestión alguna, ni tienen otra fuerza que la de una providencia de simple sustanciación. (...) Los mismos escritores a quienes acabamos de referirnos, han distinguido los autos interlocutorios en apelables y no apelables, considerando comprendidos en la primera denominación, a los que tienen fuerza de definitivos; y en la segunda a los de mera sustanciación (...)"²; En el presente caso, la providencia de 19 de mayo de 2016, en la que el Intendente de la IIAPMAPR, luego de haber recabado una gran cantidad de información generada en el transcurso de la investigación preliminar, y realizado el análisis de los informes presentados a su conocimiento por parte del Director Nacional de Abuso de Poder de Mercado, dispuso se inicie la etapa de investigación formal en el expediente SCPM-IIAPMAPR-014-2015, por cuanto las explicaciones realizadas por el operador económico investigado no desvirtuaron la presunción de los hechos que posiblemente constituyen infracción a la LORCPM, y, precisamente el inicio de la fase de investigación es la de determinar al amparo de las facultades investigativas conferidas en la norma antes citada, la existencia o no de dichas infracciones, y de posibles conductas que son o podrían ser objeto de la investigación dentro del ámbito de las competencias de la SCPM, por intermedio de su órgano de investigación. Es decir, la resolución de inicio de investigación, y del cual el Intendente de la IIAPMAPR, inadmitió el Recurso de Reposición interpuesto por el operador económico DIFARE S.A., por sí misma no genera un efecto legal negativo sobre los intervinientes en el proceso, no resuelve el tema principal, no establece responsabilidades, ni impone medidas preventivas, correctivas o sancionatorias, ni dispone se realice un acto o se abstenga de hacerlo, pues constituye el inicio de la fase de investigación. La Resolución de inicio de la investigación, se expidió en apego al debido proceso establecido en la norma que rige a la materia de competencia a fin de sustanciar el proceso de investigación en curso; consecuentemente, no puede causar perjuicio o gravamen al operador económico investigado pues no implica restricción alguna a sus actividades económicas. En el campo del derecho administrativo la resolución de inicio de investigación, impugnada con el Recurso de Reposición, es un acto de simple administración ya que no decide el fondo de la Litis, en el presente caso, estamos frente a un decreto de sustanciación o de mero trámite; al respecto el Dr. Agustín Gordillo en su Tratado de Derecho Administrativo dice, "(...), el acto "interlocutorio o de mero trámite", que a pesar de su denominación sería un acto productor de efectos jurídicos directos aunque no en cuanto al fondo de la cuestión debatida sino al trámite (...)". Se debe señalar que, revisado el expediente, se evidencia que se ha garantizado el debido proceso y el derecho a la defensa del recurrente, por lo que no se ha afectado ningún derecho, tanto más que, en la etapa en la fase de investigación, el operador económico podrá presentar la documentación que considere pertinente para que sea

¹ Dromí, Roberto- Tratado de Derecho Administrativo- Buenos Aires, Argentina 1998.

² Enciclopedia Española de Derecho y Administración- Madrid, España. Tomo V



45-
unión
falo

valorada conforme los procedimientos establecidos en la Ley, esto en concordancia con lo establecido en la Constitución de la República del Ecuador, que en su Art. 76 prescribe "En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento. b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa. (...) h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.". De lo anteriormente expuesto, y revisadas que han sido las constancias procesales, se evidencia que el órgano de investigación ha ejercido la facultad concedida en la LORCPM, en los Art. 37 y 38 anteriormente referidos, producto de lo detallado es que la IIAPMAPR, ha expedido la resolución de 19 de mayo de 2016, en la cual se realiza una amplia exposición y valoración de los hechos denunciados, así como la confrontación de los elementos aportados por el operador investigado, resolviendo el inicio de la investigación, en fundamento a la capacidad investigativa de la que está investida, a fin de que la IIAPMAPR determine la existencia o no de la conducta que se investiga, lo cual constituye el objeto de la investigación. **OCTAVO.-** Por todo lo expuesto, amparado en las disposiciones del Art. 44, numeral 2 y Art. 68 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta Autoridad **RESUELVE:** **Primero.-** NEGAR el Recurso de Apelación planteado por el operador económico DISTRIBUIDORA FARMACÉUTICA ECUATORIANA DIFARE S.A, presentado a la SCPM con fecha 29 de julio de 2016, en consecuencia ratificar la Resolución de 01 de julio de 2016, aclarada mediante providencia de 19 de julio de 2016, en la cual la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (IIAPMAPR) inadmite el Recurso de Reposición interpuesto en contra de la Resolución de 19 de mayo de 2016, en la que se dispone el inicio de la investigación formal en el proceso administrativo, expedida por la misma autoridad; **Segundo.-** Póngase en conocimiento de lo actuado a las partes procesales y al órgano de sustanciación e investigación.- **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.**


Pedro Páez Pérez

SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO


Dra. Naraya Tobar Mier
SECRETARIA AD-HOC