



- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Control del Poder de Mercado
- **Órgano de Sustanciación:** Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas
- **Expediente:** SCPM-IIAPMAPR-EXP-027-2013-A-001-DS. ,
- **Denunciada:** DIFARE S.A.

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- Quito, DM, 27 de marzo del 2015, a las 09h50.- Dentro del presente expediente administrativo, en mi calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado (S), conforme a la Resolución No. SCPM-DS-020-2015, de fecha 12 de marzo del 2015, cuya copia certificada se agrega al expediente, 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.- El señor Julio Cesar Ocaña Moreira, en calidad de Presidente Ejecutivo y Representante Legal de la Compañía DISTRIBUIDORA FARMACÉUTICA ECUATORIANA DIFARE S.A., por intermedio de su abogada Dra. María Teresa Lara, mediante escrito de fecha 16 de enero del 2015, presenta RECURSO DE APELACIÓN a la resolución emitida el 15 de diciembre del 2014 a las 16h00 por el señor Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, dentro del expediente No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-027, acto por el cual resolvió desechar el recurso de reposición interpuesto en la Intendencia en mención.

QUINTA.- FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO INTERPUESTO DE APELACIÓN.- “**1.1.- El Informe SCPM-IIAPMAPR-088-2014 de 27 de junio del 2014** suscrito por el Licenciado Mauricio Vásquez Analista de Mercado y revisado por el Dr. Wilmer Campaña Director de Investigación de la Intendencia de Abuso de Poder de Mercado (...) señala porcentajes erróneos de crecimiento en relación con el número de farmacias propias del Grupo Económico DIFARE y como consecuencia ello, se concluye equivocadamente que el Grupo Económico DIFARE posee un “... crecimiento anual de sus establecimientos de ventas al por menor de medicamentos de al menos 50 % en más de un período consecutivo (...)”. Considerando además este hecho como “... un segundo indicio de que presuntamente existe o existió una afectación al mercado de análisis”. **1.2.- En la Resolución de Inicio de Investigación** emitida dentro del Expediente No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-027, de fecha 28 de agosto de 2014, notificada a mi representada el 29 de agosto de 2014, en el numeral 3.14., literal c), consta mencionado “(...) c) Que para la comisión de conductas investigadas, los Grupos Económicos Difare y Farmaenlace poseen un crecimiento anual de sus establecimientos de ventas al por menor de medicamentos de al menos 50% en más de un período consecutivo (...)” **1.4. Finalmente, mediante providencia de 15 de diciembre del 2014, a las 16h00, notificada a mi representada vía correo electrónico el día 17 de diciembre de 2014, la Intendencia de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas RESUELVE: desechar el recurso de reposición** interpuesto por DIFARE, por cuanto señala **no habrían** “(...) variado de forma alguna los antecedentes de hecho que debida y jurídicamente han sido enunciados en base a la Constitución y normas legales aplicables que motivaron el inicio de la investigación dentro del trámite administrativo No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-027-2013 (...)” **III. FUNDAMENTOS DE HECHO Y DERECHO.-** En el



Considerando Sexto de la Resolución de 15 de diciembre del 2014, la Intendencia de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdo y Prácticas Restrictivas, en adelante la Intendencia, rechazó las excepciones expuestas por DIFARE en el numeral 3 del acápite tercero del Recurso de Reposición. En dicho numeral DIFARE solicitó lo siguiente: "(...) Se sirva considerar y analizar las explicaciones e información probatoria adjuntas a este Recurso y que se agregaron oportunamente al proceso, con el objeto de corregir los errores expuestos en el Considerando tercero, Numeral 3.14. de la Resolución Impugnada sobre los porcentajes de crecimiento de establecimientos farmacéuticos propios y franquiciados del Grupo Difare durante los años 2008-2013." Sin tomar en cuenta de forma alguna los documentos y explicaciones adjuntos, la Intendencia declaró como improcedente las excepciones las excepciones expuestas por DIFARE sobre estos hechos en particular. El fundamento expuesto por la Intendencia radicó en que: "(...) los porcentajes de crecimiento de establecimientos farmacéuticos minoristas de DISTRIBUIDORA FARMACÉUTICA DIFARE ECUATORIAN DIFARE S.A. mostrados en el informe Nro. SCPM-IIAPMAPR-088-2014, se obtuvieron utilizando la información digital remitida por el mismo operador económico con fecha 16 de enero de 2014, a las 9h08, la cual reposa a foja cuatrocientos ochenta y uno (481) del expediente No. No.[sic] SCPM-IIAPMAPR-088-2013, y que versa sobre establecimientos minoristas abiertos y cerrados de DISTRIBUIDORA FARMACÉUTICA ECUATORIANA DIFARE S.A., desde el año 1987[2008] hasta el 2013 (...) en primer lugar, hay que considerar una circunstancia que NUNCA fue tomada en cuenta y peor analizada por la Intendencia al momento de resolver sobre el Recurso de Reposición interpuesto y que tiene relación con la Integración Operacional por la que pasó el Grupo Económico DIFARE en el mes de noviembre del año 2012, y se la describe seguidamente. En el año 2012, el GRUPO HOLDING DIFARE decidió, en razón de optimizar recursos y generar eficiencias por razones de economías de escala, de competitividad y sobre todo para trasladar un beneficio a sus clientes y consumidores finales, que las compañías que pertenecían a él, y que habían estado actuando únicamente en la parte administrativa de manera autónoma (ECUAFARMACIAS & ASOCIADOS S.A., DROMAYOR S.A. y ASESORÍA y SERVICIOS GENERALES ASEGENSA S.A.) pasen a formar parte de la denominación social única "DISTRIBUIDORA FARMACÉUTICA ECUATORIANA DIFARE S.A. (...) DIFARE es un compañía anónima que tiene su domicilio principal en la ciudad de Guayaquil y mantiene operaciones comerciales a nivel nacional. Es parte del Grupo HOLDING DIFARE, cuyas actividades se categorizan en tres grandes divisiones de negocios que delinean su estrategia operativa: Casas de Representación, Distribución y Farmacias. Antes de la integración, las empresas mencionada, esto es, DIFARE, ECUAFARMACIAS & ASOCIADOS S.A., DROMAYOR S.A y ASESORÍA Y

SERVICIOS GENERALES ASEGENSA S.A., **operaban de forma independiente**, cada una de manera separada y en las diferentes etapas de la cadena de valor farmacéutica. Sin embargo, el Grupo HOLDING DIFARE llegó a la conclusión de que este manejo operacional no era eficiente, por lo que consideró pertinente realizar una integración vertical de estas 4 empresas, para cubrir y brindar mejores servicios a la comunidad. En consecuencia, se decidió que las empresas ECUAFARMACIAS & ASOCIADOS S.A., DROMAYOR S.A. y ASESORÍA Y SERVICIOS GENERALES ASEGENSA S.A. pasen todas sus operaciones integradas a DISTRIBUIDORA FARMACÉUTICA ECUATORIANA DIFARE S.A., con el objeto de disminuir los costos operativos de las referidas empresas y ser más eficientes. Esta integración operativa NUNCA significó incremento de volumen de negocio ni de participación en la cuota de mercado dentro del sector farmacéutico, sino simplemente una estructuración para obtener mayores eficiencias en el mercado (...) en una manifestación de buena fe y de responsabilidad social empresarial, el 15 de noviembre de 2012 DIFARE cumplió con un proceso de notificación voluntaria de integración operativa con fines informativos a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (...) como bien expresa DIFARE en el escrito de notificación voluntaria, “esta OPERACIÓN DE INTEGRACIÓN OPERATIVA **NO IMPLICA LA TOMA DE CONTROL** por cuanto el adquirente, es decir, DIFARE S.A., YA TIENE EL CONTROL DE HECHO Y DE DERECHO, por lo cual no queda encuadrada en los supuestos del artículo 14 de la Ley, razón por la cual la operación NO debe ser NOTIFICADA de acuerdo a lo que dispone el artículo 16 de la Ley mencionada” (...) así mismo, en el escrito de notificación voluntaria se resaltó que la operación de reestructuración administrativa “no resultará en la pérdida de competidores en ninguno de los mercados relevantes en los que las partes involucradas participan, pues las empresas u operadores económicos son **ya parte del Grupo DIFARE**”. Por ello, el hecho de que se transfiera el patrimonio de las empresas a integrarse no involucraba en ningún momento un incremento en la cuota de DIFARE en ninguno de los mercados. En efecto, la integración operacional que DIFARE efectuó no constituyó en ningún momento una adquisición vertical u horizontal, sino simplemente una transferencia de patrimonio por parte de varios operadores de un mismo grupo económico a favor de otro del mismo grupo. La figura societaria utilizada para realizar la integración operativa fue la fusión por absorción, reconocida en la Ley de Compañías, por parte de DIFARE S.A. hacia las compañías mencionadas (...) la Intendencia de Control de Concentraciones, mediante providencia de 16 de enero del 2013, consintió la operación de integración referida con fundamento en el escrito y documentos presentados. En el considerando primero de la Resolución de 16 de enero de 2013, concordó plenamente con lo afirmado por DIFARE, reconociendo que “la **Operación de Integración Operativa** de las empresas



que seguirán actuando a través de la razón social DIFARE S.A. y que actualmente pertenecen al GRUPO HOLDING DIFARE CIA. LTDA., y en tal razón no existe cambio o toma de control alguno como lo dispone el inciso primero del Artículo 14 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. A pesar de lo expuesto e información presentada, en el informe SCPM-IIAPMARP-088-2014 de 27 de junio del 2014 no se incluyó como dato relevante la Integración Operativa del Grupo DIFARE que fue notificada en forma voluntaria a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado y aprobada por la Intendencia de Control de Concentraciones. Al momento en que la Intendencia de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas elaboró el informe antedicho, **únicamente tomó en cuenta la información de los establecimientos abiertos y cerrados desde el año 2008 hasta la fecha de los que DIFARE S.A. era propietario, cuando lo correcto habría sido que tome en cuenta además los establecimientos abiertos y cerrados por ECUAFARMACIAS Y DROMAYOR desde el año 2008 hasta noviembre del 2012.** Evidentemente, si se toma en cuenta tan solo la información de farmacias abiertas y cerradas por parte de DIFARE S.A., que es lo que se nos pidió en la etapa preliminar de esta investigación en el mes de enero del 2014 (...) se llega a la absoluta conclusión, como en efecto se lo hizo, de que hubo un incremento exponencial de los establecimientos abiertos y cerrados por DIFARE S.A. entre los años 2008 y 2013. La conclusión del “supuesto” crecimiento del Grupo DIFARE en porcentajes que superarían el 50 % es diametralmente distinta si se toma en cuenta el hecho económico y jurídico de su integración Operativa a través de la cual es claro que el alegado incremento por parte de la Intendencia nunca tuvo lugar. Por el contrario y tomando en cuenta la información que fue presentada por Difare como Grupo Económico y considerando la Integración Operativa de sus 4 empresas en el mes de noviembre del 2012, nos permite concluir que en los años 2011, 2012 y 2013, los porcentajes de crecimiento en cuanto al número de farmacias propias del Grupo Difare, es decir de farmacias que tienen a la fecha el RUC de DIFARE, son tan solo del 5.72%, 4,52% y 1,27%, respectivamente. La confusión se origina porque la propia Intendencia para la elaboración del Informe SCPM-IIAPMARP-088-2014 de 27 de junio del 2014, en desconocimiento de la integración Operativa del Grupo Difare, **únicamente requirió, mediante Oficio No. SCPM-IIAPM-2013-494 de 27 de diciembre del 2013, lo siguiente:** “(...) 2.- Remitir atento oficio a los operadores económicos: a) DISTRIBUIDORA FARMACÉUTICA ECUATORIANA DIFARE S.A. (...), para que por medio de quién corresponda remita en formato digital Excel no protegido la Planilla C (Información de los establecimiento abiertos y cerrados desde el año 2008 hasta la presente fecha) anexa a la presente providencia y los estados financieros auditados desde el año 2008 hasta la presente fecha (...)”. Es decir, **exclusivamente**

*solicitó la presentación de información sobre establecimientos abiertos y cerrados del operador económico **DISTRIBUIDORA FARMACÉUTICA ECUATORIANA DIFARE S.A.** y no del Grupo Económico DIFARE. En atención a esto, en el escrito y anexos presentados el 16 de enero del 2014, a las 09h08, el operador económico DISTRIBUIDORA FARMACÉUTICA ECUATORIANA DIFARE S.A. (...) presentó como información de establecimientos farmacéuticos abiertos y cerrados exclusivamente por DIFARE, en cuyo número se encuentran los establecimientos que fueron absorbidos en noviembre del 2012 tanto a ECUAFARMACIAS como a DROMAYOR. Sin embargo, al observar las erradas conclusiones de la Intendencia en su Informe SCPM-IIAPMARP-088-2014 de 27 de junio del 2014, mi representada inmediatamente buscó presentar información que explique y desvanezca la errónea afirmación sobre la existencia de un incremento de más del 50 % de establecimientos (...) con la presentación de esta información DIFARE buscó que la Intendencia pueda observar la calidad económica que tuvo lugar dentro del Grupo DIFARE, más allá de las estructuras societarias que fueron modificadas para obtener mayores eficiencias económicas. De esta forma la Intendencia podría cumplir con lo prescrito por el Art. 3 de la LORCPM (...) sin embargo, la Intendencia en ningún momento tomó en cuenta toda esta información presentada y que consta agregada en autos, lo cual afecta a nuestros legítimos derechos constitucionales de defensa dentro del Caso de Investigación que esa Intendencia sigue en contra de DIFARE (...) **PETICIONES.-** Con base a los fundamentos de hecho y derecho expuestos, solicitamos a Usted señor Superintendente que revise los documentos probatorios agregados por mi representada ante la Intendencia de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, con el objeto de que se deje sin efecto la información contenida en el considerando Sexto de la Resolución de 15 de diciembre del 2014 toda vez que conforme se ha demostrado, los porcentajes de crecimiento del Grupo Difare no llegan a los porcentajes exponenciales que señala esa Intendencia en forma absolutamente errada (...)*

SEXTA.- ANÁLISIS FÁCTICO DE LA PRETENSIÓN.-

1.- La Intendencia de Investigación de Abuso de Poder del mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, con fecha 28 de agosto del 2014, las 09h30, inició de oficio la investigación en contra de DIFARE S.A. en base al artículo 55 del Reglamento de aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), por haber tenido conocimiento indirecto de posibles conductas susceptibles de constituir infracción de actos contempladas en el Artículo 9 de la LORCPM, estos son: **“2.- CONDUCTAS OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN:** (...) **1.-** Las conductas de uno o varios operadores económicos que les permitan



afectar, efectiva o potencialmente, la participación de otros competidores y la capacidad de entrada o expansión de estos últimos en un mercado relevante, a través de cualquier medio ajeno a su propia competitividad o eficiencia (...) 7.- La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación de desventaja frente a otros (...) 9.- La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación de bienes o servicios (...) 11.- La fijación, imposición, limitación o establecimiento injustificado de condiciones para la compra, venta y distribución exclusiva de bienes o servicios (...) 15.- La implementación de prácticas exclusorias o prácticas explotativas (...) 22.- Aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica (...) **5.- DURACIÓN DE LA CONDUCTA:** El informe Nro. SCPM-IIAPMAPR-088-2014, indica que entre los años 2008 y 2012 “el número de operaciones económicas independientes pasa de 2.249 a 1.266 es decir decrecen en 43.71% por tanto, se presume que las conductas susceptibles de constituir infracciones al artículo 9 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado que estarían implementándose tendrían una duración comprendida entre los años 2008 y 2012 (...) **RESUELVE: PRIMERO.-** Iniciar de oficio una investigación en contra de los operadores económicos: **QUIFATEX S.A., ORCEVAL DISTRIBUCIONES CIA. LTDA., ZONATRADE CIA. LTDA., ALLIANCEPHARMA TECHNOLOGIES S.A., FARMAENLACE CIA. LTDA., FARMACIA FARVICTORIA S.A., PROVEFARMA S.A., APROFARM S.A., DISTRIBUIDORA FARMACÉUTICA ECUATORIANA DIFARE S.A., SUMINISTROS MÉDICOS Y DE LABORATORIO SUMELAB CIA. LTDA, Y FARMACIAS HUMANAS VIDACORP SOCIEDAD ANÓNIMA** cuyo plazo de duración no podrá exceder de ciento ochenta (180) días, prorrogables hasta por ciento ochenta (180) días adicionales por una sola vez (...) **SEGUNDO.-** Las conductas investigadas por la posible comisión de la infracción son aquellas establecidas en los numerales 1, 7, 9, 11, 15, 22 del artículo 9 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (...)” (Fs. 1 a 4)

2.- A la providencia de inicio de investigación mediante escrito de fecha 26 de septiembre del 2014, el señor Julio Cesar Ocaña Moreira en calidad de representante Legal de DIFARE S.A., a través de su abogado patrocinador interpone Recurso de Reposición, en el cual expone: “(...) *el derecho a la defensa de DIFARE ha sido vulnerado dado que la Autoridad de Investigación, al fijar como Mercado Temporal el identificado como “Duración de la Conducta” en el Considerando 4 ítem 5 de la Resolución Impugnada, aplica de manera retroactiva las disposiciones vigentes en la*

LORCPM. Así, pretende investigar presuntas conductas anticompetitivas que no se encontraban tipificadas y menos aún sancionadas antes de la vigencia de esta Ley. **El derecho constitucional a la defensa de DIFARE ha sido vulnerado por parte de la Autoridad de Investigación al pretender investigar supuestas conductas anticompetitivas que no lo eran antes de la vigencia de la LORCPM y por la aplicación retroactiva de ley para la eventual sanción de supuestas conductas anticompetitivas, cuando la Autoridad Sancionadora aún no tenía facultades legales para sancionar (...)** las atribuciones y competencias reconocidas a la Superintendencia del Control del Poder de Mercado y sus funcionarios mediante la LORCPM nacen igualmente desde la vigencia de la Ley, pues antes de su promulgación eran otras las autoridades administrativas a cargo de la investigación y sanción de conductas anticompetitivas (...) **2.2. La resolución Impugnada no se encuentra debidamente motivada en cuanto a la fijación del Mercado Relevante (...)** finalmente, el último vicio que la Resolución Impugnada refleja es el atinente al incumplimiento de los requisitos formales para su expedición. El Art. 62 del Reglamento de la Ley de Regulación y Control del Poder de Mercado establece como uno de los contenidos mínimos que una resolución de inicio de la etapa de investigación debe contener, que exista una relación entre la conducta de investigación y los elementos de prueba presentados (...) empero, en el presente caso la Autoridad de Investigación en ningún momento estableció la relación entre los hechos y las pruebas presentadas por mi representada (...) en ninguno de los considerandos de la Resolución impugnada se realiza una valoración de las explicaciones y las pruebas presentadas por DIFARE mediante providencia de 8 de agosto del 2014, a las 09h40, conforme en derecho correspondía hacerlo (...) **PETITORIO (...)** solicito a usted señor Intendente (...) toda vez que la Resolución impugnada adolece de vicios que deben ser corregidos por esa Autoridad de Investigación, **solicito la revocatoria de los aspectos que se encuentran impugnados en forma detallada en este recurso de Reposición y que se proceda a (...) investigar en este Proceso de Investigación No. 027-2013, únicamente las supuestas conductas anticompetitivas ocurridas desde el 13 de Octubre del 2011 hasta el 31 de diciembre del 2013 (...)**” (Fs. 5 a 23).

3.- El Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, con fecha 16 de octubre del 2014, a las 10h00, avoca conocimiento del recurso de reposición, y con fecha 15 de diciembre del 2014, foja 706 a la 708, a las 16h00, **RESUELVE:** “(...) Por cuanto no han variado de forma alguna los antecedentes de hecho que debida y jurídicamente han sido enunciados en base a la Constitución y normas legales aplicables que motivaron el inicio de la investigación dentro del trámite administrativo No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-027-



2013, se desecha el recurso de reposición interpuesto por la doctora María Teresa Lara, en representación del señor Julio Cesar Ocaña Moreira, Vicepresidente Ejecutivo y Representante Legal de la compañía DISTRIBUIDORA FARMACÉUTICA ECUATORIANA DIFARE S.A. (...)"

4.- El señor Julio Cesar Ocaña Moreira, en calidad de Presidente Ejecutivo y Representante Legal de la Compañía DISTRIBUIDORA FARMACÉUTICA ECUATORIANA DIFARE S.A., por intermedio de su abogada Dra. María Teresa Lara, mediante escrito de fecha 16 de enero del 2015, fojas 711 a la 720, presenta RECURSO DE APELACIÓN a la resolución emitida el 15 de diciembre del 2014 a las 16h00 por el señor Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas; mediante providencia de fecha 05 de febrero del 2015 a las 10h00 el Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y prácticas Restrictivas dispone: "(...) por haberse interpuesto indebidamente el recurso de apelación, el mismo no puede ser aceptado a trámite por éste órgano, por carecer de competencia administrativa para dicho efecto (...)" (Fs. 721); posteriormente el Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y prácticas Restrictivas, mediante providencia de fecha 13 de febrero del 2015, a las 10h00, dispone: "(...) de conformidad con lo que dispone el numeral 2 del artículo 22 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del poder de Mercado, revocando parcialmente la providencia de fecha 05 de febrero del 2015, a las 10h00 en la que se inadmite a trámite el recurso de apelación, remítase el expediente al señor Superintendente de Control del Poder de Mercado, a fin de que las partes puedan hacer valer sus derechos ante dicha autoridad (...)" (Fs. 737).

5.- La **CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**, dispone: "Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes" y en forma imperativa, también, manda: "Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos". La **LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO**, dispone: "Art. 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 (...)" Y en la disposición general primera de nuestra misma Ley, se ordena: "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 Tribunal de lo Contencioso Administrativo, se ha pronunciado sobre la normativa aplicable al procedimiento administrativo: "... a falta de disposiciones expresas para un procedimiento administrativo hay que recurrir a las normas del derecho común -en este caso al Código Adjetivo Civil- con mayor razón si sus disposiciones son aplicables a todos los juicios e instancias." (TCA. Boletín N° 8, 1987, p. 38). **EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL**, dispone: "Art. 323.- Apelación es la reclamación que alguno de los litigantes u otro interesado hace al juez o tribunal superior, para que revoque o reforme un decreto, auto o sentencia del inferior. Art. 324.- La apelación se interpondrá dentro del término de tres días; y el juez, sin correr traslado ni observar otra solemnidad, concederá o denegará el recurso. No se aceptará la apelación, ni ningún otro recurso, antes de que empiece a decurrir el término fijado en el inciso anterior, salvo lo dispuesto en los artículos 90 y 306. Art. 326.- Se puede apelar de las sentencias, de los autos y de los decretos que tienen fuerza de auto. Sin embargo, no son apelables los autos o decretos que no ocasionan gravamen irreparable en definitiva, ni aun cuando condenen en costas y multas; y, en general, toda decisión a que la ley deniegue este recurso. Tampoco son apelables las providencias sobre suspensión o prórroga de términos, las que conceden términos para pruebas, las que manden practicarlas, las que califiquen interrogatorios, las que concedan términos extraordinarios, y las demás de mero trámite. Art. 330.- La apelación se debe interponer ante el juez de cuya resolución se apela, y para ante el superior inmediato; pero no hay necesidad de expresar cuál es el juez o tribunal para ante quien se apela"-resaltado es nuestro.

6.- Ante las normas transcritas es evidente aclarar dos enfoques respecto de la impugnabilidad: **Primero**:, es un principio y no una regla, puesto que no todos los actos y decisiones son recurribles a través de recursos verticales como el de apelación; y, **Segundo**, cuando la impugnabilidad es una regla está escrita y solamente es oponible a fallos, resoluciones, autos que puedan influir en la decisión final y decisiones que causen gravamen irreparable o decidan la causa en instancia final, es decir pongan fin al litigio; caso contrario, si en un proceso administrativo se dictan cinco mil autos tendríamos cinco mil apelaciones, y la administración pública pasaría todo el tiempo de servicio resolviendo apelaciones, lo cual es insostenible. Por lo tanto, todas las decisiones son impugnables según su naturaleza decisoria y de instancia y son aplicables determinados y concretos recursos, ya sean horizontales o verticales. La providencia de fecha 28 de agosto del 2014, las 09h30 que da inició a la investigación



en contra de DIFARE S.A., se trata de un AUTO INTERLOCUTORIO que no causa daño irreparable, porque no resuelve el fondo de la litis, y en consecuencia no decide sobre los derechos de las partes, en consecuencia, es un acto mediante el cual simplemente se inicia el proceso investigativo permitido por el Art. 55 del Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado -RLORCPM-, el cual se inicia tras haber tenido conocimiento directa o indirectamente de las conductas susceptibles de constituir infracción; o como consecuencia de los resultados de estudios económicos o del examen permanente de las restricciones conferidas en virtud de la Ley, y tiene como finalidad requerir y obtener informes, información o documentos que estimare necesarios para la investigación que se realiza, e identificar indicios que pudieren denotar la existencia de una infracción anticompetitiva, luego de lo cual, concluida la investigación, de haber mérito para proseguir el procedimiento, el órgano de sustanciación ordenará se notifique con la denuncia y formulación de cargos al denunciado al amparo del artículo 58 de la LORCPM. En esta sede administrativa las actuaciones investigativas tienen el carácter de pres procesales en stricto sensu o sensu stricto (en sentido estricto o en sentido restringido). Empero, la ley ha previsto que los actos de los distintos niveles jerárquicamente inferiores, primero, pueden ser impugnados en el mismo nivel mediante el RECURSO DE REPOSICIÓN y ante la misma autoridad que los emitió conforme el Art. 66 de la misma ley. La jurisprudencia ecuatoriana es clara al sostener que un acto interlocutorio no constituye un fallo o resolución que ponga fin al proceso, sino un auto, providencia, decreto o acto administrativo de impulso procesal con el cual no decide la causa o proceso. En igual sentido el Diccionario Jurídico Colombiano del tratadista BOHÓRQUEZ Botero Luís Fernando, Editorial Jurídica Nacional. Pág. 95, en el cual el Dr. Hernando Devis Echandía explica: “son autos interlocutorios los que contienen alguna decisión judicial sobre el contenido del asunto litigioso que se investiga y que no corresponde a la sentencia, o que resuelven alguna cuestión procesal que puede afectar los derechos de las partes o la validez del procedimiento, es decir, que no se limitan al mero impulso procesal o gobierno del proceso. Son ejemplos los autos que resuelven un incidente o admiten o rechazan la demanda, o determinan la personería de alguna de las partes o de sus representantes, o niegan el decreto o práctica de una prueba, o señalan una caución, o decretan embargos, o desembargos, o admiten la intervención de un tercero o la rechazan”. Por lo cual es fácil concluir que solamente los actos decisorios o sentencias son recurribles en recurso de apelación y demás recursos verticales ascendentes, así lo establece la Constitución de la República del Ecuador, cuando manda: “Art. 76, N° 7, m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos”. Esta norma constitucional es una regla y no un principio, de modo que no puede ser dimensionado en su aplicación.

7.- La recurrente DIFARE S.A., alega que *“el Informe SCPM-IIAPMARP-088-2014 de 27 de junio del 2014 suscrito por el Licenciado Mauricio Vásquez Analista de Mercado y revisado por el Dr. Wilmer Campaña Director de Investigación de la Intendencia de Abuso de Poder de Mercado señala porcentajes erróneos de crecimiento en relación con el número de farmacias propias del Grupo Económico DIFARE y que además concluye que existe un crecimiento anual de sus establecimientos de ventas al por menor de medicamentos de al menos 50 % en más de un período consecutivo”* al respecto, es menester aclarar que el informe SCPM-IIAPMARP-088-2014, da paso a la apertura del expediente de investigación, el cual, luego del trámite respectivo, la Intendencia encargada de la investigación determinará, en el caso de existir, responsabilidades, sanciones o declarará que no existen elementos de convicción que puedan determinar una falta a esta Ley, lo cual se realiza con el fin de asegurar la transparencia y eficiencia en los mercados, de esta manera fomentar la competencia y eliminar las prácticas restrictivas, o conductas desleales contrarias al régimen previsto en la Ley de la materia, situación jurídica que aún no ocurre, por lo cual, al no haber determinado si DIFARE S.A., ha incurrido en una falta establecida en la Ley Orgánica de Control del Poder de Mercado, mal podría suponer el operador económico que existe violación de derechos por un acto emanado por esta Institución que da inicio a un procedimiento, es así que, las presunciones que señala el referido informe deberán ser probadas por esta entidad en base a los elementos que derive el proceso investigativo, en consecuencia los actos y procedimientos administrativos que emite la Superintendencia de Control del Poder de Mercado tienen, de modo general, valor particular y se los expide con referencia a ciertos operadores económicos ya sea para investigación o simplemente como marco referencial para un proceso de estudio del mercado, y sirven para que ésta administración de control pueda, de la mejor manera posible, cumplir con su cometido principal, que es mejorar el mercado y erradicar cualquier práctica anticompetitiva que se encuentre plasmada en la normativa vigente aplicable a la materia.

8.- La recurrente en su escrito de impugnación también manifiesta: *“[...] Sin tomar en cuenta de forma alguna los documentos y explicaciones adjuntos, la Intendencia declaró como improcedente las excepciones expuestas por DIFARE sobre estos hechos en particular”*. El Código de Procedimiento Civil, como ley supletoria de la LORCPM, dispone: “Art. 397.- El demandado tendrá el término de quince días para proponer conjuntamente las excepciones dilatorias y perentorias, las cuales se resolverán en sentencia. Entre las excepciones no podrá proponerse la de oscuridad del libelo”. Pero, ¿en fase procesal el denunciado debe proponer excepciones? En la fase preprocesal el denunciado debe presentar explicaciones probatorias objetivas y reales, pero no excepciones. Cuando existe un proceso de investigación éste culmina con el



informe de resultados de la investigación, Art. 67 del RLORCPM, y cuando en este informe se establecieren cargos en contra del denunciado, se abrirá el "TÉRMINO DE EXCEPCIONES" en el cual el denunciado puede plantear las excepciones que creyere asistido legalmente. De modo que resulta evidente el error de apreciación procesal de la recurrente al confundir esta preprocesal con fase de excepciones y auto interlocutorio con resolución.

9.- El recurrente también aduce falta de motivación con respecto al mercado relevante, en este punto, no se ha evidenciado la violación de este principio, pues todo principio no es necesariamente una regla, y en este caso este principio es dimensionable y es obligatorio probar cuál de las dimensiones variables se ha violentado. Finalmente, la fundamentación con sujeción a la doctrina y la jurisprudencia referente a la prueba que hace la recurrente, para este momento procesal no es pertinente, porque el trámite no está en la fase de prueba que permita alegar y presentar pruebas. La recurrente no ha demostrado violación de sus derechos ni al principio de legalidad para apelar, pues la sola enunciación o copia de las normas no significa fundamentación o demostración. Por otro lado, en el escrito de fecha 16 de enero del 2015, presentado por DIFARE S.A., *"solicita al Superintendente que revise los documentos probatorios presentados ante la Intendencia de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, con el objeto de que se deje sin efecto la información contenida en el considerando Sexto de la Resolución de 15 de diciembre del 2014 toda vez que conforme se ha demostrado, los porcentajes de crecimiento del Grupo Difare no llegan a los porcentajes exponenciales que señala la Intendencia"*. Al respecto, por antonomasia el ejercicio de la potestad procesal de VALORACIÓN DE LA PRUEBA está solamente permitido hacerlo dentro del INFORME FINAL establecido en el Art. 70 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, al Intendente, órgano de investigación, no le está permitido hacerlo antes ni después; ya que hacerlo antes o después es violación legal. El RLORCPM dispone: "Art. 69.- Término de prueba.- Vencido el término señalado en el artículo anterior, el órgano de investigación ordenará la apertura del término probatorio de sesenta (60) días, los cuales podrán ser prorrogados hasta por un término de treinta (30) días adicionales, a criterio de la autoridad. Durante la etapa de prueba las partes podrán deducir las alegaciones y presentar o solicitar al órgano de investigación se practiquen las pruebas que consideren relevantes para la defensa de sus intereses. Art. 70.- Informe final.- Concluido el término de prueba, el órgano de investigación emitirá informe final en el término de quince (15) días. El informe final contendrá la enumeración y valoración de la prueba presentada durante el término de prueba; las sanciones y medidas correctivas propuestas; y, cuando proceda, la propuesta de exención o de reducción del importe de la multa de conformidad a lo que establece la

Ley. El informe final será remitido dentro del término indicado en el párrafo precedente al órgano de sustanciación y resolución, junto con el expediente del procedimiento, para su conocimiento y resolución”.- En esta instancia procesal, el órgano investigador tiene la facultad de valorar la prueba obtenida durante la investigación dentro de la estación probatoria, y no antes.

10.- En cuanto a la motivación, en la Sentencia N°. 69 de la CORTE CONSTITUCIONAL, publicada en el Registro Oficial Suplemento N°. 372, de 27-ene-2011, sobre la MOTIVACIÓN dispone: *“En relación a la vulneración de la debida motivación establecida en el artículo 76, numeral, 7, se efectúa el siguiente análisis: La motivación consiste en que los antecedentes que se exponen en la parte motiva sean coherentes con lo que se resuelve, y nunca puede ser válida una motivación que sea contradictoria con la decisión. En otras palabras: “La motivación es justificación, es argumentar racionalmente para justificar una decisión aplicativa, es exposición de las razones que se han dado por los jueces para mostrar que su decisión es correcta o aceptable”.* La motivación de las resoluciones judiciales es requisito para la observancia de un proceso debido, y más concretamente dentro del litigio, para la observancia del derecho a la tutela efectiva y expedita de los derechos e intereses de las personas, sin que en ningún caso quede en indefensión. Es decir: “las resoluciones judiciales que contengan contradicciones internas, arbitrariedades y errores lógicos que las conviertan en manifiestamente irrazonables, aun teniéndola, se las considerará carentes de motivación y, por lo tanto, vulnerarán el derecho a la tutela efectiva (...). Para que se considere cumplido el requisito de la motivación, es necesario que lleve a cabo la doble finalidad de exteriorizar, de un lado, el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explícito que éste responda a una determinada interpretación del Derecho, y de permitir, de otro, su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los derechos”. Resulta evidente entonces “... que el deber de motivar así concebido dota a las resoluciones judiciales de una calidad epistémica que de otro modo no tendrían, y esto es lo que hace de él un dispositivo de garantía. (...) En este contexto, el juez no puede decidir arbitrariamente, sino que está obligado a razonar de manera explícita las resoluciones que adopta, destinadas a defenderse por sí mismas ante los afectados, que no están reducidos a la pasividad inerte frente a ellas, y pueden discutir las con conocimiento de causa”. Es decir, la motivación responde a la debida y lógica coherencia de razonabilidad que debe existir entre la pretensión, los elementos fácticos, las consideraciones y vinculación de la norma jurídica y la resolución tomada”. Si bien esta jurisprudencia constitucional es propia de los fallos o resoluciones decisorias, ilustra en forma clara lo que implica la motivación en la ratio decidendi en todos los actos en los cuales debe existir tutela estatal.

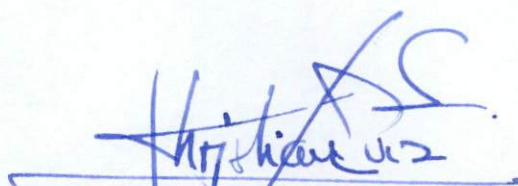


Superintendencia
de Control del
Poder de Mercado

- 19 -
Diciembre
2019

11.- Finalmente, por lo todo lo expuesto sin haber necesidad de mayor abundamiento, el recurso de apelación interpuesto por DIFARE S.A., es improcedente y por el contrario evidencia la falta de lealtad procesal de la recurrente y de su abogada defensora ya que su pretensión es retardar el curso normal del proceso.

SEPTIMA.- RESOLUCIÓN.- Por lo todo expuesto, amparado en lo dispuesto en el Art. 44 numeral 2 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta autoridad jerárquica, **RESUELVE: Primero:** Se rechaza el recurso vertical de apelación interpuesto por la administrada DIFARE S.A., por improcedente. **Segundo:** Se previene a la doctora María Teresa Lara, abogada patrocinadora de DIFARE S.A., de actuar conforme a los principios de lealtad procesal. **Tercero.-** Devuélvase el expediente a la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas para los fines legales consiguientes. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-**



Ing. Christian Ruiz Hinojosa M.A.,
SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO (S).



Dr. Daniel Vascónez
SECRETARIO AD-HOC

