

- **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 Intendencia:** SCPM-IIAPMAPR-EXP-2014-027-A
- **Expediente Apelación:** SCPM-IIAPMAPR-EXP-2014-027- A-A-008-DS
- **Denunciante:** JRCPHARMA ECUADOR S.A.
- **Denunciado:** ROCHE ECUADOR S.A. / QUIFATEX S.A.

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- Quito, DM, 23 de julio de 2015, a las 09h00.- **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.- INCORPORACIÓN DOCUMENTAL.-** Agréguese al expediente los siguientes documentos: **1)** Escrito de fecha 19 de junio de 2015, presentado por la señora Andrea María Casal Aguirre, en calidad de Gerente General de la compañía JRCPHARMA ECUADOR S.A., en el cual realiza alegaciones al recurso de apelación planteado por la compañía ROCHE ECUADOR S.A.; **2)** Escrito de fecha 22 de junio de 2015, presentado por el señor Jaime Aníbal Velasco Boada, en calidad de Gerente General de la compañía QUIFATEX S.A., con el cual ratifica la comparecencia de su abogado patrocinador. **3)** Escrito de fecha 09 de julio de 2015, presentado por las señoras Priya Ratnam y Juliana Turcatti, en calidad de Gerente General y Apoderada General respectivamente, de la compañía ROCHE ECUADOR S.A., con el cual ratifica la comparecencia de su abogado patrocinador. **SEGUNDO.- 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. **TERCERO.- 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. **CUARTO.- LEGALIDAD DEL RECURSO.-** La recurrente (ROCHE ECUADOR S.A.) ha presentado su Recurso de Apelación con fecha 27 de abril de 2015, dentro del término legal, cumpliendo así el principio de oportunidad garantizado en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado en el 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. 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". **QUINTO.- PROVIDENCIA IMPUGNADA.-** El 07 de abril de 2015 a las 16h30, fue emitida la resolución por parte del Doctor Wagner Mantilla, Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado y Prácticas Restrictivas, en cuya parte resolutive dispone: "**PRIMERO:** 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 se dicte la providencia de 27 de enero de 2015, a las 16h40, dentro del trámite administrativo No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-027-2014, se desecha el recurso de reposición interpuesto por el abogado Gustavo Amador Delgado; concediéndole por segunda ocasión y bajo prevenciones de ley el término de dos días contados a partir de la notificación con la presente resolución a fin de que justifique en legal y debida forma la calidad en la que comparece en el presente recurso (...)" 3) **SEXTO.- FUNDAMENTOS DE HECHO Y DERECHO DEL RECURSO INTERPUESTO.-** La recurrente en su Recurso de Apelación de fecha 27 de abril de 2015, manifiesta: "(...). **Apelación.** En virtud de lo expuesto, y de conformidad con lo establecido en el Artículo 67 de la LORCPM, apelamos la Resolución dictada por el Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, el 7 de abril del 2015, a las 16h30, y solicitamos que en su lugar, se declare con lugar nuestro recurso de reposición, y por lo tanto se deje sin efecto la Resolución de Inicio de la Investigación dictada el 27 de enero del 2015, a las 16h40, y que en su lugar se archive la denuncia, o en su defecto que se realice un pronunciamiento expreso sobre por qué nuestras explicaciones no son consideradas como satisfactorias.(...)" (lo subrayado me pertenece). **SÉPTIMO.- ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO DE LA PRETENSIÓN.-** El problema jurídico tiene su origen en la emisión de la resolución de fecha 07 de abril de 2015 a las 16h30, suscrita por el Doctor Wagner Mantilla Cortés, Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas en la tramitación del expediente No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-2014-027-A, alegaciones que se realizan en los siguientes términos: "(...) **Antecedentes.-** Este expediente se inicia por una infundada denuncia presentada por JRC PHARMA en contra de ROCHE ECUADOR S.A., por una supuesta negativa injustificada de suministro, que constituiría, a decir de la denunciante, un abuso de poder de mercado, y en donde además existiría acuerdos y prácticas restrictivas. Dentro del término legal correspondiente, ROCHE ECUADOR S. A., presentó las correspondientes explicaciones, con las que demostraba que la denunciante era un proveedor que había renunciado motu proprio a la distribución de productos Roche y que además había alcanzado tal nivel el morosidad, e incumplimiento reiterado de sus ofertas de pago, que se volvía imposible seguir suministrándole productos a un distribuidor que no los pagaba (...)" "**No obstante lo anterior, mediante providencia del 27 de enero del 2015, notificada por correo electrónico el 29 de enero del 2015 (en adelante "la resolución de inicio de**

investigación"), el señor Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, resolvió dar inicio a la investigación por considerar que habían "presunciones de la existencia de abuso de poder de mercado". En contra de dicha resolución de inicio de investigación, presentamos un recurso de reposición, dentro del término legal correspondiente, por cuanto en la misma, el Intendente omitió su deber de expresar las razones por las cuales nuestras explicaciones no habían resultado satisfactorias y por lo tanto daba inicio a la investigación, y porque, además, se había apresurado a delimitar (conforme se aprecia en los considerandos segundo y quinto de su resolución) el mercado relevante dentro del presente caso al señalar que "El servicio objeto de la conducta corresponde la provisión de medicamentos oncológicos" y "Que la relación existente entre el denunciante y los operadores económicos denunciados es la compraventa de medicamentos oncológicos." (lo subrayado me pertenece). "(...) Al contrario sensu, para dar inicio a la investigación (como lo hizo el Intendente), las explicaciones brindadas por el denunciado deben declararse **también motivadamente** como no satisfactorias. (...)". "**Sobre la negativa al Recurso de Reposición.**- (...)". "El intendente, en los argumentos que exponeen (sic) la Resolución Apelada comete dos claros errores. El primero radica en considerar que, recién en la investigación que se llevará adelante, se van a establecer posibles indicios de la conducta denunciada. (...)". "L (sic) segundo error que comete el Intendente, consiste en considerar que el objetivo de nuestro recurso de reposición era tratar de conseguir un pronunciamiento anticipado respecto de las pruebas y argumentos que presentamos como explicaciones. (...)". **1)** De conformidad a lo prescrito en el Art. 55 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, último inciso, una vez que se ha presentado una denuncia en contra de un operador económico y previo al inicio de la investigación "(...), el órgano de sustanciación podrá realizar actuaciones previas con el fin de reunir información o identificar indicios razonables de la existencia de infracciones a esta Ley"; secuencialmente el Art. 56 íbidem en su parte pertinente dice, "(...) Inicio de investigación.- Vencido el término señalado en el artículo anterior, el órgano de sustanciación deberá pronunciarse sobre el inicio de la investigación en el término de diez días. (...)". De lo transcrito se desprende que efectivamente la autoridad que conoció la denuncia, determinó que existían indicios o presunciones de las conductas denunciadas, según consta en la providencia de 27 de enero de 2015 a las 16h40 suscrita por el Doctor Wagner Mantilla Cortés, Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, enmarcadas en los numerales 3, 9 y 11 del Art. 9 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y los numerales 2, 9, 11, 13 y 16 del Art. 11 de la misma ley. En este sentido es necesario establecer que la providencia impugnada no es un acto administrativo per se, sino se trata de un decreto de sustanciación, en razón de que el mismo no establece responsabilidades de ningún tipo a la recurrente, ya que se trata del inicio de la fase de investigación por parte de la autoridad de control; consecuentemente, este decreto de sustanciación no puede causar perjuicio o gravamen al operador económico investigado, quien tiene la obligación legal de colaborar con la investigación que se realiza de conformidad con lo determinado en el Art. 50 de la LORCPM. El decreto de sustanciación no impone medidas

preventivas, correctivas o sancionatorias, ni dispone al recurrente realice un acto o se abstenga de hacerlo, pues constituye el inicio de la fase de investigación. Este decreto de sustanciación se expide en apego al debido proceso y preclusión establecidos en la norma que rige a la materia, en concordancia el Código de Procedimiento Civil, (norma supletoria de conformidad a la disposición general primera de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado), determina las providencias que son apelables, y nos dice, “*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.*”; entonces, la providencia de fecha 27 de enero de 2015 es un decreto de sustanciación en aplicabilidad del Art. 271 del mismo cuerpo legal que expresa: “*Decreto es la providencia que el juez dicta para sustanciar la causa, o en la cual ordena alguna diligencia*”, en la esfera del derecho administrativo la providencia impugnada es un acto de simple administración ya que no decide el fondo de la Litis, en el caso que nos ocupa 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 (...)*”. **2)** El Doctor Wagner Mantilla Cortes, Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado y Prácticas Restrictivas desechó el recurso de reposición interpuesto por ROCHE ECUADOR S.A el 07 de abril de 2015 a las 16h30, pues el recurrente no desvirtuó ninguno de los asertos de la providencia de fecha 27 de enero de 2015, ya que sus alegaciones de fecha 04 de febrero de 2015 transcritas en el numeral 1 de este considerando, serían pertinentes en el caso de que se hubiera emitido un acto administrativo propiamente dicho, es decir que decida sobre el o los puntos materia de la investigación y que dentro de esta decisión se determine la responsabilidad o no del operador económico en cuanto al cometimiento de la presunta infracción motivo del análisis, por tanto no variaron los hechos que motivaron la resolución del Intendente; ya que no constan en el expediente evidencias procesales aportadas por ROCHE ECUADOR S.A., que puedan evidenciar cuál es el perjuicio que le causaría el inicio de la fase de investigación; **1.-** La sustanciación de diligencias previas o el inicio de la fase de investigación para analizar las presunciones de indicios de responsabilidad no es la determinación del incumplimiento a la norma, pues en la fase de investigación se aportarán los argumentos y pruebas por las partes involucradas en la investigación. **2.-** La recurrente sostiene en su apelación que los actos emitidos por la Superintendencia no están motivados y transcribe la norma constitucional del Art. 76, numeral 7, literal i) que dispone: “*Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados*”. Al respecto la Corte Constitucional del Ecuador refiere, “*La motivación es un principio, no es*



*una regla directa y única. Pues nuestro sistema jurídico está permeado por principios” (1), de tal manera que cuando se aplica o se invoca un principio sin desarrollar su dimensionalidad no se está exigiendo casi nada. Partiendo de este postulado, entre otras, las reglas del principio de la motivación son: 1.- Competencia del operador de justicia sea judicial o administrativo; 2.- La vinculación directa entre las partes procesales por el hecho a través del proceso; 3.- Los antecedentes de hecho; 4.- Los fundamentos de derecho; 5.- La prueba y su valoración (sana crítica); 6.- La “ratio decidendi”, debe tener lógica con todos los demás elementos del proceso; 7.- Control físico en el proceso de lo resuelto; 8.- Se verifica en la realidad concreta, física o subjetiva, lo resuelto. El cargo de falta de motivación realizado por el actor es improcedente porque no ha determinado con precisión cuál o cuáles de los elementos de la motivación han sido inobservados. Además, el compendio de todos estos elementos constituye lo que universalmente se conoce como **debido proceso**. La CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (hoy Corte Nacional de Justicia) sobre la sana crítica siempre ha dicho: “La sana crítica -dice la doctrina y la jurisprudencia- es la unión de la lógica y la experiencia, son reglas del correcto entendimiento humano, son criterios lógicos los que sirven al juez para emitir juicios de valor en torno a la prueba pero, también referidas a reglas de la experiencia común. Son por tanto un instrumento que en manos del juez pueden ajustarse a las circunstancias cambiantes, locales y temporales y a las peculiaridades del caso concreto; son pues tales reglas un instrumento de apreciación razonada, de la libre convicción, de la convicción íntima, de la persuasión racional o de la libre apreciación de la prueba”; (2). La Superintendencia de Control del Poder de Mercado en los actos impugnados aplicó todos los elementos del debido proceso, lo cual está en concordancia con lo dispuesto por la CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, que 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 motivada 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*

¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR: Libro, El Nuevo Constitucionalismo en América Latina.

² Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 10. Página 3145. Quito, 10 de octubre de 2002.

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" (3). El actor confunde decreto de sustanciación con fallo o resolución –acto administrativo propiamente dicho- por esa razón manifiesta: "(...), se declare con lugar nuestro recurso de reposición, y por lo tanto se deje sin efecto la Resolución de Inicio de la Investigación dictada el 27 de enero d 2015, a las 16h40, y que en su lugar se archive la denuncia, o en su defecto que se realice un pronunciamiento expreso sobre por qué nuestras explicaciones no son consideradas como satisfactorias.(...)". Al tenor de lo argüido por el operador económico ROCHE ECUADOR S.A., es menester citar lo prescrito en el Art. 26 del Código Orgánico de la Función Judicial, que a la letra dice: "**PRINCIPIO DE BUENA FE Y LEALTAD PROCESAL.-** En los procesos judiciales las juezas y jueces exigirán a las partes y a sus abogadas o abogados que observen una conducta de respeto recíproco e intervención ética, teniendo el deber de actuar con buena fe y lealtad. Se sancionará especialmente la prueba deformada, todo modo de abuso del derecho, el empleo de artimañas y procedimientos de mala fe para retardar indebidamente el progreso de la litis.(...)". En tal virtud esta autoridad exige estricto apego a la norma invocada. **OCTAVO.- RESOLUCIÓN.-** Por todo lo 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.-** Negar el recurso de apelación interpuesto por la recurrente ROCHE ECUADOR S.A., por improcedente, en base al análisis fáctico expuesto.- **Segundo.-** Notifíquese con la presente providencia a: **1.-** JRC PHARMA ECUADOR S.A., en el casillero judicial número **5318** del Palacio de Justicia de Quito, y en el correo electrónico aortiz@larreayortiz.com **2.-** QUIFATEX S.A., en el casillero judicial número **534** del Palacio de Justicia de Quito, y en el correo electrónico xandrade@andradeveloz.com **3.-** ROCHE ECUADOR S.A. en el casillero judicial número **705** del Palacio de Justicia de Quito, y en el correo electrónico

³ Sentencia N°. 69 de la Corte Constitucional, publicada en el Registro Oficial Suplemento N°. 372 de 27 de enero de 2011.



gamador@romeromenendez.com. - **Tercero.**- Remítase el expediente original y una copia certificada del Recurso de Apelación signado con el número SCPM-IIAPMAPR-EXP-2014-027-A-A-008-DS a la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas.- **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**-

Pedro Páez Pérez

SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.

Dr. Daniel Vásconez

SECRETARIO AD-HOC