



- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Control del Poder de Mercado
- **Órgano de Sustanciación:** IIPD
- **Expediente IIPD:** SCPM-IIPD-2016-055
- **Expediente Apelación:** SCPM-IIPD-2016-055-A-0010-2017-DS
- **Operadores:** SALUDSA S.A. y OTROS

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- Quito, DM, 18 de mayo de 2017, a las 10h00.- **VISTOS.-** Dentro del presente expediente administrativo, en mi calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado (s), de conformidad a la Resolución No. SCPM-DS-023-2017 de 12 de mayo de 2017, en uso de mis facultades legales y encontrándose el proceso en estado de resolver, **DISPONGO:**

PRIMERO.- INCORPORACIÓN DOCUMENTAL.- Agréguese al expediente el escrito presentado por el operador económico SALUDSA S.A., de 11 de mayo de 2017, mediante el cual requiere se proceda al señalamiento de nuevo día y hora para la audiencia solicitada, lo cual se niega en virtud del estado de la causa. **SEGUNDO.- 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 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, la Dra. María Fabara Vera, en calidad de Apoderada Especial del operador económico SALUDSA S.A., mediante escrito de 01 de marzo de 2017, presenta Recurso de Apelación en contra de la resolución de 25 de enero de 2017 a las 17H09, expedida por la Intendente de Investigación de Prácticas Desleales (s). En cumplimiento al principio de oportunidad establecido en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en el artículo 67 que señala: *“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.- ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO.-** La resolución impugnada es la de 25 de enero de 2017, las 17h09, expedida por la Intendente de Investigación de Prácticas Desleales, mediante la cual resuelve, *“(…) Negar el recurso de reposición interpuesto por el operador económico ECUASANITAS (sic), toda vez que la competencia de revocatoria corresponde a la máxima autoridad (...).”* **SEXTO.- ARGUMENTACIÓN DEL**

RECURRENTE.- La recurrente, la Dra. María Fabara Vera, en calidad de Apoderada del operador económico SALUDSA S.A.S.A., presenta Recurso de Apelación, mediante escrito de 01 de marzo de 2017, en contra de la resolución de 25 de enero de 2017 a las 17H09, expedida por la Intendenta de Investigación de Prácticas Desleales (s) y alega: “(...) *El presente Recurso de Apelación se presenta en contra de la Resolución Impugnada por considerar que ésta contiene errores de hecho y de derecho que no son susceptibles de convalidación, en especial porque: (i) hay una flagrante vulneración y violación de derechos y garantías constitucionales de SALUDSA S.A. en la tramitación del Recurso de Reposición y desde el inicio de la investigación del presente Expediente, tales como el derecho al debido proceso, a la defensa y la seguridad jurídica; (ii) se inobservó el trámite previsto en la LORCPM y en su Reglamento de Aplicación y (iii) es inmotivada. A consecuencia de todo lo anterior, la Resolución Impugnada es nula de pleno derecho por razones de legitimidad. (...) Vulneración al derecho al debido proceso Con la respuesta a la solicitud de aclaración presentada por SALUDSA, queda claro que en el presente expediente la Intendencia habría ordenado la apertura de la etapa de investigación formal omitiendo varias etapas procesales previas y privando a SALUDSA, y a otros operadores económicos, de la oportunidad de presentar explicaciones dentro del término de 15 días de notificado el Informe de Investigación Preliminar. En el tema procesal, al ordenar la Resolución de Apertura el inicio de la etapa de investigación formal, se desconoce las distintas etapas procesales de cumplimiento obligatorio que la LORCPM, su reglamento y normativa propia de la SCPM establecen para la tramitación de un proceso de investigación, mismas que son expresamente señaladas en la Resolución Impugnada. Al respecto, el artículo 53 de la LORCPM establece que un proceso de investigación puede iniciar de tres maneras distintas: (i) de oficio, (ii) por denuncia o (iii) por solicitud de otro órgano de la Administración Pública. Como ha sido mencionado, el presente proceso inició por solicitud de otro órgano de la Administración Pública y, en consecuencia, se tuvo que respetar todas las etapas procesales previstas para este tipo de procedimientos. (...) Vulneración al derecho a la defensa Si bien todas las etapas procesales omitidas por la Intendencia son importantes, es de vital importancia la etapa consistente en la presentación de explicaciones por parte de los operadores económicos investigados. Esta etapa tiene especial importancia por dos puntos: 1. En primer lugar, permite el ejercicio del derecho a la defensa y contradicción a los operadores económicos investigados. En el presente caso, SALUDSA S.A. y los otros 39 operadores económicos, podían y debieron tener el derecho a presentar explicaciones y dar respuesta a la denuncia presentada por el IESS y el Informe de Investigación Preliminar que debió haber sido preparado por la Intendencia. 2. En segundo lugar, una vez presentadas las explicaciones correspondientes la Intendencia debía resolver si continuar con el procedimiento o archivarlo por considerar suficientes las explicaciones presentadas. (...) Incorrecta inclusión de SALUDSA S.A. y otros 39 operadores económicos en un mismo expediente. Otro de los argumentos que se presentó en el Recurso de Reposición es el hecho de que, tanto SALUDSA, como los 39 operadores económicos investigados, tienen el derecho a ser procesados independientemente, en atención a que el inciso segundo del Artículo 66 del RLORCPM, faculta a la SCPM, en este caso a la Intendencia, a desglosar los expedientes cuando la naturaleza de los hechos*”

denunciados haga necesaria la tramitación de procedimientos independientes. No se puede, ni se debe, incluir en un mismo procedimiento a distintos operadores económicos, ya que estos, por los motivos que cada uno expondrá, no coludieron ni planificaron el cometimiento de una supuesta violación a la LORCPM a través de una práctica desleal. De hecho, por su propia esencia, las prácticas desleales son actos de cometimiento individual que no pueden ser investigados en un expediente común para 40 operadores económicos. (...) **PETICIONES CONCRETAS** En concordancia con lo señalado a lo largo del presente Recurso de Apelación, respecto a la Resolución Impugnada y la Resolución de Apertura respetuosamente solicito que se declare lo siguiente: Que se declare la nulidad de pleno de derecho de la parte resolutive de la Resolución Impugnada y de la Resolución de Apertura por no haberse dictado conforme a lo previsto en el artículo 56 del RLORCPM; y en consecuencia se abra la fase de investigación preliminar y se permita a SALUDSA S.A. presentar su / explicaciones como manda la LORCPM; Que se revoque la parte resolutive de la Resolución Impugnada y se informe a SALUDSA S.A. con qué fechas iniciaron y concluyeron las fases de barrido e investigación previa, fases procesales de obligatorio cumplimiento para los procedimientos administrativos iniciados a solicitud de otro órgano de la Administración Pública (...). **SÉPTIMO.- ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO DE LA PRETENSIÓN.-** Atendiendo el Recurso de Apelación interpuesto por la recurrente, se analizan las siguientes constancias procesales: **a)** Oficio No. IESS-PG-2016-SQ-009-OF de 11 de octubre de 2016, suscrito por el señor Richard Espinosa Guzmán, en calidad de Presidente del Consejo Directivo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), mediante el cual pone en conocimiento de la autoridad el presunto cometimiento de conductas anticompetitivas y de competencia desleal, así en la parte pertinente dice, "(...), se han verificado casos en los que las compañías que ofrecen seguros de medicina prepagada, están terminando los contratos de pólizas de seguros corporativos, bajo el pretexto de que la eventual entrada en vigencia de la disposición general quinta del proyecto de ley que regula a las compañías que financian servicios de atención integral de salud prepagada y las de seguros que oferten cobertura de seguros de asistencia médica (...). **b)** Memorando No. SCPM-CRPI-2016-624 de 12 de noviembre de 2016, mediante el cual la Comisión de Resolución de Primera Instancia remite la resolución de 12 de noviembre de 2016, dentro del expediente SCPM-CRPI-070-2016, en la cual se resuelve, "(...) modificar el ámbito de aplicación de las medidas preventivas adoptadas el 27 de octubre de 2016, (...)". **c)** Resolución de 25 de noviembre de 2016, mediante la cual la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, resuelve: "(...) Ordenar el inicio de la etapa de investigación en el presente expediente (...). **d)** Escrito presentado por el operador económico SALUDSA S.A.S.A., de 30 de noviembre de 2016, mediante el cual plantea una solicitud de aclaración respecto de la providencia de 25 de noviembre de 2016 y manifiesta, "(...) Si el punto resolutive de la providencia de 25 de noviembre de 2016, a las 15h00, dispone la apertura de la etapa de investigación preliminar de conformidad con el párrafo primero del artículo 56 del RLORCPM o dispone la apertura de la etapa de investigación de conformidad con el párrafo cuarto del artículo 56 del RLORCPM.(...)". **e)** Providencia de 13 de diciembre de 2016, mediante la cual el Intendente de Investigación de Prácticas Desleales, atiende la solicitud de aclaración planteada por SALUDSA *l.*



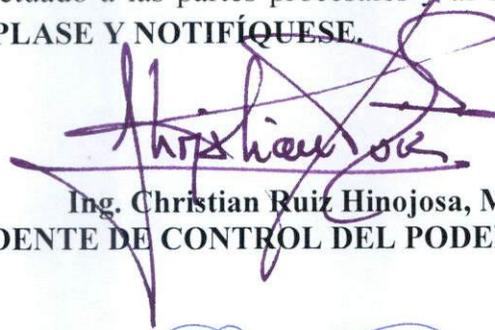
S.A.S.A., y manifiesta, “(...) en el presente caso las medidas preventivas emitidas por la Comisión de Resolución de Primera Instancia tienen vigencia desde el 13 de noviembre de 2016 y dentro del plazo contemplado por la LORCPM se resolvió iniciar la investigación de conformidad con el artículo 56 párrafo cuarto en concordancia con el artículo 62 del Reglamento de la LORCPM (...)”. **f)** Escrito de 28 de diciembre de 2016 presentado por SALUDSA S.A., mediante el cual se interpone Recurso de Reposición en contra de la resolución de 25 de noviembre de 2016. **g)** Resolución de 25 de enero de 2017, las 17h09, en la cual la Intendente de Investigación de Prácticas Desleales (s) en atención al Recurso de Reposición planteado por SALUDSA S.A., resuelve, “PRIMERO.- Negar el recurso de reposición interpuesto por el operador económico ECUASANITAS S.A (sic), toda vez que la competencia de revocatoria corresponde a la máxima autoridad de esta Superintendencia de Control del Poder del Mercado (...)”. **h)** Notificación de la resolución expedida por esta autoridad de 26 de abril de 2017, dentro del expediente SCPM-IIPD-2016-055-A-009-2017-DS, mediante la cual se resuelve, “(...) se declara la nulidad de todo lo actuado en el proceso de investigación No. SCPM-IIPD-2016-055, a partir de la resolución de 25 de enero de 2017, las 16h48, por lo que las actuaciones del órgano de investigación, deberán retrotraerse al momento anterior a la generación del vicio, tal como lo determina el Art. 109 del Código Orgánico General de Procesos (...)”. **i)** De lo anotado se desprende que el tema central del Recurso de Apelación, es la apertura de la fase de investigación, dentro del expediente de investigación No. SCPM-IIPD-2016-055, considerando, por un lado que el proceso de investigación se inicia en virtud de la solicitud del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y que con fecha 27 de octubre de 2016, modificada por la resolución de 12 de noviembre de 2017 la Comisión de Resolución de Primera Instancia impuso medidas preventivas a varios operadores económicos que financian servicios de medicina prepagada o de seguros de asistencia médica, para lo cual es menester considerar que la **Constitución de la República del Ecuador** prevé: “**Art. 75.-** Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.”; **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: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. (...) 3. (...) Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento. (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...);b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa. c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones. (...) l) 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. (...)”; “**Art. 169.-** El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales



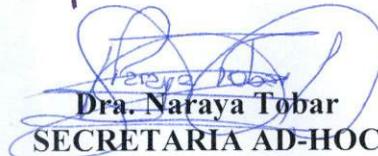
consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”; “**Art. 213.-** Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. (...)”; “**Art. 425.-** El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.(...)”. En concordancia la **Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado** (LORCPM) establece: “**Art. 1.- Objeto.-** El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible.”; “**Art. 2.- Ámbito.-** Están sometidos a las disposiciones de la presente Ley todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, (...)”; “**Art. 38.- Atribuciones.-** La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, a través de sus órganos, ejercerá las siguientes atribuciones: (...) 2. Sustanciar los procedimientos en sede administrativa para la imposición de medidas y sanciones por incumplimiento de esta Ley. (...)”; “**Art. 44.- Atribuciones del Superintendente.-** Son atribuciones y deberes del Superintendente, además de los determinados en esta Ley: (...) 2. Conocer y resolver de forma motivada los recursos que se interpusieren respecto de actos o resoluciones conforme lo previsto por esta Ley y su Reglamento.(...)”; “**Art. 53.- Inicio.-** El procedimiento se iniciará de oficio, a solicitud de otro órgano de la Administración Pública, por denuncia formulada por el agraviado, o por cualquier persona natural o jurídica, pública o privada que demuestre un interés legítimo.”; “**Art. 62.- Medidas preventivas.-** El órgano de sustanciación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, antes o en cualquier estado del procedimiento de investigación, podrá, a sugerencia del órgano de investigación o pedido de quien hubiere presentado una denuncia, adoptar medidas preventivas, (...). Cuando la medida preventiva se adopte antes del inicio del procedimiento de investigación, dicha medida caducará si no se inicia el referido procedimiento en un plazo de 15 días contados a partir de la fecha de su notificación.(...)”; “**DISPOSICIONES GENERALES.- Primera.- 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 **Código Orgánico General de Procesos** (COGEP) dispone: “**Art. 109.- Efecto de la nulidad. La**

nulidad de un acto procesal tiene como efecto retrotraer el proceso al momento procesal anterior a aquel en que se dictó el acto nulo.”; “DISPOSICIONES REFORMATARIAS. PRIMERA.- En todas las disposiciones legales o reglamentarias vigentes, sustitúyase en lo que diga: 1. “Código de Procedimiento Civil”; “Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa” y “Ley de Casación”, por “Código Orgánico General de Procesos”. El **Reglamento de Aplicación a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado Acuerdos y Prácticas Restrictivas (RLORCPM)** dice: “**Art. 54.- Inicio del procedimiento.-** Conforme a lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley, el procedimiento se iniciará de oficio, a solicitud de otro órgano de la Administración Pública, o por denuncia.”; “**Art. 56.- Inicio del procedimiento a solicitud de otro órgano de la Administración Pública.-** Cualquier órgano de la Administración Pública que tuviere conocimiento directo o indirecto de conductas susceptibles de constituir infracción deberá solicitar a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el inicio de un procedimiento en contra del presunto o presuntos responsables. Para el efecto acompañará toda la información que estime relevante para justificar el inicio del procedimiento. Si la Superintendencia encuentra que es procedente, a través del órgano de sustanciación, abrirá un expediente y conducirá una investigación preliminar, cuyo informe no podrá ser expedido en más de ciento ochenta (180) días término de haber resuelto el inicio de la investigación. Dentro del término de tres (3) días de haber concluido el informe, se notificará al presunto o presuntos responsables sobre la existencia de presunciones de haber incurrido en una infracción. El presunto o presuntos responsables podrán presentar explicaciones en el término de quince (15) días de notificado el inicio de la investigación preliminar. Vencido este término, el órgano de sustanciación se pronunciará, en el término de diez (10) días, sobre el inicio de la investigación de conformidad con el artículo 56 de la Ley u ordenará el archivo del expediente. Si se iniciare la investigación, continuará el procedimiento y se resolverá de conformidad con los artículos 58 al 61 de la Ley y artículos 62 al 72 del Reglamento”. Una vez establecidos los elementos de hecho y derecho, es procedente analizar la resolución de 25 de noviembre de 2016, expedida por el Intendente de Investigación de Prácticas Desleales, quien en la parte pertinente manifiesta, “(...) *Inclusive la terminación de los contratos corporativos por parte de las empresas dedicadas al suministro de medicina prepagada, a pesar de que lo hagan con 30 días de anticipación, está dejando sin cobertura a un amplio número de usuarios, (...). Respecto a la afirmación de ser un caso de fuerza mayor, será motivo de investigación dentro del presente expediente toda vez que son casos de fuerza mayor o caso fortuito según el código civil (sic) (...). Por otra parte, las conductas descritas podrían constituir violación de normas (Art. 27, num. 9) y de la cláusula general prohibitiva (Arts. 25 y 26 LORCPM), (...)* **Resuelve.-** Ordenar el inicio de la etapa de investigación en el presente expediente teniendo en consideración lo siguiente: (...) *El plazo de duración de la investigación no podrá exceder de ciento ochenta (180) días prorrogables, contados a partir de la emisión de esta resolución (...)*”; de lo expuesto se evidencia que el órgano de investigación ha encontrado mérito para instruir un procedimiento de investigación en el sector de medicina prepagada, respecto de presuntas conductas anticompetitivas, por lo que determina la necesidad de investigar estos hechos, para lo cual procede a ordenar el inicio del proceso de

investigación, inobservando lo establecido en el Art. 56 del RLORCPM, omitiendo la fase de investigación preliminar dispuesta expresamente en el Reglamento de Aplicación de la LORCPM, hechos que han sido analizados en la resolución de 26 de abril de 2017, dentro del expediente SCPM-IIPD-2016-055-A-009-2017-DS, que tiene como base el mismo proceso administrativo dentro del cual se han generado los actos impugnados, tanto en el expediente referido, como en el presente expediente que se sustancia, por tanto el acto administrativo objeto del Recurso de Apelación presentado por SALUDSA S.A., ha sido objeto de declaratoria de nulidad, quedando "Ipso Jure" sin efecto legal. **SÉPTIMO.-** Por todas las consideraciones fácticas y legales, amparado en las disposiciones del Art. 44, numeral 2, Art. 65 y Art. 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta Autoridad, **RESUELVE: Primero.-** INHIBIRSE DE RESOLVER por cuanto sobre el acto administrativo impugnado, pesa una declaratoria de nulidad emanada por esta autoridad, cuyo efecto legal es retrotraer el expediente al momento anterior a la generación del vicio, tal como lo determina el Art. 109 del Código Orgánico General de Procesos. **Segundo.-** Póngase en conocimiento de lo actuado a las partes procesales y al órgano de sustanciación e investigación.- **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.**



Ing. Christian Ruiz Hinojosa, MA.
SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO (s)



Dra. Naraya Tobar
SECRETARIA AD-HOC