



31  
tratar y  
mas

- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Control de Poder de Mercado.
- **Órgano de Sustanciación:** Intendencia Zonal 6 (Cuenca).
- **Expediente IZ6:** SCPM-IZ6-001-2016
- **Expediente Apelación:** **SCPM-IZ6-001-2016-A-0014-2017-DS**
- **Denunciante:** Oswaldo Guillen y otros
- **Denunciado:** Corporación para el Desarrollo Social para la Niñez y la Familia

**SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DE PODER DE MERCADO.-** Quito DM., 21 de Julio de 2017, las 16h00.- **VISTOS.-** Dentro del presente expediente administrativo, en mi calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado subrogante conforme la Resolución No. SCPM-DS-036-2017, de 14 de julio de 2017, cuya copia certificada se encuentra agregada al expediente; **Avoco** conocimiento del expediente, signado con el número SCPM-IZ6-001-2016-A-0014-2017-DS. Por lo expuesto, en uso de mis atribuciones legales, dispongo lo siguiente: **a).**- Agréguese al expediente y tómesese en cuenta el escrito de 31 de mayo de 2017, presentado por el señor Oswaldo Guillen Coello y otros, mediante el cual señala la casilla judicial No. 236 de la Corte Provincial de Justicia de Quito, para futuras notificaciones. **b).**- Agréguese al expediente y tómesese en cuenta el escrito de 05 de junio de 2017, presentado por la ingeniera Zoila León Chica, representante legal de Corporación para el Desarrollo Social para la Niñez y la Familia (CORPDESFA), mediante el cual señala la casilla judicial No. 3313 de la Corte Provincial de Justicia de Quito, para futuras notificaciones. **c).**- Agréguese al expediente el escrito presentado por el señor Oswaldo Guillén y otros, de 28 de junio de 2017, mediante el cual interpone Recurso de Reposición de la Resolución dictada el 07 de junio de 2017. Atendiendo el escrito de 28 de junio de 2017, que contiene el Recurso de Reposición, **SE CONSIDERA: 1.-** Los recurrentes interpusieron Recurso de Apelación con fecha 17 de abril de 2017, en contra del acto administrativo de 15 de marzo de 2017, expedido por el Intendente Zonal 6 del Cantón Cuenca, el mismo que fue inadmitido con fecha 07 de junio de 2017.- **2.-** Con escrito de 28 de junio de 2017 el señor Oswaldo Guillén y otros, interponen el Recurso de Reposición a la Resolución dictada el 07 de junio de 2017, por la cual se inadmite el Recurso de Apelación, en tal sentido, el artículo 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en forma expresa dispone en el último inciso. "(...) *Contra el acto o resolución que conceda o niegue el recurso de apelación no cabrá ningún otro recurso en vía administrativa.*". Por tanto se niega el Recurso de Reposición interpuesto.- **3.-** Sin embargo, al evidenciarse que el día 13 de abril de 2017 fue día feriado en la Ciudad de Cuenca; con fundamento en el artículo 65 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado -LORCPM-, esta Autoridad de Oficio Revoca la Providencia de 07 de Junio de 2017, a las 10h01; y, en su lugar dicta la siguiente **RESOLUCIÓN: PRIMERO.- COMPETENCIA.-** En virtud de lo dispuesto en el artículo 44 numeral 2, artículos 65 y 67 de la LORCPM, esta Autoridad es competente para conocer y resolver el Recurso de Apelación interpuesto.- **SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL.-** La tramitación del

2

by

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.-** Los recurrentes Oswaldo Guillén y otros, han presentado el Recurso de Apelación con fecha 17 de abril de 2017, en contra del acto administrativo de 15 de marzo de 2017, expedido por el Intendente Zonal 6 del Cantón Cuenca; es decir, dentro del término legal, cumpliendo así el principio de oportunidad garantizado por la LORCPM. **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 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 horizontal de reposición. El Término para interponer el recurso será de 20 días contados a partir del día siguiente al de la notificación del acto administrativo recurrido. Trascurrido dicho término sin haberse interpuesto el recurso, el acto administrativo será firme para todos los efectos. El recurso se concederá solo con 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 vía administrativa”.* **CUARTO.- ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO.-** El acto administrativo impugnado es el expedido el por el Intendente Zonal 6 de Cuenca de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, en adelante (SCPM) que en la parte resolutive dispuso: *“...De la revisión del proceso y del informe No. SCPM-DZC6-005-2017, se desprende que no existe mérito para la prosecución de la instrucción del procedimiento, en tal virtud se dispone el ARCHIVO del presente trámite administrativo No. SCPM-IZ6-0001-2016”.* **QUINTO: IMPUGNACIONES DE LOS RECURRENTES.-** En el recurso de apelación los recurrentes señalan: *“La denuncia fue planteada en razón de que la CORPORACIÓN PARA EL DESARROLLO SOCIAL PARA LA NIÑEZ Y LA FAMILIA (CORPDESFA) como persona jurídica sin fines de lucro, cuyo giro es la venta al detal de productos farmacéuticos y medicinas, creó, sin duda, en el mercado una confusión ideológica y conceptual, de que CORPDESFA pertenecía al Instituto de la Niñez y la Familia- INFA, y que incluso pertenecía al Estado. Adicionalmente, la denunciada, ha venido ofreciendo productos, cuyos precios al consumidor final son incluso inferiores a los precios de compra a los que nosotros como propietarios de farmacias tenemos acceso. 2.2 En el proceso de investigación, que culminó con el informe No. SPCM-IZ6-019-2016, a nuestro sentir, no se tomaron en cuenta varias puntualizaciones con respecto al Abuso de Mercado que tiene CORPDESFA dentro de la ciudad de Cuenca, además de que en la posterior resolución, se falta al deber de motivación impuesto por la Constitución de la República aludiendo a una motivación in aliunde o por remisión. 2.3 Mediante escrito de fecha 15 de junio del 2016 se presenta el Recurso de Apelación a la resolución de fecha 18 de mayo del 2016 por parte de los demandantes antes nombrados. 2.4 El 16 de septiembre de 2016 el Señor Superintendente de Control del Poder de Mercado resuelve aceptar el Recurso de Apelación y ordena que se haga la investigación sobre los precios predatorios involucrando a los operadores económicos intervinientes en la*



32-  
trabajo  
AD

zona geográfica que permita determinar la existencia o no de la conducta anticompetitiva en el mercado de comercialización de los productos denunciados. 2.5 En virtud de la Resolución del Superintendente se inició la etapa de investigación formal requiriendo la información a los operadores económicos y la misma que fue prorrogada el 17 de noviembre del 2016 por 180 días más. 2.6 La Economista Mayra Argudo, Analista de Investigación de abuso de poder de mercado de la Dirección Zonal 6 - SCPM, presenta el informe No. SCPM-DZC6-005-2017 con fecha Cuenca, 24 de febrero de 2017. 2.7 En fecha 15 de marzo de 2017 se resuelve ". . . De la revisión del proceso y del informe No. SCPM -DZC6-005-2017, se desprende que no existe mérito para la prosecución de la instrucción del procedimiento, en tal virtud se dispone el ARCHIVO del presente trámite administrativo N° SCPM -IZ6-0001-2016". **En cuanto a las Deficiencias en el Informe Final señalan que:** Debido a que en la resolución de fecha 15 de marzo del 2017, se motiva en remisión al informe No. **SPCM-DZC6-005-2017**, es preciso realizar ciertas puntualizaciones con respecto al mismo, y que son motivo para el presente recurso. Precisamente: 3.1 Naturaleza jurídica de CORPDESFA y su alteración en la práctica: 3.1.1 CORPDESFA es una corporación sin fines de lucro, sin embargo, es un operador económico, que no sólo se dedica a la "asistencia social" sino que comercializa al por menor, productos farmacéuticos, para lo cual cuenta con SIETE (7) establecimientos en la ciudad de Cuenca, los cuales se ubican en el centro de la ciudad, es decir, el punto más concurrido comercialmente dentro del lugar mencionado, particular que se encuentra en contradicción con lo que se establece en el punto 1.2 del informe, en el cual se hace referencia a un escrito presentado por la Ing. Zoila Elisa León Chica en su calidad de Representante Legal de CORPDESFA, que manifiesta que "la Corporación fue constituida como respuesta a una necesidad imperativa en la Ciudad de Cuenca ... abarcando también gran parte de la provincia del Azuay y del Austro". 3.2. El mercado relevante no se establece claramente en el informe: 3.2.1 Dentro del punto 3 del Informe No. SPCM-DZ6C-005-2017, se enuncian como referentes de evaluación dos factores: 1) Mercado del Producto; 2) Mercado Geográfico. A lo cual, se concluye inmediatamente que, el mercado del producto va a depender del comportamiento del usuario, es decir, que va a depender de las necesidades y enfermedades a tratar que los usuarios tengan para determinar su inclinación para elegir uno u otro producto. 3.2.2 En el mismo punto se trata sobre los "monopolios legales", concepto que no se puede aplicar a este caso, debido a que estos monopolios se refieren únicamente a los obentidos (sic) por las empresas farmacéuticas cuando han obtenido una patente, sin embargo, no se puede sostener que la comercialización a precios tan bajos sea un monopolio tolerable, ya que es un comportamiento dentro del mercado que se presenta como una actividad anticompetitiva llegando a destruir los precios de la competencia y la competencia en si (sic), siendo esta reducción de precios un factor inexplicable para el resto de competidores hasta este momento. 3.2.3 En el punto referente al "Análisis de la Sustituibilidad de la Demanda" no se analiza que los establecimientos de CORPDESFA no solamente comercializan productos farmacéuticos al público a precios inferiores por supuestamente reducir al mínimo sus ganancias, sino que, omiten analizar que el precio final al consumidor de CORPDESFA es inclusive inferior al precio ofertado

A

47

por los distribuidores de nuestras farmacias. 3.2.4 En el punto referente a los "Bienes o Productos y Precios" aclaramos que los medicamentos y productos que se venden tanto en los establecimientos de CORPDESFA y en nuestros establecimientos son exactamente iguales, es decir, no existe una comparación entre productos de marca y genéricos, sino que, al contrario son medicamentos y productos que cumplen los mismos procedimientos de producción y comercialización (sic). 3.2.5 En lo referente al "Tipo de Agentes" indicamos que los establecimientos ubicados en el centro de la Ciudad de Cuenca tratamos con los mismos agentes o usuarios debido a que CORPDESFA no realiza ningún tipo de filtrado sobre los usuarios que atiende, sino que oferta sus productos al público en general, y de esta manera, teniendo los mismos usuarios o clientes, se nos está perjudicando en el mercado debido a que no hay como competir lealmente contra un precio inexplicablemente tan bajo. 3.2.6 Si seguimos esta línea argumentativa, tratando el tema de "Mercado Geográfico" este se define por el servicio relevante por parte de los consumidores, por lo que siendo el Centro de la Ciudad el lugar más concurrido y donde más establecimientos comerciales y farmacéuticos se encuentran se define claramente que el mercado relevante en este espacio geográfico. **3.3 CORPDESFA ha crecido económicamente con ventajas en relación a los demás operadores económicos:** 3.3.1 En el punto 4.1 del informe No. SPCM-DZC6-005-2017, se incurre en el error de analizar a la denunciada en igualdad de condiciones con los operadores económicos del mercado farmacéutico ecuatoriano, lo cual impide constatar el plano exacto en el que CORPDESFA se encuentra dentro de la estructura del mercado farmacéutico; y que incluso, una organización sin fines de lucro que comercialice productos farmacéuticos, no figura dentro de los cuatro tipos de distribuidores que constan en el gráfico No. 4 (pág. 56) del mencionado informe, definidos aquellos como: Botiquines (Rural/densidad); Farmacias y Cadenas de Farmacias; Instituciones Públicas; Tiendas y Negocios Pequeños. 3.3.2 COPRDESFA está concentrada en la venta de productos en el centro de la Ciudad de Cuenca, espacio en el que ha logrado atender 787.882 personas solo en el año 2015, es decir, el nivel de de (sic) atención anual supera incluso al número de habitantes del Cantón Cuenca, de acuerdo al Gráfico No. 8 que consta en la página 61 del informe. 3.3.3 Es evidente que el crecimiento económico de la Corporación, guarda estrecha relación con la posibilidad de acceso a fuentes favorables de redes de distribución y crédito, que no tienen sus competidores y que no han sido analizados dentro del informe. **3.4. CORPDESFA ostenta una posición de dominio significativo:** 3.4.1 Dentro del análisis de las omisiones del informe hemos explicado que existen varios productos en los que CORPDESFA ha eliminado prácticamente a sus competidores dentro del centro de la ciudad de Cuenca, con su política de precios considerablemente más bajos. Considerar que CORPDESFA, por su naturaleza, "sin fines de lucro" no ha incurrido en la fijación de precios predatorios puede ser razonable acorde al informe, sin embargo, no se logra (sic) justificar esta deformación en el mercado farmacéutico. **3.5 Es necesaria una investigación, en mención a los precios de CORPDESFA:** 3.5.1 Se debe analizar el coste promedio evitable, es decir, aquel que incluye costes variables (sic) y costes fijos específicos del producto, que podían haberse evitado de no aplicarse la estrategia predatoria. Es de necesaria importancia, que se



33-  
través  
tray

considere el precio al cual CORPDESFA vende sus productos, y el precio de venta promedio de mercado en el centro de la ciudad de Cuenca. 3.5.2 Adicionalmente, no es necesario probar la existencia de un "bolsillo profundo" de CORPDESFA en relación a los criterios de Tarziján y Paredes, sino que puede bastar con que el potencial depredador tenga ventajas financieras de cualquier clase para lograr desaparecer a su rival. En el análisis concreto, no se establece que CORPDESFA mediante sus "amplios" recursos tenga una base económica significativa como para evitar su propia quiebra y condenar a los demás operadores económicos dentro de su mercado relevante, y este precisamente el problema, pues no se logra definir el motivo de esta falla en el mercado que esta quebrando a la competencia, razón por la cual se puso esta denuncia, con el fin de que los otros operadores no tengamos que salir del mercado para posteriormente generar un control TOTAL del mercado por parte de CORPDESFA. **3.6 Convenio que mantiene CORPDESFA con el Estado:** **3.6.1** En el *Án*alisis (sic) de Conductas Investigadas referente a la Fijación de Precios predatorios, queremos hacer hincapié que dentro del presente proceso consta un convenio que fue suscrito por CORPDESFA y el ex Instituto Nacional del Niño y la Familia INNFA, institución esta última que forma parte hoy del sector (sic) público, específicamente el Ministerio de Inclusión Económica y Social (MIES), consideración que repercute directamente en la valoración de el origen de los fondos que tiene CORPDESFA en torno a la fijación de precios y el enorme crecimiento que ha tenido con el número de sucursales que actualmente ostenta. **3.6.2.** En base a ese convenio, presumimos que se pudieron entregar descuentos a CORPDESFA, situación que no ha sido investigada meticulosamente por parte de la autoridad de control. **3.6.3.** Es preocupante que "**solamente**" CORPDESFA represente el 27,61% del mercado relevante y entre los demás operadores económicos con otros establecimientos farmacéuticos solamente un 1,20% más; particular que da a CORPDESFA un notable poder en el mercado". **SEXTO.- FUNDAMENTOS LEGALES.-** Para resolver esta apelación se toma en cuenta, en otros, los siguientes fundamentos jurídicos: "El Art 76 de la **Constitución de la República del Ecuador** dice, "En **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: (...) 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. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados. "**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." La **Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado**, señala: **Art.- 4.- Lineamientos para la**

l

by

**regulación y principios de aplicación.-** "(...) 5. El derecho a desarrollar actividades económicas y a la libre concurrencia de los operadores económicos al mercado". **"Art. 9.- Abuso de Poder de Mercado.-** Constituye infracción a la presente Ley y está prohibido el abuso de poder de mercado. Se entenderá que se produce abuso de poder de mercado cuando uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general (...)". **"Art. 25.- Definición.-** Se considera desleal a todo hecho, acto o práctica contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas, incluyendo aquellas conductas realizadas en o a través de la actividad publicitaria. La expresión actividades económicas se entenderá en sentido amplio, que abarque actividades de comercio, profesionales, de servicio y otras. Para la definición de usos honestos se estará a los criterios del comercio nacional; no obstante, cuando se trate de actos o prácticas realizados en el contexto de operaciones internacionales, o que tengan puntos de conexión con más de un país, se atenderá a los criterios que sobre usos honestos prevalezcan en el comercio internacional. La determinación de la existencia de una práctica desleal no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización sino que se asume como cuasidelito de conformidad con el Código Civil. Tampoco será necesario acreditar que dicho acto genere un daño efectivo en perjuicio de otro concurrente, los consumidores o el orden público económico, bastando constatar que la generación de dicho daño sea potencial, de acuerdo a lo establecido en esta Ley. Las sanciones impuestas a los infractores de la presente ley no obstan el derecho de los particulares de demandar la indemnización de daños y perjuicios que corresponda de conformidad con las normas del derecho común, así como la imposición de sanciones de índole penal, en caso de constituir delitos. Se aplicará las sanciones previstas en esta ley, siempre que la práctica no esté tipificada como infracción administrativa con una sanción mayor en otra norma legal, sin perjuicio de otras medidas que se puedan tomar para prevenir o impedir que las prácticas afecten a la competencia. La protesta social legítima, en el ámbito exclusivo de esta Ley, no será, en ningún caso considerada como boicot." **Art. 48.- Normas generales.-** La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, antes de iniciar el expediente o en cualquier momento del procedimiento, podrá requerir a cualquier operador económico o institución u órgano del sector público o privado, los informes, información o documentos que estimare necesarios a efectos de realizar sus investigaciones, así como citar a declarar a quienes tengan relación con los casos de que se trate. A esos efectos la Superintendencia podrá examinar, recuperar, buscar, utilizar y verificar tales documentos e información, obtener copias o realizar extractos de ellos. Esos informes o documentos deberán ser suministrados dentro del plazo que la Superintendencia determine. No será obligación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado atenerse, contra su convicción, al contenido de esos informes o información. Ningún procedimiento administrativo podrá suspenderse por falta de ellos. No se requiere aviso previo al denunciado o a la persona para requerir la información o documentación, previa a la apertura del expediente. La carga de la prueba corresponderá a la Superintendencia de



34-  
Junio  
Cuentos

Control del Poder de Mercado, sin perjuicio de las pruebas aportadas por el denunciante y el denunciado. Sin embargo, en el caso de los acuerdos y prácticas prohibidas de conformidad con el artículo 11 de la presente Ley, si un operador económico o persona negare, dificultare o impidiere el acceso a información; dañare ocultare u omitiere información o entregase información falsa, fraudulenta, engañosa, falaz, fingida, artificiosa, irreal o dolosa requerida o relacionada al operador económico o persona en una investigación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, se invertirá la carga de la prueba a dicho operador económico o persona, sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en la ley. La Superintendencia de Control del Poder de Mercado tiene la potestad de acceder, revisar, archivar, procesar y utilizar cualquier dato, que de modo exclusivo corresponda a la información y documentos pertinentes al proceso administrativo, respetando el derecho constitucional a la protección de esta información, para las investigaciones, casos o resoluciones dentro de su competencia, de conformidad con la Constitución y la ley. La forma de los actos jurídicos utilizados por los contratantes no enerva el análisis que la autoridad efectúa sobre los verdaderos propósitos de la conducta que subyacen al acto jurídico que la expresa. **Art. 49.- Facultad de investigación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.-** La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, a través de sus órganos internos, tendrá las siguientes facultades investigativas, las mismas que se ejercerán en el marco de la Constitución, la ley y el respeto a los derechos y garantías de los ciudadanos: 1. Exigir que se le presenten, para su examen, todos los valores, libros, comprobantes de contabilidad, correspondencia, registros magnéticos o informáticos, incluyendo sus medios de lectura, y cualquier otro documento relacionado con la conducta investigada o con las actividades inspeccionadas, sin que se pueda aducir reserva de ninguna naturaleza (...). El Reglamento a la LORCPM el: **Art. 63.- Resolución de archivo de la denuncia.-** Cuando, de los hechos investigados, no existiere mérito para la prosecución de la instrucción del procedimiento, o las explicaciones presentadas por los denunciados sean satisfactorias, el órgano de investigación, mediante resolución motivada que será notificada al o los denunciantes, ordenará el archivo de la denuncia". El Código Civil del Ecuador determina: **Art. 8.-** A nadie puede impedirse la acción que no esté prohibida por la ley". **SÉPTIMO.- ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO.** Atendiendo el Recurso de apelación se hacen las siguientes consideraciones procesales: **1.-** Los fundamentos de hecho y de derecho en los cuales los denunciantes sustentan esta nueva apelación, son los mismos que presentaron cuando apelaron a la resolución de 18 de mayo de 2016, emitida por el Director Zonal 6 del Cantón Cuenca de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado mediante la cual ordenó el archivo de la denuncia presentada. **2.-** Las supuestas conductas anticompetitivas imputadas a la Corporación para el Desarrollo Social para la Niñez y la Familia (CORPDESFA) en este recurso, son al igual que en el anterior, las previstas en el numeral 4 del artículo 9 y los numerales 1, 2 y 9 del artículo 27 de la LORCPM. **3.-** En este contexto, se debe manifestar que en el expediente administrativo se investigó conductas de abuso de poder de mercado y no de prácticas desleales, según versa de la

2

64

resolución de 16 de septiembre de 2016, se dispuso a la Dirección de Control Zonal 6 que: **“Segundo.- se realice la investigación sobre precios predatorios involucrando a los operadores económicos intervinientes en la zona geográfica, que permita determinar la existencia o no de la conducta anticompetitiva en el mercado de comercialización de los productos denunciados Tercero.- Se deja a salvo la providencia de 29 de febrero de 2016, en la cual el Dr. Carlos Almeida, Intendente Zonal 6-SCPM, resolvió dividir la continencia de la causa del expediente administrativo No. SCPM-IZ6-004-2015, es decir, se vuelva a investigar las conductas en el expediente SCPM-IZ6-001-2016, a partir de la división de la continencia de la causa”**. En ese sentido, el expediente que se analiza corresponde a supuestas prácticas de abuso de poder de mercado, lo cual tiene su asidero a partir de la división de la continencia de la causa, dejando a este expediente de investigación para conductas de abuso de poder de mercado, y consecuentemente las conductas denunciadas como prácticas desleales, se analizaron e investigaron en otro expediente administrativo, por lo cual, esta Autoridad al haber emitido ya su resolución respecto de las supuestas prácticas desleales, únicamente debe realizar un análisis sobre el fondo de lo investigado en el expediente No. SCPM-IZ6-001-2016, esto es, sobre presuntas conductas de abuso de poder de mercado. **4.-** Respecto de la imputación de haberse incurrido en conductas de **Abuso de Poder de Mercado**, consta en el expediente el análisis técnico efectuado por la Dirección de Control Zonal 6 del Cantón Cuenca, la cual ha **llegado a establecer que el operador económico denunciado no tiene poder de mercado**, puesto que tiene un 21,20% durante el año 2014 y 23,32% durante el año 2015, de ventas anuales del mercado farmacéutico minorista a nivel local entre los operadores económicos involucrados en la investigación, lo que representa entre el 21% y 23% del mercado relevante. **5.-** Esta afirmación tiene sustento técnico pues para que se considere que un operador económico tenga poder de mercado de acuerdo al Índice de Meinik Shy y Stenbacka su participación en el mercado debe ser del 38%, 42% y 45% y las empresas con una participación inferior al 37%, 41% y 40% no pueden considerarse con poder de mercado. CORPDESFA tiene una participación de 23% se trata por tanto, de un valor menor del mercado límite en los tres escenarios, esto es, barreras de entrada: altas, medias y bajas, lo que permite señalar que el operador económico denunciado no tiene posición de dominio en el mercado relevante. Por otro lado debe considerarse que la determinación del mercado relevante es una potestad exclusiva y excluyente de la SCPM al tenor de lo dispuesto en el artículo 5 de LORCPM, y en el presente caso dicho mercado fue establecido, previo la elaboración de un estudio de los productos que supuestamente se expenden con precios predatorios, el análisis de sustituibilidad de los mismos y del mercado geográfico que se circunscribió a las zonas en donde CORPDESFA tiene ubicados sus locales comerciales. **6.-** De acuerdo a la Unión Europea: *“El mercado de producto de referencia comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su*



→  
trinita  
cruz

precio o el uso que se prevea hacer de ellos”. (1). 7.- De otro lado al tratarse de la sustituibilidad de la oferta, ésta consiste en el estudio y la existencia de oferentes que estén dispuestos a dedicarse de manera inmediata y poco costosa a producir los bienes o servicios del mercado relevante cuando éstos suben de precio. Un aumento en el precio de este producto o servicio generaría incentivos para que oferentes que no los están produciendo, comiencen a hacerlo. Sin embargo, esto dependerá de si esta sustitución es fácil, rápida y poco costosa para los productores, puesto que de no ser así, los incentivos mencionados, inspirados en los beneficios potenciales que un precio más elevado podría generar, se verían diluidos. 8.- Por otro lado, respecto de la sustituibilidad de la demanda, según la Unión Europea en la citada norma: “15.- *El análisis de la sustituibilidad de la demanda implica la determinación de la serie de productos que el consumidor considera substitutivos. Para llegar a esta determinación puede realizarse un ejercicio mental, que presuponga una variación pequeña y no transitoria de los precios relativos y que analice la posible reacción de los consumidores frente a esta variación. El ejercicio de definición del mercado se centra en los precios con fines operativos y prácticos, y más concretamente en la sustitución de la demanda provocada por pequeñas variaciones permanentes en los precios relativos. Este concepto puede aportar indicaciones claras en cuanto a los elementos de evaluación pertinentes para la definición de mercado*”. En este caso, no se trata de un problema de sustituibilidad de los productos porque los mismos fármacos que vende el operador económico -CORPDESFA- pueden encontrarse en las demás farmacias de la ciudad de Cuenca y de otras ciudades, consecuentemente, no se evidencia que CORPDESFA y otros operadores económicos (otras farmacias) utilicen técnicas o métodos de sustituibilidad de la demanda que se enmarquen en una práctica anticompetitiva, solamente se trata de la elasticidad del precio de venta al consumidor, y resulta evidente que son los beneficiarios de la misma, a costa en este caso, de la reducción del nivel de ganancia por parte de CORPDESFA. 9.- Para la determinación del mercado relevante se tomó en cuenta la conceptualización de lo dispuesto por la Junta de Regulación de la LORCPM, constante en la Resolución No 006 expedida el 20 de marzo del 2015, que contiene la “GUÍA RESPECTO A LOS MÉTODOS DE ANÁLISIS DE MERCADOS RELEVANTES”, y demás normativa aplicable al caso. En cuanto al cargo de expender los medicamentos con precios predatorios, es necesario probar que el precio sea menor al costo, sin establecer su costo e independientemente de lo bajo que fuere el precio, debe probarse la factibilidad de que el predador recupere las pérdidas incurridas a través del incremento de los precios de manera rentable en la etapa de recuperación, etapa que sería posible solo si la estructura del mercado facilita la práctica predatoria. En la especie, nada de lo manifestado anteriormente lo ha podido probar la Intendencia Zonal, pues de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 de la LORCPM la carga de la prueba le corresponde a ésta institución, sin embargo, por el contrario, del estudio técnico realizado

<sup>1</sup> Diario Oficial de la Unión Europea, (97/C 372/03) de 9 de diciembre de 1997. Comunicación relativa a la definición del mercado relevante a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ.C:1997:372:FULL&from=ES>.

h

by

por ese órgano investigativo se ha podido determinar que CORPDESFA se mantiene por encima del costo variable promedio en todos los casos y de manera sostenida (10 %) para lo cual, aplicaron el “Test de Areeda Tuner” por lo que se concluye que la venta de productos a precios predatorios, con el objeto de captar una mayor cuota del mercado luego de la desaparición de los competidores resulta poco probable en el comercio minorista. Tampoco abona a confirmar la tesis de los denunciantes sobre prácticas de precios predatorios por parte de CORPDESFA en el expendio de medicamentos, cuando producto del análisis de los estados financieros y declaración de impuesto al SRI, se ha demostrado que las farmacias denunciantes obtienen utilidades anuales que llegan al 24% frente al 10% de la denunciada, porcentaje alcanzado pese a las exenciones tributarias de la cual es beneficiaria y más aún si se ha comprobado que este operador económico no ha sido objeto de alguna donación o ayudas públicas o privadas. **10.-** De las actuaciones procesales constantes en el expediente se ha determinado como una de sus conclusiones que la demandada CORPDESFA, atendiendo a su objeto social estatutario vende fármacos que pueden ser comprados en todas las demás farmacias de la ciudad de Cuenca y en otras del país a menor costo o costo reducido en comparación con otras farmacias; pero no existe ninguna evidencia técnicamente establecida que demuestre que el precio esté por debajo del precio de costo real, lo cual daría a la existencia de la conducta anticompetitiva conocida como precios predatorios, que consiste en la fijación de precios por debajo del precio de costo-producción el cual se mantiene gracias al poder de dominio, cuestión que en este caso no se ha demostrado que exista, pues el nivel de ganancias de otras farmacias alcanza hasta el 24% mientras que el de la demandada se mantiene en un rango de hasta el 10%. **11.-** Para comprender la reducción del precio, es necesario hacerlo dentro del derecho de competencia o de corrección económica que es aplicable en el Ecuador y se refiere a la estrategia de elasticidad del precio de la demanda. La demanda elástica es verificable cuando al momento de variar el precio de un bien o servicio éste inmediatamente puede afectar el comportamiento del consumidor teniendo en cuenta el nivel de ingreso debido al precio, cambios en los gustos y preferencias que influyen en la decisión de compra. **12.-** De modo que *“la elasticidad puede ser definida como el instrumento mediante el cual medimos el grado en que la cantidad demandada responde (cambia) a las variaciones en el precio del propio bien. Dicho en otras palabras, la elasticidad es la sensibilidad de la demanda al precio. Este instrumento lo tenemos en los porcentajes, pues, estos son proporciones y por tanto, independientes de la magnitud concreta empleada en la medición, y como proporciones ya incluyen el punto de partida; de manera que la definición formal de la elasticidad puede ser: elasticidad = variación porcentual de la cantidad demandada / variación porcentual del precio. Es decir, la elasticidad-precio de la demanda (este es su nombre exacto) se define formalmente como el cambio porcentual de la cantidad demandada dividido por el cambio porcentual del precio que lo provoca”*. <sup>(2)</sup> **13.-** Por su parte, la

---

<sup>2</sup> Pep Aguiló. *ELASTICIDAD PRECIO DE LA DEMANDA*.

<http://www.uib.cat/depart/deaweb/webpersonal/pepaguilo/archivos/ELASTICIDAD.pdf>.



-36-  
trabajo  
más

Universidad Carlos III de Madrid ha establecido que: *“La Elasticidad y su aplicación. Elasticidad precio de la demanda. Elasticidad precio de la demanda es el porcentaje de cambio en la cantidad demandada dado un porcentaje de cambio en el precio. Es la medida de como la cantidad demandada de un bien responde a los cambios en el precio de ese bien. Determinantes de la elasticidad precio de la demanda: 1. Necesidad versus lujo. 2. Existencia de bienes sustitutivos cercanos. 3. Definición del mercado. 4. El horizonte temporal”*<sup>3</sup>. **14.-** La actividad de la demandada CORPDESFA se encuadra en todos esos elementos determinantes de la elasticidad de sus precios, pero fundamentalmente en el segundo, ya que, para cumplir su finalidad de “sin fines de lucro” vende los productos en menor costo renunciando a una mayor ganancia realizando una discriminación valorativa entre las necesidades sociales y el beneficio propio que obtendría al vender a mayor precio sus productos, o a su vez, a precios similares a las demás farmacias. Tampoco se ha demostrado la violación del principio de la libertad de empresa entendido dentro de las reglas del justo juego productivo y comercial, pues nadie puede argumentar que para ser parte de la libre concurrencia a los mercados, puede vender sus productos siempre a precios inferiores al costo de producción argumentando que lo hace en ejercicio de su libertad de empresa. **15.-** Adicionalmente se ha podido demostrar que la diferencia de precios de venta al público de los fármacos ofrecidos por las farmacias denunciadas y CORPDESFA, si bien, son menores los de ésta última, de ninguna manera se los puede considerar como precios predatorios pues la consecuencia hubiera sido la desaparición de la competencia, en este caso las farmacias denunciadas y la formación de un monopolio, lo que no ha sucedido. En definitiva no se ha podido verificar la concurrencia de los requisitos para que se configure la conducta de precios predatorios que son: a) establecimiento de precios infinitamente significativos a la baja de los ofertados por otros competidores; b) mantenimiento de estos precios por lapsos significativos que ocasionen la salida del mercado de los competidores; y, c) establecimiento de condiciones y facilidades para incrementar los precios en períodos más bien cortos, que permitan la recuperación de las pérdidas sufridas durante la fijación de precios predatorios. **16.-** En cuanto al poder de mercado o de dominio, las Naciones Unidas a través de la UNCTAD, al referirse al abuso de poder de dominio ha establecido que: *“30. Las prácticas abusivas se dividen habitualmente en abusos de exclusión y abusos de explotación. Los abusos de exclusión obligan a los competidores a abandonar el mercado, no los dejan entrar en él, o los fuerzan a ejercer una competencia débil o a no expandirse. Puede resultar difícil distinguir entre los abusos de exclusión y la competencia “feroz”, pues son fenómenos parecidos a corto plazo. Por ejemplo, a corto plazo, la fijación de precios predatorios es beneficiosa para los consumidores y tiene la apariencia de una competencia “feroz” que ofrece más productos a precios más bajos. Sin embargo, a la larga, los competidores quedan excluidos y el depredador puede subir los precios y reducir la*

<sup>3</sup> Universidad Carlos III de Madrid: Tema 4: La elasticidad y su aplicación. <http://ocw.uc3m.es/economia/fundamentos-de-la-economia/material-de-clase-1/Economia4.pdf>.

f

63

calidad".<sup>(4)</sup> **17.-** Por su parte la Corte Suprema de Justicia de Chile en su jurisprudencia establece: "(...) **Duodécimo:** *Que es necesario destacar que la infracción al D.L. 211 que se atribuye a la demandada no se centra en la asimetría del poder negociador que puede tener por causa de la posición dominante que ocupe en la contratación en razón de su condición de único oferente de los servicios de transporte marítimo, sino que en el empleo de su poder de mercado con el objeto de impedir la entrada de nuevos competidores. Dicho esto, cabe recordar que el precepto contenido en el artículo 3º, letras b) y c) del Decreto Ley 211, se refiere a la figura de posición dominante en el mercado. La doctrina nacional ha sostenido, en relación al concepto de posición dominante, que nuestro ordenamiento de libre competencia ha seguido el modelo del Tratado de Roma en cuanto no entrega una definición de lo que cabe entender por posición dominante en el mercado, dejando esta tarea a la jurisprudencia judicial y administrativa. En tal sentido, del examen de dicha jurisprudencia es posible colegir que se distinguen elementos indiciarios de la existencia de una posición dominante, tales como: número de empresas que operan en el mercado relevante, la participación proporcional de la empresa en el mercado, tamaño de la empresa, relaciones con proveedores y canales de distribución, elasticidad de la demanda, capacidad de fijación de precios, existencia de ciertas ventajas comerciales, técnicas o financieras, persistencia de una empresa en la misma posición relativa al interior de un mercado a lo largo de los años, facilidades de ingreso de nuevos competidores al mercado relevante, etc.*".<sup>(5)</sup> **18.-** El Tribunal de Competencia de la República de Chile, manifiesta: "(...) para determinar la concurrencia de precios predatorios, deben concurrir los siguientes requisitos que, en este caso, no se cumplen: (i) precios inferiores a un determinado nivel de costos; (ii) poder de mercado del supuesto predador; (iii) condiciones de entrada al mercado que hagan posible la predación por precios; y, (iv) intención de eliminar a un competidor. En todo caso, la tendencia actual de la doctrina y jurisprudencia comparada en la evaluación de la existencia de precios predatorios, plantea una metodología consistente en establecer que el mercado tiene ciertas características estructurales que hagan plausibles las conductas de exclusión-recuperación, antes de evaluar el cobro de precios por debajo de los costos (cualesquiera que éstos sean)... (...) En este caso, por las razones ya señaladas (ausencia de poder de mercado, inexistencia de barreras de entrada y elasticidad de la demanda) no se dan tales características estructurales del mercado, lo que bastaría para rechazar la demanda por precios predatorios".<sup>(6)</sup> **19.-** Finalmente, los precios cercanos al costo de producción son también conocidos como soft predation. "**Los precios próximos al coste —soft predation—** Los precios próximos al coste o precios límite —limit pricing— constituyen un supuesto de depredación blanda —soft predation— que siempre que no supere la barrera del coste marginal, es una conducta lícita. Se encuentran en un espectro de precios por encima del

<sup>4</sup> Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. TD/B/COM.2/CLP/66. 21 de mayo de 2008. ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE. Informe de la secretaría de la UNCTAD. [http://unctad.org/es/Docs/c2clpd66\\_sp.pdf](http://unctad.org/es/Docs/c2clpd66_sp.pdf).

<sup>5</sup> Corte Suprema de Justicia de Chile. Caso Rol N° 1813-2010. <http://iura.cl/jp/suprema/2010/1813.html>.

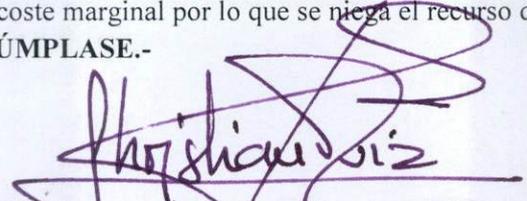
<sup>6</sup> TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA I DE CHILE. Sentencia N°. 103/2010. [http://www.cooperativa.cl/noticias/site/artic/20100909/asocfile/20100909202912/sentencia\\_103\\_2010.pdf](http://www.cooperativa.cl/noticias/site/artic/20100909/asocfile/20100909202912/sentencia_103_2010.pdf).



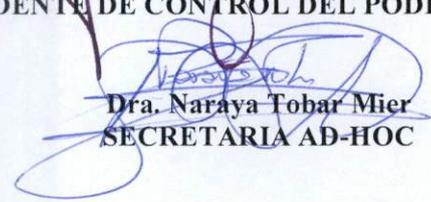
-37-  
trabajo  
nieto

coste marginal pero por debajo del precio normal para el producto o servicio en ese mercado. En la medida en la que la diferencia entre el precio normal o usual de mercado y el precio límite sea mayor, o si se prefiere, se acerque más a la venta a pérdida pero sin rebasarla mayor será la agresividad o incremento de la competencia. El oferente que realiza esta práctica se mueve entre el límite legal que le impone la obligación bajo sanción de no realizar ventas a pérdida y el precio de mercado de dicho producto o servicio. Un comportamiento anticompetitivo en el que el oferente está renunciando a una parte del margen comercial que obtendría de no realizar esa conducta. La lógica de la práctica es simple, a igualdad de tecnología y ante la ausencia de ventajas comparativas que lo justifiquen, en la medida en que no quede demanda residual suficiente, ningún otro competidor entrará en ese mercado. Incluso extensible a los supuestos en los que hay en dicho mercado ventajas competitivas y comparativas pero insuficientes para justificar el coste de entrada con la demanda existente. De este modo, el oferente a largo plazo recuperará la inversión y obtendrá unos beneficios razonables, al tiempo que los consumidores y usuarios se benefician de precios próximos al coste. Finalmente, y para un estudio más detenido de este comportamiento deberá procederse al análisis de la cuota de mercado y de la finalidad perseguida. Lo que permitirá disponer de elementos de juicio para calificar la conducta” (7). Por todo lo analizado, esta Superintendencia estima que no es posible dar por acreditada la conducta de precios predatorios denunciada por la venta que no supere la barrera del coste marginal por lo que se niega el recurso de apelación interpuesto.-

**. NOFÍQUESE Y CÚMPLASE.-**

  
Ing. Christian Ruiz Hinojosa, MA.

**SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO (S)**

  
Dra. Naraya Tobar Mier  
**SECRETARIA AD-HOC**

<sup>7</sup> UNIVERSIDAD DE LA LAGUNA. Tesis: *La venta a pérdida como ilícito concurrencial*. Autor: Santana Pérez, Antonio. Pág. 200. <ftp://tesis.bbtk.ull.es/ccsyhum/cs153.pdf>.