



**INTENDENCIA NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE ABUSO DEL
PODER DE MERCADO, ACUERDOS Y PRÁCTICAS RESTRICTIVAS**

Expediente No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-016-2019

RESOLUCIÓN

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- INTENDENCIA NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE ABUSO DEL PODER DE MERCADO, ACUERDOS Y PRÁCTICAS RESTRICTIVAS.- Quito D.M., 06 de agosto de 2021 a las 14h55. **VISTOS.-** En mi calidad de Intendente Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, de conformidad con la acción de personal SCPM-INAF-DNATH-0170-2019-A, que rige desde el 20 de mayo de 2019, en conocimiento del expediente de investigación SCPM-IGT-INICAPMAPR-016-2019, y en uso de mis facultades legales y administrativas, emito las siguientes **ÓRDENES PROCESALES:**

PRIMERA.- DOCUMENTOS QUE SE AGREGAN AL EXPEDIENTE: Agréguese al expediente y téngase en cuenta:

- 1.1. Los CDs, signados con número de trámite ID 202268, en los cuales constan los documentos firmados electrónicamente, y que en el momento procesal oportuno fueron agregados al expediente administrativo, dando cumplimiento a lo dispuesto en la disposición segunda, de la resolución No. SCPM-DS-2020-27, de 13 de julio de 2020.

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), en concordancia con el artículo 3 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (RALORCPM), de oficio se declara con el carácter de confidencial el CD con anexo ID 370272 en el que, constan todos los documentos y/o anexos firmados electrónicamente, declarados con el carácter de confidenciales en el momento procesal oportuno.

SEGUNDA.- COMPETENCIA: De conformidad con lo establecido en el artículo 213 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con lo ordenado en el artículo 53 de la LORCPM y lo dispuesto en el artículo 67 del RALORCPM; y, los artículos 21 literal b), 24 y 25 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, así como el artículo 10, numeral 1.2.2.3 del Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (Resolución No. SCPM-DS-2019-62), se declara la competencia de esta autoridad para dictar la presente Resolución.



TERCERA.- VALIDEZ PROCESAL: Revisado que ha sido el expediente no se encuentran vicios de procedimiento que puedan generar nulidad procesal en esta fase administrativa, por lo que esta autoridad declara su validez procesal.

CUARTA.- IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES PROCESALES: Las partes procesales del presente expediente administrativo son:

- 4.1. GOLDEN FARMACÉUTICA GOLDFARMA S.A. (en adelante GOLDFARMA), con número de Registro Único de Contribuyentes (RUC) 1792319633001.

Empresa nacional, domiciliada en la ciudad de Guayaquil, en Urdesa Central, calle diagonal 401 y Bálsamos. Representada legalmente por César Efraín del Salto Rosas, con cédula de ciudadanía No. 0910598366, cuyo nombramiento legalmente inscrito en el Registro Mercantil, fue efectuado el 20 de julio de 2020.

Mediante escrito ingresado el 26 de enero de 2021 y signado con el número de trámite ID 182867, el operador económico designó los siguientes correos electrónicos, para futuras notificaciones: patrociniójuridico.adm@gmail.com; y, josemosque@gmail.com.

- 4.2. RRPGOLDEN INTEGRA IMPORTADORA S.A. (en adelante RRPGOLDEN), con número de Registro Único de Contribuyentes (RUC) 1792156734001.

Empresa nacional domiciliada en la en la ciudad de Quito, en la Av. Mariana de Jesús E 7 – 8 y Pradera, edificio Business Plus “La Pradera”. Representada legalmente por Ruth Elena Guerrero Burneo, con cédula de ciudadanía No. 1711072437, cuyo nombramiento legalmente inscrito en el Registro Mercantil, fue efectuado el 26 de julio de 2020.

El operador por medio de escrito 12 de enero de 2021 a las 12h33 y signado con el número de trámite ID 181637, designó para efectos de futuras notificaciones los correos electrónicos: rguerrero@goldenecuador.com, jcastro@goldenecuador.com, y, rubioph59@hotmail.com.

QUINTA.- FUNDAMENTOS DE HECHO Y ACTUACIONES PROCESALES: Dentro del presente expediente administrativo sustanciado por esta Autoridad, constan las siguientes piezas procesales:

- 5.1. Oficio No. SERCOP-CZ5-2019-3464-OF y anexos de 28 de agosto de 2019, mediante el cual el Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP), puso en conocimiento de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, presuntas irregularidades en dentro del proceso de contratación pública SIE-HGMS-074-2018, llevado a cabo por el Hospital General Monte Sinaí.
- 5.2. Providencia de 25 de septiembre de 2019 a las 14h15, mediante la cual la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (INICAPMAPR) avocó conocimiento del presente expediente investigativo, y dispuso proceder con la apertura de la fase de barrido por el término de treinta (30) días



hábiles, a fin de determinar la presunta existencia o no de indicios de conductas anticompetitivas contempladas en el artículo 11 de la LORCPM.

- 5.3. Providencia de 18 de octubre de 2019 a las 08h30, mediante la cual la Intendencia, solicitó al operador económico BAXTER ECUADOR S.A., remita todos los certificados de medicamentos para diálisis peritoneal que ostente en su poder para el periodo comprendido entre 2016 a 2019.
- 5.4. Providencia de 22 de octubre de 2019 a las 15h35, mediante la cual la INICAPMAPR, procedió a agregar la información remitida por el operador económico Baxter Ecuador S.A., el 21 de octubre de 2020 a las 15h40 y signada con el número de trámite ID 147847.
- 5.5. Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-DNICAPR-2019-040 de 23 de octubre de 2019 emitido por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Acuerdos y Prácticas Restrictivas (DNICAPR), en el cual se recomendó el inicio de la fase de investigación preliminar para determinar la existencia o no de presuntas conductas anticompetitivas estipuladas en el artículo numerales 6 y 21.
- 5.6. Resolución de 24 de octubre de 2019 a las 17h15, mediante la cual esta Autoridad resolvió, acoger en su totalidad el informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-DNICAPR-2019-040 de 23 de octubre de 2019 emitido por la DNICAPR, y en virtud de ello, proceder con la apertura de la etapa de investigación preliminar por el término de ciento ochenta (180) días, dentro del presente expediente, a fin de determinar la presunta comisión de las infracciones tipificadas en el artículo 11 numerales 6 y 21 de la LORCPM.
- 5.7. Providencia de 10 de enero de 2020 a las 15h30, mediante la cual se dispuso requerir al SERCOP un listado de las direcciones IP de las ofertas y pujas presentadas por los operadores GOLDEN FARMACÉUTICA GOLDFARMA, y, RRPGOLDEN, dentro del proceso SIE-HGMS-0074-2018. Así como, requerir a los operadores económicos GOLDFARMA, y, RRPGOLDEN, entreguen copias certificadas de los certificados de registros sanitarios para la distribución de medicamentos para diálisis peritoneal presentados dentro del proceso SIE-HGMS-0074-2018, y la nómina de empleados dentro del periodo enero 2017 hasta enero 2020.
- 5.8. Providencia de 05 de febrero de 2020 a las 15h30 que ordenó, agregar la información remitida por el operador económico GOLDFARMA ingresada el 24 de enero de 2020; solicitar por segunda ocasión al SERCOP y al operador económico RRPGOLDEN, la información requerida en providencia de 10 de enero de 2020 a las 15h30, y, finalmente solicitar a la Contraloría General del Estado copias certificadas de las irregularidades encontradas en el proceso SIE-HGMS-0074-2018.
- 5.9. Providencia de 17 de febrero de 2020 a las 15h30, con la cual se ordenó: agregar la información remitida por el SERCOP el 13 de febrero de 2020 y el operador económico RRPGolden ingresada el 11 de febrero de 2020; y, solicitar al ente de control de la



contratación pública remita información de los procesos de contratación efectuados por el Hospital General Monte Sinaí desde el 13 de octubre de 2011 hasta febrero de 2020.

- 5.10. Providencia de 13 de marzo de 2020 a las 09h15, mediante la cual la INICAPMAPR, dispuso: agregar al expediente la información remitida por la Contraloría General del Estado, y requerir por segunda ocasión, al SERCOP que remita un listado de los procesos de contratación efectuados por el Hospital General Monte Sinaí, cuyo objeto haya sido la adquisición de medicamentos y/o insumos para diálisis peritoneal desde el 13 de octubre de 2011 hasta marzo 2020.
- 5.11. Providencia de 17 de marzo de 2020 a las 09h00, mediante la cual se ordenó, en virtud de la resolución No. SCPM-DS-2020-14, de 16 de marzo de 2020 suspender el cómputo de términos y plazos dentro del presente expediente investigativo.
- 5.12. Providencia de 08 de julio de 2020 a las 11h45, con la cual la Intendencia dispuso, de conformidad con la resolución No. SCPM-DS-2020-26 de 03 de julio de 2020, reanudar el cómputo de plazos y términos dentro del presente expediente.
- 5.13. Providencia de 13 de agosto de 2020 a las 12h30, mediante la cual se dispuso agregar la información remitida por el SERCOP con fecha 23 de abril de 2020 y 30 de julio de 2020; y, considerando la resolución No. SCPM-DS-2020-31 de 12 de agosto de 2020, dispuso suspender el cómputo de plazos y términos dentro del expediente.
- 5.14. Providencia de 27 de agosto de 2020 a las 10h00, mediante la cual la INICAPMAPR ordenó con base a la resolución No. SCPM-DS-2020-32 de 26 de agosto de 2020, reanudar el cómputo de términos y plazos dentro del presente expediente; y, requerir al Colegio de Médicos de Pichincha, información respecto de los principios activos de medicamentos para diálisis peritoneal.
- 5.15. Providencia de 15 de septiembre de 2020 a las 10h30, con la cual se ordenó agregar al expediente el escrito remitido por el Colegio de Médicos de Pichincha ingresado el 9 de septiembre de 2020; y, requerir a la Agencia Nacional de Regulación, y Control y Vigilancia Sanitaria (ARCOSA), información de los registros sanitarios otorgados para la venta de medicamentos para diálisis peritoneal.
- 5.16. Providencia de 28 de septiembre de 2020 a las 12h30, mediante la cual se ordenó requerir al Servicio Nacional de Contratación Pública, información respecto de los procesos de contratación No. SIE-HGMS-074-2018; SIE-HGMS-075-2018; SIE-HGMS-061-2018; SIE-HGMS-062-2018; y, a los operadores GOLDFARMA, y RRPGOLDEN, información del cuestionario A.
- 5.17. Providencia de 14 de octubre de 2020 a las 12h00, se dispuso requerir por segunda ocasión información al ARCOSA y al SERCOP. Adicionalmente se solicitó información adicional al:



SERCOP, SRI y al Registro Civil, Identificación y Cedulación, relativa a los operadores económicos investigados, en atención a sus competencias e información disponible.

- 5.18. Providencia de 16 de octubre de 2020 a las 11h30, con la cual se ordenó: conceder la prórroga solicitada por RRPOLDEN en su escrito ingresado el 15 de octubre de 2020, para la entrega de la información del cuestionario A; y, notificar a GOLDFARMA, en su nuevo domicilio de la ciudad de Quito, a fin de que entregue la información del cuestionario A.
- 5.19. Providencia de 21 de octubre de 2020 a las 08h40, mediante la cual la INICAPMAPR dispuso agregar la información remitida por el SERCOP mediante escrito ingresado el 19 de octubre de 2020, y por la Agencia de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria ingresado a la SCPM el 20 de octubre de 2020. Adicionalmente se dispuso: notificar a GOLDFARMA, en su domicilio en la ciudad de Guayaquil, para que remita la información del cuestionario A; y, requerir información a los operadores GOLDFARMA, RRPOLDEN, BAXTER ECUADOR S.A., y, NEFROCONTROL S.A., así como al Registro Civil, Identificación y Cedulación, por segunda ocasión
- 5.20. Providencia de 06 de noviembre de 2020 a las 11h15, con la cual se ordenó: agregar la información y escritos ingresados: por el SERCOP el 22 de octubre de 2020 y solicitar que remita la información del cuestionario B; por BAXTER ECUADOR S.A. el 23 de octubre de 2020; por NEFROCONTROL S.A. el 28 de octubre de 2020; por RRPOLDEN el 29 de octubre de 2020 y solicitar que complete y/o aclare la información remitida; por BAXTER ECUADOR S.A. el 29 de octubre de 2020; por GOLDEN FARMACÉUTICA el 29 de octubre de 2020, disponiendo conceder una prórroga para la entrega de información; y, por GOLDEN FARMACEUTICA el 29 de octubre de 2020. Adicionalmente, se dispuso requerir por tercera ocasión información al Registro Civil, Identificación y Cedulación, así como solicitar información al CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES CONECEL S.A.
- 5.21. Providencia de 17 de noviembre de 2020 a las 12h15, mediante la cual se agregó los escritos remitidos por: el Servicio Nacional de Rentas Internas, el Registro Civil, Identificación y Cedulación, por los operadores económicos BAXTER ECUADOR S.A., CONECEL S.A.; conceder una prórroga para la entrega de información del cuestionario A, al operador GOLDFARMA; y, requerir por tercera ocasión al SERCOP la información correspondiente al cuestionario B.
- 5.22. Providencia de 23 de noviembre de 2020 a las 10h15, en la que esta Intendencia dispuso agregar el escrito remitido por RRPOLDEN ingresado el 17 de noviembre de 2020, y los extractos no confidenciales de la información remitida por el SRI y Registro Civil, Identificación y Cedulación.
- 5.23. Informe No. SCPM-INICAPMAPR-DNICAPR-2020-030, de 23 de noviembre de 2020, mediante el cual la DNICAPR procedió a poner en conocimiento de la Intendencia Nacional



de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, el informe de la investigación preliminar.

- 5.24. Providencia de 24 de noviembre de 2020 a las 10h15, con la cual se ordenó notificar a los operadores económicos GOLDFARMA y RRPGLDEN, con el contenido del informe No. SCPM-INICAPMAPR-DNICAPR-2020-030, de 23 de noviembre de 2020, a fin de que en el término de quince (15) días, remitan sus explicaciones al mismo.
- 5.25. Providencia de 11 de diciembre de 2020 a las 14h00, mediante la cual se agregó al expediente los escritos remitidos por el SERVICIO NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (SERCOP), así como solicitar por tercera ocasión y bajo prevenciones legales al operador económico GOLDFARMA S.A. la información requerida dentro del cuestionario A.
- 5.26. Escrito suscrito por Ruth Guerrero Burneo, Gerente General de RRPGLDEN INTEGRA IMPORTADORA S.A., ingresado el 14 de diciembre de 2020 a las 13h57 y signado con el número de trámite ID 179637, con el cual el operador económico en cuestión procedió a remitir las explicaciones al Informe No. SCPM-INICAPMAPR-DNICAPR-030-2020.
- 5.27. Escrito suscrito de manera conjunta entre el Dr. José Vicente Mosquera Zambrano y César Efraín Del Salto Rosas, Gerente General de Golden Farmacéutica GOLDFARMA S.A., ingresado el 15 de diciembre de 2020 a las 11h00 y signado con el número de trámite ID 179730, con el cual el operador económico procedió a remitir las explicaciones al Informe No. SCPM-INICAPMAPR-DNICAPR-030-2020.
- 5.28. Providencia de 24 de diciembre de 2020 a las 10h15, a través de la cual se procedió a agregar los escritos de explicaciones remitidos por los operadores económicos investigados, así como agregar el escrito ingresado por GOLDFARMA y requerir ciertas aclaraciones respecto de la información remitida a la autoridad referente al cuestionario A
- 5.29. Informe No. SCPM-INICAPMAPR-DNICAPR-2020-035 de 30 de diciembre de 2020, mediante el cual la DNICAPR puso en conocimiento de la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, el informe de valoración de las explicaciones presentadas por RRPGLGEN y GOLDFARMA.
- 5.30. Resolución de 30 de diciembre de 2020 a las 16h55, emitida por esta Autoridad, mediante la cual se resolvió acoger en su totalidad el informe No. SCPM-INICAPMAPR-DNICAPR-2020-035, y por tanto disponer el inicio de la investigación conforme el artículo 56 de la LORCPM, dentro del presente expediente, al tener indicios suficientes y razonables del presunto cometimiento de una conducta anticompetitiva establecida en el artículo 11 numeral 6 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, por parte de los operadores RRPGLGEN y GOLDFARMA.



- 5.31. Providencia de 18 de enero de 2021 a las 09h22, mediante la cual se dispuso: agregar la información ingresada por GOLDFARMA el 4 de enero de 2021 y RRPGOLDEN el 12 de enero de 2021 y 14 de enero de 2021. Adicionalmente, se dispuso requerir información al SERCOP, GOLDFARMA, a la Administración del Edificio “*Business Plus la Pradera*” y conceder copias certificadas del presente expediente al operador económico RRPGOLDEN.
- 5.32. Providencia de 03 de marzo de 2021 a las 12h30, mediante la cual se procedió a: agregar los escritos de GOLDFARMA ingresados el 21 de enero de 2021 y el 26 de enero de 2021 y el Plan de Trabajo; pedir información al SERCOP, SRI y a la Administración del Edificio “*Business Plus la Pradera*”, además de responder todos los argumentos planteados por el operador económico RRPGOLDEN referentes a caducidad y nulidad dentro del expediente, planteados mediante escrito ingresado el 9 de febrero de 2021.
- 5.33. Providencia de 13 de abril de 2021 a las 17h10, con la cual se dispuso: agregar los escritos presentados por: SERCOP el 10 de marzo de 2021; el SRI el 19 de marzo de 2021; el operador económico GOLDFARMA el 16 de marzo de 2021; y, RRPGOLDEN el 16 de marzo de 2021, respondiendo a los argumentos planteados por el operador económico. Adicionalmente, se dispuso insistir por tercera ocasión en la petición de información a la Administración del Edificio “*Business Plus la Pradera*” y requerir información al Hospital General Monte Sinaí así como al SERCOP
- 5.34. Providencia de 23 de abril de 2021 a las 10h40, mediante la cual la INICAPMAPR ordenó agregar la información remitida por el SERCOP el 22 de abril de 2021; y, amparada en la resolución No. SCPM-DS-2021-14 de 22 de abril de 2021, emitida por el Superintendente de Control del Poder de Mercado, dispuso suspender el cómputo de términos y plazos dentro del presente expediente.
- 5.35. Providencia de 21 de mayo de 2021 a las 10h30, mediante la cual la INICAPMAPR, dispuso reanudar el cómputo de los términos y plazos dentro del presente expediente investigativo; agregar los extractos no confidenciales de la información remitida por el SERCOP y GOLDFARMA; y, solicitar bajo prevenciones legales información a la Administración del Edificio “*Business Plus la Pradera*”
- 5.36. Providencia de 26 de mayo de 2021 a las 17h10, mediante la cual se dispuso agregar el escrito de RRPGOLDEN ingresado el 21 de mayo de 2021, y conceder copias certificadas de la información remitida por el SERCOP en trámites ID 184310, 187725 y 192233.
- 5.37. Providencia de 04 de junio de 2021 a las 09h40, mediante la cual se ordenó agregar los escritos remitidos por la Administración del Edificio “*Business Plus la Pradera*” el 1 de junio de 2021 y por el operador económico RRPGOLDEN el 3 de junio de 2021, concediéndose copias certificadas de la información remitida por el SERCOP en trámites ID 184310, 187725 y 192233. Adicionalmente se dispuso solicitar información: al Ministerio de Salud Pública referente al Hospital General Monte Sinaí; a los operadores económicos RRPGOLDEN y GOLDFARMA; al SERCOP; y, a la Administración del Edificio “*Business Plus la Pradera*”.



- 5.38. Providencia de 17 de junio de 2021 a las 10h40, con la cual la autoridad ordenó agregar el escrito ingresado por el operador económico RRPOLDEN el 10 de junio de 2021; y, solicitar por segunda ocasión información a la Administración del Edificio “*Business Plus la Pradera*”, al Ministerio de Salud Pública, a GOLDEN INTEGRA IMPORTADORA, al SERCOP y al Hospital General Monte Sináí.
- 5.39. Providencia de 23 de junio de 2021 a las 11h40, mediante la cual se dispuso, agregar: el escrito de la Administración del Edificio “*Business Plus la Pradera*”; , la información ingresada por el SERCOP; y, el escrito de RRPOLDEN ingresados el 18 de junio de 2021., En virtud de este último, se corrigió el lapsus calami existente en la providencia de 21 17 de junio de 2021 a las 10h40 y dispuso solicitar la información por segunda ocasión al operador económico GOLDEN FARMACÉUTICA GOLDFARMA S.A.
- 5.40. Providencia de 21 de julio de 2021 a las 15h40, mediante la cual se dispuso agregar los escritos ingresados por: GOLDFARMA el 25 de junio de 2021; el HOSPITAL GENERAL MONTE SINÁÍ el 25 de junio de 2021 y 30 de junio de 2021; y, el SERCOP el 30 de junio de 2021.
- 5.41. Informe No. SCPM-INIAPMAPR-DNICAPR-2021-015 de 23 de julio de 2021, mediante cual el Ab. Patricio Pozo Vintimilla en calidad de Director Nacional de Investigación y Control de Acuerdos y Prácticas Restrictivas, puso en conocimiento de esta Intendencia, el informe de resultados de la investigación del presente expediente investigativo.
- 5.42. Providencia de 27 de julio de 2021 a las 10h40, con la cual esta autoridad, al amparo del artículo 25 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, puso en conocimiento de los operadores GOLDEN FARMACÉUTICA GOLDFARMA S.A., y RRPOLDEN INTEGRA IMPORTADORA S.A., el informe No. SCPM-INIAPMAPR-DNICAPR-2021-015 de 23 de julio de 2021.

SEXTA.- BASE NORMATIVA QUE AMPARA LA RESOLUCIÓN: Con base en la descripción de los hechos contenidos en el presente procedimiento es pertinente enunciar las normas constitucionales y legales que guardan relación con lo descrito, es así que:

6.1. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.-

“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. 2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada. [...] 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.”

“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. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano. Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley.”

“Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.”

6.2. LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO (LORCPM).-

“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, así como los gremios que las agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional [...]”.

“Art. 11.- Acuerdos y prácticas prohibidas.- Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, y en general todos los actos o conductas realizados por dos o más operadores económicos, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general. En particular, las siguientes conductas, constituyen acuerdos y prácticas prohibidas. (...). 6. Los actos u omisiones, acuerdos o prácticas concertadas y en general todas las conductas de proveedores u oferentes, cualquiera sea la forma que adopten, cuyo objeto o efecto sea impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, ya sea en la presentación de ofertas y posturas o buscando asegurar el resultado en beneficio propio o de otro proveedor u oferente, en una licitación, concursos, remates, ventas al martillo, subastas públicas u otros establecidos en las normas que regulen la contratación pública, o en procesos de contratación privados abiertos al público. (...)”.

“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”.



6.3. REGLAMENTO PARA LA APLICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO.-

“Art. 1.- Objeto.- El presente reglamento tiene por objeto establecer las disposiciones reglamentarias necesarias para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, que en lo sucesivo se denominará la Ley.”

“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.

“Art. 67.- Informe de resultados de la etapa de investigación.- Concluido el plazo de duración de la investigación, el órgano de investigación emitirá un informe sobre los resultados de la investigación realizada [...]”.

6.4. INSTRUCTIVO DE GESTIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA DE LA SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO (Resolución SCPM-DS-12-2017)

“Art. 1.- ÁMBITO DE APLICACIÓN.- El presente Instructivo rige para la gestión procesal en los procedimientos administrativos sancionadores, estudios de mercado en materia de competencia, informes especiales; y, de control de concentraciones, que realiza la Superintendencia de Control del Poder de Mercado en el ámbito de sus atribuciones”.

“Art. 21.- PROCEDIMIENTO PARA LOS CASOS DE INVESTIGACIÓN INICIADOS DE OFICIO; O, A SOLICITUD DE OTRO ÓRGANO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. La investigación previa es de naturaleza indagatoria con fines de búsqueda y no propiamente procesal y está ubicada dentro de la categoría de estudio de posibles distorsiones competitivas en un mercado concreto. Por esta razón, se la realizará mediante el mecanismo de simple requerimiento de información a través de oficios, de cooperación, recopilación, orden cronológico, sanción en caso de no entregar la información y valoración documental selectiva final, sea de prosecución o de archivo.



Cuando se presuma la existencia en forma directa o indirecta de conductas anticompetitivas, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado deberá realizar una investigación preliminar de acuerdo al siguiente procedimiento: [...]”.

b) Solicitud de otro Órgano de la Administración Pública.- *La fase de barrido se iniciará cuando ingrese la solicitud a Secretaría General o ante quien haga sus veces en las Intendencias Zonales la cual se remitirá al Intendente General en el término de veinte y cuatro (24) horas. El Intendente General en el término anterior, distribuirá la documentación al Intendente respectivo, para que examine en el término de diez (10) días. El órgano de investigación deberá asignar un nombre de fantasía; el análisis de la información obtenida será recogido en un informe, que se emitirá dentro de los treinta (30) días posteriores a la disposición del Intendente General, con lo que concluirá esta fase.*

El Director de la Intendencia en tres (3) días hábiles elaborará un informe de barrido que decurrirá dentro del referido término de treinta (30) días, con lo cual concluirá la fase. De ser procedente dentro del término de tres (3) días posteriores se dará inicio a la fase de investigación preliminar; caso contrario, se informará al Intendente General el archivo por falta de méritos.

La fase de investigación preliminar se iniciará mediante providencia emitida en el término de tres (3) días, en la que el Intendente avocará conocimiento de la solicitud, dispondrá la elaboración del plan de trabajo por parte del Director respectivo por un término de diez (10) días a presentarse por escrito al Intendente General y al Intendente; Plan de trabajo que contendrá la fecha de inicio y la fecha probable de finalización y abrirá la fase de investigación preliminar por ciento ochenta (180) días hábiles. Luego de finalizada la investigación preliminar se emitirá el informe respectivo y de considerar que existen presunciones de alguna infracción prevista en la Ley, se notificará al o los presuntos responsables en el término de tres (3) días, luego de lo cual tendrán quince (15) días hábiles para la presentación de explicaciones; una vez recibidas las mismas el Intendente emitirá una providencia para el inicio o archivo del expediente, concluyendo con esta fase.

El Intendente en diez (10) días hábiles deberá pronunciarse mediante providencia sobre el inicio de la fase tres (3) denominada de investigación o dispondrá el archivo motivadamente. En caso que se resuelva el inicio de la fase de investigación, se dispondrá al Director correspondiente la elaboración de un plan de trabajo en el término de diez (10) días, a presentarse por escrito al Intendente General y al Intendente, plan de trabajo que contendrá la fecha de inicio, la hipótesis del caso y la fecha probable de finalización; y, se abrirá la investigación por el plazo de ciento ochenta (180) días, prorrogables hasta por ciento ochenta (180) días, a criterio del Intendente en coordinación con el Intendente General. La etapa de investigación concluirá con la elaboración de un informe de resultados emitido por el Director correspondiente; el que contendrá las conclusiones y recomendaciones, sobre las cuales el Intendente emitirá el informe con la formulación o no de cargos”.

“Art. 24.- Emisión y notificación del informe de resultados y formulación de cargos correspondiente.- *Dentro del plazo de duración de la investigación, el órgano respectivo emitirá el informe de resultados, mismo que será motivado conforme al artículo 67 del RLORCPM, y podrá disponer:*

FORMULACIÓN DE CARGOS: *por existir presunciones razonables o indicios objetivos de responsabilidad del investigado, en una conducta anticompetitiva; o,*

ARCHIVO DE LA CAUSA: *por no existir indicios de una infracción anticompetitiva motivadamente demostrada.*



“Art. 25.- ARCHIVO POR FALTA DE CARGOS.- Recibido el informe de resultados, el Intendente en el término de diez (10) días, lo analizará y en caso que el informe de resultados de la etapa de investigación concluya que no se ha determinado infracciones anticompetitivas, mediante resolución motivada dispondrá el archivo del caso.

Para el caso de archivo de la causa, el informe contendrá la misma estructura del informe de formulación de cargos, pero con distinta motivación y será notificado digitalmente a las partes” procesales dentro del término de (3) tres días de haberlo emitido.

6.5. RESOLUCIONES REFERENTES AL CÓMPUTO DE TÉRMINOS Y PLAZOS PROCESALES:

Mediante Resolución No. SCPM-DS-2019-52 de 10 de octubre de 2019, publicada en el Registro Oficial No. 71, de 30 de octubre de 2019, el señor Superintendente de Control del Poder de Mercado consideró en lo principal: *“(…) Que el artículo 162 del Código Orgánico Administrativo señala que el cómputo de los plazos y términos dentro de los procedimientos administrativos se suspende, entre otros supuestos, cuando: 5. Medie caso fortuito o fuerza mayor (...) Que mediante Decreto Ejecutivo No. 884 de 03 de octubre de 2019, publicado en el Registro Oficial No. 53 de 03 de octubre de 2019, el Presidente Constitucional de la República del Ecuador, decretó en su artículo 1: “Artículo 1.- DECLÁRESE el estado de excepción en todo el territorio nacional, en razón de las circunstancias de grave conmoción interna, pues las paralizaciones en diferentes lugares del país, han alterado el orden público, impidiendo la norma circulación vehicular, provocando situaciones de manifiesta violencia que ponen en riesgo la seguridad y la integridad de las personas; así como también, la alerta de una posible radicalización de la medida en todo el territorio nacional, ya que las diferentes agrupaciones continúan convocándose para jornadas de protesta continua e indefinida. Tal situación, requiere de intervención emergente a fin de precautelar la seguridad y los derechos de todas las personas; y, Que en razón de las circunstancias de grave conmoción interna y las paralizaciones en los diferentes lugares del país han provocado situaciones de manifiesta violencia, es imperioso precautelar la seguridad e integridad de la ciudadanía y de las y los servidores de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.”; y, resolvió: “(…) Artículo 1.- Suspender el cómputo de los plazos y términos, tanto para los ciudadanos como para la administración, dentro de los procedimientos administrativos e investigativos que se sustancian en los distintos órganos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, desde el jueves 10 de octubre del año en curso, hasta el lunes 14 de octubre de 2019, inclusive (...).”*

Mediante Resolución No. SCPM-DS-2020-14, de 16 de marzo de 2020, el señor Superintendente de Control del Poder de Mercado consideró en lo principal: *“Suspender el cómputo de los plazos y términos de los procedimientos administrativos e investigativos que inicien o que se encuentren en trámite en los distintos órganos de investigación, sustanciación y resolución de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, desde el lunes 16 de marzo de 2020, inclusive, por el tiempo que dure la declaratoria de emergencia sanitaria o, se resuelva la derogatoria de la presente Resolución”.*

Mediante Resolución No. SCPM-DS-2020-26, de 03 de julio de 2020, el señor Superintendente de Control del Poder de Mercado dispuso: *“Artículo 5.- Levantar la suspensión de los términos y*



plazos dispuesta en la Resolución No. SCPM-DS-2020-14 de 16 de marzo de 2020, de los procedimientos administrativos sancionadores relacionados con el régimen de conductas anticompetitivas tipificadas en los artículos 9, 10, 11, 25, 26 y 27 de la LORCPM, sustanciados por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales; Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas; la Intendencia Regional y, la Comisión de Resolución de Primera Instancia, conforme la siguiente planificación: (...) b) A partir del lunes 20 de julio de 2020, los procedimientos administrativos sancionadores que se encuentren en las fases de Investigación, Sustanciación y Resolución”.

Mediante Resolución No. SCPM-DS-2020-31, de 12 de agosto de 2019, el señor Superintendente de Control del Poder de Mercado dispuso: “**Artículo 1.-** *Suspender el cómputo de los plazos y términos de los procedimientos administrativos sancionadores que se sustancien en la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales; Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas; Comisión de Resolución de Primera Instancia; y, los recursos administrativos que son sustanciados por la Intendencia Nacional Jurídica, desde el jueves 13 de agosto de 2020, inclusive, hasta que se superen las circunstancias que motivan esta suspensión y se resuelva la derogatoria de la presente Resolución”.*

Mediante Resolución No. SCPM-DS-2020-32, de 27 de agosto de 2020, el señor Superintendente de Control del Poder de Mercado dispuso: “**Artículo 1.-** *Levantar desde el jueves 27 de agosto de 2020, la suspensión del cómputo de los plazos y términos de los procedimientos administrativos sancionadores que se sustancian en la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales; Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas; Comisión de Resolución de Primera Instancia; y, los recursos administrativos que son sustanciados por la Intendencia Nacional Jurídica”.*

Con resolución No. SCPM-DS-2021-14 de 22 de abril de 2021, el señor Superintendente de Control del Poder de Mercado, ordenó: “**Artículo 1.-** *Suspender el cómputo de los términos y plazos, tanto para los operadores económicos y ciudadanos así como para la administración, dentro de los procedimientos administrativos y procedimientos administrativos sancionadores, que se tramitan y sustancian en los distintos órganos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, desde el lunes 26 de abril hasta el jueves 20 de mayo del año en curso, inclusive”.*

SÉPTIMA: DE LA CONDUCTA OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN.- La presente investigación concierne a un presunto acuerdo colusorio de tipo horizontal en procesos de contratación pública, cometidos por parte de RRPOLGEN INTEGRA IMPORTADORA S.A., y, GOLDEN FARMACÉUTICA GOLDFARMA S.A., tipificado en el artículo 11 numeral 6 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.



OCTAVA.- DE LAS CARACTERÍSTICAS DE LOS BIENES O SERVICIOS QUE SON OBJETO DE LA CONDUCTA, LOS BIENES O SERVICIOS SIMILARES PRESUNTAMENTE AFECTADOS:

8.1. De la definición de mercado relevante.-

La definición del mercado relevante constituye el punto de partida para las investigaciones que buscan evaluar las condiciones de competencia. Según la Comisión Europea, la delimitación del mercado relevante, permite: “[...] *determinar y definir los límites de la competencia entre empresas, así como establecer el marco dentro del cual [...] se aplica la política de competencia*”¹; así mismo el principal objetivo es: “*determinar de forma sistemática las limitaciones que afrontan las empresas [...] desde el punto de vista de la competencia*”.

De acuerdo con el artículo 5 de la LORCPM, “[...] *la Superintendencia de Control del Poder de Mercado determinará para cada caso el mercado relevante [...]*”, por lo que resulta obligatorio determinar para el caso en cuestión el mercado relevante a ser analizado. Con el objetivo de examinar la estructura de un mercado, y el efecto, real o potencial, de las conductas de los agentes en el mismo, la LORCPM dispone que se debe definir previamente, por un lado, el mercado del producto o conjunto de productos que forman parte de dicho mercado; así como el mercado geográfico, y las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado.

De forma concordante, la Resolución No. 011 de 23 de septiembre de 2016, emitida por la Junta de Regulación de la LORCPM², referente a la “*Guía respecto a los Métodos de Análisis de Mercados Relevantes*” (en adelante Resolución No. 011), señala que el mercado relevante se determina combinando el mercado del producto o servicio y el mercado geográfico.

8.1.1. Delimitación de mercado relevante en contratación pública

La delimitación del mercado relevante tiene como objetivo identificar las presiones competitivas que enfrenta un participante en el mercado, así como, el impacto de su comportamiento en la competencia.³ Sin embargo, el hecho de que el mercado relevante se inscriba bajo las directrices del Sistema Nacional de Contratación Pública (SNCP), definidas por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNC), como: “*(...) el conjunto de principios, normas, procedimientos, mecanismo y relaciones organizadas orientadas al planeamiento, programación, presupuestos, control administración y ejecución de las contrataciones realizadas por las entidades contratantes (...)*”; denota especificidades que generan asimetrías en los distintos niveles de aplicación de la Resolución No. 011 en el presente caso.

Por lo tanto, gran parte de los criterios que se consideran para la delimitación del mercado relevante en contratación pública, estarán relacionados y determinados por la normativa vigente aplicable para cada procedimiento de contratación pública sobre la base de las circunstancias particulares de los mismos.

¹ Comisión de la Unión Europea, Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, <https://bit.ly/2YJxvfa>.

² En adelante, podrá referirse a la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado como tal, o solamente como “La Junta”.

³ OCDE, *Exámenes de mercado en México: Un manual del secretariado de la OCDE*, <https://bit.ly/3jqvzjF>.



De tal manera que, la correcta identificación de las características que enmarcan a cada procedimiento de contratación pública, proporcionarán la información necesaria para delimitar el mercado relevante.

Considerando que antes de iniciar un proceso de contratación pública, se determinan las especificaciones técnicas de los bienes o rubros requeridos; o, los términos de referencia (TDR) para servicios⁴ en función de las características específicas que hayan sido identificadas por las entidades contratantes para cada proceso contractual, el desplazamiento de la demanda y oferta hacia sustitutos se ve limitada.

En materia de colusión en contratación pública o *bid rigging*, resulta relevante considerar que las decisiones sobre el diseño del proceso de contratación pueden incidir en los resultados, y dependiendo de su estructura, pueden generar situaciones susceptibles a actos de colusión o la concertación de prácticas, pudiendo afectar de igual forma, la participación por parte de los oferentes. Los oferentes también pueden comportarse estratégicamente, eligiendo el procedimiento de contratación pública que en mayor o menor medida les permita falsear la competencia. Todos estos elementos deben ser considerados al momento de delimitar el mercado relevante.⁵

De acuerdo a la OECD, una forma de detectar y prevenir la manipulación en procesos de contratación pública es monitorear y realizar constantemente análisis cuantitativos de los datos. Sin embargo, para hacerlo, es fundamental examinar las ofertas que se han presentado en el pasado para determinar si los patrones son consistentes con un proceso totalmente competitivo.⁶

Del artículo 36 de la LOSNCP⁷ y el numeral 12-A, artículo 13 del Reglamento para la aplicación de la LOSNCP⁸, se infiere que de forma general, existen distintas etapas o fases en los procesos de contratación pública: preparatoria, pre-contractual (selección), contractual, de ejecución y de evaluación (post contractual).

Durante la etapa de preparación, las entidades públicas contratantes diseñan los pliegos o TDR para la contratación de bienes y/o servicios tomando en cuenta todos los posibles sustitutos. Además, en esta etapa evalúan si incluir o no, bienes complementarios como requisitos de la contratación. Posterior a ello, inicia la etapa precontractual, que involucra todo acto que esté comprendido entre la convocatoria hasta la adjudicación o declaratoria de desierto del proceso de contratación, con las características fundamentales señaladas en los pliegos o TDR. Esta fase tiene una gran importancia dado que en ella se elaboran los pliegos que establecen las condiciones contractuales y alcance que tendrá el proceso de contratación, circunscribiendo el mismo a condiciones específicas.

⁴ SERCOP, <https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/15960-2/>

⁵ OCDE, *Competition in Bidding Markets*, 2006, p11.

⁶ Op. Cit. OEDC, *Competition and Procurement*.

⁷ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Registro Oficial Suplemento 395, de 04 de agosto de 2008. El artículo 36 de la LOSNCP manda: “[...] Las Entidades Contratantes deberán formar y mantener un expediente por cada contratación en el que constarán los documentos referentes a los hechos y aspectos más relevantes de sus etapas de preparación, selección, contratación, ejecución, así como en la fase pos contractual. El Reglamento establecerá las normas sobre su contenido, conformación y publicidad a través del portal de COMPRASPUBLICAS”.

⁸ Del numeral 12-A, artículo 13 del Reglamento para la aplicación de la LOSNCP dispone: “Art. 13.- Información relevante.- Para efectos de publicidad de los procedimientos de contratación en el Portal www.compraspublicas.gov.ec se entenderá como información relevante la siguiente: [...] 12-A.- En general, cualquier otro documento de las fases preparatoria, pre contractual, contractual, de ejecución o de evaluación que defina el SERCOP mediante resolución para la publicidad del ciclo transaccional de la contratación pública.”



Dadas las consideraciones anteriores, las entidades públicas contratantes obedecen a las condiciones particulares de los pliegos y no pueden demandar otros productos con especificaciones técnicas o condiciones, diferentes a las establecidas en los pliegos o TDR. En el mismo sentido, tampoco pueden realizar modificaciones que alteren el objeto del contrato o el presupuesto referencial⁹ toda vez que han sido determinados, impidiendo que las características de la demanda puedan ser sustituidas una vez iniciado el proceso de contratación.

De los hechos constantes en el expediente de investigación signado con el número SCPM-IGT-INICAPMAPR-016-2019 se colige que la presunta infracción al artículo 11 se habría dado principalmente en los procedimientos de Subasta Inversa Electrónica.

El RLOSNCP en la Sección II Subasta Inversa, Apartado I De la Subasta Inversa Electrónica, se establece lo siguiente:

***Art. 44.- Procedencia.-** La subasta inversa electrónica se realizará cuando las entidades contratantes requieran adquirir bienes y servicios normalizados cuya cuantía supere el monto equivalente al 0,0000002 del Presupuesto Inicial del Estado, que no se puedan contratar a través del procedimiento de Compras por Catálogo Electrónico, y en la que los proveedores de dichos bienes y servicios, pujan hacia la baja el precio ofertado por medios electrónicos a través del Portal www.compraspublicas.gov.ec. Las adquisiciones de bienes y servicios normalizados cuya cuantía no exceda el monto señalado en el inciso anterior se las realizará de forma directa con un proveedor seleccionado por la entidad contratante sin que sea necesario que éste conste inscrito en el RUP y observando lo dispuesto en el artículo 60 de este Reglamento General; sin que dicha compra directa pueda realizarse como un mecanismo de elusión de los procedimientos previstos en la Ley o en este Reglamento General. El SERCOP establecerá el o los mecanismos para ponderar el criterio de mejor costo previsto en el artículo 6 número 17 de la Ley, con los criterios de valoración que permitan incentivar y promover la participación nacional establecida en el artículo 25 de la Ley.*

***Art. 45.- Calificación de participantes y oferta económica inicial.** La calificación técnica de las ofertas presentadas será realizada por: [...]En el día y hora señalados para el efecto, la máxima autoridad o su delegado, o la Comisión Técnica, según corresponda, procederán a calificar las ofertas técnicas de los participantes que hubieren cumplido las condiciones definidas en los pliegos; de todo lo cual se dejará constancia en un acta. En el caso de que la calificación haya sido realizada por la Comisión Técnica, esta será puesta en conocimiento de la máxima autoridad o su delegado, para su resolución. Si la calificación ha sido realizada por la máxima autoridad o su delegado, o en el caso de que la calificación realizada por la Comisión Técnica haya sido aceptada por la máxima autoridad o su delegado, esta dispondrá que los oferentes calificados presenten sus ofertas económicas iniciales a través del portal www.compraspublicas.gov.ec, las mismas que deberán ser menores al presupuesto referencial. [...]*

***Art. 46.- Puja.-** En el día y hora señalados en la Convocatoria, se realizará la puja hacia la baja a través del portal www.compraspublicas.gov.ec. La duración de la puja será establecida en los pliegos y no podrá ser menor a quince (15) minutos ni mayor a sesenta (60) minutos, contados a partir de la hora establecida en la convocatoria, en atención a la complejidad del objeto del contrato y al presupuesto referencial del procedimiento. De la puja se dejará constancia en un Informe de Resultados, elaborado por la Comisión Técnica y que será publicado en el formato establecido para el efecto en el portal www.compraspublicas.gov.ec*

***Art. 47.- Casos de negociación única.-** No se realizará la puja, y en su lugar se realizará una única sesión de negociación, entre la entidad contratante y el oferente, en los siguientes casos:*

1.- Si existe una sola oferta técnica calificada.

⁹ El Reglamento para la aplicación de la LOSCNP señala en su Título III, Capítulo I Normas comunes a todos los Procedimientos de Contratación Pública, Sección I Disposiciones Generales. **Art. 22. Aclaraciones.-** La máxima autoridad de la entidad contratante, su delegado o la comisión técnica, según el caso, por propia iniciativa o a pedido de los participantes, a través de aclaraciones podrá modificar los pliegos, siempre que no alteren el objeto del contrato y el presupuesto referencial de los mismos”.



2.- Si, luego de la calificación técnica un solo proveedor habilitado presenta la oferta económica inicial en el portal www.compraspublicas.gov.ec.

(...) En el proceso de negociación, la entidad contratante deberá disponer de información respecto de las condiciones de mercado del bien o servicio a adquirir, para lo cual tomará en cuenta, sin que sean exclusivos, los siguientes elementos:

1. Precios de adjudicación de bienes o servicios similares realizados a través del portal www.compraspublicas.gov.ec.

2. Proformas de otros proveedores del bien o servicio a contratar.

3. Información sobre el precio del bien o servicio que se pueda obtener de otras fuentes como cámaras o bolsas de productos, internet, entre otras.

4. En todo caso el oferente deberá rebajar su oferta económica en al menos el cinco por ciento (5%) del presupuesto referencial de la subasta inversa convocada.

Este procedimiento de verificación de las condiciones de mercado del bien a contratar es de absoluta responsabilidad de la entidad contratante, la que en caso de omitir el mismo estará sujeta a las responsabilidades que establezcan las entidades de control.

De la negociación se dejará constancia en un acta que se publicará en el portal www.compraspublicas.gov.ec".

8.2. Mercado de producto o servicio.-

El artículo 5 de la LORCPM, señala: *"El mercado de producto o servicio comprende, al menos el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos"*. (Negrilla es propia)

La manera a través de la cual se codifican los bienes y servicios demandados para los procedimientos de contratación pública es la Clasificación Central de Productos (CPC). La codificación CPC es un sistema utilizado a nivel internacional, así como por el SERCOP, que permite estandarizar a los bienes y servicios de acuerdo a sus características y propiedades físicas para contar con categorías homogéneas, exhaustivas y mutuamente excluyentes.¹⁰

Los bienes y servicios que son demandados por las entidades contratantes pueden ser categorizados bajo un código CPC a nivel de 5 dígitos o a un nivel más desagregado dentro de códigos CPC a nivel de 9 dígitos. Por lo que es responsabilidad de la entidad contratante verificar si los bienes, servicios y obras objeto de la contratación que pretende ejecutar, forman parte del listado de CPC, y el código que se adecuaría más a sus necesidades.¹¹

En ese sentido y considerando los 2 procesos de contratación pública en el que coincidieron los operadores económicos investigados, los mismos se encontraron asociados a 2 códigos CPC a nivel de 10 y 9 dígitos, respectivamente.

Como se puede observar en la Tabla 1, la participación ha estado concentrada el 35%% en el CPC 3526053943 que se refiere a *"Todo el resto de los producto no terapéuticos"*, y el 65% en el CPC 352901091 que se refiere a *"Insumos de uso general"*.

¹⁰ SERCOP, <https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/que-es-el-clasificador-central-de-productos-cpc/>

¹¹ SERCOP, <https://bit.ly/3mevIJ1>



Tabla 1. Productos codificados a nivel CPC N9 en los procesos de contratación pública que coincidieron los operadores económicos investigados

CPC N9	DESCRIPCIÓN CPC N9	PROCESOS	VALOR ADJUDICADO (USD)	% TOTAL ADJUDICADO
3526053943	TODO EL RESTO DE LOS PRODUCTO NO TERAPÉUTICOS	1	326.016,00	35%
352901091	INSUMOS DE USO GENERAL	1	603.621,00	65%
TOTAL			929.637,00	100%

Fuente: Trámites ID 177612 y 184310 - SERCOP

Elaborado por: DNICAPR

Consecutivamente a lo detallado en el presente ordinal, se puede prever que el mercado del producto no podría ser ampliado a otros bienes o servicios que no se encuentren establecidos en los documentos precontractuales pertinentes, ni a otros bienes o servicios que no se hallen acordes al objeto del contrato, o que afecten al presupuesto referencial previamente estipulado en los procesos de contratación pública en los que han suscrito contratos los operadores económicos que son materia de investigación.

8.2.1. Sustitución de la demanda y de la oferta

Con respecto al análisis de sustitución de la demanda y de la oferta, la Resolución No. 011 dispone lo siguiente:

“Artículo 5. Criterios de análisis. - Para la determinación del mercado de producto o servicio, se debe hacer una evaluación técnica que comprenda al menos un análisis de sustitución de la demanda, y un análisis de sustitución de la oferta y competencia potencial.”

Con respecto de la sustitución de la demanda, la Resolución No. 011 señala en el artículo 6, lo siguiente: *“(...) el análisis de sustitución de la demanda implica determinar todos aquellos bienes que el consumidor o usuario considere como sustitutos del producto o servicio materia de análisis (...)”*.¹²

De forma concordante, la Resolución No. 011, define a la “Sustitución de la Oferta” y “Competencia Potencial” como:

“(...) El análisis de sustitución de la oferta implica determinar todos aquellos bienes ofertados por operadores económicos, denominados potenciales competidores, quienes ante incrementos en precios del producto o servicios materia de análisis, podrían fabricarlo y comercializarlo en un periodo de tiempo tal que no suponga ajustes significativos de activos materiales e inmateriales, y sin incurrir en costos cuantitativos (...)”.

El artículo 5 de la LORCPM manda en su inciso cuarto:

*“[...] La determinación del mercado relevante considerará las características particulares de los **vendedores y compradores** que participan en dicho mercado. Los competidores de un mercado relevante deberán ser equiparables, para lo cual se considerará las características*

¹² Resolución 011 de la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y control del Poder de Mercado (2016). 23 de septiembre 2016. Registro Oficial 885 de 18 de noviembre de 2016.



de la superficie de venta, el conjunto de bienes que se oferta, el tipo de intermediación y la diferenciación con otros canales de distribución o venta del mismo producto. [...]” (énfasis fuera de texto).

Respecto a los compradores y vendedores que participan en el mercado, se pueden identificar dos mercados: el sector público y el sector privado. Considerando que la dinámica competitiva en el mercado de contratación pública está caracterizada por compradores (entidades contratantes) que pertenecen al sector público y vendedores que pertenecen al sector privado, a continuación, se detallan las especificidades de este mercado.

8.2.2. Características particulares de la demanda

Las transacciones del sector público son reguladas por lo establecido en la LOSNCP y normas conexas. Los compradores en el mercado público están comprendidos por organismos y dependencias de las funciones del Estado, organismos electorales, de control y regulación, entidades que integran el Régimen Seccional Autónomo, entre otras detalladas en el artículo 1 de la LOSNCP. Todas estas entidades contratantes componen la demanda potencial. Por su parte, la demanda efectiva corresponde a las entidades contratantes que efectivamente adquieren los bienes o servicios definidos como mercado relevante a través de la compra pública.

El 100% del monto total adjudicado en los procesos de contratación investigados, y de los productos materia de análisis, lo adjudicó el HOSPITAL GENERAL MONTE SINAI, a través de 2 procesos de contratación pública llevados a cabo con el procedimiento de Subasta Inversa Electrónica.

Tabla 2. Entidades contratantes que adquirieron productos dentro de los CPC identificados y objeto de investigación

ENTIDAD CONTRATANTE	PROVINCIA	NRO. ADJUDICADOS	NRO. DESIERTOS	VALOR ADJUDICADO (USD)	% TOTAL ADJUDICADO A GOLDFARMA
HOSPITAL GENERAL MONTE SINAI	GUAYAS	2	0	929.637,00	100%

Fuente: Trámites ID 177612 y 184310 - SERCOP
Elaborado por: DNICAPR

8.2.3. Características particulares de la oferta

Los vendedores potenciales en este mercado lo conforman los proveedores del Estado ecuatoriano, debidamente inscritos en el Registro Único de Proveedores (RUP) como proveedores habilitados, salvo las excepciones establecidas por la LOSNCP. Es importante indicar que un vendedor potencial es aquel proveedor u operador económico que se encuentra registrado, habilitado a nivel CPC N5, y que potencialmente se encuentra en la capacidad de ofertar los bienes o servicios con las características específicas que se encuentre demandando la entidad contratante.

Es decir, un vendedor potencial debe al menos estar inscrito como proveedor en los productos enmarcados en los pliegos. Sin embargo, el hecho de estar inscrito en los CPC registrados para los pliegos, no garantiza que pueda ejercer presión competitiva dentro de un proceso de contratación pública determinado, porque no necesariamente el bien y/o servicio que ofertan los proveedores se



ajustará a las especificaciones técnicas concretas de la entidad contratante. Por lo tanto, es necesario que el proveedor invitado conozca cabalmente la información contenida en los pliegos, y que cuente con la capacidad de cumplir con los requerimientos, el objeto del contrato, las condiciones económicas y legales que plantea la entidad contratante.

En ese sentido, la oferta efectiva se conforma por los operadores económicos que ejercieron su voluntad de participar, a través de la presentación de ofertas en los procesos de contratación pública en los que participaron los operadores económicos: GOLDEN FARMACÉUTICA GOLDFARMA S.A. y RRPGOLDEN INTEGRA IMPORTADORA S.A.

De la información obtenida del SERCOP, se obtiene que en el proceso SIE-HGMS-0074-2018 fueron invitados 1.349 proveedores¹³, y en el proceso SIE-HGMS-0075-2018 fueron invitados 3.076 proveedores¹⁴. Sin embargo, solamente 3 operadores económicos presentaron ofertas para participar en los procesos de contratación pública.

En ese sentido, durante la etapa de presentación de ofertas habría existido presión competitiva a través de los operadores económicos RRPGOLDEN INTEGRA IMPORTADORA S.A. y BAXTER ECUADOR S.A. Sin embargo, en la etapa de puja, solamente RRPGOLDEN INTEGRA IMPORTADORA S.A. habría ejercido presión competitiva a GOLDEN FARMACÉUTICA GOLDFARMA S.A., porque BAXTER ECUADOR S.A. fue descalificado. Por lo tanto, el 100% del monto total adjudicado, se lo adjudicó GOLDEN FARMACÉUTICA GOLDFARMA S.A. conforme se explica en la Tabla 3.

Tabla 3. Operadores económicos que ofertaron al Estado los productos enmarcados en los CPC identificados

RAZÓN SOCIAL PROVEEDOR	PARTICIPACIONES ¹⁵	ADJUDICADOS	TOTAL PROCESOS	VALOR ADJUDICADO (USD)	% TOTAL ADJUDICADO
GOLDFARMA	2	2	2	929.637,00	100%
RRPGOLDEN	2	0	2	0	0%
BAXTER ECUADOR S.A.	2	0	2	0	0%

Fuente: Trámites ID 177612 y 184310 - SERCOP

Elaborado por: DNICAPR

Para motivar de forma adecuada esta resolución será considerada la demanda y oferta efectiva con base en la capacidad de participación en el mercado que han tenido a lo largo del tiempo los operadores económicos. De manera que, se pueda considerar a los compradores y vendedores, cuyo comportamiento podría derivarse como indicio de una posible configuración o no de conductas tipificadas dentro de la LORCPM.

¹³ SERCOP, <https://bit.ly/31RbeWq>

¹⁴ SERCOP, <https://bit.ly/3nIvXMG>

¹⁵ Los operadores económicos participaron en los procesos SIE-HGMS-0074-2018. y SIE-HGMS-0075-2018, a través de la presentación de ofertas de interés. Sin embargo, de acuerdo a los informes de evaluación de las ofertas, la comisión técnica descalificó a BAXTER ECUADOR S.A. en el proceso SIE-HGMS-0074-2018., y en el proceso SIE-HGMS-0075-2018 descalificó tanto a BAXTER ECUADOR S.A. como a RRPGOLDEN por el no cumplimiento con la integridad, requisitos, y parámetros mínimos solicitados en los procesos.



Por lo cual, el mercado de producto se determina a los productos clasificados a nivel de CPC a 10 y 9 dígitos respectivamente: 1) 3526053943 y 2) 352901091, en el que participaron GOLDEN FARMACÉUTICA GOLDFARMA S.A. y RRP GOLDEN INTEGRAL IMPORTADORA S.A. y, que comprende los siguientes procesos de contratación: 1) SIE-HGMS-0074-2018 y 2) SIE-HGMS-0075-2018.

8.3. Mercado geográfico.-

El inciso tercero del artículo 5 de la LORCPM, establece: “(...) El mercado geográfico comprende el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante (...)”.

En la Tabla 4 se puede observar que los operadores económicos adjudicados en los procesos de contratación pública analizados, se encuentran localizados en la provincia de Pichincha. Sin embargo, la contratación estuvo abierta para operadores económicos a nivel nacional. En ese sentido, para efectos de la presente investigación, y por la aplicación de cada uno de los procedimientos de contratación utilizados en la adquisición de productos enmarcados dentro del mercado de producto se ha identificado el mercado geográfico como de carácter nacional.

Tabla 4. Provincia del operador económico y el valor adjudicado en la venta al Estado productos enmarcados en el mercado relevante (miles de USD)

RAZÓN SOCIAL PROVEEDOR	PROVINCIA DE PROVEEDOR	NRO. PROCESOS ADJUDICADOS	VALOR ADJUDICADO	% TOTAL ADJUDICADO
GOLDFARMA	PICHINCHA	2	929.637,00	100%
RRPGOLDEN	PICHINCHA	0	0	0%
BAXTER ECUADOR S.A.	PICHINCHA	0	0	0%

Fuente: Trámites ID 177612 y 184310 - SERCOP

Elaborado por: DNICAPR

8.4. Mercado Temporal.-

La Junta de Regulación de la LORCPM define al Mercado Temporal como “[...] el momento del tiempo en el cual se produce el intercambio productivo y comercial del producto o servicio sujeto materia de análisis, y en el que resulta probable que los operadores económicos ejerzan su poder de mercado [...]”.

Una vez que se han analizado los patrones de comportamiento que han tenido los operadores económicos a partir del 01 de enero de 2015, y al determinarse la participación conjunta en los procesos de contratación SIE-HGMS-0074-2018 y SIE-HGMS-0075-2018, la temporalidad de la investigación se ve delimitada por la fecha en la cual los operadores económicos investigados presentaron sus ofertas en los mismos procesos de contratación pública. Por lo tanto, el periodo de análisis está comprendido entre 14 de noviembre de 2018¹⁶ hasta 18 de febrero de 2019¹⁷.

¹⁶ Fecha de publicación de los procesos SIE-HGMS-0074-2018. y SIE-HGMS-0075-2018.

¹⁷ Fecha de adjudicación del proceso SIE-HGMS-0075-2018.



NOVENA: MERCADO RELEVANTE DETERMINADO PARA LA PRESENTE INVESTIGACIÓN.-

Con base en las consideraciones anteriores, el mercado relevante está delimitado a la adquisición de los productos identificados a través de sus códigos CPC: 1) 3526053943 y 2) 352901091, correspondientes a los procesos de contratación pública llevados a cabo por el Hospital General Monte Sinai: 1) SIE-HGMS-0074-2018, y 2) SIE-HGMS-0075-2018, donde se ha identificado que coincidieron los operadores económicos GOLDEN FARMACÉUTICA GOLDFARMA S.A. y RRP GOLDEN INTEGRAL IMPORTADORA S.A. durante el periodo comprendido del 14 de noviembre de 2018 hasta 18 de febrero de 2019.

A efectos de identificar indicios razonables del cometimiento de presuntas conductas anticompetitivas se analizaron las particularidades de los procedimientos de contratación pública que de acuerdo a las consideraciones anteriores componen el mercado relevante.

Conforme lo señalado en el informe de la DNICAPR, la delimitación del mercado relevante ha partido de una caracterización cualitativa¹⁸, considerando las especificaciones técnicas de los productos y la determinación del CPC de cada proceso de contratación. Conforme lo indican los autores Davis y Garcés:

“Antes de que consideremos enfoques cuantitativos para la definición de mercado, vale la pena enfatizar que mucho del tiempo para la definición del mercado recae en por lo menos en parte en evaluación cualitativa. En efecto, la evaluación cualitativa es universalmente el punto de partida de cualquier ejercicio de definición de mercado. Claramente, por ejemplo, es probable que no sea necesario hacer ningún análisis formal de mercado para llegar a la conclusión de que el precio del helado no será sensible al precio de los martillos. De hecho, si dichas valoraciones cualitativas no fueran posibles, sería necesario hacer una gran cantidad de trabajo en cada investigación para revisar cada posibilidad – una imposibilidad tomando en cuenta los niveles de recursos actuales en la mayoría de autoridades (...)

El análisis cualitativo a veces puede ser suficiente para definir satisfactoriamente el mercado relevante, de hecho, a veces es necesario confiar puramente en análisis cualitativo. Dicho esto, un análisis más explícitamente cuantitativo de los datos del mercado será frecuentemente muy útil para informar y complementar nuestros juicios en ésta área”.

Para fines de la presente investigación, el análisis cualitativo ha sido suficiente para delimitar el mercado relevante. Si bien la Resolución No. 11 determina varias metodologías cuantitativas para analizar variaciones y el comportamiento de precios para delimitar el mercado relevante, por las especificidades de los procedimientos de contratación materia de análisis, su aplicación tiene restricciones. Por ejemplo, la definición de mercado de producto, por medio de la aplicación del test SSNIP (“small but significant and non-transitory increase in price” o prueba del monopolista hipotético), puede resultar difícil en mercados caracterizados por procedimientos de subastas por dos razones: la primera, es que el precio será distinto dependiendo del contrato a ser adjudicado; y, la

¹⁸ Peter Davis & Eliana Garcés, *Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis*, Princeton: University Press, 2010).



segunda razón, es que no hay un precio específico el cual deba ser objeto del análisis de incremento ya que la competencia ocurre simultáneamente y hacia la baja.¹⁹

Lo mismo sucedería con las metodologías cuantitativas de elasticidad precio de la demanda o correlación de precios para la definición del mercado de producto. Mientras que las definiciones tradicionales de mercado de producto se basan en el análisis de una respuesta transitoria de la demanda frente a cambios pequeños en el precio, esta respuesta transitoria no ocurre en los mercados de subastas ya que el número de observaciones es limitado por la naturaleza única de algunos procesos de subastas, lo que dificulta analizar el comportamiento de los compradores frente a un aumento en el precio.²⁰

Por lo tanto, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) reconoce que factores no relacionados con el precio pueden ayudar a identificar la extensión tanto de la sustituibilidad de la demanda como también la sustituibilidad de la oferta en mercados caracterizados por procesos de subastas, como por ejemplo: características y usos específicos de los productos; características de los compradores; especialización de los vendedores y participantes en la industria.²¹

9.1. Monto adjudicado en el mercado relevante

Dadas las consideraciones anteriores, se puede observar a continuación, la desagregación del mercado relevante por producto, con respecto al monto adjudicado a los operadores económicos materia de investigación. La cuantificación del mercado relevante considera tanto los procesos que fueron adjudicados como los procesos declarados desiertos. Con esta consideración, los procesos de contratación pública en los que se identificó participación conjunta por parte de los operadores económicos materia de investigación alcanzan un monto de USD 929.637.

Tabla 5. Monto adjudicado en mercado relevante (miles de USD)

ENTIDAD	CPC N3	No. De procesos	DESCRIPCIÓN CPC N3	PROVEEDOR ADJUDICADO	VALOR ADJUDICADO	% TOTAL ADJUDICADO
HOSPITAL GENERAL MONTE SINAI	352	2	PRODUCTOS FARMACÉUTICOS	GOLDFARMA	929.637	100%
TOTAL					929.637	100%

Fuente: Trámites ID 177612 y 184310 - SERCOP

Elaborado por: DNICAPR

DÉCIMA.- VALORACIÓN DE LOS INDICIOS PARA LA CONFIGURACIÓN DE LA CONDUCTA CONTEMPLADA EN EL ARTÍCULO 11 NUMERAL 6 DE LA LORCPM:

En materia de prácticas restrictivas, dentro del Derecho de Defensa de la Competencia se encuentran prohibidas las denominadas conductas colusorias (cualquier tipo de pacto contrario a la libre competencia), las mismas que comprenden, con carácter general, los acuerdos, las prácticas concertadas entre empresas (operadores económicos) y las decisiones adoptadas por las asociaciones de empresas, con la existencia de dos o más voluntades que tengan por objeto o produzcan el efecto de impedir, restringir, distorsionar o falsear la competencia, entre otros tipos de conductas.

¹⁹ OCDE. *Competition and Procurement*. Key Findings. 2011.

²⁰ Office of Fair Trading. *Markets with bidding processes*. Economic Discussion Paper. 2007.

²¹ OCDE. *Competition and Procurement*. Key Findings. 2011.



Para ello, es indispensable caracterizar la definición bajo la cual, se establece un acuerdo colusorio, entendido el mismo de la siguiente manera:

“Las actuaciones más perjudiciales para la libre competencia son aquellas conductas o prácticas mediante las cuales varias empresas se ponen de acuerdo o actúan coordinadamente para no competir o para restringir en algún modo la competencia entre ellas. A este conjunto de conductas se las conoce como <colusorias>”²².

De lo anteriormente indicado, la prohibición de las conductas colusorias en nuestra legislación se encuentra tipificada en el artículo 11 de la LORCPM, en los siguientes términos:

*“Art. 11.- Acuerdos y prácticas prohibidas.- Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley todo **acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada** o conscientemente paralela, y en general todos los actos o conductas realizados por dos o más operadores económicos, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general [...].”* (Negrilla fuera del texto).

De la redacción del artículo precedente se establece que existen tres (3) requisitos *sine qua non*, para la configuración de un acuerdo colusorio y que por tanto amerita su análisis, estos son:

- i. Existencia de dos o más operadores económicos conforme los parámetros señalados en el artículo 2 de la LORCPM;
- ii. El acuerdo tenga como objeto o efecto, real o potencial, que la competencia se vea impedida, restringida o falseada, o afecte a otros bienes jurídicos protegidos por la LORCPM; y, que,
- iii. La eventual restricción a la competencia haya o pueda producir efectos en el mercado nacional²³, por lo que la inexistencia de uno de los elementos, deviene en que no se configure una conducta anticompetitiva a la luz del artículo 11 de la LORCPM.

De forma particular, se recurrirá al derecho de la competencia de la Unión Europea, al presentar un tratamiento análogo a los “Acuerdos y Prácticas Restrictivas”, tal como se ha mencionado por parte de la SCPM en casos semejantes, para el análisis de estos requisitos.

i. Existencia de dos o más operadores económicos

El primer requisito establecido, dentro del artículo 11 de la LORCPM, es la existencia de dos o más operadores económicos bajo las condiciones establecidas dentro del artículo 2 del mismo cuerpo normativo, que establece:

“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, así como los gremios que

²² Juan Signes, Isabel Fernández y Mónica Fuentes. *Derecho de la Competencia*. (Madrid: Arazandi S.A., 2013), 105, 106.

²³ *Ibidem*, 105, 106. Jones Alison y Sufrin Brenda. *EU Competition Law*. (Oxford: Oxford University Press, 2014), 124 - 126.



las agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional”.

La LORCPM manda que serán sujetos de control por parte de la SCPM, únicamente los operadores económicos, siempre y cuando, cumplan los requisitos establecidos en el artículo 2 de la norma *ibídem*.

El régimen de competencia de la Unión Europea señala que se estará frente a un operador económico²⁴ cuando se cumplan los siguientes presupuestos: (i) cualquier entidad que ejerza una actividad económica²⁵ con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación y, por otro lado, que, (ii) la actividad *in quaestio* sea llevada a cabo de forma autónoma²⁶.

Por tanto en el derecho de competencia, dentro del caso *J.C.J. Wouters y otros contra Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha dejado sentado como precedente que, “(...) *el concepto de empresa comprende, en el contexto del Derecho de la competencia, cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación*”²⁷.

Respecto del concepto de actividad económica, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha definido sus rasgos característicos, siendo estos, los siguientes: (i) La oferta de bienes y servicios en el mercado²⁸ y, (ii) que dicha actividad puede ser llevada a cabo en principio, por una empresa privada con el objetivo de obtener ganancias²⁹; entendiéndose inclusive que si la empresa privada ha incurrido en pérdidas, resulta irrelevante para la configuración de la actividad económica³⁰.

Conforme la información remitida por el SRI en el oficio No. 917012021ORIT000409 y anexos, suscritos electrónicamente por Patricio Jiménez, Jefe Nacional de Riesgos Tributarios, y signado con el número de trámite ID 188656, se observa que los dos operadores han reportado transacciones económicas financieras, es decir, su actuar se debe a la realización de actos de comercio, entendidos estos conforme sigue:

“Art. 7.- Se entiende por actividades mercantiles a todos los actos u operaciones que implican necesariamente el desarrollo continuado o habitual de una actividad de producción, intercambio de bienes o prestación de servicios en un determinado mercado, ejecutados con sentido económico, aludidos en este Código; así como los actos en los que intervienen empresarios o comerciantes, cuando

²⁴ STJUE, *Klaus Hofner y Fritz Elser c. Macroton GmbH*. Case-41/90. ECLI:EU:C:1991:161, parf. 21

²⁵ Para una definición y características de actividad económica, véase: Okeoghene Odudu. *The Boundaries of EC Competition Law: The Scope of Article 81*. (Oxford: Oxford University Press, 2006), 45 – 47. A saber: La noción de empresa o *undertaking* ha ido delimitándose, es decir, tiene un concepto autónomo en el derecho de la competencia de la UE. La jurisprudencia de la Unión Europea no se enfoca en si la empresa tiene o no ánimo lucrativo, ni distingue en función de su carácter público o privado, o al hecho de que tenga personalidad jurídica, estableciendo una definición funcional (*functional approach*) para catalogarlo como empresa.

²⁶ Luis Ortiz Blanco, et al., *Manual de Derecho de la Competencia*. (Madrid: Tecnos, 2008), 64 - 70.

²⁷ STJUE, *J.C.J. Wouters y otros contra Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*. Case C-309/99. ECLI:EU:C:2002:98, parf 46.

²⁸ STJUE, *Firma Ambulaz Glockner vs Landkreis Sudwestpfalz*. Case-475/99, ECLI:EU:C:2001:284, parf. 19; STJUE, *Commission vs Italy*. Case-35/96, ECLI:EU:C:1998:303, parf. 36 y, STJUE, *FENIN vs Commission*. Case C-205/03, ECLI:EU:C:2006:453, parf. 25.

²⁹ STJUE, *Albany International BV vs Stichting Bedrijfspensionenfonds Textielindustrie*. Case-67/96, ECLI:EU:C:1999:430, parf. 311; STJUE, *Pavlov vs Stichting Bedrijfspensionenfonds Medische Specialisten*. Case C-180-184/98, ECLI:EU:C:2000:428, parf. 201.

³⁰ Cfr. Jones Alison y Sufrin Brenda. *EU Competition Law*. 127 - 133.



*el propósito con el que intervenga por lo menos uno de los sujetos mencionados sea el de generar un beneficio económico*³¹.

Adicionalmente los mismos para participar en procesos de contratación pública y ser proveedores del estado, deben tener habilitado su RUP, conforme lo previsto en el artículo 6 numerales 28 y 29 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

“Art 6.- Definiciones: (...). 28. Proveedor: Es la persona natural o jurídica nacional o extranjera, que se encuentra inscrita en el RUP, de conformidad con esta Ley, habilitada para proveer bienes, ejecutar obras y prestar servicios, incluidos los de consultoría, requeridos por las Entidades Contratantes.

29. Registro Único de Proveedores.- RUP: Es la Base de Datos de los proveedores de obras, bienes y servicios, incluidos los de consultoría, habilitados para participar en los procedimientos establecidos en esta Ley”.

Por lo expuesto, se puede determinar que ambos operadores económicos buscan obtener beneficio y/o réditos económicos, en razón de sus actividades económicas, a través de la oferta bienes y servicios en el mercado con miras a una finalidad mercantil, por lo tanto, se concluye que son sujetos de control por parte de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, al cumplir los requisitos del artículo 2 de la LORCPM.

ii. Concertación de voluntades

El segundo requisito para la configuración de un acuerdo colusorio es la concurrencia o concordancia de voluntades de por lo menos dos operadores económicos, independientemente de su forma de manifestación, siempre y cuando constituya la fiel expresión de dichas voluntades³². Al respecto el TJUE, dentro de la sentencia emitida en el caso seguido por la *Comission vs. Anic Participazioni*, cuya parte pertinente manifestó: “[...] para que exista acuerdo a efectos del apartado 1 del artículo 85 [101.1] del Tratado, basta con que las empresas de que se trate hayan expresado su voluntad común de comportarse de una determinada manera en el mercado [...]”.

Para una mejor comprensión la sala de competencia del Tribunal de Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual (INDECOPI) del Perú, ha manifestado dentro del caso “SOAT”: “[...] la palabra “acuerdo” no se refiere exclusivamente a contratos como fuente de obligaciones, sino más bien a todo un género de actos en los que una de las partes se obliga a limitar su libertad de acción respecto a la otra, con la finalidad última de restringir la competencia [...]”.

Conforme la doctrina y jurisprudencia precedente, y como se verá dentro del análisis de los hechos constantes en el expediente, se determinará la inexistencia de indicios sobre un acuerdo de voluntades entre los operadores económicos investigados.

³¹ Código de Comercio. Registro Oficial No. 497 de 29 de mayo de 2019.

³² STJUE. *Bayer/ Comisión* Case T-41/96. ECLI:EU:T:2000:242, apartado 69.



Previo a iniciar el análisis de los indicios recabados durante la investigación, para determinar de forma clara que los mismos no son suficientes para acreditar la conducta anticompetitiva investigada, cabe hacer énfasis en el principio de tipicidad, conforme una de las últimas sentencias dictadas por la Corte Constitucional, que manifiesta:

“Junto con el principio de legalidad, el artículo 76 numeral 3 de la Constitución contempla el principio de tipicidad. Este principio conlleva a que “el ejercicio de la potestad sancionatoria de la autoridad administrativa o judicial se enmarque en preceptos claros que eviten cualquier tipo de interpretación discrecional que conlleve a la arbitrariedad y a la vulneración de los derechos de las personas”. Esto quiere decir que la conducta calificada como infracción debe establecerse de forma clara para evitar un ejercicio discrecional de la autoridad encargada de aplicar la sanción”³³.

En relación con lo anterior y respetuosa del debido proceso así como del derecho a la defensa, esta autoridad, analizará los indicios recabados durante la investigación apegada a la norma y evitando la emisión de juicios de valor o criterios discrecionales, que tiendan afectar a los investigados, es decir, valorando a los mismos en su totalidad y determinando, si se adecuan o no a lo previsto en el artículo 11 numeral 6 de la LORCPM.

▪ **Indicio 1, respecto de vinculación por direcciones IP.-**

Este indicio radica su sentido en la similitud de direcciones IP en la participación de GOLDFARMA y RRPGOLDEN en los procesos de contratación pública No. SIE-HGMS-074-2018 y SIE-HGMS-075-2018.

Ahora bien al respecto, esta autoridad con el afán de obtener un criterio respecto de dichas coincidencias, por parte del ente rector de la contratación pública, requirió mediante providencia de 18 de enero de 2021 a las 09h22, en su ordinal al Servicio Nacional de Contratación Pública, la siguiente información:

“Informe motivado respecto de las direcciones IP, presentadas por los operadores económicos RRPGOLDEN INTEGRA IMPORTADORA S.A., y, GOLDEN FARMACÉUTICA S.A., en la fase de presentación de ofertas y/o pujas de los procesos de contratación pública SIE-HGMS-0074-2018 y SIE-HGMS-0075-2018.

El informe deberá contener entre lo principal, sin limitar mayor análisis que pueda ser efectuado lo siguiente:

- Interpretación técnica, por parte del SERCOP respecto del alcance de las direcciones IP que se registran en su base de datos.
- Especificación del tipo de direcciones IP: públicas, privadas, estáticas y/o dinámicas.
- Especificación del lugar (espacio físico), de ser posibles direcciones domiciliarias, desde las cuales se presentaron las ofertas y/o pujas.
- Dirección MAC, de los dispositivos desde los cuales participaron los operadores económicos referidos”.

³³ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 7-15-IN/21, apartado 74.



Al pedido efectuado, el SERCOP procedió a entregar dicha información a través de oficio No. SERCOP-SDG-2021-0231-OF, ingresado el 10 de marzo de 2021 a las 14h27 y signado con el número de trámite ID 187725.

La respuesta del SERCOP, a la petición efectuada entre lo principal contiene:

“La dirección IP desde la cual está viendo la página actual el usuario. Cabe aclarar que este dato corresponde a la dirección IP Pública del proveedor de internet (ISP) y NO a la IP del usuario final dentro de su red de área local (LAN).

(...) La dirección IP registrada es del tipo público, cabe señalar que los dos proveedores en cuestión acceden al SOCE desde la misma IP, la cual corresponde a 186.3.245.151

(...) Es imposible determinar el espacio físico de los proveedores a partir de las direcciones IP guardadas en la Base de Datos

(...) En cuanto a la dirección MAC, cabe señalar que esta no se registran al acceder al SOCE”.

De la respuesta del SERCOP, se desprende que la dirección IP 186.3.245.151, es una dirección IP pública, esto quiere decir, que es la dirección de un proveedor de internet y no la del usuario final, es decir, esta dirección IP coincidente no permite acreditar fehacientemente y sin lugar a dudas que, ambos investigados participaron en los procesos de contratación en cuestión desde una misma computadora conectada a una misma red de internet.

Adicionalmente esta autoridad, respecto de este indicio ya se ha pronunciado al respecto en la resolución de 21 de enero de 2021 a las 17h10, emitida dentro del expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-010-2020, de la siguiente manera:

“Indicio respecto de la vinculación por direcciones IP: las direcciones IP, no pueden servir de indicio suficiente ni razonable para la apertura de una investigación, menos aún considerarse “prueba”³⁴, de la existencia de un acuerdo colusorio dentro del presente expediente investigativo por parte de los denunciados.

Las direcciones IP públicas son direcciones principales asociadas con toda su red, los proveedores de internet tienen una gran cantidad de direcciones IP que distribuyen a sus clientes. La dirección IP pública es un identificador de red que permite la comunicación con otros dispositivos fuera de la red.

Sin embargo, las IP públicas son reutilizadas por los proveedores de internet debido a la escasez de direcciones IPv4. Por lo tanto, no son un parámetro válido ni específico para identificar a los usuarios en una infraestructura de red de una misma área de servicio. Para tener certeza de los

³⁴ “(...) las coincidencias de compartición de domicilios comerciales, y direcciones IP dentro de los procedimientos de contratación pública, constituyen elementos que alertan y llaman la atención sobre circunstancias fuera de lo normal, dichos elementos por sí solos no se constituyen en pruebas plenas o como, equivocadamente, lo denomina el apelante “prueba concluyente” de una colusión (...).” Resolución de 07 de enero de 2021, dentro del expediente SCPM-DS-INJ-RA-012-2020. Pág. 28.



operadores responsables se requeriría conocer las IP privadas y direcciones MAC de los dispositivos involucrados en la puja”³⁵.

Conforme el criterio ya emitido por esta autoridad respecto de este indicio, al no contar con la dirección IP privada y menos aún con la dirección MAC de las computadoras desde las cuales los investigados habrían participado en los procesos de contratación en mención, no es plausible el poder considerar este indicio como suficiente para que se configure un acuerdo colusorio de tipo horizontal, al tampoco contar con otros elementos que permitan acreditar la conducta.

En línea de lo anterior, considerar una dirección IP pública como suficiente para acreditar una conducta anticompetitiva como la investigada, se estaría cayendo en un ejercicio discrecional por parte de la autoridad, y vulnerando el principio de tipicidad.

Adicionalmente a lo referido, conforme obra del expediente, esta autoridad mediante providencia de 18 de enero de 2021 a las 09h22, en su ordinal cuarto requirió a la Administración del Edificio “Business Plus la Pradera”, la siguiente información:

- “1. Nombres y apellidos de las personas naturales y/o razón social de las compañías suscriptoras de contratos de compraventa y/o arrendamiento de las oficinas, departamentos y/o locales comerciales ubicados en el piso 4, durante el periodo comprendido entre el 13 de octubre de 2011 hasta el primer trimestre de 2020, señalando el número de cédula o RUC correspondiente.*
- 2. Nombre de la persona natural y/o compañías que actualmente arriendan, las oficinas 405 y 406 de su edificio.*
- 3. Detalle si en algún momento durante el periodo comprendido desde 13 de octubre de 2011 hasta la actualidad, las compañías RRPGOLDEN INTEGRA IMPORTADORA S.A. y/o GOLDEN FARMACÉUTICA GOLDFARMA S.A., se han encontrado arrendando una oficina, departamento y/o local comercial, dentro de su edificio, detallando el piso y número de oficina (s)”.*

Dando contestación a dicha petición, la Administración del Edificio “Business Plus la Pradera”, en escritos de 01 de junio de 2021 a las 16h56 con trámite ID 195119 y de 18 de junio de 2021 a las 11h30 con trámite ID 197185, informó a esta autoridad que dentro del periodo comprendido entre el 13 de octubre de 2011 hasta la actualidad, en su edificio funciona la empresa RRPGOLDEN INTEGRA IMPORTADORA S.A., pero no ha sido ni propietaria ni arrendataria la empresa GOLDEN FARMACÉUTICA GOLDFARMA S.A .

Con esta información se corroboró que, los dos investigados no compartirían dirección comercial y por tanto prima facie, no habrían participado en los procesos SIE-HGMS-074-2018 y SIE-HGMS-075-2018, desde la misma dirección física.

Por lo expuesto con anterioridad, el indicio que llevaba a presumir a esta autoridad de una posible participación desde una misma dirección IP, fue desvanecido durante el desarrollo de la investigación y por tanto no podría ser usado para acreditar una conducta anticompetitiva

³⁵ Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas. Expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-010-2020. Resolución de 21 de enero de 2021 a las 17h15, páginas 67 y 68.



▪ **Indicio 2, respecto de la participación conjunta en procesos de contratación pública.-**

En lo referente al indicio sobre la participación conjunta, esta autoridad al momento de iniciar la fase de investigación debía corroborar fehacientemente, en cuantos procesos de contratación pública habían participado los investigados, para determinar a ciencia cierta si se observan comportamiento por parte de los operadores económicos que se adecuen a las alertas que la OCDE señala, con el objetivo de constatar o desvirtuar una presunta configuración de un acuerdo colusorio de tipo horizontal.

Los lineamientos y/o alertas que la OCDE ha referido deben tomarse en cuenta para la posible existencia de un acuerdo colusorio son:

“Licitaciones repetidas: Las compras repetidas incrementan las posibilidades de colusión. Las licitaciones frecuentes ayudan a los miembros del pacto colusorio, a asignarse contratos entre ellos. Adicionalmente, los miembros del pacto ilícito pueden castigar a un incumplidor que se desvía del mismo privándolo de los contratos originalmente asignados a él. Por lo tanto, aquellos contratos por bienes o servicios que son regulares y periódicos pueden requerir herramientas especiales y supervisión para desincentivar la colusión entre oferentes. Productos o servicios idénticos o simples: Cuando los productos o servicios que las empresas venden son idénticos o muy similares, es más fácil para las empresas alcanzar un acuerdo sobre una estructura común de precios”.

“Posturas encubiertas: Las posturas encubiertas (cover bidding) (también conocidas como posturas de cortesía, simbólicas, simuladas o complementarias), constituyen la forma más frecuente en que los acuerdos colusorios entre oferentes son llevados a cabo. Se está frente a una postura encubierta cuando individuos o empresas han acordado presentar ofertas que contienen, a lo menos, alguna de las siguientes características: (1) un competidor acuerda presentar una oferta que es más elevada que la oferta del ganador previamente determinado por el acuerdo, (2) un competidor presenta una oferta que es conocida y manifiestamente demasiado elevada para ser aceptada; o (3) un competidor presenta una oferta que contiene entre sus condiciones generales términos conocida y claramente inaceptables para el comprador. Los integrantes del acuerdo colusorio siguen este esquema para dar la apariencia de una competencia genuina.

*Rotación del ganador. En los esquemas de rotación del ganador, las empresas del pacto presentan ofertas pero han previamente acordado ir rotando en la posición de adjudicatario o ganador (es decir, la mejor propuesta). Son varias las maneras en que los acuerdos de rotación del ganador son implementados. Por ejemplo, los miembros del acuerdo pueden decidir asignar contratos por montos aproximadamente iguales a cada firma o bien asignar volúmenes de negocio que correspondan al tamaño de cada empresa”.*³⁶

En relación con lo anterior, esta autoridad en providencia de 04 de junio de 2021 a las 09h40 en su ordinal cuarto requirió al SERCOP la siguiente información, certifique si los procesos: 1) SIE-HGMS-0061-2018, 2) SIE-HGMS-0062-2018, 3) SIE-HGMS-0074-2018, y 4) SIE-HGMS-0075-2018, son los únicos procesos de contratación pública en los que los operadores económicos RRP GOLDEN INTEGRAL IMPORTADORA S.A., y, GOLDEN FARMACEUTICA GOLDFARMA S.A., coincidieron en la participación, ya sea a través de la presentación de oferta y/o en la puja, independientemente de si los procesos de contratación fueron declarados desiertos o adjudicados.

³⁶ Comité de Competencia de la Organización para la Cooperación y Desarrollo. *Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas*. Paris, 2009, 3.



Dando atención al petitorio efectuado por esta autoridad, el SERCOP mediante oficio No. SERCOP-SDG-2020-1058-OF, ingresado el 24 de noviembre de 2020 a las 12h47 y con trámite ID 177612, remitió el archivo denominado “CTIT-DGSI-MFLR-2020-166.xls”, en el cual se ratifica que, los únicos procesos con participación conjunta entre los investigados son los No. SIE-HGMS-0074-2018, y SIE-HGMS-0075-2018, en los que resulta ganador GOLDFARMA.

En el caso que nos ocupa, no nos encontraríamos frente a ninguna de las citadas alertas al solamente existir dos procesos de contratación pública, en los cuales los investigados han participado de manera conjunta. Sin perjuicio de lo referido en el párrafo anterior, cabe hacer énfasis en que las alertas y/o lineamientos de la OCDE, únicamente son ejemplificativos, más no imperativos o de obligatorio cumplimiento al momento de analizar una conducta colusoria de tipo horizontal en procesos de contratación pública.

Esto quiere decir que, inclusive podría existir un solo proceso de contratación pública en el cual coincidan operadores económicos, y servir de indicio para la configuración de la conducta, siempre y cuando los demás indicios que obren del proceso, sean precisos y concordantes entre sí, para que lleven a la autoridad a presumir la existencia de la conducta investigada.

Debido al análisis esbozado con anterioridad, esta autoridad considera que este indicio no es suficiente para que se acredite la conducta investigada, por cuanto no proporciona elementos adicionales unívocos y concordantes con la conducta, que hagan presumir la comisión de la misma.

▪ **Indicio 3, certificado de distribución.-**

Respecto de este indicio hay que tener en cuenta, lo referido por parte de la Comisión Europea:

“En la mayoría de las restricciones verticales sólo pueden surgir problemas si la competencia intermarca es insuficiente, es decir, si existe un cierto grado de poder de mercado por parte del proveedor o el comprador, o de ambos. Por lo general, las restricciones verticales son menos perniciosas que las horizontales y pueden proporcionar un margen sustancial para que se produzcan eficiencias”³⁷.

Es decir, *per se* no es ilegal que exista un certificado de distribución por parte de GOLDFARMA en favor de RRPGOLDEN, pues el mismo responde a una dinámica del mercado, y actos de comercio entre los investigados.

Ahora bien, de la revisión del mismo tampoco se ha encontrado cláusulas de exclusividad, para la distribución de los diecisiete (17) productos detallados en el mismo, por lo que, no se puede aseverar que por la mera existencia del mismo se estaría cometiendo una conducta que transgreda la LORCPM.

Si bien es cierto, por la existencia de dicho certificado RRPGOLDEN ha podido participar conjuntamente en dos procesos de contratación pública con GOLDFARMA, para la provisión de insumos y/o medicamentos para diálisis peritoneal, el mismo no es un indicativo perfectible de que, sea una conducta anticompetitiva, para ello deberían existir más indicios concordantes que hagan presumir la existencia de la misma.

³⁷ Comisión Europea. *Directrices relativas a las restricciones verticales*. Diario Oficial de la Unión Europea. 2010 apartado 6.



Es por este análisis así como del efectuado en el informe de resultados, elaborado por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Acuerdos del Poder de Mercado que, el certificado de distribución no es ilegal, mucho menos anticompetitivo al no tener cláusulas de exclusividad, ni mucho menos ser por sí solo un indicio que permita presumir acertadamente la existencia de una conducta anticompetitiva, conforme lo previsto en el numeral 6 del artículo 11 de la LORCPM.

▪ **Indicio 4, relaciones comerciales (previas).-**

Sobre este indicio, se observa las disposiciones contenidas en el Código de Comercio, cuerpo normativo que define los actos de comercio:

“Art. 7.- Se entiende por actividades mercantiles a todos los actos u operaciones que implican necesariamente el desarrollo continuado o habitual de una actividad de producción, intercambio de bienes o prestación de servicios en un determinado mercado, ejecutados con sentido económico, aludidos en este Código; así como los actos en los que intervienen empresarios o comerciantes, cuando el propósito con el que intervenga por lo menos uno de los sujetos mencionados sea el de generar un beneficio económico”³⁸.

Es pertinente el tener en consideración que, tanto personas naturales como jurídicas tienen el derecho de efectuar actividades comerciales de manera libre y sin restricción alguna, e intercambiar bienes y servicios, con el fin de generar un beneficio económico. Por otro lado, el establecimiento de que un operador realiza actividades económicas no se halla sujeto únicamente a la ejecución o no de actos de comercio, dado que los artículos 2 y 11 de la LORCPM establecen un alcance más amplio de las actuaciones de los operadores económicos, por ejemplo los actos de las personas jurídicas sin fines de lucro.

Ahora bien, en el presente caso si bien en su momento se identificaron transacciones comerciales entre los operadores económicos, así como también entre sus accionistas, las mismas por sí solas no son un indicio suficiente y razonable que, lleve a presumir la configuración de una conducta anticompetitiva.

Conforme la doctrina y jurisprudencia tanto nacional como internacional, el elemento circunstancial para la configuración de un acuerdo colusorio es la concertación de voluntades, de cualquier manera manifestado, pero siempre que el mismo sea concordante y coherente, y que, lleve a inferir con algún grado de certeza la existencia de una conducta anticompetitiva, es por ello que, este indicio si bien puede ser tomado como una alerta, por sí solo no acredita una vulneración al régimen de competencia.

Para que las transacciones entre los investigados y sus accionistas puedan ser un indicio relevante para la configuración de la conducta que se investiga, deben haber otros indicios dentro del expediente que permitan sumarse al mismo, y que permitan a esta autoridad tener una presunción razonable de que, efectivamente podría existir un acuerdo colusorio, es decir, una presunción justificada y no discrecional.

▪ **Indicio 5, vinculación administrativa el período en el que, se desarrollaron los procesos de contratación pública.-**

Sobre este indicio, se identificó una vinculación accionarial entre los operadores económicos, es decir, accionistas de RRP GOLDEN también son accionistas de GOLDFARMA, pero para el caso que nos

³⁸ Código de Comercio. Registro Oficial No. 497 de 29 de mayo de 2019.



ocupa es pertinente determinar si a la fecha en la cual se desarrollaron los procesos de contratación pública investigados, esta vinculación efectivamente existía o no.

En relación con lo anterior, conforme el informe de la Dirección Nacional de Investigación y Control de Acuerdos y Prácticas Restrictivas, después de haberse efectuado un análisis de la información pública existente en la página de la SUPERCIAS, ha llegado a concluir que, a la fecha de los procesos de contratación pública sujetos de investigación, esto es el año 2018, efectivamente no existía una vinculación accionarial, sino más bien que la misma existe desde el año 2020 hasta la actualidad.

Es decir, ha quedado totalmente descartado que exista vinculación accionarial entre los investigados a la fecha del desarrollo de los procesos. Subsecuentemente respecto de la vinculación administrativa, la misma si existe en el año 2018 e incluso se mantiene hasta la actualidad, por cuanto el señor Ángel Rodríguez Ortega, es presidente de ambos investigados.

Siguiendo la misma línea de análisis efectuado en la presente resolución, lo que se busca para poder tener presunciones suficientes y razonables de la existencia de la conducta anticompetitiva que se investiga, esto es la concurrencia de dos o más voluntades, y este requisito debe darse con la sumatoria de todos los indicios recabados, por cuanto no puede uno solo acreditar *per se* una conducta, es decir, no por la existencia de una vinculación administrativa, inevitablemente significa una vulneración a la LORCPM.

Teniendo en cuenta lo referido preliminarmente, este indicio de vinculación administrativa debe ser concurrente con más indicios recabados durante la investigación, y que permitan presumir que efectivamente existe la conducta anticompetitiva.

▪ Conclusiones sobre los indicios

En el caso que nos ocupa los cinco indicios analizados preliminarmente no acreditan la existencia de concurrencia de voluntades, por cuanto han sido descartados durante la investigación, y en su defecto solo la existencia de vinculación administrativa no puede y no debe ser tomado como el único elemento para proseguir con la investigación.

Por todo lo referido con anterioridad, si se analizan en su conjunto todos los indicios recabados se obtiene que ninguno de ellos permite configurar la conducta investigada, y los hechos obrantes en el expediente no se adecuan a lo previsto en la norma, esto es el numeral 6 del artículo 11 de la LORCPM.

Cabe en este punto hacer énfasis que, únicamente en este caso los indicios analizados anteriormente no han permitido la configuración de la conducta por cuanto, no se han adecuado a la norma, y la sumatoria de los mismos no permite presumir la existencia de la misma, pero de ninguna manera puede tomarse como un análisis restrictivo en casos análogos, en los cuales los mismos indicios, podrían concordantemente dar un resultado diferente.

iii. Conductas anticompetitivas por su objeto

El tercer requisito para la configuración de la conducta en el presente caso, no amerita ser analizado, en tanto y en cuanto, el segundo requisito no ha sido cumplido, conforme lo descrito en párrafos anteriores.



DÉCIMA PRIMERA.- DEL INFORME DE RESULTADOS:

En el informe No. SCPM-INICAPMAPR-DNICAPR-2021-015 de 23 de julio de 2021, suscrito por Patricio Pozo Vintimilla en calidad de Director Nacional de Investigación y Control de Acuerdos y Prácticas Restrictivas, se establecieron de manera clara y concisa, la valoración técnica y jurídica por la cual los indicios recabados por parte de la DNICAPR dentro de la fase de investigación, han sido desvirtuados y por ende permiten determinar desvirtuar la presunción del cometimiento de la conducta anticompetitiva investigada, conforme las conclusiones abordadas en el mismo y que se detallan a continuación:

- 10.1. *No existe vinculación accionarial durante el año 2018 y primer trimestre del año 2019, entre GOLDFARMA y RRPGOLDEN, periodo en el cual se llevaron a cabo los procesos de contratación pública investigados. A su vez, existe en el año 2018 vinculación administrativa entre los investigados pero este indicio contrastado con los demás elementos en el presente caso, no permite acreditar una concurrencia de voluntades que configure una conducta anticompetitiva.*
- 10.2. *Se ha desacreditado, la vinculación por direcciones IP en tanto y en cuanto el SERCOP indicó que las direcciones IP de oferta y puja coincidentes entre los investigados en los procesos SIE-HGMS-074-2018 y SIE-HGMS-075-2018, son IP públicas, y por tanto no permiten determinar con certeza el dominio (privado), identificación MAC, ni lugar físico desde el cual se presentaron las ofertas y pujas.*
- 10.3. *Las relaciones comerciales a través de transacciones, entre los investigados e inclusive entre accionistas, no se encuentra prohibido en la legislación nacional³⁹, puesto que, son actos de comercio que responden a la dinámica del mercado, y por ende no es un indicio suficiente que acredite la existencia de una conducta anticompetitiva, al no determinarse que las mismas responderían a los procesos de contratación en los que se identificó participación conjunta.*
- 10.4. *En lo que atañe al certificado de distribución conferido por parte de GOLDFARMA a RRPGOLDEN, el mismo no tiene cláusulas de exclusividad en su contenido y adicionalmente, no es contrario al régimen legal vigente.*
- 10.5. *Respecto de la participación conjunta en procesos de contratación pública, desde el año 2015, el ente regulador de las compras públicas en el Ecuador, acreditó que existen dos procesos de contratación en los cuales participaron de manera conjunta los investigados, ambos adjudicados a GOLDFARMA. Este indicio sino es acompañado de mayores elementos que permitan acreditar una conducta anticompetitiva, por sí solo no puede llevar a la presunción de que exista un acuerdo colusorio de tipo horizontal entre los investigados.*
- 10.6. *Durante el desarrollo de la investigación, se han desvanecido los indicios que harían presumir a la autoridad la existencia de un acuerdo colusorio de tipo horizontal, desencadenado que no sea factible el formular una teoría del daño, al no poder adecuar la conducta de los operadores económicos a lo previsto en el artículo 11 numeral 6 de la LORCPM”.*

En línea con las conclusiones pormenorizadas, se recomendó:

³⁹ Código de Comercio. “Art. 7.- Se entiende por actividades mercantiles a todos los actos u operaciones que implican necesariamente el desarrollo continuado o habitual de una actividad de producción, intercambio de bienes o prestación de servicios en un determinado mercado, ejecutados con sentido económico, aludidos en este Código; así como los actos en los que intervienen empresarios o comerciantes, cuando el propósito con el que intervenga por lo menos uno de los sujetos mencionados sea el de generar un beneficio económico”.



“11.1. De conformidad con el artículo 25 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM, se recomienda el archivo del presente expediente investigativo para los operadores económicos RRP GOLDEN INTEGRA IMPORTADORA S.A., y, GOLDEN FARMACÉUTICA GOLDFARMA S.A., por no haberse encontrado indicios que permitan presumir el cometimiento de una infracción al numeral 6 del artículo 11 de la LORCPM”.

DÉCIMA SEGUNDA.- RESOLUCIÓN: Dado el momento procesal, los hechos e información constante en el expediente administrativo, contrarrestando el cúmulo de indicios que este órgano de investigación ha recopilado durante el desarrollo de la investigación, esta autoridad administrativa al amparo de lo establecido en el artículo 57 de la LORCPM, en concordancia con el artículo 63 del RALORCPM y los artículos 21 literal b), 24 y 25 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM, **RESUELVE:**

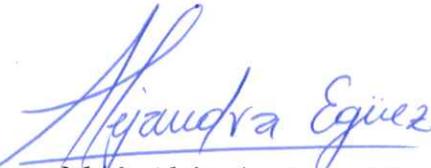
PRIMERO: Acoger en su totalidad el informe No. SCPM-INICAPMAPR-DNICAPR-2021-015, elaborado por la DNICAPR, sobre los resultados obtenidos durante el desarrollo de la investigación dentro del presente expediente investigativo.

SEGUNDO: Al amparo de lo previsto en los artículos 21 literal b), 24 y 25 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM, en razón de los indicios recabados durante la sustanciación del expediente que, han sido desvirtuados a lo largo de la investigación, conforme la motivación efectuada a lo largo de esta resolución, esta autoridad, amparada en las prerrogativas legales vigentes, **RESUELVE** disponer el ARCHIVO del presente expediente investigativo en contra de los operadores económicos RRP GOLDEN INTEGRA IMPORTADORA S.A., y, GOLDEN FARMACÉUTICA GOLDFARMA S.A., al no haber encontrado suficientes indicios concurrentes entre sí que, permitan hacer presumir razonablemente de la existencia de la conducta anticompetitiva estipulada en el artículo 11 numeral 6 de la LORCPM.

TERCERO: Notifíquese a las partes procesales con el contenido de la presente resolución.

CUARTO: Notifíquese a la Intendencia General Técnica, una vez que la misma se encuentre en firme.

QUINTO: Continúe actuando el Abg. Camilo Sánchez, como Secretario de Sustanciación dentro del presente expediente de investigación. **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.-**


Econ. María Alejandra Eguez Vásquez

**INTENDENTE NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE ABUSO DEL
PODER DE MERCADO, ACUERDOS Y PRÁCTICAS RESTRICTIVAS**

