



**EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-001-2020**

**SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- D.M. Quito, 22 de julio de 2020, 11h30.-**

**VISTOS**

- [1] La Resolución No. SCPM-DS-2019-040 mediante la cual el Superintendente de Control del Poder de Mercado designó al Mgs. Marcelo Vargas Mendoza Presidente de la Comisión, al Mgs. Jaime Lara Izurieta Comisionado, y al Mgs. José Cartagena Pozo Comisionado.
- [2] Las acciones de personal Nos. SCPM-INAF-DNATH-300-2019-A, SCPM-INAF-DNATH-299-2019-A y SCPM-INAF-DNATH-295-2019-A, correspondientes al Mgs. Marcelo Vargas Mendoza Presidente de la Comisión, al Mgs. Jaime Lara Izurieta Comisionado, y al Mgs. José Cartagena Pozo Comisionado, respectivamente.
- [3] El acta de la sesión extraordinaria del pleno de la Comisión de Resolución de Primera Instancia de 05 de junio de 2020, mediante la cual se deja constancia de que la CRPI designó al abogado Omar Poma secretario Ad-hoc de la CRPI.
- [4] La providencia de 20 de julio de 2020 expedida a las 11h30, mediante la cual la CRPI dispuso lo siguiente:

“(…)

***TERCERO.- SOLICITAR*** a la INICAPMAPR informe técnico sobre las posibles medidas correctivas, donde se incluya en el análisis la pertinencia de la siguiente:

*i. Una vez la resolución se encuentre en firme, en el término de 30 días, el operador económico **MERCATTI S.A. MERCATTISA.**, por medio de un abogado experto en materia de derecho de competencia realizará un programa de compliance de competencia, bajo las siguientes reglas:*

- *El programa de compliance estará dirigido a empleados y directivos que consten en la nómina de la compañía.*
- *El abogado experto deberá contar con título de cuarto nivel en materia de competencia específicamente.*
- *El programa de compliance debe estar enfocado específicamente a acuerdos anticompetitivos.*
- *El programa de compliance debe ser socializado con los empleados y directivos por al menos 10 horas.*

*El seguimiento de la medida correctiva lo hará la INICAPMAPR, para lo cual, una vez culminado el programa de compliance, en el término de 10 días, el operador*



*económico deberá entregar a la INICAPMAPR los siguientes medios de verificación:*

- *Fiel copia del título de cuarto nivel en materia de competencia específicamente del abogado que elabora el compliance.*
- *Documento con el programa de compliance enfocado específicamente a acuerdos anticompetitivos.*
- *Documento con firma de todos los empleados y directivos, declarando que han recibido la socialización del programa de compliance por 10 horas.*
- *Documento con firma del abogado experto en materia de competencia declarando que ha socializado por 10 horas el programa de compliance.*

*Una vez la resolución se encuentre en firme, en el término de 50 días, la INICAPMAPR remitirá a la CRPI informe sobre el cumplimiento de la medida correctiva.*

*ii. Una vez la resolución se encuentre en firme en el término de 30 días, el operador económico **COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INES CARVAJAL CUPPHARMA S.A.**, por medio de un abogado experto en materia de derecho de competencia realizará un programa de compliance de competencia, bajo las siguientes reglas:*

- *El programa de compliance estará dirigido a empleados y directivos que consten en la nómina de la compañía.*
- *El abogado experto deberá contar con título de cuarto nivel en materia de competencia específicamente.*
- *El programa de compliance debe estar enfocado específicamente a acuerdos anticompetitivos.*
- *El programa de compliance debe ser socializado con los empleados y directivos por al menos 10 horas.*

*El seguimiento de la medida correctiva lo hará la INICAPMAPR, para lo cual, una vez culminado el programa de compliance, en el término de 10 días, el operador económico deberá entregar a la INICAPMAPR los siguientes medios de verificación:*

- *Fiel copia del título de cuarto nivel en materia de competencia específicamente del abogado que elabora el compliance.*
- *Documento con el programa de compliance enfocado específicamente a acuerdos anticompetitivos.*
- *Documento con firma de todos los empleados y directivos, declarando que han recibido la socialización del programa de compliance por 10 horas.*
- *Documento con firma del abogado experto en materia de competencia declarando que ha socializado por 10 horas el programa de compliance.*



*Una vez la resolución se encuentre en firme, en el término de 50 días, la INICAPMAPR remitirá a la CRPI informe sobre el cumplimiento de la medida correctiva.*

*(...)*”

- [5] El Memorando SCPM-IGT-INICAPMAPR-2020-200 de 21 de julio de 2020, mediante el cual Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado Acuerdos y Prácticas Restrictivas (en adelante “INICAPMAPR”), solicitó lo siguiente:

*“(...*

*(...) me permito solicitar que en concordancia con el artículo 133 del Código Orgánico Administrativo, se sirva aclarar, rectificar o subsanar, el ordinal tercero de la providencia en mención, sobre la base de las siguientes consideraciones:*

*a. El ordinal tercero de la parte dispositiva de la citada providencia señala: “SOLICITAR a la INICAPMAPR informe técnico sobre las posibles medidas correctivas, donde se incluya en el análisis la pertinencia de la siguiente: (...)”*

*b. Se determine el término o plazo establecido por parte de la Comisión de la (sic) Resolución de Primera Instancia, para la entrega del informe técnico sobre el análisis de la pertinencia de la aplicación de un programa de compliance para los operadores económicos Mercatti S.A. Mercattisa., y, Comercializadora Katty Elizabeth Tubay, Carmen Inés Carvajal Cuppharma S.A.*

*c. Respecto al informe técnico sobre las posibles medidas correctivas a aplicarse a los operadores económicos Mercatti S.A. Mercattisa., y, Comercializadora Katty Elizabeth Tubay, Carmen Inés Carvajal Cuppharma S.A., esta autoridad señala que en el informe final SCPM-IGT-INICAPMAPR-2020-001 de 02 de enero de 2020, se pronunció sobre las medidas correctivas aplicables dentro del presente caso, por lo cual la facultad de esta autoridad para pronunciarse sobre la implementación de nuevas medidas correctivas ha precluido, de conformidad con lo establecido en los artículos 73 y 74 de la LORCPM, el artículo 67 y 70 del Reglamento para la Aplicación de la LORCPM, en concordancia con el artículo 73 numeral 2, y 74 literal a) del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.*

*(...)*”

## **CONSIDERANDO**

- [6] Que, el inciso segundo del artículo 133 del Código Orgánico Administrativo (en adelante “COA”), establece lo siguiente:

*“Art. 133.- Aclaraciones, rectificaciones y subsanaciones. (...)*



*Dentro de los tres días siguientes al de la notificación del acto administrativo, la persona interesada puede solicitar, al órgano competente, las aclaraciones, rectificaciones y subsanaciones. El órgano competente debe decidir lo que corresponde, en un término de tres días.*

*(...)*”

- [7] Que, estando dentro del término legal la INICAPMAPR presentó solicitud de rectificación y subsanación. Por lo tanto, se dará trámite bajo el siguiente análisis:

### **I. Primera solicitud**

- [8] La INICAPMAPR solicita lo siguiente:

*“Se determine el término o plazo establecido por parte de la Comisión de la (sic) Resolución de Primera Instancia, para la entrega del informe técnico sobre el análisis de la pertinencia de la aplicación de un programa de compliance para los operadores económicos Mercatti S.A. Mercattisa., y, Comercializadora Katty Elizabeth Tubay, Carmen Inés Carvajal Cuppharma S.A.”*

- [9] La CRPI encuentra que por un error involuntario no se incluyó el término en el cual la Intendencia debe entregar el informe técnico. En consecuencia se rectificará la providencia en su dispone tercero, indicando claramente el “término” omitido.

### **II. Segunda solicitud**

- [10] La INICAPMAPR solicita lo siguiente:

*“Respecto al informe técnico sobre las posibles medidas correctivas a aplicarse a los operadores económicos Mercatti S.A. Mercattisa., y, Comercializadora Katty Elizabeth Tubay, Carmen Inés Carvajal Cuppharma S.A., esta autoridad señala que en el informe final SCPM-IGT-INICAPMAPR-2020-001 de 02 de enero de 2020, se pronunció sobre las medidas correctivas aplicables dentro del presente caso, por lo cual la facultad de esta autoridad para pronunciarse sobre la implementación de nuevas medidas correctivas ha precluido, de conformidad con lo establecido en los artículos 73 y 74 de la LORCPM, el artículo 67 y 70 del Reglamento para la Aplicación de la LORCPM, en concordancia con el artículo 73 numeral 2, y 74 literal a) del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.”*

- [11] La CRPI en aras de que haya absoluta claridad en relación con el “tipo” de informe que se le está solicitando a la INICAPMAPR, indica lo siguiente:

- (i) El informe que se le está solicitando a la Intendencia no es el regulado en los artículos 67 y 70 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control



del Poder del Mercado (en adelante RLORCPM), ya que este ya fue expedido en el presente asunto.

- (ii) El informe que se está solicitando a la Intendencia es un “informe técnico” previsto en el artículo 74 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante LORCPM), así:

*“Art. 74.- Desarrollo e implementación.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, en el marco de esta Ley, implementará para cada caso las medidas correctivas, previo informe técnico del órgano de investigación, que permitan suspender, corregir, revertir o eliminar las conductas contrarias a la presente Ley.*

*La implementación de medidas correctivas no obstará la aplicación de las sanciones contempladas en esta Ley.” Subrayado y negrita por fuera del texto.*

- (iii) La operatividad de dicho “informe técnico” fue determinada en la Resolución de 14 de febrero de 2019 expedida a las 17h10 por el Superintendencia de Control del Poder de Mercado, mediante la cual se dejó sin efecto las medidas correctivas impuestas por la CRPI en la Resolución de 8 de octubre de 2019 expedida a las 16h40, así:

*“(…)*

*Así mismo, esta autoridad considera que su implementación debe realizarse en apego a las facultades legales de la Administración Pública, respetando los derechos al debido proceso y a la defensa de los afectados garantizados en el artículo 76 numerales 1), 6), 7) literales a) y 1) de la Constitución de la República del Ecuador, pues toda decisión de la Administración debe contener el fundamento legal que justifique la actuación discrecional del órgano de resolución de manera razonada. Bajo estos presupuestos, tomando en cuenta que la imposición de medidas correctivas deben alcanzar un determinado fin, y aterrizando en el caso concreto, es imprescindible citar el artículo 74 de la LORCPM, el cual establece con claridad que: “La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, en el marco de esta Ley, implementará para cada caso las medidas correctivas, previo informe técnico del órgano de investigación, que permitan suspender, corregir, revertir o eliminar las condiciones contrarias a la presente Ley. (...)” (subrayado me pertenece). De la misma manera, el artículo 75 del referido cuerpo normativo determina que previo a la imposición definitiva de medidas correctivas, es imperante que el operador económico afectado por ellas sea notificado, a fin de que presente sus descargos en el término de 72 horas.*

*... empero del análisis del acto administrativo impugnado, así como del expediente administrativo..., no consta que la CRPI haya solicitado a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas la elaboración del respectivo informe técnico, a pesar de la existencia de una norma expresa que obliga a la Administración a proceder de dicha manera.*



*En consecuencia el operador económico...fue privado de su derecho a presentar el descargo correspondiente, siendo el presente recurso de apelación, el único medio para impugnar su validez. Por lo tanto, esta autoridad considera que la falta de cumplimiento del procedimiento para la adopción de medidas correctivas, constituye una violación a los derechos mencionados dentro del presente acápite.*

(...)"

- (iv) De conformidad con lo anterior, es evidente que la INICAPMAPR debe emitir el "informe técnico" solicitado por la CRPI. De no ser así, se estaría negando la atribución que tiene la Comisión de imponer las medidas correctivas que considere pertinentes al resolver el caso concreto, de conformidad los artículos 71, 72 del RLOCPM y 33 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.
- (v) La CRPI no puede circunscribirse únicamente a la propuesta que hiciera la Intendencia en el Informe Final, ya que esto restringiría de manera evidente su "independencia" expresada en su capacidad para resolver.
- (vi) Que de conformidad con lo anterior, de ninguna manera ha precluido la obligación que tiene la INICAPMAPR de emitir el "informe técnico" mencionado.

En mérito de lo expuesto, la Comisión de Resolución de Primera Instancia

### **RESUELVE**

**PRIMERO.- AGREGAR** al expediente en su parte reservada el Memorando SCPM-IGT-INICAPMAPR-2020-200 de 21 de julio de 2020.

**SEGUNDO.- RECTIFICAR** la providencia 20 de julio de 2020 expedida a las 11h30, que en su dispone tercero que quedará así:

**TERCERO.- SOLICITAR** a la INICAPMAPR que, en el término de tres (3) días, emita informe técnico sobre las posibles medidas correctivas, donde se incluya en el análisis la pertinencia de la siguiente:

- i. Una vez la resolución se encuentre en firme, en el término de 30 días, el operador económico **MERCATTI S.A. MERCATTISA.**, por medio de un abogado experto en materia de derecho de competencia realizará un programa de compliance de competencia, bajo las siguientes reglas:
  - El programa de compliance estará dirigido a empleados y directivos que consten en la nómina de la compañía.
  - El abogado experto deberá contar con título de cuarto nivel en materia de competencia específicamente.



- El programa de compliance debe estar enfocado específicamente a acuerdos anticompetitivos.
- El programa de compliance debe ser socializado con los empleados y directivos por al menos 10 horas.

El seguimiento de la medida correctiva lo hará la INICAPMAPR, para lo cual, una vez culminado el programa de compliance, en el término de 10 días, el operador económico deberá entregar a la INICAPMAPR los siguientes medios de verificación:

- Fiel copia del título de cuarto nivel en materia de competencia específicamente del abogado que elabora el compliance.
- Documento con el programa de compliance enfocado específicamente a acuerdos anticompetitivos.
- Documento con firma de todos los empleados y directivos, declarando que han recibido la socialización del programa de compliance por 10 horas.
- Documento con firma del abogado experto en materia de competencia declarando que ha socializado por 10 horas el programa de compliance.

Una vez la resolución se encuentre en firme, en el término de 50 días, la INICAPMAPR remitirá a la CRPI informe sobre el cumplimiento de la medida correctiva.

- ii. Una vez la resolución se encuentre en firme en el término de 30 días, el operador económico **COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INES CARVAJAL CUPPHARMA S.A.**, por medio de un abogado experto en materia de derecho de competencia realizará un programa de compliance de competencia, bajo las siguientes reglas:

- El programa de compliance estará dirigido a empleados y directivos que consten en la nómina de la compañía.
- El abogado experto deberá contar con título de cuarto nivel en materia de competencia específicamente.
- El programa de compliance debe estar enfocado específicamente a acuerdos anticompetitivos.
- El programa de compliance debe ser socializado con los empleados y directivos por al menos 10 horas.

El seguimiento de la medida correctiva lo hará la INICAPMAPR, para lo cual, una vez culminado el programa de compliance, en el término de 10 días, el operador económico deberá entregar a la INICAPMAPR los siguientes medios de verificación:

- Fiel copia del título de cuarto nivel en materia de competencia específicamente del abogado que elabora el compliance.
- Documento con el programa de compliance enfocado específicamente a acuerdos anticompetitivos.



- Documento con firma de todos los empleados y directivos, declarando que han recibido la socialización del programa de compliance por 10 horas.
- Documento con firma del abogado experto en materia de competencia declarando que ha socializado por 10 horas el programa de compliance.

Una vez la resolución se encuentre en firme, en el término de 50 días, la INICAPMAPR remitirá a la CRPI informe sobre el cumplimiento de la medida correctiva.

**TERCERO.- ACLARAR** el “tipo” de “informe técnico” que se le está solicitando a la INICAPMAPR, de conformidad con la parte motiva de la presente resolución.

**CUARTO.- NOTIFICAR** la presente resolución a los operadores económicos **MERCATTI S.A. MERCATTISA, COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INES CARVAJAL CUPPHARMA S.A. y NOVARTIS ECUADOR S.A.**, y a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-**

Mgs. José Cartagena Pozo  
**COMISIONADO**

Mgs. Jaime Lara Izurieta  
**COMISIONADO**

Mgs. Marcelo Vargas Mendoza  
**PRESIDENTE**