



**Órgano de Resolución:** Superintendencia de Control del Poder de Mercado.  
**Órgano de origen:** Comisión de Resolución de Primera Instancia  
**Expediente de origen:** SCPM-CRPI-017-2022  
**Expediente Apelación:** SCPM-INJ-17-2022  
**Apelante:** DISTRIBUIDORA FARMACÉUTICA ECUATORIANA (DIFARE) S.A.

**SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.** - Quito, DM, 11 de noviembre de 2022, a las 14h35.- **VISTOS.-** Doctor Danilo Sylva Pazmiño, en mi calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado, conforme la acción de personal No. SCPM-INAF-DNATH-328-2018 de 06 de noviembre de 2018, cuya copia certificada consta agregada al expediente, en conocimiento del recurso de apelación interpuesto por el operador económico DISTRIBUIDORA FARMACÉUTICA ECUATORIANA (DIFARE) S.A., en contra de la Resolución de 09 de agosto de 2022, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-017-2022; en uso de mis facultades legales, dispongo:

**PRIMERO.- VALIDEZ PROCESAL.-**

Verificada que ha sido la tramitación del expediente en esta instancia jerárquica, se desprende que la misma no adolece de vicios de procedimiento, ni se han omitido solemnidades sustanciales que puedan generar nulidad procesal; por lo que se declara la validez del mismo.

**SEGUNDO.- LEGALIDAD DEL RECURSO. -**

El señor Julio César Antonio Ocaña, en calidad de Vicepresidente Ejecutivo y representante legal del operador económico DISTRIBUIDORA FARMACEÚTICA ECUATORIANA (DIFARE) S.A, mediante escrito ingresado en la ventanilla virtual de la Secretaría General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado [en adelante SCPM], el 07 de septiembre de 2022 a las 15h51 con número de trámite ID. 249590 presentó recurso de apelación en contra de la Resolución de 09 de agosto de 2022, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-017-2022.

Mediante providencia de 16 de septiembre de 2022, a las 16h58, una vez que fue debidamente verificado que la impugnación cumplió con los requisitos formales y sustanciales establecidos en el artículo 52 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado -IGPA, como son el principio de oportunidad, procedencia del recurso y debida fundamentación, se dispuso la admisión a trámite del recurso de apelación.

### **TERCERO. - ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO.-**

El acto administrativo que se impugna es la Resolución de 09 de agosto de 2022, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-017-2022, que resolvió:

*“[...] PRIMERO.- DENEGAR la operación de concentración económica notificada por parte del operador económico DIFARE conforme las consideraciones expuestas en la presente Resolución [...]”*

### **CUARTO. - PRETENSIÓN CONCRETA DEL RECURRENTE.-**

El operador económico DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA (DIFARE) S.A., en su escrito de apelación, en el apartado 10 pretende:

*“[...] solicitamos se revoque la resolución de la Comisión de Resolución de Primera Instancia y apruebe de manera condicionada la transacción propuesta entre DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA (DIFARE) S.A, y LETERAGO DEL ECUADOR S.A.*

*De manera subsidiaria [...] solicitamos se declare la nulidad de todo lo actuado (sic) en el presente expediente administrativo incluyendo el Informe de la Intendencia de Control de Concentraciones Económicas y la Resolución de la CRPI. En este sentido, se deberá volver a revisar la información necesaria, emitir un nuevo informe y por ende una nueva resolución”*

Pretensión por medio de la cual el recurrente solicita se deje sin efecto el acto administrativo de 09 de agosto de 2022; mismo que deniega la operación de concentración económica notificada por el operador económico DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA (DIFARE) S.A., en consecuencia, la reversión de la resolución emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia.

En la forma de exposición del escrito que contiene el recurso de apelación que se atiende, el recurrente estructura su impugnación en la violación de normas que justifican la nulidad del expediente administrativo y la falta de motivación de la resolución de 09 de agosto de 2022 por los siguientes presupuestos:

#### **a) Vicios del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INCCE-22-2021**

- Violación del derecho a la defensa:
  - Negativa al acceso del operador económico DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA (DIFARE) S.A. a conocer los hallazgos y preocupaciones de la Intendencia;
  - Principio de oportunidad en órdenes procesales.
- Violación del deber de reserva y confidencialidad de la SCPM.

- Violación del deber de confidencialidad y reserva de la información del operador económico DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA (DIFARE) S.A.

**b) Falta de motivación**

- Las medidas para mitigar los posibles efectos negativos de la transacción, analizados en su conjunto, son suficientes.
- La estructura del mercado post transacción no es suficiente para negar la concentración.

Postulados que se transcriben en el siguiente texto:

**De las violaciones que acarrearán la nulidad del expediente:**

*“[...] La violación al derecho a la defensa de Difare por la Intendencia es evidente; 3.1.1; al negar la desclasificación solicitada por la propietaria de dicho informe, ALAFAR y entregarle casi tres meses después un informe económico para su análisis y contradicción; y 3.1.2.: se negó el acceso a Difare a conocer los hallazgos y preocupaciones de la Intendencia hasta el día de cumplimiento del plazo de investigación, privándole de la oportunidad de ejercer su derecho a la defensa, proponer condiciones y remediar las preocupaciones de la investigación.*

*[...] Pese a las múltiples ocasiones en las que solicitamos expresamente a la Intendencia la oportunidad de conocer sus hallazgos y preocupaciones, Difare recién recibió un señalamiento para una reunión de trabajo el **miércoles 22 de junio de 2022**. [...] el siguiente día **lunes 27 de junio de 2022, fecha máxima para la emisión del informe de acuerdo a los términos del procedimiento**, la Intendencia notificó a Difare con lo que denominó un extracto no confidencial del Informe SCPM-IGT-INCCE-2022-020, y remitió el referido informe a la CRPI, concluyendo la etapa de investigación [...] (el énfasis corresponde al texto original)*

*[...] A Difare también le fue negada la posibilidad de conocer los resultados finales del ejercicio de análisis realizado por la Intendencia, pues con la providencia de 27 de junio de 2021, se le entregó un “extracto” de informe [...] el referido “extracto no confidencial” si (sic) contenía extensas secciones con información confidencial, sensible y reservada de Difare y Leterago [...]*

*Dentro de esta fase de investigación, dos operadores económicos presentaron insumos para consideración de la Intendencia [...] a Difare le fueron proporcionados estos documentos en las siguientes fechas:*

| Documento | Fecha Ingreso SCPM | Fecha notificación DIFARE |
|-----------|--------------------|---------------------------|
|           |                    |                           |

|                                              |                     |                     |
|----------------------------------------------|---------------------|---------------------|
| Estudio Económico ALAFAR                     | 10 de marzo de 2022 | 7 de junio de 2022  |
| Estudio económico de Humboldt Management     | 19 de mayo de 2022  | 30 de mayo de 2022  |
| Opinión experta del Dr. Carlos Mena Labarthe | 9 de junio de 2022  | 16 de junio de 2022 |

*[...] GPF/Fybeca compareció dentro del expediente el 16 de diciembre de 2022, a las 11h25, conociendo ya el número de trámite asignado al expediente, previo a que este sea incluso notificado a DIFARE (que lo recibió a la 18:05) [...]*

*Mediante providencia notificada el 28 de diciembre de 2021, la Intendencia le otorgó a GPF acceso a información RESERVADA [...]*

*[...] GPF accedió, por orden de la Intendencia, a la información RESERVADA del expediente, el 6 de enero de 2021, a partir de las 15h00, como consta del acta que obra del expediente.*

*Las violaciones al deber de confidencialidad y reserva en el expediente fueron incrementando con el pasar de los meses, y alcanzaron su cumbre el 13 de julio de 2022, cuando la Intendencia atendió un requerimiento de GPF/Fybeca de 6 de julio de 2022, para que se le conceda copias simples, digitales de los documentos incorporados a la parte pública del expediente entre el 25 de febrero de 2021 y 1 de julio de 2022, incluyendo el informe de recomendación de la Intendencia. [...]*

*[...] La propia intendencia dispuso la apertura de un término de 2 días para revisar la información declarada con carácter confidencial dentro del expediente. Frente a esta intención de entregar copia del referido informe “no confidencial” notificado a Difare el 27 de junio de 2022, que contiene información altamente confidencial, sensible, y estratégica, la compañía presentó, el 14 de julio de 2022 [...] una impugnación formal a la entrega d información a GPF/Fybeca [...]*

*[...] mediante providencia de 15 de julio de 2022, la Intendencia reconoció la omisión absoluta de cumplimiento del término dispuesto el 13 de julio de 2022 para preservar la integridad de la confidencialidad, e informó a DIFARE que ya había entregado a GPF/Fybeca el extracto “no confidencial del informe [...]*

*[...] Difare solicitó a la Intendencia el 18 de julio de 2022 que justifique los motivos por los cuales entregó copias de un informe altamente sensible y confidencial, previo a extraer la información confidencial que la propia Intendencia había dispuesto en su numeral 3.2., frente a lo cual la Intendencia entregó a Difare la constancia de entrega del informe de cual destaca nuevamente que GPF fue notificada el 13 de julio de 2022*

*a las 17h12, reflejando que a Difare jamás le fue otorgado un término para impedir o impugnar dicha entrega de información, pues esta ocurrió 3 minutos después de que Difare recibió la providencia a las 17h09 [...]*

*El efecto de la omisión de cumplimiento del deber de confidencialidad y reserva a lo largo del proceso de investigación es motivo suficiente para acarrear la nulidad del mismo [...]*

*[...] el informe SCPM-IGT-INCCE-2022-020 de 27 de junio de 2022 emitido por la Intendencia contiene una serie de datos e información estratégica, sensible, y de alto valor comercial para Difare, Leterago y otros competidores mencionados en el referido informe, que fue violentada y entregada arbitrariamente a su principal competidor, GPF/Fybeca, por disposición de la Intendencia.*

*Al no ser en realidad un extracto no confidencial, como lo define claramente el Instructivo de tratamiento de información de la SCPM, la Intendencia violó su deber de garantizar la protección de la información confidencial, y entregó a GPF/Fybeca dicho informe el 13 de julio de 2022 [...]*”.

#### **De la falta de motivación:**

*“[...] La INCCE indica que no existen remedios suficientes para mitigar los riesgos de competencia creados por la transacción y recomienda negarla de plano, sin ni siquiera realizar un análisis pormenorizados de posibles medidas y por lo tanto omitiendo un análisis fundamental para una correcta motivación de la Resolución [...]*

*[...] la intendencia reconoce no haber podido encontrar medidas para la transacción reconociendo que probablemente existen pero que simplemente no las ha encontrado [...]*

*[...] no hay evidencia algún en el proceso de que la Intendencia hizo algún esfuerzo para diseñar condiciones satisfactorias para sus preocupaciones; a pesar de esto, la Intendencia decidió comunicar a Difare estos hallazgos solo tres días hábiles antes del vencimiento de la fase ante dicho órgano [...]*

*DIFARE de manera voluntaria ofreció ante la CRPI mediante escrito de 8 de julio de 2022, una serie de remedios conductuales y estructurales [...]*”.

#### **De las medidas analizadas para mitigar los efectos de la competencia:**

*“[...] queda claro la suficiencia de las medidas propuestas y cómo tomadas en su conjunto mitigan las preocupaciones levantadas por la Intendencia en su informe. Contrario a lo realizado en su resolución, en la cual se analiza las medidas una por una lo correcto y técnicamente preciso es analizarlas en su conjunto y evidenciar cómo*

*las nueve medidas propuestas como un todo hacen viable la transacción desde el punto de vista de competencia.*

*[...] la autoridad de resolución no fungió el rol de entidad autónoma e independiente para formar su propio criterio y dictar una resolución, sino que traslado (sic) la valoración de remedios a una Intendencia que ya había escogido una decisión y tenía que defenderla a como de (sic) lugar.”*

#### **De la estructura del mercado post transacción:**

*“[...] Existen precedentes que ilustran como la autoridad de competencia al momento de evaluar un mercado en particular no puede enfocar todos sus esfuerzos simplemente en la estructura del mismo sino que existen otros puntos que se deben considerar [...]*

*[...] en el modelo propuesto nos encontramos ante un mercado en el que la competencia es menos que perfecta pero lo suficientemente adecuada para ofrecer a los compradores alternativas genuinas [...]*”

Con las citas de la exposición de motivos, el apelante enmarca los elementos en los cuales recaerían los yerros del acto administrativo objeto de la apelación que se atiende, planteando el porqué de la invalidez del acto impugnado.

#### **QUINTO. - PROBLEMA JURÍDICO A TRATARSE. -**

Conforme la exposición del operador económico DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA (DIFARE) S.A., en el recurso de apelación interpuesto, se establece como problema jurídico a tratarse, la aparente violación al procedimiento por vulneración al derecho a la defensa y trasgresión del deber de reserva y confidencialidad dentro del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INCCE-022-2021; así como, la falta de motivación respecto a las medidas para mitigar los efectos de la operación de concentración económica en la competencia y en cuanto a la estructura del mercado post transacción en la Resolución de 09 de agosto de 2022, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-017-2022, para cuyo efecto -de la verdad procesal- se analizará las ordenes procesales del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INCCE-22-2021, los hechos especificados en el Informe No. SCPM-IGT-INICCE-2022-020 de 27 de junio de 2022, los cuales fueron acogidos en la resolución impugnada, así como los argumentos de hecho y de derecho de la misma.

#### **SEXTO. - CONSTANCIA PROCESAL.-**

De la revisión de los recaudos procesales constantes en el expediente administrativo objeto de análisis, así como del expediente en el que se sustancia el presente recurso, se destacan como principales constancias procesales las que se detallan a continuación:

**a) Expediente Administrativo SCPM-IGT-INCCE-022-2021:**

1. Formulario para la notificación de operaciones de concentración económica presentado por el operador económico DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA (DIFARE) S.A., el 11 de noviembre de 2021, identificado con el número de trámite Id. 215077; por medio del cual dicho operador económico comunicó la adquisición de LETERAGO S.A. por parte de DIFARE S.A. y adjuntó documentación relevante;
2. Oficio No. SCPM-IGT-INCCE-2021-079 de 17 de noviembre de 2021, identificado con el número de trámite Id. 216283, por medio del cual la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas (en adelante INCCE) acusó recibo del formulario de notificación;
3. Oficio No. SCPM-IGT-INCCE-2021-081 de 25 de noviembre de 2021, identificado con el número de trámite Id. 216966, por medio del cual la INCCE, entre otros, declaró confidencial información sensible;
4. Oficio No. SCPM-IGT-INCCE-2021-082 de 26 de noviembre de 2021, identificado con el número de trámite Id. 217212, por medio del cual la INCCE, entre otros, dispuso completar la notificación previa obligatoria de operación de concentración económica;
5. Oficio No. SCPM-IGT-INCCE-2021-083 de 01 de diciembre de 2021, identificado con el número de trámite Id. 217947, por medio del cual la INCCE, entre otros, declaró confidencial información sensible;
6. Oficio No. SCPM-IGT-INCCE-2021-085 de 08 de diciembre de 2021, identificado con el número de trámite Id. 218678, por medio del cual la INCCE convocó al operador económico DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA (DIFARE) S.A., a una reunión de trabajo;
7. Providencia de 16 de diciembre de 2021, a las 16h30, identificada con el número de trámite Id. 220165, por medio de la cual la INCCE avocó conocimiento;
8. Providencia de 17 de diciembre de 2021, a las 17h14, identificada con el número de trámite Id. 220243, por medio de la cual la INCCE despachó pedidos;
9. Providencia de 28 de diciembre de 2021, a las 17h15, identificada con el número de trámite Id. 222150, por medio de la cual la INCCE despachó pedidos;
10. Providencia de 10 de enero de 2022, a las 12h55, identificada con el número de trámite Id. 222554, por medio de la cual la INCCE, entre otros, dispuso continuar la fase dos de la investigación;



11. Providencia de 13 de enero de 2022, identificada con el número de trámite Id. 222936, por medio de la cual, entre otros, la INCCE despachó pedidos;
12. Providencia de 26 de enero de 2022, a las 15h35, identificada con el número de trámite Id. 225859, por medio de la cual, entre otros, la INCCE realizó requerimientos de información y dispone la suspensión de términos;
13. Providencia de 01 de febrero de 2022, a las 14h45, identificada con el número de trámite Id. 226461, por medio de la cual, entre otros, la INCCE realizó requerimientos de información;
14. Providencia de 03 de febrero de 2022, a las 16h10, identificada con el número de trámite Id. 227082, por medio de la cual, entre otros, la INCCE despachó pedidos;
15. Providencia de 08 de febrero de 2022, a las 17h10 identificada con el número de trámite Id. 227318, por medio de la cual, entre otros, la INCCE despachó pedidos;
16. Providencia de 14 de febrero de 2022, a las 17h00, identificada con el número de trámite Id. 227688, por medio de la cual, entre otros, la INCCE declaró confidencial información sensible;
17. Providencia de 22 de febrero de 2022, a las 10h10, identificada con el número de trámite Id. 228760, por medio de la cual, entre otros, la INCCE despachó pedidos;
18. Providencia de 08 de marzo de 2022, a las 17h10, identificada con el número de trámite Id. 231998, por medio de la cual, entre otros, la INCCE despachó pedidos y declaró confidencial información sensible;
19. Providencia de 09 de marzo de 2022, a las 09h55, identificada con el número de trámite Id. 232000, por medio de la cual, entre otros, la INCCE realizó requerimientos de información;
20. Providencia de 21 de marzo de 2022, a las 12h50, identificada con el número de trámite Id. 232332, por medio de la cual, entre otros, la INCCE despachó pedidos;
21. Providencia de 29 de marzo de 2022, a las 11h40, identificada con el número de trámite Id. 232341, por medio de la cual, entre otros, la INCCE despachó pedidos;
22. Providencia de 04 de abril de 2022, a las 15h10, identificada con el número de trámite Id. 232437, por medio de la cual, entre otros, la INCCE levantó la suspensión del término de investigación;



23. Providencia de 06 de abril de 2022, a las 16h10, identificada con el número de trámite Id. 234625, por medio de la cual, entre otros, la INCCE despachó pedidos;
24. Providencia de 12 de abril de 2022, a las 15h30, identificada con el número de trámite Id. 235288, por medio de la cual, entre otros, la INCCE despachó pedidos;
25. Providencia de 20 de abril de 2022, a las 13h00, identificada con el número de trámite Id. 234675, por medio de la cual, entre otros, la INCCE despachó pedidos y declaró confidencial información sensible;
26. Providencia de 22 de abril de 2022, a las 13h30, identificada con el número de trámite Id. 234675, por medio de la cual, entre otros, la INCCE despachó pedidos y declaró confidencial información sensible;
27. Providencia de 03 de mayo de 2022, a las 14h45, identificada con el número de trámite Id. 236356, por medio de la cual, entre otros, la INCCE despachó pedidos y declaró confidencial información sensible;
28. Providencia de 05 de mayo de 2022, a las 14h55, identificada con el número de trámite Id. 236504, por medio de la cual, entre otros, la INCCE realizó requerimientos de información;
29. Providencia de 06 de mayo de 2022, a las 14h20, identificada con el número de trámite Id. 236617, por medio de la cual, entre otros, la INCCE realizó requerimientos de información;
30. Providencia de 10 de mayo de 2022, a las 09h50, identificada con el número de trámite Id. 236930, por medio de la cual, entre otros, la INCCE realizó requerimientos de información;
31. Providencia de 10 de mayo de 2022, a las 15h10, identificada con el número de trámite Id. 236932, por medio de la cual, entre otros, la INCCE realizó requerimientos de información;
32. Providencia de 11 de mayo de 2022, a las 11h05, identificada con el número de trámite Id. 236933, por medio de la cual, entre otros, la INCCE despachó pedidos;
33. Providencia de 12 de mayo de 2022, a las 15h40, identificada con el número de trámite Id. 237048, por medio de la cual, entre otros, la INCCE despachó pedidos;
34. Providencia de 12 de mayo de 2022, a las 17h10, identificada con el número de trámite Id. 237068, por medio de la cual, entre otros, la INCCE despachó pedidos;

35. Providencia de 13 de mayo de 2022, a las 12h20, identificada con el número de trámite Id. 237072, por medio de la cual, la INCCE prorroga el término de investigación por el término de sesenta días;
36. Providencia de 17 de mayo de 2022, a las 16h45, identificada con el número de trámite Id. 237463, por medio de la cual, la INCCE despachó pedidos;
37. Providencia de 24 de mayo de 2022, a las 10h10, identificada con el número de trámite Id. 237893, por medio de la cual, la INCCE convocó a reuniones a varios operadores económicos;
38. Providencia de 26 de mayo de 2022, a las 11h55, identificada con el número de trámite Id. 238392, por medio de la cual, entre otros, la INCCE despachó pedidos;
39. Providencia de 27 de mayo de 2022, a las 14h55, identificada con el número de trámite Id. 238393, por medio de la cual, entre otros, la INCCE despachó pedidos;
40. Providencia de 30 de mayo de 2022, a las 14h45, identificada con el número de trámite Id. 238397, por medio de la cual, entre otros, la INCCE despachó pedidos y declaró confidencial información sensible;
41. Providencia de 01 de junio de 2022, a las 08h40, identificada con el número de trámite Id. 238648, por medio de la cual, entre otros, la INCCE despachó pedidos y declaró confidencial información sensible;
42. Providencia de 02 de junio de 2022, a las 15h15, identificada con el número de trámite Id. 239256, por medio de la cual, entre otros, la INCCE realizó requerimientos de información;
43. Providencia de 07 de junio de 2022, a las 15h15, identificada con el número de trámite Id. 239256, por medio de la cual, entre otros, la INCCE despachó pedidos y declaró confidencial información sensible;
44. Providencia de 09 de junio de 2022, a las 14h35, identificada con el número de trámite Id. 239588, por medio de la cual, entre otros, la INCCE despachó pedidos y declaró confidencial información sensible;
45. Providencia de 16 de junio de 2022, a las 10h50, identificada con el número de trámite Id. 240291, por medio de la cual, entre otros, la INCCE despachó pedidos y declaró confidencial información sensible;

46. Providencia de 21 de junio de 2022, a las 10h52, identificada con el número de trámite Id. 240654, por medio de la cual, entre otros, la INCCE despachó pedidos y declaró confidencial información sensible;
47. Providencia de 24 de junio de 2022, a las 15h05, identificada con el número de trámite Id. 241042, por medio de la cual, entre otros, la INCCE despachó pedidos y declaró confidencial información sensible;
48. Extracto no confidencial del Informe No. SCPM IGT-INCCE-2022-020 de 27 de junio de 2022 identificado con el número de trámite Id. 241123;
49. Providencia de 27 de junio de 2022, a las 17h15, identificada con el número de trámite Id. 241136, por medio de la cual, entre otros, la INCCE remitió a la CRPI el Informe No. SCPM IGT-INCCE-2022-020 de 27 de junio de 2022.

**b) Expediente Administrativo SCPM-CRPI-017-2022:**

Las constancias procesales que se anotan son las que se consideran relevantes para el presente análisis, lo que no quiere decir que no se haya revisado el expediente administrativo en su integridad:

1. Memorando SCPM-IGT-INCCE-2022-135 de 27 de junio de 2022, por medio del cual la INCCE entrega el Informe No. SCPM-IGT-INCCE-2022-020 y se otorga a la CRPI acceso al expediente;
2. Providencia emitida el 30 de junio de 2022 a las 14h51, con la que la CRPI avocó conocimiento del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-017-2022, agregó el Informe No. SCPM-IGT-INCCE-2022-020 y trasladó el extracto no confidencial del mismo al operador económico DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA (DIFARE) S.A.;
3. Escrito presentado el 05 de julio de 2022, a las 16h14, con el cual el operador económico DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA (DIFARE) S.A., rechaza el contenido del informe;
4. Providencia de fecha 08 de julio de 2022 a las 12h30, por medio de la cual la CRPI dispuso otorgar el término de diez días para que el operador económico DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA (DIFARE) S.A., manifieste lo que considere pertinente respecto al extracto no confidencial del Informe No. SCPM-IGT-INCCE-2022-020;

5. Escrito y anexo presentados el 12 de julio de 2022 a las 10h06, con el que el operador económico CORPORACIÓN GRUPO FYBECA S.A GPF presentó alegatos tendientes a mostrar la nocividad de la transacción notificada;
6. Escrito presentado el 13 de julio de 2022 a las 15h00, por medio del cual el operador económico DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA (DIFARE) S.A., solicitó aclaración y ampliación de la providencia de 08 de julio de 2022 y requirió la desclasificación de la información que motivó la expedición del Informe No. SCPM-IGT-INCCE-2022-020 y correr traslado a DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA (DIFARE) S.A. con el informe;
7. Escrito y anexo presentado el 15 de julio de 2022 a las 09h28 con el cual el operador económico CORPORACIÓN GRUPO FYBECA S.A GPF ratificó la actuación de su abogado patrocinador y autorizó la comparecencia de otros abogados;
8. Escrito presentado el 15 de julio de 2022, con el que el operador económico DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA (DIFARE) S.A., solicitó una reunión de trabajo;
9. Providencia de 21 de julio de 2022, a las 15h23 por medio de la cual atendió los escritos presentados;
10. Escrito de 22 de julio de 2022, a las 11h17, con el que el operador económico DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA (DIFARE) S.A., solicitó la comparecencia física a la reunión de trabajo convocada por la CRPI;
11. Escrito presentado el 22 de julio de 2022, a las 14h32, por medio del cual el operador económico DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA (DIFARE) S.A., presentó las consideraciones sobre el Informe No. SCPM-IGT-INCCE-2022-020.
12. Providencia de 25 de julio de 2022, a las 11h33, con la cual la CRPI dispuso negar la comparecencia física a la reunión de trabajo y trasladar a la INCCE el escrito presentado por el operador económico DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA (DIFARE) S.A. para que se pronuncie al respecto en cinco días;
13. Memorando SCPM-INCCE-DNCCE-2022-138 de 26 de julio de 2022, a las 10h41, con el que la INCCE solicitó una prórroga para cumplir con lo dispuesto en la providencia de 21 de julio de 2022;
14. Providencia de 29 de julio de 2022, por medio de la que la CRPI otorgó la prórroga solicitada por la CRPI, solicitó al operador económico DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA (DIFARE) S.A. que señalé si el documento con

las consideraciones sobre el Informe No. SCPM-IGT-INCCE-2022-020 tiene información confidencial o reservada y remita el extracto no confidencial y negó la solicitud del operador económico contenida en el escrito de 13 de julio de 2022;

15. Escrito y anexos presentados el 01 de agosto de 2022, a las 15h18, con los cuales el operador económico DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA (DIFARE) S.A., remitió el extracto no confidencial del documento contentivo de las consideraciones respecto del Informe No. SCPM-IGT-INCCE-2022-020;
16. Escrito y anexos presentados el 02 de agosto de 2022, a las 15h24, con los cuales el operador económico ASOCIACIÓN DE LABORATORIOS FARMACÉUTICOS ALAFAR remitió el documento “Estudio de operación de concentración económica en el mercado farmacéutico DIFARE-LETERAGO”, solicitando se acojan las conclusiones y se niegue la transacción notificada;
17. Memorando SCPM-IGT-INCCE-2022-176 de 02 de agosto de 2022, con el que la INCCE remitió el Informe No. SCPM-IGT-INCCE-2022-026 en cumplimiento a la providencia de 25 de julio de 2022 y el escrito presentado por el operador económico LABORATORIOS BAGÓ DEL ECUADOR S.A. a fin de que sea considerado en el análisis;
18. Escrito presentado el 08 de agosto de 200, a las 11h53, por medio del cual el operador económico DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA (DIFARE) S.A. solicitó una reunión de trabajo presencial;
19. Providencia de 08 de agosto de 2022, a las 14h26, con la que la CRPI negó la solicitud de reunión presencial;
20. Resolución de 09 de agosto de 2022 emitida por la CRPI.

**c) Expediente Administrativo SCPM-INJ-17-2022:**

En la sustanciación del recurso de apelación se hacen constar las actuaciones relevantes, sin que esto implique que no se estudió el proceso en su integridad:

1. Escrito presentado por el señor Julio César Antonio Ocaña Moreira, en calidad de Vicepresidente Ejecutivo y representante legal del operador económico DISTRIBUIDORA FARMACÉUTICA ECUATORIANA (DIFARE) S.A., ingresado el 07 de septiembre de 2022 a las 15h51 con número de trámite ID. 249590, mediante el cual presentó recurso de apelación en contra de la Resolución de 09 de agosto de 2022, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-017-2022;



2. Providencia de 16 de septiembre de 2022, por medio de la cual, la autoridad avocó conocimiento del Recurso de Apelación, admite a trámite el mismo, dispuso que el representante legal del operador económico DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA (DIFARE) S.A., ratifique la impugnación presentada y las actuaciones de los profesionales del derecho que comparecen en su nombre y presente el documento habilitante que legitime la calidad en la que comparece y asigna especialista técnico dentro del expediente;
3. Escrito presentado por el señor Julio César Antonio Ocaña el 20 de septiembre de 2022, a las 15h23, con número de trámite ID. 250496, por medio del cual ratificó la intervención y autorizó a los abogados Luis Marín y Ana María Terán;
4. Providencia de 29 de septiembre de 2022, a las 12h00, con la que se dispuso, por segunda ocasión, que el representante legal del operador económico DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA (DIFARE) S.A. remita el documento habilitante en original o copia certificada que legitime la calidad en la que comparece;
5. Escrito presentado por la abogada Ana María Terán el 30 de septiembre de 2022, a las 12h08, con número de trámite ID. 251438, por medio del cual remitió un escaneado de del nombramiento del señor Julio César Antonio Ocaña Moreira;
6. Providencia de 12 de octubre de 2022, a las 15h40, por medio de la cual se dispuso que, previo a dar por cumplido lo ordenado en el acápite Quinto de la providencia de 16 de septiembre de 2022, el representante legal del el operador económico DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA (DIFARE) S.A., remita el documento habilitante en original o copia certificada que legitime la calidad en la que comparece;
7. Escrito presentado por el abogado Luis Marín el 13 de octubre de 2022, a las 15h14, con ID. 255351, al cual adjuntó copia certificada del nombramiento del representante legal del el operador económico DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA (DIFARE) S.A.;
8. Providencia de 19 de octubre de 2022, a las 17h00, por medio de la cual se dio por cumplida lo dispuesto en el acápite Quinto de la providencia de 16 de septiembre de 2022 y se dispone al especialista designado que elabore y remita el informe técnico en el término de cinco días;
9. Informe técnico No. SCPM-DS-032-2022 de 26 de octubre de 2022, emitido por el economista Carl Pfistermeister; y,
10. Providencia de 27 de octubre de 2022, a las 17h00, por medio de la cual se corrió traslado al operador económico DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA (DIFARE) S.A., el Informe No. SCPM-DS-032-2022 a fin de que presente alegaciones.

## **SÉPTIMO. - MARCO NORMATIVO APLICABLE. -**

Para el análisis del acto materia de la impugnación, es necesario considerar:

La **Constitución de la República del Ecuador** –CRE- reconoce los siguientes derechos y garantías:

*“Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: [...] 8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. [...]”; “Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”; “Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. [...] 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: [...] b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa. [...] d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. [...] h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento. [...] i) 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 [...] m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos”; “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. 173.- Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial”; “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 [...]”; “Art. 284.- La política económica tendrá los siguientes objetivos: 1. Asegurar una adecuada distribución del ingreso y de la riqueza nacional. [...]; 8. Propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes.”; “Art. 335.- El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así*





como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos. El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal.”; **“Art. 336.-** El Estado impulsará y velará por el comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, que minimice las distorsiones de la intermediación y promueva la sustentabilidad. El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley”.

**La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado –LORCPM- manda:**

**“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.-[...]** 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. 3.- Primacía de la realidad. -** Para la aplicación de esta Ley la autoridad administrativa determinará la naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a su realidad y efecto económico. La forma de los actos jurídicos utilizados por los operadores económicos no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos. La costumbre o la costumbre mercantil no podrán ser invocadas o aplicadas para exonerar o eximir las conductas contrarias a esta Ley o la responsabilidad del operador económico”; **“Art. 8.- Determinación del Poder de Mercado.-** Para determinar si un operador económico tiene poder de mercado en un mercado relevante, debe considerarse, entre otros, uno o varios de los siguientes criterios: a. Su participación en ese mercado, de forma directa o a través de personas naturales o jurídicas vinculadas, y su posibilidad de fijar precios unilateralmente o de restringir, en forma sustancial, el abastecimiento en el mercado relevante, sin que los demás agentes económicos puedan, en la actualidad o en el futuro, contrarrestar ese poder. b. La existencia de barreras a la entrada y salida, de tipo legal, contractual, económico o estratégico; y, los elementos que, previsiblemente, puedan alterar tanto esas barreras como la oferta de otros competidores. c. La existencia de competidores, clientes o proveedores y su respectiva capacidad de ejercer poder de mercado. d. Las posibilidades de acceso del operador económico y sus competidores a las fuentes de insumos, información, redes de distribución, crédito o tecnología. e. Su comportamiento reciente. f. La disputabilidad del mercado. g. Las características de la oferta



y la demanda de los bienes o servicios; y, h. El grado en que el bien o el servicio de que se trate sea sustituible, por otro de origen nacional o extranjero, considerando las posibilidades tecnológicas y el grado en que los consumidores cuenten con sustitutos y el tiempo requerido para efectuar tal sustitución.”; **“Art. 14.- Operaciones de concentración económica.-** A los efectos de esta ley se entiende por concentración económica al cambio o toma de control de una o varias empresas u operadores económicos, a través de la realización de actos tales como: a) La fusión entre empresas u operadores económicos. b) La transferencia de la totalidad de los efectos de un comerciante. c) La adquisición, directa o indirectamente, de la propiedad o cualquier derecho sobre acciones o participaciones de capital o títulos de deuda que den cualquier tipo de derecho a ser convertidos en acciones o participaciones de capital o a tener cualquier tipo de influencia en las decisiones de la persona que los emita, cuando tal adquisición otorgue al adquirente el control de, o la influencia sustancial sobre la misma. d) La vinculación mediante administración común. e) Cualquier otro acuerdo o acto que transfiera en forma fáctica o jurídica a una persona o grupo económico los activos de un operador económico o le otorgue el control o influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de un operador económico.”; **“Art. 15.- Control y regulación de concentración económica.-** Las operaciones de concentración económica que estén obligadas a cumplir con el procedimiento de notificación previsto en esta sección serán examinadas, reguladas, controladas y, de ser el caso, intervenidas o sancionadas por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. En caso de que una operación de concentración económica cree, modifique o refuerce el poder de mercado, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá denegar la operación de concentración o determinar medidas o condiciones para que la operación se lleve a cabo. Habiéndose concretado sin previa notificación, o mientras no se haya expedido la correspondiente autorización, la Superintendencia podrá ordenar las medidas de desconcentración, o medidas correctivas o el cese del control por un operador económico sobre otro u otros, cuando el caso lo amerite, sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar de conformidad con los artículos 78 y 79 de esta Ley.”; **“Art. 16.- Notificación de concentración.-** Están obligados a cumplir con el procedimiento de notificación previa establecido en esta Ley, los operadores económicos involucrados en operaciones de concentración, horizontales o verticales, que se realicen en cualquier ámbito de la actividad económica, siempre que se cumpla una de las siguientes condiciones: a) Que el volumen de negocios total en el Ecuador del conjunto de los partícipes supere, en el ejercicio contable anterior a la operación, el monto que en Remuneraciones Básicas Unificadas vigentes haya establecido la Junta de Regulación. b) En el caso de concentraciones que involucren operadores económicos que se dediquen a la misma actividad económica, y que como consecuencia de la concentración se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 30 por ciento del mercado relevante del producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo. En los casos en los cuales las operaciones de concentración no cumplan cualquiera de las condiciones anteriores, no se requerirá autorización por parte de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Sin embargo, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá solicitar de oficio o a petición de parte que los operadores económicos involucrados en una operación



de concentración la notifiquen, en los términos de esta sección. Las operaciones de concentración que requieran de autorización previa según los incisos precedentes, deberán ser notificadas para su examen previo, en el plazo de 8 días contados a partir de la fecha de la conclusión del acuerdo, bajo cualquiera de las modalidades descritas en el artículo 14 de esta Ley, ante la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. La notificación deberá constar por escrito, acompañada del proyecto del acto jurídico de que se trate, que incluya los nombres o denominaciones sociales de los operadores económicos o empresas involucradas, sus estados financieros del último ejercicio, su participación en el mercado y los demás datos que permitan conocer la transacción pretendida. Esta notificación debe ser realizada por el absorbente, el que adquiere el control de la compañía o los que pretendan llevar a cabo la concentración. Los actos sólo producirán efectos entre las partes o en relación a terceros una vez cumplidas las previsiones de los artículos 21 o 23 de la presente Ley, según corresponda.”; “**Art. 20.-** De la información y su coordinación.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá establecer los sistemas de información que considere necesarios para el efectivo cumplimiento de sus fines. Las demás entidades públicas tendrán el deber de colaborar, en el marco de la Constitución y la ley, con la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, especialmente en cuanto a transferencia de información relevante que posean, sistematicen o generen sobre los operadores económicos, así como de facilitar la integración de sus sistemas de información con aquellos que la Superintendencia establezca. De la misma manera, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado deberá intercambiar información que sea relevante para las demás entidades públicas, siempre que no sea reservada conforme a lo establecido en esta Ley”; “**Art. 21.-** Decisión de la Autoridad.- En todos los casos sometidos al procedimiento de notificación previa establecido en este capítulo, excepto los de carácter informativo establecidos en el segundo inciso del artículo 16 de la presente Ley, la Superintendencia, por resolución motivada, deberá decidir dentro del término de sesenta (60) días calendario de presentada la solicitud y documentación respectiva: a) Autorizar la operación; b) Subordinar el acto al cumplimiento de las condiciones que la misma Superintendencia establezca; o, c) Denegar la autorización. El término establecido en este artículo podrá ser prorrogado por una sola vez, hasta por sesenta (60) días término adicionales, si las circunstancias del examen lo requieren.”; “**Art. 22.-** Criterios de decisión.- A efectos de emitir la decisión correspondiente según el artículo anterior, se tendrán en cuenta los siguientes criterios: 1.- El estado de situación de la competencia en el mercado relevante; 2.- El grado de poder de mercado del operador económico en cuestión y el de sus principales competidores; 3.- La necesidad de desarrollar y/o mantener la libre concurrencia de los operadores económicos, en el mercado, considerada su estructura así como los actuales o potenciales competidores; 4.- La circunstancia de si a partir de la concentración, se generare o fortaleciere el poder de mercado o se produjere una sensible disminución, distorsión u obstaculización, claramente previsible o comprobada, de la libre concurrencia de los operadores económicos y/o la competencia; 5.- La contribución que la concentración pudiere aportar a: a) La mejora de los sistemas de producción o comercialización; b) El fomento del avance tecnológico o económico del país; c) La competitividad de la industria nacional en el mercado internacional siempre y cuando no tenga una afectación significativa al bienestar



económico de los consumidores nacionales; d) El bienestar de los consumidores nacionales; e) Si tal aporte resultare suficiente para compensar determinados y específicos efectos restrictivos sobre la competencia; y, f) La diversificación del capital social y la participación de los trabajadores.”; “**Art. 39.- Información Requerida.-** Además de la información requerida en el artículo 16 de esta ley, el Superintendente de Control del Poder de Mercado podrá establecer, con carácter general, la información y antecedentes que las personas deberán proveer a la Superintendencia y los plazos en que dicha información y antecedentes deben ser provistos. El Superintendente de Control del Poder de Mercado establecerá la forma y contenido adicional de la notificación de los proyectos de concentración económica y operaciones de control de empresas u operadores económicos de modo que se garantice el carácter confidencial de la información presentada.”; “**Art. 41.- Resoluciones.-** Las resoluciones que emita la Superintendencia de Control del Poder de Mercado a través de sus órganos serán motivadas y de cumplimiento obligatorio para las entidades públicas y los operadores económicos.”; “**Art. 47.- Deber de secreto y reserva.-** Quienes tomaren parte en la realización de investigaciones o en la tramitación de procedimientos o expedientes previstos en esta Ley o conocieren tales expedientes por razón de su cargo, labor o profesión, están obligados a guardar confidencialidad, reserva y secreto sobre los hechos de que hubieren tenido conocimiento a través de ellos, en aplicación de las normas de este capítulo. La obligación de confidencialidad y secreto se extiende a toda persona que en razón del ejercicio de su profesión, especialidad u oficio, aun cuando no formare parte de la Superintendencia, llegare a conocer de información contenida en los expedientes, investigaciones y denuncias fundadas en las disposiciones de la presente Ley y en las leyes y reglamentos de la materia. Sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales, que pudieren corresponder a los infractores del deber de sigilo, confidencialidad o secreto, la violación de este deber se considerará como causal de destitución. Sólo podrán informar sobre aquellos hechos o circunstancias a los Jueces, Tribunales y Órganos competentes de la Función Judicial y sólo por disposición expresa de juez o de los jueces que conocieren un caso específico, Función que mantendrá la confidencialidad de la información.”; “**Art. 48.- Normas generales.-** La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, antes de iniciar el expediente o en cualquier momento del procedimiento, podrá requerir a cualquier operador económico o institución u órgano del sector público o privado, los informes, información o documentos que estimare necesarios a efectos de realizar sus investigaciones, así como citar a declarar a quienes tengan relación con los casos de que se trate. A esos efectos la Superintendencia podrá examinar, recuperar, buscar, utilizar y verificar tales documentos e información, obtener copias o realizar extractos de ellos. Esos informes o documentos deberán ser suministrados dentro del plazo que la Superintendencia determine. No será obligación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado atenerse, contra su convicción, al contenido de esos informes o información. Ningún procedimiento administrativo podrá suspenderse por falta de ellos. No se requiere aviso previo al denunciado o a la persona para requerir la información o documentación, previa a la apertura del expediente. La carga de la prueba corresponderá a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, sin perjuicio de las pruebas aportadas por el denunciante y el denunciado. Sin embargo, en el caso de los acuerdos y prácticas prohibidas



de conformidad con el artículo 11 de la presente Ley, si un operador económico o persona negare, dificultare o impidiere el acceso a información; dañare ocultare u omitiere información o entregase información falsa, fraudulenta, engañosa, falaz, fingida, artificiosa, irreal o dolosa requerida o relacionada al operador económico o persona en una investigación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, se invertirá la carga de la prueba a dicho operador económico o persona, sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en la ley. La Superintendencia de Control del Poder de Mercado tiene la potestad de acceder, revisar, archivar, procesar y utilizar cualquier dato, que de modo exclusivo corresponda a la información y documentos pertinentes al proceso administrativo, respetando el derecho constitucional a la protección de esta información, para las investigaciones, casos o resoluciones dentro de su competencia, de conformidad con la Constitución y la ley. La forma de los actos jurídicos utilizados por los contratantes no enerva el análisis que la autoridad efectúa sobre los verdaderos propósitos de la conducta que subyacen al acto jurídico que la expresa.”; “**Art. 67.- Recurso de Apelación o Jerárquico.-** Los actos administrativos emitidos en virtud de la aplicación de esta Ley podrán ser elevados al Superintendente de Control de Poder de Mercado mediante recurso de apelación, que se presentará ante éste. También serán susceptibles de recurso de apelación actos administrativos en los que se niegue el recurso ordinario y horizontal de reposición [...]”; “**DISPOSICIONES GENERALES. Primera. - Jerarquía. -** [...] En lo no previsto en esta Ley se estará a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil, Código de Procedimiento Penal, Código de Comercio, Código Civil, Código Penal, Ley Orgánica de Servicio Público y las demás leyes y regulaciones aplicables.”

**El Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, RLORCPM, señala:**

“**Art. 3.- Confidencialidad de la información.-** La información y documentos que haya obtenido la Superintendencia de Control del Poder de Mercado en la realización de sus investigaciones podrán ser calificados de reservados o confidenciales, de oficio o a solicitud de parte interesada. La Superintendencia establecerá el instructivo para su tratamiento en el marco de la Constitución y la ley.”; “**Art. 21.- Criterios de decisión.-** La Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá autorizar, denegar o condicionar la operación de concentración, de conformidad con lo establecido en la sección IV del capítulo II de la Ley. Las condiciones pueden referirse al comportamiento o a la estructura de los operadores económicos involucrados. A efectos de autorizar una operación de concentración económica en los términos de la Ley, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado ponderará, en todos los casos, el grado de participación de los trabajadores en el capital social. Si se hubiere subordinado la autorización al cumplimiento de condiciones, estas deberán adoptarse en un término máximo de noventa (90) días de notificada la resolución que las establece. La Superintendencia podrá otorgar un término adicional para el cumplimiento de las condiciones cuando el operador económico al que dichas condiciones le fueron impuestas demuestre que, habiendo mediado todos los esfuerzos necesarios, le ha sido imposible cumplirlas en el término antes señalado. Si las condiciones no han sido cumplidas en el término de noventa (90) días o



*en el término adicional otorgado por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, esta denegará la operación de 12 concentración.”; “Art. 27.- Resolución.- En el término de treinta (30) días de concluido el procedimiento de investigación, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado emitirá una resolución motivada en la cual confirmará si la operación de concentración económica no estuvo sujeta a notificación y autorización obligatoria; o indicará si la operación debió ser notificada o si se llevó a cabo antes de ser autorizada, en cuyo caso señalará que los actos no han producido efectos jurídicos entre las partes o en relación a terceros. De haberse producido efectos económicos, en la misma resolución, la Superintendencia impondrá las medidas de desconcentración, o medidas correctivas necesarias para revertir dichos efectos, sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar de conformidad con los artículos 78 y 79 de la Ley.”; “Art. 65.- Acceso a información del expediente.- Durante la tramitación del procedimiento en la etapa de investigación, las partes podrán acceder al expediente y obtener copias individualizadas de todos los documentos que lo integren, a excepción de los secretos comerciales de otros interesados o terceros, así como de cualquier otra información confidencial.”.*

**El Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado –IGPA prevé:**

*“Art. 36.- PROCEDIMIENTO DE NOTIFICACIÓN OBLIGATORIA PREVIA DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA.- Para dar cumplimiento al procedimiento de notificación obligatoria previa, previsto en los artículos 15 y 16 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, se observará lo siguiente: 1. RECEPCIÓN DE DOCUMENTOS: a. El operador económico presentará la notificación obligatoria previa, conforme a lo establecido en los artículos 17, 18 y 29 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado o quien haga sus veces en la Intendencia Regional, junto con los documentos requeridos para realizar la determinación de la tasa por análisis y estudio de las operaciones de concentración económica, de conformidad a la normativa interna que se haya emitido para el efecto. b. La Secretaría General o quien haga sus veces en la Intendencia Regional remitirá a la Intendencia General Técnica la documentación señalada en el inciso anterior, y esta a su vez remitirá dicha documentación a la Intendencia Nacional Control de Concentraciones Económicas, para el trámite correspondiente. c. Una vez recibida la documentación, la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, en el término de tres (3) días acusará recibo de la notificación, su documentación anexa y notificará al operador económico. 2. VERIFICACION: a. La Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas, en el término de cinco (5) días, analizará el contenido de la notificación de concentración económica y verificará el cumplimiento de los artículos 18 y 19 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, así como el pago de la tasa por análisis y estudio de las operaciones de concentración económica establecido en el artículo 29 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. b. La revisión de los documentos para la determinación de la tasa por análisis y estudio de las operaciones de concentración económica y el procedimiento de pago, se hará de conformidad a la normativa que para el efecto emita la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. c. Una vez verificados los requisitos de la*



notificación, la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas emitirá un oficio en el término de dos (2) días, en los siguientes casos: i. Si la documentación está completa y cumple con los requisitos correspondientes, la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas avocará conocimiento, abrirá el expediente y notificará al operador económico que los requisitos necesarios para iniciar el análisis de la operación de concentración económica está completa conforme el artículo 18 y 29 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y que se inicia la investigación. ii. Si la documentación presentada está incompleta se dispondrá al operador económico que la complete en el término de diez (10) días. Una vez que el operador económico notificante remita la documentación solicitada, en el término de tres (3) días la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas verificará el cumplimiento de los requisitos contenidos en el artículo 18 y 29 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. En caso de haberse cumplido los requerimientos formulados al operador notificante, la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas en el término de dos (2) días, avocará conocimiento, abrirá el expediente y notificará al operador económico que los requisitos necesarios para iniciar el análisis de la operación de concentración económica está completa conforme el artículo 18 y 29 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y que se inicia la investigación. En caso de que el operador económico notificante presente documentación incompleta o no presente la documentación solicitada, se tendrá por desistida la petición conforme el artículo 19 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, para lo cual la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas en el término de cinco (5) días notificará al operador económico e informará a la Intendencia General Técnica sobre el desistimiento, sin perjuicio de que la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas pueda iniciar de oficio el procedimiento de control de concentraciones pertinente. En cualquier caso, la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas no avocará conocimiento respecto de aquellas operaciones de concentración económica cuya tasa por análisis y estudio no haya sido cancelada en su totalidad. 3. INVESTIGACIÓN: Una vez realizada la notificación de inicio de investigación, empezará a correr el término de sesenta (60) días establecido en el artículo 21 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Del término señalado en el párrafo anterior, la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas dispondrá de cincuenta (50) días término para remitir un informe y anteproyecto de resolución, a la Comisión de Resolución de Primera Instancia, comunicando sobre tal aspecto al operador económico notificante y remitiendo una versión no confidencial del informe para su conocimiento. El anteproyecto de resolución deberá considerar al menos los siguientes puntos: 1. Autoridad competente. 2. Identificación de la clase de procedimiento. 3. Identificación de los operadores económicos involucrados. 4. Antecedentes. 5. Fundamentos de derecho. 6. Análisis de la concentración económica. De ser el caso, entre otros, que contenga: 6.1.1. Mecanismo contractual. 6.1.2. Estructura societaria ex ante y ex post. 6.1.3. Mercado relevante. 6.1.4. Obligatoriedad de la concentración. 6.1.5. Competidores y análisis de cuota de mercado. 6.1.6. Barreras de entrada. 6.1.7. Efectos económicos de la operación de concentración. 6.1.8. Eficiencias de la operación. 6.1.9. Cláusulas contractuales. 7. Resolución. Cuando las circunstancias del examen lo requieran, para la emisión del informe y el anteproyecto, la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas podrá hacer uso total del término de los sesenta (60) días inicialmente previstos, y dispondrá la prórroga del término establecido en el artículo 21 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado por sesenta días (60) días término adicionales; en cuyo caso, la





*Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas hará uso del término máximo de diez (10) días contados desde la fecha en que dispuso la prórroga, dejando a salvo el término restante para que la Comisión de Resolución de Primera Instancia se pronuncie de forma motivada. La etapa de investigación podrá ser suspendida por el plazo de sesenta (60) días, de conformidad con el artículo 20 del Reglamento para la Aplicación de Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. 4. RESOLUCIÓN: Recibido el informe y el anteproyecto de resolución, la Comisión de Resolución de Primera Instancia lo revisará en el término de cinco (5) días. Fenecido dicho término, la Comisión de Resolución de Primera Instancia deliberará en el término de tres (3) días, para resolver aceptar o rechazar el informe y anteproyecto de resolución emitido por la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas. Terminadas las deliberaciones, la Comisión de Resolución de Primera Instancia deberá emitir una resolución en el término de dos (2) días, en los siguientes casos: i. En caso de que la Comisión de Resolución de Primera Instancia resuelva aceptar el informe y propuesta de resolución elevado para su conocimiento por la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas, se emitirá una resolución que mantenga el contenido íntegro del anteproyecto de resolución puesto a su consideración. En caso de que la Comisión de Resolución de Primera Instancia resuelva no aceptar el informe y anteproyecto de resolución elevado por la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas, comunicará del particular al operador económico notificante e iniciará su propio análisis para resolver. Para dicho análisis, la Comisión de Resolución de Primera Instancia, dispondrá del término de sesenta (60) días, correspondientes a la prórroga establecida en el artículo 21 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. En el caso de que la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas haya hecho uso del término de prórroga previsto en el número 3 del presente artículo, la Comisión de Resolución de Primera Instancia dispondrá del término restante de la prórroga de sesenta (60) días”.*

**El Instructivo para el tratamiento de la información dentro de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado establece:**

*“Art. 1.- Objeto.- Este Instructivo tiene por objeto regular el tratamiento de la información y el manejo de esta dentro de los procedimientos administrativos y las actuaciones de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, realizadas en función del objeto de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.”; “Art. 3.- Conceptos.- Para efectos de la aplicación del presente Instructivo, deben considerarse los siguientes conceptos: a.- Información Pública: Se considera información pública, todo documento en cualquier formato, que se encuentre en poder de las instituciones públicas y de las personas jurídicas referidas en la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, contenidos, creados u obtenidos por ellas, que se encuentren bajo su responsabilidad o se hayan producido con recursos del Estado. b.- Información Confidencial: Se considera información confidencial aquella información pública personal, que no está sujeta al principio de publicidad y comprende aquella derivada de sus derechos personalísimos y fundamentales. c.- Información Reservada: Se considera información reservada aquella calificada como tal por el Consejo de Seguridad Nacional; y, aquellas informaciones expresamente establecidas como reservadas en las leyes vigentes. d.- Extracto no confidencial: Se considera como extracto no confidencial al texto redactado en lenguaje claro, conciso y comprensible, que facilita el entendimiento de la*



información clasificada como *confidencial*, sin divulgarla.”; “**Art. 4.- Información Reservada.-** Entiéndase por información reservada aquella prevista en la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, de manera general, esta comprende: a. Los documentos calificados de manera motivada como reservados por el Consejo de Seguridad Nacional, por razones de defensa nacional; y, b. Las informaciones expresamente establecidas como reservadas en leyes vigentes.”; “**Art. 5.- Reserva en los procedimientos de investigación y sanción prevista en la LORCPM.-** De conformidad con lo previsto en el artículo 56 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, el procedimiento previo a la investigación, así como la fase investigativa serán de carácter reservado, excepto para las partes directamente involucradas; quienes podrán acceder al expediente desde el procedimiento previo a la investigación y obtener copias del mismo a partir de la fase de investigación, con excepción de la información debidamente calificada como *confidencial*. La reserva en el procedimiento previo a la investigación, así como la fase investigativa, será también aplicable al procedimiento de investigación de operaciones de concentración económica ejecutadas sin autorización previa, establecido en virtud del artículo 18 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y artículo 26 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. El expediente dejará de ser reservado, en los siguientes casos: a. Cuando se haya agotado la impugnación administrativa ordinaria de la resolución de archivo de la fase previa a la investigación o de la fase investigativa, conforme el artículo 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. b. Cuando el órgano de investigación expida el informe final. En los casos en que se presente recurso horizontal de reposición o vertical de apelación en sede administrativa, el acceso a estos expedientes mantendrá la suerte del expediente principal. Los demás procedimientos contemplados en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado serán públicos con excepción de la información que sea catalogada como *confidencial* conforme lo dispuesto en este Instructivo.”; **Artículo 6.- Información Confidencial.-** Se considera información *confidencial* aquella prevista en la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, así como aquella cuya divulgación podría causar un daño o perjuicio a un operador económico, a quien la haya proporcionado, o a terceros; aquella que pudiera afectar la posición competitiva de un operador económico; aquella que de divulgarse otorgaría una ventaja significativa para un competidor; y aquella que por disposición legal expresa se prohíba su divulgación. Dicha información, sin ser la siguiente una enumeración taxativa, dependiendo del análisis de cada caso, podría consistir en: 1. Información sobre precios, que incluya descripción de la política de precios; de políticas de descuentos obtenidos u otorgados a clientes y/o proveedores; de relación o promedio de precios cobrados y/o pagados por tipo de producto respecto de clientes/proveedores/zona geográfica; 2. Información sobre ventas/compras que incluya volumen/ valor de ventas o compras, por cliente/proveedor o producto, condiciones de venta/comercialización; sistema o política de comercialización/distribución; descripción de la relación con sus puntos de venta/agentes de distribución/proveedores; 3. Información sobre el nivel de producción de bienes y/o servicios, ingresos del operador económico, estructura de costos del operador económico, descripción detallada del proceso productivo de bienes y/o servicios, información

referente a I+D (cualitativa y cuantitativa), cuotas de mercado y red de comercialización, distribución, producción o importación; 4. Contratos que contengan información no divulgada o secreta; 5. Secretos empresariales, secretos y/o estrategias comerciales; 6. Planes de trabajo de los órganos de sustanciación; y, 7. Información que revele estrategias competitivas de operadores económicos.”; “**Art. 8.- Análisis de confidencial.-** Para evaluar si procede la declaración de confidencialidad de un documento, la autoridad competente deberá llevar a cabo el siguiente análisis: 1. Determinar si se trata de un documento que contenga datos cuyo conocimiento pueda efectivamente causar un perjuicio significativo; 2. Si tratándose de datos cuyo conocimiento pueda efectivamente causar un perjuicio significativo, estos han tenido difusión entre las partes y/o terceros, perdiendo en gran medida la justificación de que de la difusión en el marco del expediente puede derivarse dicho perjuicio. Así, en el caso de un secreto de negocio, su difusión generaría la pérdida de su consideración como secreto; y, 3. Si se trata de datos que, aun pudiendo causar un perjuicio y no habiendo sido difundidos, son necesarios para fijar los hechos o entender el análisis y la valoración objeto del procedimiento, así como para garantizar el derecho de defensa de otros interesados en el procedimiento. Asimismo, existen otras razones que pueden justificar la declaración de confidencialidad, a instancia de parte o de oficio, de determinada información obrante en el expediente, que habrá de ser evaluada de forma individual y motivada.”.

#### **OCTAVO. - ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO DE LA APELACIÓN. -**

Conforme lo dispuesto en la Constitución de la República del Ecuador -CRE-<sup>1</sup>, las Superintendencias son organismos técnicos de vigilancia 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.

El artículo 1 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM) establece para el régimen de competencia ecuatoriano:

*“El objeto de la presente Ley es [...] el control y regulación de las operaciones de concentración económica [...] 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.”*<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> CRE. - “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. [...]”

<sup>2</sup> 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

Es así como, por mandato expreso de la LORCPM, se crea la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, como un organismo técnico de control, entre cuyas potestades legales consta la de sustanciar procedimientos administrativos -entre otros- para el control y regulación de concentraciones económicas acorde al procedimiento previsto en la LORCPM y su reglamento de aplicación. Por otro lado, la Carta Magna impone que cada entidad estatal debe actuar conforme a las atribuciones que le otorga el marco normativo, pues la carta constitucional reza:

*“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.”*

Ateniendo al objeto y ámbito de aplicación de la LORCPM por los cuales la SCPM debe salvaguardar la efectiva competencia en el mercado, mediante el control y regulación de las operaciones de concentración económica; en concordancia con en la sección II del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado – RLORCPM-, se encuentra que las operaciones de concentración económica que requieran de autorización previa, deberán ser notificadas a la SCPM para su examen, en la forma y con el contenido previsto, con lo cual esta Superintendencia iniciará el procedimiento de autorización y, tomando en cuenta los criterios prescritos en la normativa, emitirá una resolución motivada autorizando, denegando o subordinando el acto al cumplimiento de condiciones que la misma SCPM establezca.

Una vez realizadas las citadas precisiones, cabe señalar que de la revisión del escrito que contiene el recurso de apelación que se atiende, y en cuidado al problema jurídico a tratarse, la impugnación será atendida con base en los presupuestos planteados por el apelante observando el cumplimiento de parámetros técnicos y legales a fin de atender la validez del acto administrativo de 09 de agosto de 2022.

En el recurso de apelación, el recurrente manifiesta que la Resolución de 09 de agosto de 2022 emitida por la CRPI adolece del vicio de nulidad por violaciones a derechos constitucionales y legales ocurridos en la sustanciación de los procesos de investigación y resolución y carece de motivación, por tanto, la denegación de la concentración económica notificada por el operador está viciada de nulidad. Argumenta su solicitud de revocación y, subsidiariamente, declaración de nulidad de dicha resolución, en los siguientes puntos:

**1. Vicios del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INCCE-022-2021.**

**1.1 Violación del derecho a la defensa de DIFARE S.A.**

**1.1.1 Negativa al acceso de DIFARE. S.A. a conocer los hallazgos y preocupaciones de la Intendencia.**

---

*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”*

- 1.1.2 Principio de oportunidad en órdenes procesales
  - 1.2 Violación del deber de reserva y confidencialidad de la SCPM.
  - 1.3 Violación del deber de confidencialidad y reserva de la información de DIFARE S.A.
- 2. Falta de motivación.
  - 2.1 Las medidas para mitigar los posibles efectos negativos de la transacción, analizados en su conjunto, son suficientes.
  - 2.2 La estructura del mercado post transacción no es suficiente para negar la concentración.

Determinados como han sido los presupuestos del Informe No. SCPM-IGT-INCCE-2022-020 dentro del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INCCE-022-21, acogido en el acto administrativo impugnado, y los postulados del presente recurso de apelación, con el fin de desarrollar los puntos marcados como problema jurídico a resolverse, impera la necesidad de revisar las actuaciones procesales del expediente administrativo referido y lo señalado por la CRPI en la resolución que es materia de la impugnación, es decir el acto administrativo de 09 de agosto de 2022, que en su parte pertinente señala:

**De la concentración económica:**

*“[...] Como consecuencia de la transacción notificada es evidente que la estructura de este mercado será drásticamente modificada en detrimento de la competencia, pues la concentración será aún más severa, así lo demuestra el factor de HHI, el cual tras la operación notificada prácticamente se duplicaría [...]*

*[...] caracterizan la transacción notificada como de alto riesgo, ya que **DIFARE** ostentaría una posición de dominio en el mercado de distribución mayorista de productos farmacéuticos, el cual es clave para toda la cadena productiva y el bienestar general.”* (El resaltado corresponde al texto original).

**Del mercado relevante:**

*“[...] Se destaca el caso de las farmacias, donde **DIFARE** conseguiría una participación equivalente a tres cuartas partes del mercado, representado un factor nueve veces superior a la cuota del siguiente operador económico competidor. (El resaltado corresponde al texto original)*

*[...] la operación de concentración económica modifica de forma contundente la estructura del mercado relevante de distribución al por mayor de productos farmacéuticos, en consecuencia, la transacción notificada tiene alto potencial para generar efectos nocivos para clientes y competidores, así como al bienestar general.*

*[...] el operador económico **DIFARE** tendría la capacidad rentabilizar conductas verticales derivadas de la operación de concentración, por su considerable participación en los mercados de comercialización a nivel cantonal, que se caracterizan como concentrados, así como en el segmento en general, que en conjunto con la*



estructura aguas arriba, acentúan las preocupaciones de efectos nocivos para la competencia y el bienestar general.

*[...] La alta concentración ex post en el mercado concentrado de distribución, que implica la eliminación de un competidor directo, en conjunto con la elevada participación de **DIFARE** en el mercado de comercialización, demuestra que la transacción notificada generará cambios estructurales en los mercados relevantes definidos, que origina o fortalece la posición de dominio del operador concentrado.” (El resaltado corresponde al texto original).*

### **De los efectos económicos y riesgos de la operación de concentración:**

*“[...] la operación de concentración económica otorgará al notificante una importante proporción de poder de mercado en la distribución de productos farmacéuticos a nivel nacional, configurándose como una circunstancia idónea para que el operador concentrador incurra en prácticas unilaterales.*

*[...] el diagnóstico respecto a la capacidad de la oferta muestra un escenario favorable a que el operador concentrado viabilice efectos unilaterales.*

*[...] si bien puede haber operaciones intermedias, los distribuidores compiten de manera directa entre sí, por lo que como consecuencia de la operación de concentración, el operador económico **DIFARE** eliminaría una fuente importante de competencia en el mercado, que es el operador económico **LETERAGO**. (El resaltado corresponde al texto original).*

*[...] Dada la configuración de la operación de concentración en el segmento de distribución de productos farmacéuticos a nivel nacional, y la integración vertical con el eslabón de comercialización que ostenta la parte adquirente [...], la transacción notificada se configura con potencialidad de generar afectación a la competencia subyacente en la restricción de insumos a los competidores aguas abajo, como de clientes aguas arriba.*

*[...] hay una dependencia en los mercados aguas arriba, por la cual los operadores distribuidores involucrados en la transacción notificada dispondrían de capacidad de aplicar conductas verticales.*

*[...] existe un grado importante de dependencia económica, por lo cual, el operador concentrado podría generar y mantener acciones unilaterales de tipo vertical sobre el mercado.*

*[...] el operador concentrado tendrá un importante incentivo para restringir el servicio de distribución mediante el deterioro de ciertas condiciones comerciales, en pos de favorecer las ventas de sus farmacias a lo largo del Ecuador, así como para aumentar la probabilidad de captar nuevos clientes comercializadores bajo su esquema de franquicias. Esta práctica limitaría la competencia de las cadenas rivales y modificaría las preferencias de las farmacias independientes para aprovisionarse a través del operador concentrado, por sobre otro distribuidor.*



*Este resultado revela las profundas asimetrías en términos de competencia, que persisten al momento en el mercado de distribución de productos farmacéuticos, y que, tras la consecución de la operación de concentración serían previsiblemente más desfavorecedoras para los distribuidores de menor tamaño, en tanto que los operadores concentrados duplicarían su poder de negociación. El resultado final sería una grave afectación a la competencia, configurando la transacción notificada como de alto riesgo para los concurrentes al mercado de productos farmacéuticos como para el bienestar general.*

*[...] dada la estructura de ingresos y costos del sector, la escala mínimo eficiente es alta, presentándose como un incentivo negativo frete a la decisión de entrada de un operador económico a nivel de los competidores líderes [...]*

*[...] los contratos exclusivos se presentan como incentivos negativos a los posibles entrantes, ya que representan que estos no accederán a la oferta de un número importante de productos, lo que disminuirá su operación y consecuentemente, afectará sus posibilidades de alcanzar su retorno sobre su entrada.*

*[...] respecto a los altos costos de inversión, experiencia necesaria, acceso a la información, contratos de exclusividad, fidelización, economías de escala y tamaño mínimo eficiente, la probabilidad de entrada será baja para el mercado de distribución al por mayor de productos farmacéuticos.”.*

#### **De las barreras de entrada:**

*“[...] aún si esas entradas ocurriesen en el presente, no sería lo suficientemente contundentes para ejercer presión competitiva a los operadores económicos líderes del mercado [...]*

*[...] altos costos de inversión y operaciones, así como el tamaño mínimo eficiente, muestran que la entrada de nuevos operadores económicos al segmento de comercialización es poco probable.*

*[...] la entrada de nuevos operadores competidores al mercado falla en ser probable, oportuna y suficiente, en consecuencia, el desarrollo de la operación de concentración tendrá efectos verticales en la comercialización, que no encontrarán oposición por parte de la competencia, lo que implica un grave riesgos al existir barreras de entrada relevantes.”.*

#### **Del poder de la demanda:**

*“Dado que las preocupaciones de posibles riesgos nocivos a la competencia ocurren en el segmento de distribución, el poder de demanda en este caso, no sería un elemento de utilidad para mitigar dichos peligros.*

*[...] no se observa la existencia de poder de negociación generalizado, que otorgue a los comercializadores capacidad de generar presión comercial, tanto si se tratan de*

*operadores independientes o cadenas competidoras de **DIFARE**.*”. (El resaltado corresponde al texto original).

#### **De las eficiencias alegadas respecto a la operación de concentración:**

*“[...] no se cuenta con información que permita verificar y cuantificar la posible eficiencia producida por la operación de concentración [...]*

*[...] no se ha podido verificar que las eficiencias alegadas por el operador económico **DIFARE** contrarresten las preocupaciones encontradas desde el punto de vista de competencia económica y el bienestar general.”.* (El resaltado corresponde al texto original).

#### **De los remedios a la operación de concentración económica:**

*“[...] los planteamientos de **DIFARE** sobre la imposición de remedios conductuales son ineficientes e ineficaces para los riesgos sobre la competencia. Además que los remedios estructurales, por la naturaleza del sector, no serían aplicables a la operación de concentración económica en estudio [...]”.* (El resaltado corresponde al texto original).

De la transcripción de los pasajes correspondientes del acto administrativo impugnado, esto es la Resolución de 09 de agosto de 2022, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-017-2022, esta autoridad observa que la misma acoge el Informe emitido dentro del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INCCE-022-2021 y analiza los hechos y el derecho de la notificación de concentración económica presentado por el operador económico DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA (DIFARE) S.A.

Ahora bien, tomando en cuenta los argumentos establecidos en el recurso de apelación, la presente resolución analizará si en el Expediente Administrativo SCPM-IGT-INCCE-022-2021 se garantizó el debido proceso del recurrente y si la CRPI, en la Resolución de 09 de agosto de 2022, valoró los hechos y toda la información presentada por el operador económico DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA (DIFARE) S.A., y el Informe No. SCPM-IGT-INCCE-2022-020, en correcta aplicación de la normativa para, con la debida motivación, tomar la decisión de, conforme al artículo 21 de la LORCPM, denegar la autorización de operación económica notificada por el recurrente. Además se revisará el cumplimiento del deber de secreto y confidencialidad de la información por parte de la INCCE.

A continuación se procede a analizar a profundidad los puntos que marcan la impugnación del apelante, reiterando que, para poder dar atención a los fundamentos impugnatorios del recurrente, se dividirá la estructura del recurso en:

- a)** Nulidad procedimental del expediente administrativo, en lo referente a las presuntas vulneraciones al derecho a la defensa y deber de confidencialidad; y,

- b) Nulidad del acto administrativo, en lo referente a la motivación en cuanto a los elementos de la operación de concentración económica.**

Esta división responde a una finalidad práctica, consistente en diferenciar todas aquellas indicaciones que contiene el recurso de apelación referente a los elementos intrínsecos de la operación, para entenderlos ajenos a aquellos que se los entiende como elementos del procedimiento administrativo, que no responden a la concentración notificada en sí misma, sino a los sucesos procedimentales en la sustanciación.

Buscando cumplir con lo anterior, cabe identificar el objeto de análisis e investigación que tuvo lugar en los Expedientes Administrativos SCPM-IGT-INCCE-022-2021 y SCPM-CRPI-017-2022, previo ingresar a la división estructural de los fundamentos de la apelación señalada anteriormente.

### **DE LA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA.-**

El procedimiento administrativo (INCCE y CRPI) analizó el escrito y anexos presentados por el operador económico DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA (DIFARE) S.A., que contenían la notificación obligatoria de operación de concentración económica, consistente en la adquisición del cien por ciento de las acciones de LETERAGO; esto es, la adquisición por parte de DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA (DIFARE) S.A. de la totalidad del capital social y de los derechos del operador económico LETERAGO DEL ECUADOR S.A., a través de un Contrato de Compraventa y Cesión de Acciones de 09 de noviembre de 2021 suscrito con los socios de LETERAGO: **i) Leterago Holding INC;** y, **ii) Mega Pharma Holding Uruguay S.A.,** (excluyéndose de la transacción las acciones de esta última en otras empresas pertenecientes al mismo grupo económico que operan en Ecuador, y que son proveedores actuales de LETERAGO). Por este tipo de configuración, la operación de concentración económica tendrá como producto que el notificante ostentaría el control exclusivo del operador económico LETERAGO S.A.

Dada la exclusividad en el control, entender la forma de operación comercial del agente notificante resulta imprescindible para desarrollar los aspectos de fondo de la transacción y sus efectos, y por ende otorgar contexto entre la motivación del acto administrativo y las alegaciones impugnatorias.

- El operador económico DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA (DIFARE) S.A. es propietario y franquiciante de operadores económicos que operan como farmacias (a saber, Pharmacy's, Cruz Azul y Farmacias Comunitarias) con las que comercializa productos de consumo y especialidades farmacéuticas.
- Los agentes económicos DYVENPRO S.A., FRISIONEX CIA. LTDA., ASEGENSA S.A., IDELIFE CÍA. LTDA., DIST-GEN S.A., HUMALAB S.A., OFTALVIS S.A., tienen vinculación total (100%) con el adquirente por la forma de conformación societaria de estos, respecto de sus accionistas: Holding Grupo Difare Cía. Ltda., y Holding HCCG Cía. Ltda.

- Con la adquisición del 100% de las acciones del operador económico LETERAGO S.A., el notificante –de conformidad con los estatutos sociales de Leterago Holding Inc. y Mega Pharma Holding Uruguay S.A.- tendrá control exclusivo de la Junta General de Accionistas, y por ende el control total por parte del operador económico DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA (DIFARE) S.A..
- Por la forma de operación del mercado relevante frente a las características de la transacción y las actividades económicas de los agentes involucrados, esto es, la distribución mayorista de productos farmacéuticos a otros distribuidores o comercializadores, la concentración económica es –en un primer momento- de índole horizontal, lo que a su vez generará una complementación a manera insumo-producto de los servicios ofertados, suponiendo –como segundo momento- una integración vertical de: **i)** el mercado de distribución mayorista de productos farmacéuticos y el mercado de comercialización minorista (farmacias); y, **ii)** Leterago y Dyvenpro, por la representación de productos farmacéuticos que esta última distribuye para su comercialización en establecimientos farmacéuticos y centros de salud.
- En cuanto al volumen de negocios del notificante, la transacción supera el umbral de 200 mil remuneraciones básicas unificadas determinado en la letra a) del artículo 16 de la LORCPM, en un monto de 1.432.353.854,84.

En suma de lo expuesto, siendo que el sector farmacéutico para el Ecuador abarca, en su cadena de valor, tres eslabones: **a)** la producción/importación de productos farmacéuticos (conformado por laboratorios, importadores nacionales y extranjeros y casas de representación); **b)** la distribución/logística mayorista (conformado por agentes con capacidad de consolidación – bodegaje, transporte y entrega- de medicamentos ofrecidos por los operadores del eslabón que antecede); y, **c)** la comercialización minorista de productos farmacéuticos (conformado por los agentes de comercialización al consumidor o usuario final); encontraremos que la operación notificada, abarca o tiene incidencia en todos los eslabones referentes a productos farmacéuticos con prescripción medida y *over-the-counter*, sin receta; todo ello, tras la consecución de la operación de concentración económica, el operador económico LETERAGO pasará a ser controlado de forma directa y total por parte del operador económico DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA (DIFARE) S.A., formando parte de su grupo económico.

Siendo ese el ámbito general del procedimiento administrativo en estudio, se analizan:

## **8.1. VICIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO (EXPEDIENTE No. SCPM-IGT-INCCE-2022-020)**

### **8.1.1 Durante la prosecución del expediente se vulneró el derecho a la defensa del operador económico DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA (DIFARE) S.A.**

El recurrente alega que dentro del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INCCE-2022-135 se produjo una violación a su derecho a la defensa debido a dos temas:

**8.1.1.1 Negativa al acceso del operador económico DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA (DIFARE) S.A., a conocer los hallazgos y preocupaciones de la Intendencia.**

El impugnante señala que pese a haber solicitado, por múltiples ocasiones, la oportunidad de conocer las preocupaciones y hallazgos de la INCCE, ésta, le convocó a una reunión, apenas cinco (5) días antes de concluir la fase de investigación, con lo cual, debido al corto tiempo transcurrido entre la reunión y la finalización de la investigación, se le cerró las puertas para pronunciarse sobre tales preocupaciones y hallazgos. Indica, además, que le fue negada la posibilidad de conocer los resultados finales del análisis de la INCCE puesto que se les notificó con el extracto no confidencial del informe con edición de información trascendental para ejercer su derecho a la defensa. Esto último contradice lo que el recurrente mantiene en cuanto a la violación de confidencialidad por información contenida en dicho extracto.

Se parte por esclarecer que, en mandato normativo, el procedimiento de notificación obligatoria previa de operaciones de concentración económica regulado en el artículo 36 del Instructivo de Gestión Procesal de la SCPM no contempla la obligatoriedad de la INCCE de comunicar los avances o resultados preliminares de la investigación al operador notificante, aun cuando el administrado está en posibilidad de acceder al expediente administrativo en cualquier momento durante su sustanciación, sin embargo, como bien señala el operador económico DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA (DIFARE) S.A., la Intendencia le convocó a una reunión de trabajo para presentar los resultados obtenidos en la investigación y las preocupaciones generadas de la transacción propuesta.

Como indica el recurrente, existieron varias reuniones entre el operador económico y la INCCE, siendo la última la del 22 de junio de 2022, es decir cinco (5) días antes del cierre de la fase de investigación, por ende de la remisión del informe a la CRPI para la resolución. La INCCE, dentro del término de investigación establecido en la Ley, presentó a la CRPI el informe – no vinculante – para que ésta se pronuncie con una decisión respecto a la concentración económica.

En la etapa de resolución, con fecha 05 de julio de 2022, el operador económico DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA (DIFARE) S.A., rechazó el contenido del informe de la INCCE; posteriormente, con escrito ingresado el 08 de julio de 2022 presentó una serie de medidas para mitigar las preocupaciones contenidas en dicho informe y, el 22 de julio de 2022, presentó un documento con consideraciones respecto del Informe SCPM-IGT-INCCE-2022-020 de la INCCE. Todo lo cual fue evaluado por la CRPI previo a la emisión de la resolución. Por ende, se observa que, pese a no existir obligatoriedad de comunicar las preocupaciones, antes del cierre de la fase de investigación, la INCCE lo hizo y, en la etapa de resolución, el operador económico DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA (DIFARE) S.A., tuvo oportunidad de oponerse al informe y alegar sobre las preocupaciones contenidas en el mismo; alegaciones que valga la redundancia fueron expuestas ante el órgano resolutor.

El recurrente –en adición- ha indicado que existe vulneración del derecho a la defensa por conocer un extracto del informe de la INCCE, que presenta *“rangos de participación y con la edición de información trascendental para ejercer su adecuada defensa”*, impidiéndole *“conocer los resultados finales del ejercicio de análisis realizado por la Intendencia”*

En cuanto a ello, es necesario puntualizar:

**a)** Como aspecto específico que, con relación a la aproximación de cuotas de participación e información propia del artículo 6 del Instructivo para el Tratamiento de la Información dentro de la SCPM, toda información relacionada con el nivel de producción e ingresos del operador económico es confidencial. En este sentido, el uso de intervalos representa un ejercicio válido al momento de exponer cuotas de participación, en tanto permite al administrado conocer los resultados de cualquier estimación realizada por la Intendencia, cuidando a su vez la reserva y confidencialidad de la información empleada; y,

**b)** Como aspecto general, en lo referente al ejercicio del derecho a la defensa que, si de la actuación administrativa se logra comprender el alcance y sentido de las conclusiones a las que llega la autoridad administrativa, es decir si resulta inteligible la voluntad administrativa, se ha facultado el pleno derecho de acceso al expediente y del derecho a la defensa; pues en materia de Derecho de la Competencia, ya se prevé que no existe vulneración alguna al mismo si no se tiene acceso íntegro al expediente, toda vez que en dicho acceso se debe respetar los intereses legítimos de confidencialidad de la información misma, sea de los partícipes en el procedimiento administrativo o de información recopilada por la administración tratada bajo la confidencialidad por los criterios del referido artículo 6 del Instructivo. De lo anterior, se puede comprender que, el administrado sólo puede tener acceso a los datos o documentos confidenciales que sean estrictamente necesarios para el ejercicio de su derecho de defensa, la cual –en la especie- se garantizó por el uso de intervalos, bases, cuadros, tablas, etc.

Por lo anterior, en primer término, cabe analizar el objeto de la reunión a la que el operador económico DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA (DIFARE) S.A. fue convocado el 22 de junio de 2022. En este sentido, la INCCE tiene competencia sustanciadora hasta el cierre de la fase de investigación, momento en el cual emite una actuación procedimental producto de la misma, con la cual se pronuncia de sus hallazgos. Las reuniones de trabajo que se mantenga con el administrado, no constituyen elementos ajenos al procedimiento y ese pronunciamiento final; así la referida reunión no privó al administrado de una defensa respecto del fondo decisonal, cuando el acceso al expediente administrativo (y sus actuaciones) estuvo plenamente garantizado, no siendo una reunión de trabajo una actuación decisoria para el procedimiento, pues el derecho de petición del administrado se encontraba abierto por vías varias. Se recuerda y recalca que, desde el inicio de la etapa de sustanciación el administrado puede petitionar a la autoridad instructora actuaciones y/o pronunciamientos (tal como lo planteó en el escrito de 08 de junio de 2022, cuyo anexo presenta un nuevo estudio económico realizado por la consultora AlephOmega en el que se reconoció como improcedente la imposición de medidas estructurales y cuyo texto se analizó en el informe SCPM-IGT-



INCCE-2022-020), así como, en la etapa de resolución, el operador ya contaba con el extracto no confidencial del informe en el cual constan tales preocupaciones.

Analizando lo anterior, siendo que la CRPI conoció la posición del operador económico notificante y evaluó sus consideraciones respecto al informe de la INCCE, en el procedimiento no se han encontrado peticiones o insinuaciones del administrado desatendidas, respecto de las cuales se pueda mocionar afectación al derecho a la defensa.

#### **8.1.1.2 Violaciones durante la fase de investigación (Principio de oportunidad en órdenes procesales)**

El operador económico DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA (DIFARE) S.A., en su recurso de apelación, manifiesta que, dentro de la fase de investigación, existió demora en la entrega y negativa de la INCCE en trasladar información. Al respecto menciona tres escritos ingresados que no fueron puestos en su conocimiento de manera oportuna. Estos son:

##### ***a) Estudio económico presentado por el operador económico Asociación de Laboratorios Farmacéuticos (ALAFAR)***

De la revisión del expediente se desprende que el **10 de marzo de 2022**, ALAFAR presentó un estudio económico denominado “Estudio de operación de concentración económica en el mercado farmacéutico DIFARE-LETARGO”, al que se le asignó el número de trámite Id. 230146. Mediante providencia de **12 de abril de 2022**, a las 13h00, la INCCE agregó el escrito al expediente, declaró la confidencialidad de la información contenida en el mismo y solicitó a dicho operador que remita un extracto no confidencial del estudio. En providencias de 05 de mayo de 2022, a las 14h55, de 12 de mayo de 2022, a las 15h40 y de 30 de mayo de 2022, a las 14h45, la INCCE insistió en el requerimiento del extracto, frente a lo cual, por medio de escrito presentado el **02 de junio de 2022**, ALAFAR solicitó la desclasificación de la información. Finalmente, con providencia de **07 de junio de 2022**, a las 15h15, la INCCE negó la desclasificación de la información, agregó al expediente el extracto no confidencial elaborado por funcionarios de la Intendencia y dispuso correr traslado del extracto no confidencial del estudio a DIFARE S.A.

De lo revisado anteriormente, se desprende que:

- La INCCE agregó el escrito de ALAFAR más de un mes después de presentado.
- El traslado de la información a DIFARE S.A. ocurrió casi tres meses después de su presentación y veinte días antes del cierre de la etapa de investigación.
- La INCCE –de oficio- consideró que el estudio económico presentado por ALAFAR contiene información sensible proveniente de fuentes que no son públicas, razón por la cual declaró de oficio el carácter confidencial de la misma.

- Previo a trasladar el estudio al operador económico DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA (DIFARE) S.A., la INCCE solicitó reiteradamente al titular de la información que remita un extracto no confidencial.
- En la providencia que declara la confidencialidad, ni en actuaciones posteriores, se dispuso que un funcionario elabore el extracto no confidencial, por lo que se observa un incumplimiento de lo dispuesto el art. 11.2 del Instructivo para el Tratamiento de la Información dentro de la SCPM que señala: “[...] Cuando la autoridad requiera declarar de oficio la confidencialidad de la información deberá observar lo siguiente: [...] 2. Que en la actuación administrativa con la que la autoridad califica la confidencialidad de la información, disponga a uno de los servidores, la elaboración del extracto no confidencial.”.
- Pese a que ALAFAR solicitó la desclasificación de la información, la INCCE consideró que debía mantenerse el carácter confidencial de la misma y, en la providencia que niega la desclasificación, agrega al expediente el extracto no confidencial elaborado por la INCCE y corre traslado con el mismo al operador económico DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA (DIFARE) S.A.

**Conclusión:** La INCCE no atendió oportunamente el escrito presentado por ALAFAR, pues lo agregó un mes después de ingresado y, con el objeto de salvaguardar la confidencialidad de la información, no lo trasladó al operador económico DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA (DIFARE) S.A. hasta contar con el extracto no confidencial. El inconveniente radica en que DIFARE S.A. tenía derecho a conocer la información presentada por ALAFAR de manera oportuna y no se podía transgredir tal derecho por encontrarse a la espera de que este operador remitiera el extracto.

***b) Observaciones al informe económico de DIFARE S.A. elaborado por la consultora Humboldt Management presentado por el operador económico CORPORACIÓN GRUPO FYBECA GPF.***

Con fecha 19 de mayo de 2022, GPF presentó un escrito identificado, dentro del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INCCE-022-21, con número de trámite Id. 237621, el cual fue agregado al expediente mediante providencia de 30 de mayo de 2022, a las 14h45. Con dicha providencia se corrió traslado al operador económico DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA (DIFARE) S.A., por considerar pertinente que el operador económico conozca la información y, de creerlo pertinente, presente observaciones.

Si bien los términos para la atención de escritos no constan regulados, en consideración de la carga laboral y de sustanciación, no se observa que la demora de siete (7) días término denote una deficiencia en la sustanciación y no vulnera el derecho a la defensa, tanto más que el operador económico desde el 30 de mayo de 2022, tuvo conocimiento del referido informe y contó con tiempo suficiente para realizar alegaciones hasta el 27 de junio de 2022.

**c) Opinión del Dr. Carlos Mena Labarthe.**

Con fecha 09 de junio de 2022, GPF ingresó la opinión formulada por el Dr. Carlos Mena Labarthe, identificada con Id. No. 239532, misma que contiene conclusiones sobre la transacción notificada por DIFARE. La información agregada no fue considerada como confidencial por la INCCE (tampoco se solicitó que se declare la confidencialidad), por lo que mediante providencia de 16 de junio de 2022, se agregó al expediente y corrió traslado a DIFARE S.A.

Se observa que la demora en el traslado del escrito es de cinco (5) días, lo cual no se consideraría a priori una deficiencia en la atención del escrito, sin embargo, hay que tomar en cuenta que la fase de investigación se cerró el 27 de junio de 2022, por tanto la INCCE debió haber puesto en conocimiento de DIFARE S.A. tal información con mayor agilidad.

**8.1.2.- De la violación al deber de secreto, confidencialidad y reserva.-**

- De la confidencialidad en el expediente administrativo.
  - De las ordenes procedimentales, el apelante indica: “[...] 3.3. *A lo largo del proceso de investigación y resolución, se vulneró el deber de confidencialidad y reserva de la información de Difare. Las violaciones al deber de confidencialidad y reserva en el expediente fueron incrementando con el pasar de los meses, y alcanzaron su cumbre el 13 de julio de 2022, cuando la Intendencia atendió un requerimiento de GPF/Fybeka de 6 de julio de 2022, para que se le conceda copias simples, digitales de los documentos incorporados a la parte pública del expediente entre el 25 de febrero de 2022 y 1 de julio de 2022, incluyendo el informe de recomendación de la Intendencia.*

*Al atender este requerimiento, en su providencia de 13 de julio de 2022, la Intendencia dispuso [...] la apertura de un término de 2 días para revisar la información declarada con carácter confidencial dentro del expediente (a fin de sentar una razón de revisión de confidencialidad). Frente a esta intención de entregar copia del referido informe “no confidencial” notificado a Difare el 27 de junio de 2022, que contiene información altamente confidencial, sensible, y estratégica, la compañía presentó, el 14 de julio de 2022, con ID 244684, una impugnación formal a la entrega de información a GPF/Fybeka, cuyo argumento de fondo reproducimos a continuación:*

*“En relación a lo dispuesto por el numeral 3.1. de la referida providencia y la disposición de revisar la información confidencial del referido informe, solicito **que previo a entregar** a un operador económico competidor un informe que contiene en su mayoría información sensible y estratégica de la compañía notificante y de la entidad a ser adquirida, **solicito se sirva SUSPENDER la entrega de cualquier información hasta tanto no se corra traslado con la versión confidencial de dicho***

***informe a Difare** para que tenga la oportunidad de revisar y aprobar que dicho documento no contenga información cuya difusión pública pueda generar un gravamen y perjuicio irreparable a la compañía, cuya responsabilidad es de la Autoridad que eventualmente autorice su entrega.”*

*[...]*

*Resulta dramático conocer que una Autoridad ignora su propia disposición del numeral 3.2. y entregó al principal competidor de Difare, un informe que contiene información altamente sensible, estratégica y confidencial de la compañía e inobservó todas las normas básicas de derecho administrativo aplicables al expediente. Frente a esta muy cuestionable filtración de información comercialmente sensible, estratégica y confidencial, Difare solicitó a la Intendencia el 18 de julio de 2022 que justifique los motivos por los cuales entregó copias de un informe altamente sensible y confidencial, previo a extraer la información confidencial que la propia Intendencia había dispuesto en su numeral 3.2., frente a lo cual la Intendencia entregó a Difare la constancia de entrega del informe del cual destaca nuevamente que GPF fue notificada el 13 de julio de 2022 a las 17h12, reflejando que a Difare jamás le fue otorgado un término para impedir o impugnar dicha entrega de información, pues esta ocurrió 3 minutos después de que Difare recibió la providencia a las 17h09 [...]” (Énfasis original reemplazado)*

De la argumentación presentada por el recurrente a este respecto, valga la pena puntualizar que la petición –antes reproducida- del escrito de 14 de julio de 2022, signado con número de trámite ID 244684, refería a la suspensión de la entrega de información mientras el administrado no tuviera acceso a la versión total (o confidencial) del Informe SCPM-IGT-INCCE-2022-020, lo cual –a luces de la verdad procesal- no podía suceder al encontrar el límite de lo normado en el artículo 6 del Instructivo para el Tratamiento de la Información<sup>3</sup>, toda vez que el informe contiene –sin ser necesario especificar a detalle- información que se encasilla en varios de los numerales de la norma, para cuyo efecto, a fin de otorgar la visión administrativa y resultar inteligible al administrado efectúa intervalos, aglomeraciones, agregaciones, aproximaciones, extractos, etcétera, los mismos que refleja en la versión parcial (no confidencial) del informe que se da a conocer a los administrados, acorde ha sido expuesto anteriormente, versión que es suficiente para el análisis y contradicción del operador económico.

Conforme lo dicho, resulta improcedente la alegación de vulneración cuando la petición del administrado estaba condicionada a un imposible, haciendo que no pueda valorarse como vulneradora al deber de confidencialidad, pues no se encuentra del expediente administrativo, la indicación e identificación opositora de los administrados objeto de la operación de concentración económica, de qué partes o qué información propia podría causar un daño o

---

<sup>3</sup> Resolución No. SCPM-DS-2020-41, Registro Oficial 333 de 19 de noviembre de 2020; reformada en Resolución No. SCPM-DS-2020-53 de 21 de diciembre de 2020.

perjuicio, afectar la posición competitiva u otorgar una ventaja significativa para un competidor, conforme mandan los numerales 3 al 6<sup>4</sup> del artículo 7 de referido Instructivo, no cumpliendo con este objeto las alegaciones genéricas que hayan podido ser expresadas.

En tal sentido, siendo que a través de las actuaciones procedimentales respecto al acceso a la versión no confidencial del informe, no existen ordenes de providencias con declaración de confidencialidad que hayan sido vulneradas por la autoridad que las dispuso y la CRPI que las conoció en su expediente, resulta incompatible con esta verdad procesal el haber incumplido con lo previsto en los artículos 47, y 48 de la LORCPM, 3 del RLORCPM, 6 LOTAIP, 545 COESCCI (INGENIOS) y 5 del Instructivo para el Tratamiento de la Información de la SCPM.

También, en cuanto al deber referido, expone la concesión de una copia simple del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INCCE-022-2021 al operador económico GPF el 13 de julio de 2022. De la revisión del expediente se observa que mediante escrito presentado 06 de julio de 2022, al cual se le asignó el trámite ID 241926, GPF solicitó que se le conceda copias simples en formato digital del expediente administrativo en el período comprendido entre el 25 de febrero de 2022 y el 01 de julio de 2022.

Mediante providencia de 13 de julio de 2022, a las 16h40, se dispuso:

**“3.1. CÓNCEDASE** una copia simple digital del expediente SCPM-IGT-INCCE-022-2021, sustanciado a partir del 25 de febrero de 2022 hasta el fin de sustanciación, esto es, 27 de junio de 2022, a excepción de la información declarada como confidencial dentro del mismo, y una copia simple digital de la versión no confidencial del Informe SCPM.IGT-INCCE-2022-020, de 27 de junio de 2022, el cual consta en el número de anexo 446161 del trámite interno ID. 241123. **3.2.** Para efectos de la entrega de las copias concedidas del expediente, se dispone a la Secretaria de Sustanciación que, en el término de dos (2) días, revise la información declarada con carácter confidencial dentro del presente expediente, a fin de sentar razón de la dispuesta revisión de confidencialidad, y, en caso de ser necesario, realice las debidas diligencias para proteger la información sensible que no ha sido difundida a terceros conforme lo establecido en el Instructivo para el Tratamiento de la Información dentro de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. **3.3. ÍNFORMESE** al operador económico CORPORACIÓN GRUPO FYBECA GPF que una vez que la Secretaria de

---

<sup>4</sup> “Artículo 7.- Información que no debe ser considerada como confidencial.- Atendiendo siempre a las circunstancias de cada caso concreto, y considerando el deber de motivación, no debería ser considerada como confidencial, la siguiente información: [...]”

3. Aquella información que no refleje la estrategia empresarial de la empresa, aunque no se trate de información pública.

4. Aquella información sobre la que no quede justificado el perjuicio que puede causar al operador económico interesado.

5. Valoraciones o descripciones efectuadas con base en el conocimiento general del mercado.

6. Las estimaciones internas realizadas por los operadores económicos, por ejemplo, sobre la actividad de sus competidores, en la medida en que el operador económico no explique cuál es la fuente ni el método de trabajo con el que ha elaborado dichas estimaciones.”

*Sustanciación siente razón de la revisión de la información declarada con carácter confidencial, se señalará la fecha y hora de entrega de las copias concedidas.” (El énfasis corresponde al texto original).*

Frente a la citada providencia, por medio de escrito presentado el 14 de julio de 2022, a las 12h09, identificado con número de trámite Id. 244648, el operador económico DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA (DIFARE) S.A., solicitó:

*“SUSPENDER la entrega de cualquier información hasta tanto no se corra traslado con la versión confidencial de dicho informe a Difare para que tenga la oportunidad de revisar y aprobar que dicho documento no contenga información cuya difusión pública pueda generar un gravamen y perjuicio [...]*

Posteriormente, la INCCE, con providencia de 15 de julio de 2022, a las 17h15, señaló:

*“SEGUNDO: [...] en ningún momento esta intendencia concedió a CORPORACIÓN GRUPO FYBECA S.A. GPF copias de **la versión confidencial** del Informe SCPM-INCCE-2022-030, de 27 de junio de 2022, signado con número de trámite interno ID 241122, el cual inclusive no fue puesto en conocimiento del operador económico notificante por haber sido declarado como confidencial por contener información sensible de conformidad con al (sic) Instructivo para el Tratamiento de la Información dentro de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Además, se informa al operador económico que el 13 de julio de 2022, se **entregó únicamente** a CORPORACIÓN GRUPO FYBECA S.A. GPF el extracto no confidencial del Informe SCPM-IGT-INCCE-2022-020, de 27 de junio de 2022, del cual el operador económico no ha presentado observación alguna, a pesar de haber sido notificado con el mismo el 27 de junio de 2022.”* Negrillas añadidas.

De lo anterior, se evidencia estricto cumplimiento a la providencia de 13 de julio de 2022, acápites 3.2. y 3.3. por parte de la secretaria de sustanciación, pues, tal como se desprende del medio de verificación que consta en el expediente -y tal como señaló la INCCE en su providencia de 15 de julio de 2022- al operador económico GPF se le remitió una copia del extracto no confidencial del Informe SCPM-IGT-INCCE-2022-20 anexo a la notificación de la providencia de 13 de julio de 2022, realizada el 13 de julio de 2022 a las 17h12 por medio de correo electrónico, más no se le entregó copias del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INCCE-022-2021. La entrega de dichas copias se encontraba condicionada al cumplimiento del acápite 3.2. de la providencia del 13 de julio de 2022, lo cual fue cumplido, puesto que, conforme consta en el expediente, la razón actuarial fue sentada el 15 de julio de 2022 y se agregó mediante providencia de 20 de julio de 2022, a las 17h10.

En este contexto, conforme se ha evidenciado, no existiría violación a la confidencialidad por la entrega del extracto no confidencial a un tercero. Tampoco se observa que existió un incumplimiento a la ejecución de la disposición dada por el Intendente.



- **En cuanto a la presunta reproducción de secciones confidenciales plasmadas en el extracto no confidencial del Informe No. SCPM-IGT-INCCE-2022-020:**

Se parte por indicar que, la necesidad de declarar la confidencialidad de la documentación que obra en un expediente en el marco de control de concentraciones económicas, radica en el acceso que a esa información vayan a tener los interesados en el procedimiento, pues tratándose de esta materia (concentraciones económicas) no existe el carácter de reserva de la información, sino el de carácter público y el confidencial como límites opuestos.

Sabiéndose que, en el apartado que desarrollamos, nos encontramos ante información cuyo carácter de confidencial fue dispuesto por orden procedimental dentro del expediente administrativo, cabe diferenciar que el vicio de vulneración al deber de confidencialidad planteado por el recurrente refiere a que la información –identificada por párrafos del Informe de la INCCE- mantiene ese carácter al: **a)** no resultar accesible públicamente por cualquier persona; **b)** tener carácter sensible; y, **c)** haber sido declarada como tal dentro del expediente.

Así las cosas, siendo que el concepto “confidencial” es una concepción jurídica indeterminada, debiendo atender a las circunstancias del caso concreto para establecer si una información tiene o no ese carácter, la vulneración al estado de confidencialidad se debe hacer en un **TRIPLE ANÁLISIS**: **i)** determinar si se trata de un documento que contenga datos cuyo conocimiento pueda efectivamente causar un perjuicio significativo (es decir, ser de aquellos identificados en los numerales del artículo 6 del Instructivo para el Tratamiento de la Información de la SCPM); **ii)** si tratándose de datos del literal anterior, estos han tenido difusión o resulten de fácil acceso al público (propios de los numerales 1 y 2 del artículo 7 del ITI<sup>5</sup>), perdiendo –en consecuencia- en gran medida la justificación de que de la difusión en el marco del expediente puede derivarse dicho perjuicio; y, **iii)** si se trata de datos que, aun pudiendo causar un perjuicio y no habiendo sido difundidos, son necesarios para fijar los hechos o entender el análisis y la valoración objeto del procedimiento (contexto jurídico y económico).

Del punto iii anteriormente señalado, cabe identificarse que la confidencialidad no puede convertirse en un impedimento para la determinación –entre otros- del o los mercados relevantes, el examen de los hechos o la evaluación de la transacción, en el sentido de que no procedería declarar confidencial información que contuviese data necesaria para determinar un requisito intrínseco objeto del expediente. Por tanto, la administración bien puede -sin develar el contenido exclusivo de la información declarada confidencial- incluir en los documentos administrativos referencias genéricas y agregadas a dicha información para fundamentar la postura administrativa. De igual forma, no debe declararse confidencial la información que permite comprender el análisis efectuado por el órgano instructor en el procedimiento de control de concentraciones, especialmente cuando en el mismo se ponen de manifiesto cuestiones que puedan suponer riesgos para el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados

---

<sup>5</sup> Excluyéndose del análisis los numerales 3 y 4, al no poder encasillarse en el primer momento de análisis.

afectados o existen elementos informativos que no pueden ser considerados como accesorios a la operación.

De los párrafos que competen a esta sección, su análisis se los hará en una clasificación por grupos según sus caracteres específicos. Se puntualiza que, la justificación de la existencia de un “perjuicio significativo” provocado por la divulgación de la información susceptible de ser considerada confidencial por su naturaleza, debe ser realizada específicamente, es decir, sin que puedan utilizarse argumentaciones genéricas y de carácter global aplicables a la totalidad de documentos. En ese orden de ideas, partiendo de lo señalado por el recurrente, encontramos:

- ❖ Párrafos del extracto no confidencial del Informe SCPM-IGT-INCCE-2022-20 que el apelante alega que contienen descripciones, rangos, análisis de la Intendencia y datos “no accesible generalmente”:

184, 192, 193, 201, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 214, 215, 216, 233, 234, 245, 246, 254, 257, 283, 284, 285, 288, 303, 319, 321, 326, 327, 330, 349, 359, 366, 423, 514, 515, 516, 517, 518, 519, 520, 521, 522, 523, 524, 525, Anexo 1 y Anexo 2.

Conforme se constata de la fundamentación que el recurrente ofrece de cada uno, no se encuentra una indicación objetiva y particular por la que existiría “perjuicio significativo” en la presunta divulgación, cuanto más en el triple análisis se identifica que, en el primer momento, la información de los mismos, se encasilla en varios de los numerales del artículo 7 del Instructivo para el Tratamiento de la Información de la SCPM, en razón de lo cual, no existe vulneración a la confidencialidad, por no tener o responder a ese carácter. Así como, se observa que varias citas constantes en el Informe, y que son objeto de la acusación del recurrente, no fueron declaradas con el carácter de confidencial; también, varios de los párrafos acusados responden a aseveraciones, conjeturas, conclusiones preliminares y criterios propios de la INCCE. En consecuencia, las alegaciones carecen de sustento respecto de un cargo vulnerador al estándar de confidencialidad.

- ❖ Párrafos del extracto no confidencial del Informe SCPM-IGT-INCCE-2022-20 que el recurrente indica contienen información declarada confidencial:

**Párrafo 147:** en este párrafo consta una cita de la información del estudio económico elaborado por la consultora AlephOmega, presentado por DIFARE S.A. mediante escrito ingresado el 29 de noviembre de 2021, identificado con trámite No. 217338. Dicho escrito y sus anexos fueron agregados al expediente en el acápite 2.11 de la providencia de 16 de diciembre de 2021, a las 16h30. En el expediente consta el extracto no confidencial del estudio económico, con Id. 217338, anexo 399071, que fue aprobado mediante oficio No. SCPM-IGT-INCCE-2021-083 de 01 de diciembre de 2021. En dicho extracto no está eliminada la cita de la información contenida en el párrafo 147, por tanto no se viola la confidencialidad en su naturaleza, ni se ha irrespetado la orden procedimental dispuesta por la INCCE.

**Párrafo 162:** Adjunto al formulario de notificación de la concentración económica, DIFARE presentó un informe del consultor económico AlephOmega, cuyo extracto no confidencial consta aprobado en el literal a) del oficio SCPM-IGT-INCCE-2021-083 de 01 de diciembre de 2021. Los argumentos citados en este párrafo no fueron declarados confidenciales, pues constan en el extracto no confidencial del informe de AlephOmega, identificado con trámite Id. 217338, anexo 399071, por tanto no se viola la confidencialidad.

**Párrafo 164:** LETERAGO S.A. presentó un escrito con la información de la compañía IQVIA el 29 de abril de 2022, identificado con id. 236146, anexo 435680. Se agregó al expediente en providencia de 30 de mayo de 2022 y se aprobó la solicitud de confidencialidad. El extracto no confidencial del escrito identificado con id. 241098, anexo 446095 fue aprobado mediante providencia de 27 de junio de 2022, a las 17h15. En el extracto no confidencial del informe final se presenta un análisis de la Intendencia sin datos precisos declarados confidenciales, pues se señala solamente rangos, por tanto no se viola la confidencialidad.

**Párrafo 286:** La información confidencial eliminada del presente párrafo, mantiene una nota al pie de página en la cual, conforme se puede observar de su extensión, no compagina con el monto en dólares de este último, no existiendo vulneración cuando “dicha cifra” no responde a la confidencialidad dispuesta procedimentalmente. Sobre este particular punto téngase en cuenta que, el valor reflejado en el pie de cita, frente al rubro tachado en el texto principal, no puede ser revertido en una operación matemática para identificar el mismo, pues en dicho contexto no se aporta de información que ubique la determinación total. En suma, no existe vulneración del deber de confidencialidad.

**Párrafo 395:** Se reproduce información del documento “Mercado ecuatoriano” de IQVIA presentado mediante escrito identificado con id. 236006, anexo 435403, el 29 de abril de 2022. Dicho documento fue declarado confidencial en providencia de 30 de mayo de 2022, a las 14h45, acápite 3.2. En esa providencia se dispuso a un funcionario de la INCCE que elabore el extracto no confidencial. Dentro del expediente se encuentran los extractos cuya elaboración fue dispuesta mediante providencia de 30 de mayo de 2022 mismos que están identificados con número de trámite 241098 y fueron agregados al expediente en providencia de 27 de junio de 2022, a las 17h15, acápite 1.8. De los cinco anexos contenidos en el trámite No. 241098, ninguno corresponde al del documento Mercado ecuatoriano de IQVIA. Sin embargo, hay que considerar que en el extracto no confidencial del informe de la INCCE se elimina información sensible, como números y porcentajes, por tanto no se viola confidencialidad.

**Párrafo 417:** DIFARE S.A. presentó un escrito el 12 de mayo de 2022 identificado con Id. 236980. Su confidencialidad fue declarada mediante providencia de 30 de mayo de 2022, a las 14h45, acápite 8.1. El extracto no confidencial del escrito está identificado con Id. No. 241098 y fue agregado al expediente mediante providencia de 27 de junio de 2022, a las 17h15, acápite 1.8. En el párrafo 417 se reproduce un análisis obtenido de la información presentada mediante el escrito ingresado el 12 de mayo de 2022, mas no se señala datos exactos declarados confidenciales.

**Párrafo 435:** No se reproduce información confidencial sino que se expone un análisis de la información presentada el 29 de abril de 2022, identificada con Id. 236006. Dicha información fue declarada confidencial mediante providencia de 30 de mayo de 2022, a las 14h45 y el extracto no confidencial identificado con Id. 241098, anexo 435403 fue aprobado en providencia de 27 de junio de 2022.

**Párrafo 499:** DIFARE S.A. ingresó un escrito el 08 de junio de 2022, identificado con Id. 239384, mismo que fue declarado confidencial en providencia de 09 de junio de 2022, a las 14h35, acápite 2.2.a El extracto no confidencial del escrito está identificado con Id. 444431 y fue aprobado con providencia de 21 de junio de 2022, 10h52, acápite 2.1.a. En el párrafo 499 se reproduce información del extracto no confidencial, por tanto no se viola la confidencialidad.

**Párrafo 500:** DIFARE S.A. ingresó un escrito el 08 de junio de 2022, identificado con Id. 239384, que contenía un informe del consultor AlephOmega como anexo. Dicho anexo fue declarado confidencial en providencia de 09 de junio de 2022, a las 14h35, acápite 2.2.b. El extracto no confidencial del anexo del escrito de 08 de junio de 2022 está identificado con Id. 444432 y fue aprobado con providencia de 21 de junio de 2022, 10h52, acápite 2.1.b. En el párrafo 500 se reproduce información del extracto no confidencial, por tanto no se viola la confidencialidad.

❖ Párrafos que merecen un análisis por separado

**Párrafos 194 y 195:** si bien en el párrafo 193 consta un cuadro con censura, por contener información confidencial de los cantones en los que DIFARE S.A registra establecimientos propios y franquiciados, en el párrafo 194 se presenta otro cuadro en el que se plasma de manera agregada parte de la información del cuadro que le antecede. La información fue ingresada mediante escrito con Id. No. 229716, el 07 de marzo de 2022 y fue declarada confidencial mediante providencia de 12 de abril de 2022, a las 13h00, acápite 8. Mediante providencia de 27 de junio de 2022, a las 17h15, acápite 1.3, se agregó el extracto no confidencial de la información de DIFARE, identificado con Id. 241090, el cual no muestra las provincias, ciudades ni cantones en donde se ubican los establecimientos.

Ahora bien, siendo que para los fines de determinación del mercado relevante, en el componente del mercado geográfico, esta información se requiere para comprender: el análisis efectuado; los mercados alcanzados por la operación; y, los elementos informativos que no pueden ser considerados como accesorios a la operación, no puede determinarse que exista vulneración de la confidencialidad de la información. Así mismo, la identificación por cantones no revela información puntual o exacta de la ubicación de los establecimientos farmacéuticos, tanto más que, la presencia por cantones de esos establecimientos puede conocerse a través de herramientas de búsqueda de ubicaciones geolocalizadas mediante internet.

En suma de lo expuesto, téngase presente que la referida información no se corresponde con los escenarios del artículo 6 del ITI, y se excluye del mismo por pertenecer al artículo 7 del Instructivo ibídem.

**Párrafo 213:** Vinculado con los párrafos 193, 194 y 195, se reproduce la participación cantonal de DIFARE S.A., empero, la misma hace referencia a la información en contexto de la determinación de la sección 8 del Informe, correspondiente a las “cuotas de mercado e indicadores de concentración”, es decir, elementos informativos que no pueden ser considerados como accesorios a la operación, y constituyendo una información agregada en rangos.

Con relación a esto último, la aproximación de cuotas de participación en rangos de +/-10% se efectuó atendiendo el numeral 3 del artículo 6 del Instructivo para el Tratamiento de la Información dentro de la SCPM, por tratarse de toda información relacionada con el nivel de producción e ingresos del operador económico, plasmando los rangos o intervalos como ejercicio para exponer las cuotas de participación, en tanto permite al administrado entender el proceso motivacional de la actuación, y conocer los resultados de cualquier estimación realizada por la Intendencia, cuidando a su vez la reserva y confidencialidad de la información empleada; por lo que no puede determinarse la existencia de una vulneración de la confidencialidad.

**Párrafo 324:** se reproduce información del documento “Mercado ecuatoriano” de IQVIA presentado mediante escrito identificado con id. 236006, anexo 435403, el 29 de abril de 2022. Dicho documento fue declarado confidencial en providencia de 30 de mayo de 2022, a las 14h45, acápite 3.2. En esa providencia se dispuso a un funcionario de la INCCE que elabore el extracto no confidencial. Dentro del expediente se encuentran los extractos cuya elaboración fue dispuesta mediante providencia de 30 de mayo de 2022 mismos que están identificados con número de trámite 241098 y fueron agregados al expediente en providencia de 27 de junio de 2022, acápite 1.8. De los cinco anexos contenidos en el trámite No. 241098, ninguno corresponde al del documento Mercado ecuatoriano de IQVIA.

Y, finalmente **Párrafo 139 (vinculado al párrafo 200):** de la revisión de las piezas procesales del expediente de investigación se observa que con fecha 25 de abril de 2022, DYVENPRO S.A. presentó un escrito identificado con el número de trámite Id. 235576, en el que consta información respecto a cuotas de participación en USD, desagregado por ATC04, dentro del mercado de comercialización en donde opera la compañía, con base a los productos reportados en el escrito de 31 de marzo de 2022 y referente a los márgenes netos de utilidad por producto. En el mismo escrito, DIVENPRO S.A. solicitó que la información sea declarada confidencial.

En providencia de 03 de mayo de 2022, a las 14h45, la INCCE agregó el escrito y declaró la confidencialidad de la información presentada. Mediante providencia de 27 de junio de 2022, se agregó al expediente el extracto no confidencial identificado con el número de trámite Id. 241096. En el párrafo 139 del extracto no confidencial del Informe consta el cuadro No. 11 de los productos farmacéuticos de DYVENPRO S.A en Ecuador, reflejando información censurada en el extracto no confidencial del escrito. De estos párrafos en particular, para el estudio de confidencialidad se ha encontrado:

El cuadro No. 11 del Informe SCPM-IGT-INCCE-2022-020, contiene información referente al mercado de producto (ubicación contextual propia dentro del informe), el mismo que se plasma en el acto de simple administración por el mandato del artículo 5 de la LORCPM, en lo referente al bien materia de la operación de concentración.

A los fines de aproximar el grado de sustituibilidad desde la demanda entre productos farmacéuticos involucrados en una concentración, la SCPM -como otras autoridades de competencia- utiliza el sistema de clasificación de los medicamentos denominado clasificación “Anatómica Terapéutica Química” (“ATC”, por sus siglas en inglés), así como -en un ejercicio motivacional más amplio, conforme se puede constatar del propio informe, párrafos 134 al 137- de la clasificación anatómico terapéutica química denominada “European Pharmaceutical Market Research Association” (EphMRA), manejada –entre otras- por la firma global especializada IQVIA;

Si bien existe orden procedimental expresa, que declara con el carácter confidencial la información presentada por el operador económico DYVENPRO mediante escrito de 25 de abril de 2022, signado con número de anexo 434446 del número de trámite interno ID 235576, esta información comprende lo siguiente: venta neta, valores del mercado, participación, tipo de producto, segmento, tipo de medicamento, código ATC (no contiene la denominación del ATC) y margen de utilidad. En razón de este universo informativo que la constituye, la INCCE agregó la información identificando el código ATC- EphMRA y su denominación en la versión plasmada en el Informe.

Conforme se ha identificado en el apartado inicial, el triple análisis constituye una herramienta motivacional para establecer si una información tiene o no el carácter de confidencial, y por ende si existe vulneración a ese estado, en cuya práctica –en la especie- se identifica:

- Respecto del carácter de confidencial, este se constituye en lo referente al contenido total del anexo No. 434446 del ID 235576, y por ende se protege el estado de confidencialidad de esa información desagregada. El extracto no confidencial producto de esta orden (Id. 241096, documento 10.1) cumple con la disposición procedimental.
- El cuadro No. 11 del párrafo 139 del Informe SCPM-IGT-INCCE-2022-020, no puede ser identificable como ninguno de los escenarios del artículo 6 del ITI, y en las consideraciones del mercado del producto en análisis (que para los fines de este apartado se actúa referente al rol comercial del propietario de la información, DYVENPRO), se encuentra que la misma –en un primer momento- ingresa al escenario del numeral 2 del artículo 7 del ITI, al ser de conocimiento general entre los especialistas del sector la forma de clasificación ATC- EphMRA, cuestión que guarda coherencia y razonabilidad cuando se comprende que, en el mercado en estudio, el carácter de confidencial se mantiene cuando la información no puede resultar fácilmente accesible para las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice ese tipo de información, y no así cuando los datos para los que se solicita la confidencialidad sean conocidos fuera del ámbito específico de la empresa, como es del caso, pues, siendo que en el sistema de clasificación ATC, las sustancias activas se



clasifican en una jerarquía con cinco niveles diferentes, cualquier medicamento tendría por definición una clasificación ATC asociado. En este sentido, conocer la clasificación de los productos que comercializa Dyvenpro en Ecuador, no se podría considerar información de carácter confidencial que pueda generar un perjuicio significativo al agente, en el entendido que es de conocimiento público el nombre de los productos que comercializa esta compañía, cuyo principio activo o ATC puede –para los fines de los actores del mercado- ser conocido generalmente por los especialistas del sector como pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice ese tipo de información, esto último por el acceso que tienen farmacéuticas, distribuidores y comercializadores a través de empresas como IQVIA o CLOSE UP, que comercializan a dicha información de forma desagregada a través del pago de reportes. En consecuencia, tornando que, se pierda en gran medida la justificación de que de la difusión en el marco del expediente puede derivarse un perjuicio significativo para el agente económico; y,

- Por último, conforme se ha expresado, siendo que el cuadro responde al examen de determinación del mercado relevante conforme lo mandado en el artículo 5 de la LORCPM, en particular la determinación del mercado del producto y sus sustitutos, las buenas prácticas de agencias de competencia consisten en identificar el mercado del producto en la forma de clasificación ATC- EphMRA para el sector farmacéutico, haciendo que los datos contenidos en el cuadro No. 11 sea información necesaria para fijar y entender el análisis y la valoración objeto del procedimiento en el contexto jurídico y económico de la operación de concentración investigada.

Por lo expuesto, esta autoridad considera que la INCCE ha cumplido el rol de un agente de la administración de proteger información de carácter confidencial, la del anexo al escrito Id. 235576, a través de la providencia de 03 de mayo de 2022, a las 14h45. Sin embargo, esta Intendencia incumple su propia disposición al haber plasmado el cuadro No. 11 en el Informe No. SCPM-IGT-INCCE-2022-020 al no generar una orden de desclasificación que no ha sido presentada en el extracto no confidencial Id. 241096. Este incumplimiento, objeto de un llamado de atención a la autoridad instructora, no vicia el análisis de fundamentación del informe que lo contiene, ni vicia el procedimiento administrativo de nulidad al no acarrearla, y –en el análisis de fondo- la información en estudio no resguarda el carácter de confidencial para los fines del procedimiento por las consideraciones antes expuestas.

❖ Revisión de solicitudes de declaratoria de información de DIFARE S.A. DYVENPRO S.A y LETERAGO S.A.

A continuación, de la revisión de las piezas procesales, constan los escritos por medio de los cuales los operadores económicos DIFARE S.A., DYVENPRO S.A. y LETERAGO S.A. solicitaron que, dentro del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INCCE-022-2021, se declare la confidencialidad de información presentada por ellos. Figuran además las respectivas providencias que atienden tales requerimientos y aquellas que declaran la confidencialidad de los videos de reuniones mantenidas por dichos operadores con funcionarios de la SCPM.



- Formulario de notificación de concentración económica presentado por el operador económico DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA (DIFARE) S.A el 11 de noviembre de 2021, identificado con el número de trámite Id. 215077, atendido con Oficio No. SCPM-IGT-INCCE-2021-079 de 17 de noviembre de 2021.
- Escrito presentado por el operador económico DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA (DIFARE) S.A., el 19 de noviembre de 2021, identificado con el número de trámite Id. 216139, atendido con oficio No. SCPM-IGT-INCCE-2021-089 de 01 de diciembre de 2021.
- Escrito presentado por el operador económico DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA (DIFARE) S.A., el 09 de diciembre de 2021, identificado con el número de trámite Id 218659, atendido con providencia de 17 de diciembre de 2021, a las 17h14, acápite 2.1.
- Escrito presentado por el operador económico DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA (DIFARE) S.A., el 17 de diciembre de 2021, identificado con el número de trámite Id 220053, atendido mediante providencia de 17 de diciembre de 2021, a las 17h14, acápite 2.1.
- Escrito presentado por el operador económico DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA (DIFARE) S.A., el 23 de diciembre de 2021, identificado con el número de trámite Id 220944, atendido mediante providencia de 28 de diciembre de 2021, a las 17h15, acápite 4.1.
- Escrito presentado por el operador económico DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA (DIFARE) S.A. el 07 de marzo de 2022, identificado con el número de trámite Id. 229716, atendido mediante providencia de 12 de abril de 2022, a las 13h00, acápite 8.2.
- Escrito presentado por el operador económico LETERAGO S.A. el 09 de marzo de 2022, identificado con el número de trámite Id 230054, atendido mediante providencia de 29 de marzo de 2022, a las 13h00, acápite 5.1.
- Escrito presentado por el operador económico DYVENPRO S.A. el 31 de marzo de 2022, identificado con el número de trámite Id. 232180, atendido mediante providencia de 12 de abril de 2022, a las 13h00, acápite 18.2.
- Escrito presentado por el operador económico LETERAGO S.A. el 04 de abril de 2022, identificado con el número de trámite Id. 232467, atendido mediante providencia de 12 de abril de 2022, a las 13h00, acápite 20.2.



- Escrito presentado por el operador económico DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA (DIFARE) S.A., el 20 de abril de 2022, identificado con el número de trámite Id. 235226, atendido mediante providencia de 22 de abril de 2022, a las 13h30, acápite 3.2.
- Escrito presentado por el operador económico DYVENPRO S.A. el 25 de abril de 2022, identificado con el número de trámite Id. 235576, atendido mediante providencia de 03 de mayo de 2022, a las 14h45, acápite 10.2.
- Escrito presentado por el operador económico DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA (DIFARE) S.A., el 29 de abril de 2022, identificado con el número de trámite Id. 236006, atendido mediante providencia de 30 de mayo de 2022, a las 14h45, acápite 3.2.
- Escrito presentado por el operador económico LETERAGO S.A. el 29 de abril de 2022, identificado con el número de trámite Id. 236146, atendido mediante providencia de 30 de 05 de 2022, a las 14h45, acápite 4.2.
- Escrito presentado por el operador económico LETERAGO. S.A. el 06 de junio de 2022, identificado con el número de trámite Id. 239046, atendido mediante providencia de 07 de junio de 2022, a las 15h15, acápite 7.2.
- Escrito presentado por el operador económico DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA (DIFARE) S.A., el 08 de junio de 2022, identificado con el número de trámite Id. 239384, atendido mediante providencia de 09 de junio de 2022, a las 14h35, acápite 2.2.
- Escrito presentado por el operador económico LETERAGO S.A. el 15 de junio de 2022, identificado con el número de trámite Id. 240238, atendido mediante providencia de 16 de junio de 2022, a las 10h50, acápite 4.2.
- Video de la reunión mantenida entre funcionarios de la INCCE y el operador económico LETERAGO S.A. el 10 de diciembre de 2021, identificado con el número de trámite Id. 219839 declarado confidencial mediante providencia de 16 de diciembre de 2021 a las 16h30, acápite 4.1.
- Video de la reunión mantenida entre funcionarios de la INCCE y LETERAGO S.A. el 06 de mayo de 2022 a las 14h30, identificado con el número de trámite Id. 236637 declarado confidencial mediante providencia de 30 de mayo de 2022, a las 14h45, acápite 2.1.

- Video de la reunión mantenida entre funcionarios de la INCCE y DIFARE S.A. el 18 de mayo de 2022 a las 16h30, identificado con el número de trámite Id. 237884 declarado confidencial mediante providencia de 30 de mayo de 2022, a las 14h45, acápite 2.3.
- Video de la reunión mantenida entre funcionarios de la INCCE y DIFARE S.A. el 10 de junio de 2022 a las 16h00, identificado con el número de trámite Id. 240635, declarado confidencial mediante providencia de 24 de junio de 2022, a las 15h05, acápite 2.

En tal sentido, se puede observar que las solicitudes de declaratoria de confidencialidad requeridas por el operador económico DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA (DIFARE) S.A., han sido debidamente atendidas por la autoridad.

## **8.2.- NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO.-**

Con el objetivo de analizar y desarrollar los aspectos impugnatorios referentes a la motivación del acto administrativo como vicio de nulidad del mismo en su presunta ausencia y apariencia, resulta de principal interés tener por identificado que respecto del segundo eslabón: DISTRIBUCIÓN/LOGÍSTICA MAYORISTA, es que recaen las alegaciones del administrado (conforme se desprende del apartado 4 del recurso); en ese sentido, la exposición de motivos de esta parte preliminar tiene por objeto discernir en qué consiste el mismo, y revisar si el servicio de distribución farmacéutica realmente demanda especialización por el mercado del producto y el alcance del mercado geográfico, como características que lo diferencien de otros tipos de distribución, factor de relevancia para el análisis de sustituibilidad y por ende de las medidas de mitigación planteadas por el administrado (sin ser limitante al mismo), con la finalidad de revisar los aspectos de motivación del acto administrativo presuntamente ausentes.

De lo inmediato anterior, en este análisis, cabe observar que señaló el operador económico DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA (DIFARE) S.A y la INCCE respecto a las relaciones de sustituibilidad.

Escrito del operador económico DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA (DIFARE) S.A., de 08 de junio de 2022, número de trámite Id 239384:

*“[...] hay más de 300 distribuidores que participan en el mismo y que tanto proveedores como clientes pueden trabajar con cualquiera de ellos pues los productos en su gran mayoría no son exclusivos y son sustituibles para la operación de los distribuidores.*

*[...] queda desvirtuado el argumento que [...] Difare post transacción se consolidaría como un monopsonio. En el mercado de distribución existen más de 300 operadores que podrían actuar como compradores de los laboratorios farmaceuticos (sic) y que compiten diariamente por ofrecer mejores condiciones a estos para la venta de sus productos a farmacias e instituciones. Como se ha visto en esta sección y a lo largo del*

*expediente el mercado de distribución de productos farmacéuticos (sic) es absolutamente dinámico y las cuotas que un operador tiene hoy pueden variar con la salida de un laboratorio de su cartera por algo tan simple como la terminación del contrato por vencimiento del plazo. Es decir los laboratorios no tienen ninguna obligación de permanecer con uno u otro distribuidor **más que el valor agregado que cada distribuidor le pueda ofrecer en el momento adecuado.***

*[...] en los últimos años se ha evidenciado la entrada de nuevos competidores en el **mercado de distribución de productos farmacéuticos**, esto indica la posibilidad de nuevos competidores o de competidores existentes de entrar o expandirse en el mercado ejerciendo presiones competitivas importantes sobre los participantes del mismo.*

*Las condiciones de entrada al **mercado de distribución de productos farmacéuticos** no se verán modificadas post adquisición. Dado el comportamiento de entrada y expansión observado en el pasado y las perspectivas sobre posibles nuevos entrantes, cabe esperar que la entrada de nuevos competidores o el crecimiento de competidores existentes en el mercado analizado siga siendo viable y probable.*

*[...]*

*Conforme se ha indicado en el informe económico, a pesar de lo anterior, si la autoridad considera pertinente condicionar la operación de concentración al cumplimiento de medidas remediales, es importante mencionar que dichas medidas deberían ser de carácter conductual y no estructural. La lógica detrás de esta afirmación proviene que **el mercado de distribución de medicamentos** tiene como pilar fundamental las economías de escala. Por lo que el incremento en el número de establecimientos minoristas y el aumento en la cantidad y diversidad de productos distribuidos ayudan a amortizar los costos fijos en los que los operadores económicos incurrir en este mercado [...]” (énfasis fuera de texto)*

Por su parte, la INCCE en el Informe SCPM-IGT-INCCE-2022-020 de 27 de junio de 2022 señala:

*“[...] **6.3. Distribuidores de productos farmacéuticos***

*[113] Este eslabón lo integran aquellos operadores que se dedican a otorgar el **servicio de distribución y logística**. Su contratación (u outsourcing) está vinculado a la existencia de barreras de entrada, relacionadas con la distancia geográfica de los mercados de destino y los costos de inversión en la infraestructura **necesaria para mantener las exigencias normativas y de calidad en el traslado de los productos**. Estos aspectos, asociados a la inclusión de transportes multimodales adecuados, comprometen críticamente las ganancias del sector en millones de dólares, es por ello que los laboratorios se ven en la necesidad de tercerizar este servicio<sup>6</sup>. Al ofrecer una*

---

<sup>6</sup> C. Bianchi. (2021). Cadena de valor biofarmacéutica: potencialidades y desafíos para el Uruguay. Serie Estudios y Perspectivas-Oficina de la CEPAL en Montevideo, N° 54 (LC/TS.2021/127; LC/MVD/TS.2021/4), Santiago,

prestación imprescindible para el funcionamiento de la cadena de valor, reducen significativamente los costos de transacción entre productores/importadores y los múltiples clientes del sector.

[114] El funcionamiento de los operadores de este eslabón se desarrolla mediante la capacidad de consolidar un amplio portafolio de medicamentos, ofrecidos por laboratorios/importadores farmacéuticos, en bodegas **especializadas** para su posterior distribución a diferentes clientes y canales minoristas ubicados en todo el Ecuador. Esto les permite aprovechar las **economías de escala que se generan en el bodegaje, transporte y entrega de productos** de varias marcas. **Este eslabón está integrado por un número limitado de participantes a nivel nacional**, quienes realizan sus operaciones mediante dos esquemas de distribución:

- i. Esquema tradicional: los laboratorios/importadores venden sus productos a los distribuidores y estos, a su vez, a los comercializadores. En este caso la ganancia para el distribuidor resulta de la diferencia entre el precio de venta a la farmacia y el precio de venta al distribuidor.
- ii. Esquema fee for service: los laboratorios reciben una tarifa por servicio de logística, en función del volumen de ventas distribuido. En este caso, es el laboratorio el encargado de la venta al comercializador. En algunos casos el distribuidor puede apoyar con su fuerza de ventas propia (personal o instalaciones), sin embargo, las condiciones de negociación son establecidas por los laboratorios, por lo que los distribuidores únicamente trasladan las mismas a los clientes interesados.

[115] Actualmente ambos esquemas coexisten dentro del mercado ecuatoriano. Bajo este escenario y dada la magnitud de economías de escala existente en este eslabón, los distribuidores pueden potenciar su beneficio a través de un aumento en la cantidad de medicamentos entregados a los comercializadores. Este detalle incentiva a los distribuidores a ofrecer descuentos a sus clientes, cuando la distribución se da a través del canal tradicional. Así mismo, pueden brindar beneficios a través de las condiciones de entrega tales como envíos en menor tiempo, cobro a crédito, elevada rotación de portafolio, etc.

[116] Es importante señalar que **también puede existir una distribución directa desde el primer eslabón de la cadena hacia los locales que venden los productos al consumidor final; sin embargo, este escenario es una singularidad del mercado**

#### [...] 7.2.2. Mercado de producto: Distribución de productos farmacéuticos

[143] Acorde al artículo 259 de la Ley Orgánica de Salud del Ecuador, **las distribuidoras farmacéuticas son establecimientos autorizados para realizar actividades de venta al por mayor de medicamentos en general de uso humano, especialidades farmacéuticas, productos para la industria farmacéutica, auxiliares**



médico-quirúrgico, dispositivos médicos, insumos médicos, cosméticos y productos higiénicos; comprendiendo en este giro, la entrega de productos farmacéuticos a clientes como farmacias, hospitales, centros médicos, dispensarios, etc. Constituye el vínculo entre el productor/importador y los comercializadores.

[144] Este tipo de industria tiene un **alto grado de especialización**, por lo general, operan a través de una red de bodegas de almacenamiento desde donde realizan las entregas a sus clientes, ubicados a lo largo de todo el territorio nacional. En cuanto a la logística y manipulación de productos farmacéuticos, **están sujetos, de forma taxativa, a la certificación en Buenas Prácticas de Almacenamiento, Distribución y Transporte cuya normativa de soporte es la Resolución ARCSA-DE-002-2020- LDCL y sus reformas. Esta certificación supone elevados procesos de inversión física y tecnológica para cumplir los estándares logísticos relacionados con el estado de las instalaciones, medios técnicos de gestión, inventarios de existencias y buenas prácticas para la conservación de medicamentos.**

[145] Adicionalmente, una característica sustancial que identifica este mercado son las economías de escala. Las amplias cantidades de productos manejados por las distribuidoras permiten explotar esta característica, **reflejando un impacto en sus costos de distribución.** Esta eficiencia se da a través del uso de instalaciones físicas y tecnológicas en una elevada capacidad y tecnicidad. [...]

[147] Una primera conclusión que se desprende de la información expuesta **corresponde con la especialización del servicio de distribución.** Se puede evidenciar que las características de este mercado lo diferencian de cualquier otro tipo de distribución, donde los clientes solo podrán acudir a empresas especializadas. Tal particularidad es esencial en lo que corresponde al análisis de **sustituibilidad.** Es así que precedentes nacionales concuerdan con la importancia de la especialización de la distribución como factor imperante en el análisis de sustituibilidad.

#### [...] 7.2.2.1. Sustituibilidad de la demanda

##### **Análisis cualitativo**

[150] La INCCE acoge parcialmente dicho argumento, concretamente en lo relacionado con la **inexistencia de servicios similares a los ofrecidos por los distribuidores, dentro del mercado ecuatoriano.** Como se detalló en la sección que antecede, **el nivel de especialización de estos operadores es alto y responde a las particularidades de los bienes comercializados. Los elevados requerimientos de inversión en instalaciones, aunado de la necesidad inminente de un extenso know-how en el almacenaje y distribución de medicamentos, obligan a los clientes de este eslabón a acudir, únicamente, a operadores específicos del sector farmacéutico.**

[151] Con relación a la posibilidad de los clientes de este sector, de internalizar el servicio de distribución, la INCCE concuerda con el argumento de DIFARE en lo que atañe a la imposibilidad por parte de las farmacias y boticas de realizar dicha actuación. Por lo general, las farmacias planifican sus volúmenes de compra en función de la rotación de los productos generada por la demanda, misma que permite tomar

*estrategias para la adquisición de los productos en mayor o menor volumen, y por lo tanto, acceder a mejores descuentos, lo que permite competir con determinadas condiciones en la comercialización al consumidor final. Esta estrategia se rige por los niveles de demanda específicos de cada farmacia, que en la mayoría de casos responde a una dinámica regional e incluso local, como se observará en la sección de mercado geográfico.*

*[152] No obstante, por cuanto es de interés de la mayoría de laboratorios farmacéuticos el abarcar una extensa zona geográfica de distribución, las farmacias y boticas al internalizar los servicios de distribución, deberán planificar su demanda desde una perspectiva mucho más amplia, cuya dinámica no guarda consistencia con la demanda regular de estos operadores. Así mismo, estos operadores deberán crear o reformar su estructura logística con la suficiente capacidad para generar las mismas economías de escala del canal de distribución, pues sin esta ventaja competitiva no estarán en la capacidad de obtener una rentabilidad por el amplio abasto de productos farmacéuticos.*

*[153] Al respecto de este argumento, la Comisión Europea presenta una asonancia de argumentos respecto al planteamiento de la INCCE. Dentro de su análisis destacan la **diferencia en la capacidad de almacenamiento de las farmacias frente a los distribuidores farmacéuticos, siendo la de los distribuidores, en promedio, ocho veces mayor [...]***

*[154] Con relación a los canales institucionales privado y público, la INCCE disiente del argumento presentado por el notificante y en su lugar considera que el análisis realizado para las farmacias y boticas es extrapolable, parcialmente, para estos casos. **La imposibilidad de internalizar el servicio dentro del canal institucional privado, se desarrolla y subyace en la naturaleza complementaria a la que apunta la adquisición de productos farmacéuticos, puesto que el principal servicio de este canal es la prestación de servicios de diagnóstico y terapéutico. Independientemente de la voluntad por parte de los operadores económicos de este canal, de acceder directamente al abastecimiento de medicamentos, como se argumentó a lo largo de la presente sección, tal diligencia estaría vinculada a incurrir en elevadas inversiones y condicionar la rentabilidad de su giro principal. Con respecto al canal institucional público la conclusión es similar, no obstante, en este caso es necesario poner en perspectiva la complicada situación financiera e institucional de las entidades de la Red Pública Integral, principalmente, las instituciones relacionadas con la seguridad social que limitaría aún más la capacidad de internalizar el servicio de distribución.***

*[155] [...] **La demanda de aprovisionamiento de este eslabón se enfoca en una planificación de compras por una amplia cartera de medicamentos, sin distinción de si los productos son de venta libre o bajo prescripción. [...]***

#### *Análisis cuantitativo*

##### *Elasticidad propia y cruzada de precios*

*[156] Con la finalidad de corroborar de forma cuantitativa las potenciales relaciones*

*de sustituibilidad entre canales de distribución y comercialización (asumiendo que este canal podrían negociar y generar su propia infraestructura de logística y transporte de productos), se procedió a estimar, a manera referencial (esto es, correlaciones más no efectos causales), las elasticidades precio de la demanda propia y cruzada, mediante una función de demanda logarítmica, con base en las metodologías propuestas por la Resolución 011 de la Junta de Regulación de la LORCPM.*

*[157] La lógica de este ejercicio numérico parte de la premisa de que los precios de medicamentos en cada etapa de la cadena productiva, mantienen una relación negativa, lo cual implicaría que dichos servicios son complementarios y no sustitutos [...]*

*[159] [...] Dada la especificidad del mercado farmacéutico, la presente sección pretende complementar el análisis realizado en la sección cualitativa.*

*[...]*

*[163] En consonancia con el análisis cualitativo de este mercado, así como de los precedentes nacionales e internacionales considerados, **no se encontró un patrón de sustituibilidad concreto entre los canales de producción/importación y distribución.** En la mayoría de las estimaciones los coeficientes obtenidos no presentan significancia estadística, así mismo, aquellos que lo hacen, muestran signo negativo, **arrojando evidencia de la inexistencia de posibles sustitutos al canal de distribución.***

#### **7.2.2.2. Sustituibilidad de la oferta**

*[164] Siguiendo el mismo criterio expuesto en el acápite anterior, para la definición de la sustitución por el lado de la oferta, es preciso partir de la premisa de la especialización del servicio de distribución, en cuanto a los requerimientos de inversión y conocimiento en el manejo de productos farmacéuticos [...]*

*[165] [...] respecto a la importancia de considerar como competidor potencial a aquellos operadores que puedan obtener elevados niveles de eficiencia en el corto y mediano plazo, en el ingreso al mercado en análisis. No obstante, disiente en el hecho de considerar tanto a productores/importadores farmacéuticos, **como distribuidores de bienes de consumo masivo como potenciales competidores dentro de este mercado.***  
*[...]*

*[167] En conclusión, desde la sustitución de la oferta, es improbable que otras empresas no especializadas, ante un aumento de precios, acomoden su giro de negocio para prestar servicios de distribución de productos farmacéuticos de manera inmediata y sin incurrir en costos representativos.*

*[...]*

*[232] [...] se identificó que **uno de los principales obstáculos para la entrada en el mercado de distribución de productos farmacéuticos** son las inversiones que cualquier empresa entrante deberá realizar, para obtener rentabilidad en el mercado y generar presión competitiva suficiente a los operadores ya establecidos.*

[233] Estos rubros se reflejan en contratación de personal especializado, adquisición de bodegas, vehículos o maquinaria, capital de trabajo (inventarios), la adecuación de infraestructura especializada, entre otros. En valores nominales, la adquisición de activos materiales e inmateriales para el correcto traslado de productos farmacéuticos, **requiere de una inversión inicial que oscila en un rango entre ocho hasta setenta millones de dólares**. No obstante, el monto de referencia que permitiría generar los niveles de competitividad necesarios para alcanzar un espacio representativo en el mercado, se encuentra en valores cercanos **al máximo del intervalo establecido**, dado que únicamente aquellos operadores de gran tamaño son los que acceden de forma mayoritaria a la negociación con productores/importadores (dado su amplio volumen de compra).

[234] Además de las inversiones iniciales, los operadores deben contar, año a año, con una infraestructura empresarial que podría resultar costosa [...]

[235] En este sentido, adicional al cuantioso monto de inversión inicial, las empresas que quieran mantenerse en el mercado, deberán enfrentar múltiples costos relacionados con capital de trabajo, capacidad instalada y gestión operativa de ventas [...]

[239] En este sentido, considerando los altos costos de inversión, que la rentabilidad podría ser inclusive menor frente a un nuevo ingreso y la baja rentabilidad obtenida (que requiere economías de escala como se explicará más adelante), se puede ultimar que, en este mercado, la alta suma de inversiones y la baja rentabilidad, no generan probabilidad de entrada de nuevos operadores a este mercado [...]” (énfasis añadido)

Respecto de la valoración de la INCCE en el informe parcialmente citado anteriormente, el operador económico DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA (DIFARE) S.A., en su escrito de 22 de julio de 2022 con número de trámite Id 245430, indicó:

“[...] el documento señala que la competencia en el mercado de distribución se da en precios, cuando en realidad la competencia se da en **diferenciación del servicio y el valor agregado que puede otorgar cada distribuidor**. Como evidencia de esto, se observa que en los últimos años varios distribuidores de medicamentos han incrementado los servicios de valor agregado prestados a sus clientes, buscando captar la mayor cantidad de laboratorios farmacéuticos y puntos minoristas. Además, se observa que empresas como DIFARE han construido un centro logístico que permite ofrecer un mejor servicio a sus clientes, y a la vez, **alcanzar economías de escala**.

[...] El mercado de distribución de productos farmacéuticos **es absolutamente dinámico, hay muchos operadores que ofrecen servicios similares**, como se ve en este ejemplo entre Leterago y Quifatex y que se trata del mismo servicio que podría prestar cualquiera de los otros operadores que participan en el mercado relevante.

[...] En el mercado de distribución existen más de 120 operadores que podrían actuar como compradores de los laboratorios farmacéuticos (sic) y que compiten diariamente por ofrecer mejores condiciones a estos para la venta de sus productos a farmacias e instituciones. Como se ha visto en esta sección y a lo largo del expediente **el mercado**

**de distribución de productos farmacéuticos (sic) es absolutamente dinámico** y las cuotas que un operador tiene hoy pueden variar con la salida de un laboratorio de su cartera por algo tan simple como la terminación del contrato por vencimiento del plazo o como se verá más adelante mediante la desición (sic) unilateral del laboratorio de terminar el contrato. Es decir los laboratorios no tienen ninguna obligación de permanecer con uno u otro distribuidor **más que el valor agregado que cada distribuidor le pueda ofrecer en el momento adecuado.**

*[...] Las condiciones de entrada al mercado de distribución de productos farmacéuticos no se verán modificadas post adquisición. Dado el comportamiento de entrada y expansión observado en el pasado y las perspectivas sobre posibles nuevos entrantes, cabe esperar que la entrada de nuevos competidores o el crecimiento de competidores existentes en el mercado analizado siga siendo viable y probable.*

*[...] El informe preparado por la INCCE sugiere que el mercado relevante de distribución al por mayor de medicamentos presenta barreras de entrada elevadas. El análisis detalla barreras de entrada y afirma, sin evidencia, que dichas barreras son suficientemente elevadas como para impedir la entrada de nuevos operadores al mercado. Al respecto, cabe señalar que la mejor manera de evaluar la magnitud de las barreras de entrada es analizando la entrada reciente de operadores al mercado. A lo largo de la investigación DIFARE aportó evidencia de la entrada reciente de varios operadores económicos, quienes han logrado ingresar en el mercado y alcanzar rápidamente ingresos significativos.*

*[...] En el mercado de distribución como hemos visto es absolutamente viable que ante el incremento en precios por parte del operador logísticos (sic), los laboratorios opten fácilmente por otro distribuidor al tener más de 120 alternativas [...]”(negrillas añadidas)*

En el Informe No. SCPM-IGT-INCCE-2022-026, de 02 de agosto de 2022, emitido en cumplimiento de lo dispuesto por la CRPI en providencia de 25 de julio de 2022, a las 11h33, la Intendencia señaló:

*“[...] DIFARE argumenta la existencia de más de 120 distribuidores farmacéuticos, sin embargo, incluso en el escenario planteado por el operador, más del 40% del mercado se concentra en apenas dos empresas. Con estimaciones de la Intendencia, este valor asciende a casi 70%, únicamente entre los operadores DIFARE y LETERAGO. Claramente, en un mercado donde las economías de escala son la principal variable de rentabilidad, el número de operadores grandes es muy reducido.*

*[...] Con base en toda la información aportada dentro del INFORME, así como en los argumentos esbozados dentro del presente escrito, se observó de forma concluyente que la entrada a ambos mercados analizados no es pronta, probable ni suficiente [...]”*

Sobre estas argumentaciones, el acto administrativo de la CRPI indica:

*“[...] [123] Por las especificidades del producto relevante y la normativa que los regula, no cabría la existencia de servicios similares que puedan sustituir el servicio de*



distribución. En este sentido, el nivel de especialización de estos operadores es alto y responde a las particularidades de los bienes, que implica elevados requerimiento en inversión en instalaciones y know-how, y obligan a los clientes comercializadores a acudir a operadores específicos del sector farmacéutico.

[124] Es evidente que la posibilidad de internalizar el servicios de distribución es improbable para el caso de los comercializadores catalogados como farmacias y boticas. [...]

[126] En cuanto al ámbito del canas institucional privado persiste la imposibilidad de internalizar el servicio de distribución [...]

[127] Con respecto al canal institucional público, la restricción de asumir el servicio de distribución dependerá de la configuración del proceso de contratación pública y el presupuesto asignado al mismo [...]

[132] Aunque existen casos en los que se cumple el criterio de que la comercialización podría internalizar la distribución, no existe la persistencia de un patrón de sustituibilidad concreto entre los canales de producción/importación y distribución. La mayoría de coeficientes obtenidos no presentan significancia estadística, así mismo, aquellos que lo hacen, muestran signo negativo, arrojando evidencia de la inexistencia de posibles sustitutos al canal de distribución [...]

[135] [...] se considera que la sustitución de la oferta se encuentra limitada por la especialización inherente a este servicio que acarrea importantes montos de inversión, que en conjunto restringen la presencia de potenciales competidores que pueden ofertar el servicio en condiciones similares, en el corto plazo, sin incurrir en costos adicionales. Consecuentemente, es improbable que otras empresas no especializadas, ante un aumento de precios, acomoden su giro de negocio para prestar servicios de distribución mayorista de productos farmacéuticos [...]

Contrastadas que han sido las citas de las actuaciones procedimentales, para esta autoridad queda claro que resulta improcedente concebir dentro del eslabón de distribución farmacéutica, la posibilidad efectiva de sustituibilidad, conclusión importante para los fines de valoración de las medidas de mitigación propuestas por el administrado, que serán objeto de análisis particular en lo referente a ese mercado (por la línea impugnatoria del recurso en el apartado 4); y, en general, el presente apartado se ha separado de la división impugnatoria específica como apartado general, para poder demarcar el fondo de cada una de las secciones, sin tener que abordar un tema transversal al fondo del procedimiento administrativo de operación de concentración notificada.

#### **8.2.1.- GARANTÍA DE MOTIVACIÓN:**

El recurrente, de partida indica: “[...] En primer lugar, el Informe No. SCPM-IGT-INCCE-2022-020, pieza fundamental para la construcción de la motivación de la Resolución, en su parte final recomienda de plano negar la transacción sin hacer un análisis pormenorizado de posibles remedios que mitiguen los supuestos efectos negativos de la transacción. La INCCE



*indica que no existen remedios suficientes para mitigar los riesgos de competencia creados por la transacción y recomienda negarla de plano, sin ni siquiera realizar un análisis pormenorizado de posibles medidas y por lo tanto omitiendo un análisis fundamental para una correcta motivación de la Resolución [...]*”

Al respecto, inexorablemente cabe mencionar que para la resolución de una notificación de concentración, la SCPM podrá, bajo los términos del artículo 21 de la LORCPM: **a)** autorizarla; **b)** subordinarla al cumplimiento de las condiciones; o, **c)** denegarla. Siendo que se identifica claramente a la operación notificada y analizada como aquella que se someterá a condiciones, los criterios normados en el artículo 22 del mismo cuerpo normativo, serán aquellos en los que el órgano de investigación y posteriormente el órgano de resolución desarrollen la postura decisonal, resultando impreciso indicar que –por efecto de aplicación de la Ley- un pronunciamiento de negativa de la concentración sea “*de plano*”, pues toda decisión de la administración media de criterios aplicables al mercado de referencia determinado, analizando el objeto de mitigar como efectos positivos de la operación aquellos especialmente previstos en el numeral 5 del artículo 22 de la LORCPM, por lo que en presencia de esos criterios difícilmente se entenderá que la negativa no se justifica por razones técnicas del caso del que se trate.

Lo anterior se ve cumplido cuando –de la verdad procesal- se comprende que de las 10 posibles eficiencias producto de la operación de concentración presentadas por el administrado, solo aquellas referentes a: **i)** eficiencias de gestión y distribución logística; y, **ii)** eliminación de doble marginalización, son revisadas eficazmente por la INCCE y la CRPI, toda vez que respecto de las 8 restantes<sup>7</sup> no se han desarrollado argumentos del notificante a través de los cuales se pueda evaluar adecuadamente su pertinencia, así como antes que referir a una mejora a la eficiencia del mercado, consistirían elementos que optimizarían las operaciones del operador concentrado orientado a un beneficio privado que no necesariamente se transmitirían al resto de concurrentes; en razón de lo cual el acto administrativo analizó las posibles eficiencias de gestión y distribución logística y la eliminación de la doble marginalización, encontrando:

En cuanto a las eficiencias de gestión y distribución logística: **a)** de manera preliminar: esta no es atribuible específicamente a la operación de concentración económica, pues LETERAGO bien podría invertir en una bodega para almacenamiento propio en la ciudad de Guayaquil, constituyéndose en una inversión que conllevaría un retorno en el mediano plazo considerando su posición en el mercado, permitiendo reducir costos de almacenaje, y ampliando su capacidad de distribución y por ende ingresos y márgenes de ganancia; y, no existe un nivel significativo de reducción total de costos considerando que los operadores económicos no actuarían como

---

<sup>7</sup> a. La mejora de los sistemas de distribución; b. El fomento del avance tecnológico en las áreas logísticas y de operación; c. Ahorros para LETERAGO por el uso del servicio de transporte de una empresa filial de DIFARE; d. Ahorros para DIFARE en el arrendamiento de una bodega en Guayaquil; e. Facilidad acceso a compras consolidadas de *comoditas* de origen externo; f. Acceso a mejores condiciones financieras nacionales e internacionales; g. Sinergias en logística de importación y distribución; y, h. Creación de nuevas plazas de empleo

una sola compañía; y, **b)** de manera procedimental: la administración no contó con información que permita verificar y cuantificar la posible eficiencia producida por la operación de concentración, y siendo que -bajo el supuesto de que se llegasen a efectivizar- no serían consecuencia directa de la operación de concentración, ni se tendría garantías de su beneficio al bienestar general.

Referente a la eficiencia de eliminación de doble marginalización: tras la consecución de la operación de concentración económica, la eficiencia no logra cumplir con los requisitos para que sea considerada pertinente y eficaz, pues DIFARE no presentó información que permita verificar y cuantificar la posible reducción en el nivel de precios a consumidores finales productos de la eliminación de la doble marginalización de los operadores. Así mismo, LETERAGO mantiene un nivel de precios al consumidor final similar a los de DIFARE en condiciones actuales, considerando los indicadores de eficiencia del notificante, y dado que no existe información suficiente, no se puede inferir que los precios, producto de la operación, tiendan a disminuir. En consecuencia, si bien podría existir una reducción de costos, producto de la eliminación de la doble marginalización dada por la operación de concentración económica, estas supuestas eficiencias no han sido demostradas por el administrado de forma que la administración pueda verificar y cuantificar potenciales resultados positivos en el mercado relevante analizado, sobre todo dados los efectos que la transacción genera.

Por lo anterior, el acto administrativo ha podido determinar que no se ha podido verificar que las eficiencias alegadas por el agente notificante contrarresten las preocupaciones encontradas desde el punto de vista de competencia económica y el bienestar general.

Conforme cita el propio recurso: “[...]En el presente caso, en primera instancia dentro del Informe de recomendación de la Intendencia, la propia autoridad reconoció la factibilidad de imponer medidas y remedios para mitigar las preocupaciones levantadas en el informe: ‘Por lo anterior, se considera prudente analizar la factibilidad de imponer medidas de mitigación suficientes para tender a restablecer los niveles de competencia previos y hacer que la operación de concentración sea compatible con el mercado, con el objeto de que la misma no dé como resultado afectaciones al excedente del consumidor’[...]”

Para lo anterior, siendo este el aspecto general de los fundamentos impugnatorios, se debe efectuar un análisis de los aspectos motivacionales presuntamente obviados, los que llevaron a la administración a negar la transacción, con fines de observar si se ha efectuado una «justificación que de una razón argumentada de los motivos por los cuales la autoridad se decanta por una decisión determinada», conforme sigue:

▪ **Medidas de mitigación propuestas son suficientes: análisis en conjunto:**

El recurrente alega:

*“[...] en virtud de que la propia autoridad no pudo o, no se dio el trabajo de encontrar medidas/condiciones que en su conjunto mitiguen totalmente sus preocupaciones, DIFARE de manera voluntaria ofreció ante la CRPI mediante escrito de 8 de julio de*

*2022, una serie de remedios conductuales y estructurales que abordan la totalidad de las preocupaciones de la Intendencia y garantizan la competencia en los mercados afectados post transacción, motivando cómo todos estos remedios propuestos en conjunto mitigan uno por uno todos los potenciales riesgos a la competencia que podría acarrear la transacción.*

*En este orden de ideas, por cuanto la Intendencia en su Informe y demás oficios enviados a la CRPI nunca lo analizó ni destinó el tiempo y esfuerzo necesarios a las posibles condiciones para la operación de concentración, la Resolución impugnada en ningún momento consideró en su conjunto las medidas propuestas por Difare como una alternativa para mitigar las preocupaciones para el mercado analizado y, por ello, carece de motivación. La revisión de las medidas individualmente consideradas no puede equipararse a un análisis y valoración de un conjunto de medidas que funcionan armónicamente para lograr los efectos buscados [...]*”

Es decir, el fundamento impugnatorio del recurrente respecto a la falta de motivación (en etapa investigativa y etapa resolutoria) indica, en un primer momento, como obligación de la administración el tener que emitir medidas de mitigación de oficio; y, en un segundo momento, la ausencia de valoración en conjunto.

Siendo que en la parte general de este apartado se ha descartado el primer escenario, por el análisis agregado de los criterios establecidos en el artículo 22 de la LORCPM para ese efecto durante la sustanciación del procedimiento (en especial la improcedencia de las dos eficiencias planteadas y analizadas) el pronunciamiento de la administración cumple con los parámetros motivacionales (explicando con data del mercado de referencia, aplicando los criterios de la norma, y concluyendo sobre la viabilidad entre unos y otros), resultando falso el identificar *ad infinitum* medidas de mitigación de oficio cuando los parámetros del mercado se han consolidado para una negativa por el grado de concentración de poder, la limitación de sustituibilidad, la existencia de barreras de entrada, así como –de carácter trascendental- la imposibilidad de fijar medidas de carácter estructural (conforme ha soportado el administrado a lo largo del procedimiento administrativo).

En cuanto al segundo momento (la valoración en conjunto), se acude a lo expresado por el especialista técnico designado, que en el informe No. SCPM-DS-032-2022 de 26 de octubre de 2022 (cuya cita se extenderá a lo largo de su texto en la parte pertinente, por fines de exposición de fundamentos motivacionales para la presente resolución) indica:

***“[...] Reflexiones acerca de la forma de competencia***

*La gran mayoría del flujo de los distintos tipos de medicamentos que conforman el mercado de distribución quedaría en control del operador fusionado.*

*El mercado de distribución cuenta con un crecimiento marginal, que no da lugar a la entrada de nuevos operadores atraídos por sus posibilidades de crecimiento en un entorno como este.*

*La escala de los operadores económicos intervinientes en este espacio es un elemento fundamental que está relacionado con su éxito en el mercado, con su rentabilidad y con la decisión de entrada y salida de la distribución farmacéutica de otros agentes de mercado.*

*Las relaciones comerciales entre los distribuidores y los laboratorios son de una naturaleza de dilatada duración a lo largo del tiempo. Los laboratorios gustan de esta característica de concentración de sus productos en un solo distribuidor porque esto disminuye los riesgos de fluctuaciones de demanda. El agente económico adquiriente ha indicado que las exclusividades y estrategias de fidelización en las relaciones comerciales son sustanciales en el giro de este negocio.*

*Si bien la escala es un factor importante en la dinámica de la competencia de este mercado, no es una garantía de éxito. Además de ésta, la disponibilidad de un extenso portafolio de productos es un elemento esencial para aprovechar la capacidad física de la escala de operación de un operador económico.*

*El cuadro 6 de la Resolución da cuenta de la extensión temporal de los contratos de uno de los agentes de mercado involucrados en la operación de concentración. De éste se puede entender que incluso las mínimas de aquellas duraciones implican varios años. Es decir que el ritmo de la demanda disputable en el mercado de distribución es muy aletargado.*

*La especialización requerida para operar en el mercado de distribución es de un grado muy alto, esto genera que sea costosa e involucra el incurrir en costos hundidos. Por tanto, sin esta intensidad de especialización es imposible formar parte del mercado.*

*De acuerdo con los elementos seleccionados de la Resolución y del Informe de la ICC, es posible concluir que los elementos nucleares que definen quiénes y con qué grado de éxito participan en el mercado de la distribución de bienes farmacéuticos son:*

- *Capacidad de escala de operación*
  - *Capacidad de almacenamiento*
  - *Disponibilidad de canales*
  - *Garantía de absorción de la oferta de los laboratorios*
- *Especificación del giro del negocio*
  - *Conocimiento del mercado*

- *Conocimiento de los clientes*
- *Cumplimiento de requisitos legales específicos de esta industria*
- *Disponibilidad de un extenso portafolio de productos*
  - *Atractivo hacia los laboratorios*
  - *Contratos de distribución*

*Por tanto, si un operador económico deseara conquistar el mercado de distribución farmacéutico definido, debería contar con una escala enorme de operación, con un gran conocimiento del funcionamiento del mercado que le permita inspirar una confianza suficiente en los laboratorios acerca del cuidado de sus productos y con un flujo de productos en cantidad y variedad tal, que le permitiera agotar la enorme capacidad de operación ya indicada.*

*Ése será el estándar contra el que se evaluará la razonabilidad de las medidas estructurales y conductuales propuestas en el Recurso.*

### ***Reflexiones generales de las medidas propuestas***

*De la lectura de las medidas propuestas, se puede entender, que a criterio de la parte apelante, al analizar sus medidas propuestas de forma conjunta, éstas son capaces de mitigar las preocupaciones de la Intendencia y de la CRPI.*

*Por otra parte, la parte apelante argumenta su pedido en los siguientes términos:*

*“El objeto de una medida debe ser mantener o restaurar la competencia que de otro modo es probable que se pierda debido a la transacción propuesta”,*

*Ergo, para la parte apelante, el estándar de la evaluación de una concentración económica es la mantención o restauración de la competencia que pudiera afectarse como consecuencia de una concentración económica. Esta alegación constituye un elemento importante en los análisis siguientes.*

*En otro sentido, las medidas propuestas no presentan una conexión explícita con los presupuestos de los análisis de las concentraciones económicas según la LORCPM. Ninguna de las medidas estructurales o conductuales hacen referencia a los criterios de decisión del artículo 22 de la LORCPM, especialmente al quinto de ellos. Esto dificulta el razonamiento de las mismas y de cierta forma les resta precisión.*

### ***De la medida estructural número uno***

*Se propone poner a la venta el centro de distribución del operador Leterago, ubicado en Quito, incluso a agentes competidores de Difare y Leterago.*

*El mercado de distribución es de envergadura nacional, y como se ha indicado antes, contar con el espacio físico de almacenamiento y quizá de distribución como vehículos*

*y canales de distribución (situación que se asume dado que no se explica en el Recurso) no es suficiente poder operar y competir tanto en los escenarios pre y post fusión.*

*La parte apelante señala que:*

*“y sobre todo tenga la posibilidad de incrementar su cuota de participación en el mercado en el corto plazo ampliando u obteniendo la capacidad instalada de dicho centro de distribución”,*

*Asumiendo que tal argumentación es cierta, cuando es falsa. Incrementar la participación en el mercado solamente contando con cierta infraestructura física (y quizá otros activos), en un solo cantón del país, es imposible. Los laboratorios estarían muy escasamente interesados en confiar en un operador nuevos con tan pocos atributos o de incrementar su oferta significativamente a un incumbent competitor.*

*El aumento de la cuota de mercado en el mercado de distribución definido en el corto plazo es una entelequia. Se toma por cierto que es posible incrementar la cuota de mercado en el corto plazo cuando sabemos que la duración promedio de los contratos de distribución es de varios años, y cuando sabemos que las propuestas de inhibición de las otras medidas estructurales o conductuales durarían 6 meses o tres años.*

*La medida estructural uno no disminuye las barreras de entrada. Las barreras del mercado de distribución corresponden a la capacidad de distribución en general (espacio de almacenamiento, capacidad de movilización, diversidad de canales de venta), a la duración de los contratos con los laboratorios farmacéuticos y con las casas de representación, a la especialidad y eficiencia del giro del negocio, a la variedad del portafolio de productos y a la confianza que un agente de mercado pueda justificar.*

*Poner a la venta un centro de distribución del operador Leterago de la ciudad de Quito es una medida muy incompleta para aseverar que las barreras de este mercado disminuirían, considerando, tal como se vio en la sección de la competencia en este mercado, que para imprimir presiones competitivas se requiere de un conjunto mínimo de atributos, en esta propuesta se propone paliatoria e irrisoriamente ofrecer una fracción de uno solo de los atributos de ese conjunto.*

*En los términos del recurso, la medida estructural uno no mantiene ni restaura la competencia que de otro modo es probable que se pierda debido a la transacción propuesta.*

#### ***De la medida estructural número dos***

*La medida estructural dos es imposible de analizar. Llama la atención cómo en un documento de instancia jurídica tan elevada (recurso de apelación) se proponga espontáneamente una medida en los términos:*



*“Grupo Difare ofrecerá la capacidad instalada sobrante (...)”,*

*Sin incluir una definición de sobrante. No se indica el criterio de determinación de la capacidad sobrante del grupo ni su sostenimiento dinámico ¿sería sobrante en un mes el 20 % de su capacidad instalada y la siguiente el 3 %? ¿Sería sobrante, si bajo el criterio de determinación de sobrante, en un mes el sobrante fuere 0 %?*

*Tratemos de imaginar qué respuesta obtendría el representante legal de un competidor del grupo Difare, post transacción, cuando éste le comunique a un gerente nacional o regional, a un administrador, accionista o apoderado de un laboratorio farmacéutico o casa de representación, el mensaje: Me gustaría generar o ampliar nuestras relaciones comerciales de largo plazo dado que ahora cuento con la capacidad instalada sobrante del grupo Difare (?).*

*Dada esta indefinición es imposible aseverar que esta medida amplía:*

*“(...) la primera medida estructural antes mencionada, esta nueva medida permitiría a los operadores económicos (SIC) que no estén interesados en comprar el centro de distribución de Leterago, beneficiarse de la capacidad logística y operativa ya instalada para ampliar y profundizar su participación en el mercado”.*

### **De la medida estructural número tres**

*La medida estructural tres fortalece la rigidez de la estructura del mercado post fusión.*

*Llama la atención cómo se ha redactado esta propuesta:*

*“Leterago se compromete a no aumentar su participación en el mercado de distribución durante tres años posteriores a la notificación de la resolución definitiva de autorización de la CRPI”.*

*Se hace referencia a Leterago como si se tratase, luego de la concentración, de un operador económico independiente, cuando no lo sería. En los términos de la redacción de la medida estructural tres se aprecia un mecanismo de escapatoria. Bastaría con que Leterago le cediera clientes a Difare para darle cumplimiento, esto impide confiar en esta medida estructural.*

*Sin embargo, si aquel no fuese un escenario posible, esta propuesta da cuenta de la indisponibilidad de demanda disputable en el mercado maduro de distribución de medicamentos. Si la propuesta, luego de la ejecución de la operación de fusión, consiste en que el primer agente económico de ese mercado (Leterago) mantuviera su participación en el mercado sin pronunciarse sobre el segundo operador del mercado —que es el adquiriente del primero— y asumiendo que éste también mantuviera su cartera de clientes o que la incrementara, el resultado inequívocamente sería que no habría*

*demanda disputable para los incumbent competitors ni para los posibles competidores entrantes.*

*En esta misma propuesta se señala que:*

*“Con esta medida estructural los competidores de Difare en el mercado de distribución de productos farmacéuticos tendrán una ventaja absoluta (...)”,*

*De acuerdo con los elementos del expediente, esta alegación resulta estar muy apartada de la verdad. Es pertinente evocar que la competencia en el mercado relevante definido se basa sobre relaciones de larga data (de varios años), por tanto, concluir que buscar una demanda disputable inexistente generaría una ventaja absoluta, resulta inverosímil.*

*En los términos del recurso, la medida estructural tres no solo que no mantiene ni restaura la competencia que de otro modo es probable que se pierda debido a la transacción propuesta, sino que la empeora.*

#### ***De las medidas conductuales número uno y dos***

*Estas propuestas son insuficientes y no generan una evitación de costos para la SCPM. El ahorro propuesto, en el margen, sería evitar la emisión de una providencia requiriendo la información que el operador económico resultante de la fusión propone entregar voluntariamente.*

*Además, no es admisible una alegación que señale que en caso de detectarse cualquier práctica nociva para el mercado, la SCPM dispone de todas las herramientas e investigaciones contenidas en la LORCPM, para corregir cualquier comportamiento unilateral provocado por el operador económico resultante de la concentración.*

*Una alegación de esas escapa del ámbito de control de concentraciones y sugiere su esterilidad. El análisis del control de concentraciones consiste en impedir operaciones de fusión injustificadas, que generan poder de mercado artificialmente y que alineé los incentivos perversos necesarios para abusar de ese poder de mercado. Citado análisis no consiste en centrar las esperanzas en permitir ese tipo de fusiones para luego corregir posibles abusos de poder de mercado.*

#### ***De la medida conductual número tres***

*Esta propuesta resulta insuficiente por la imposibilidad de cambio de la estructura de mercado en un plazo de tres años.*

*A la luz de los elementos del expediente, la mayor probabilidad de ocurrencia radicaría en la mantención o empeoramiento de los condiciones de competencia pre fusión, por tanto, rezagar por tres años la compartición de información sensible es una propuesta que no disipa las preocupaciones señaladas por la ICC o por la CRPI.*

### ***De la medida conductual número cuatro***

*Esta medida apunta a aplacar una de las barreras de mercado y a promover uno de los componentes de la competencia del mercado de la distribución (especialidad del giro del negocio).*

*Al proponerse una actividad de cumplimiento inmediato que cubriría a los competidores del operador resultante de la operación de fusión inclusive (situación que se asume porque no se indica explícitamente un concepto de comercializador), se estaría generando impactos positivos en el mercado, sin embargo, esta medida pudiera resultar insuficiente al evaluarse conjuntamente con las demás de tipo conductual y estructural.*

### ***De las medidas conductuales número cinco y seis***

*Ambas propuestas apuntan al aplacamiento de los elementos que sostienen las rigideces de los dos mercados relevantes definidos. Especialmente la medida conductual 5 quitaría la mayor traba a la competencia en el mercado de la distribución, la extensa duración de los contratos con los laboratorios y proveedores.*

*Sin embargo de estas laudables propuestas, las mismas podrían ser insuficientes. Dada la radical estructura del mercado post transacción, existiría en el mercado de la distribución un operador cuya participación de mercado sería varias veces superior a su más inmediato competidor, esta verosímil particularidad haría que operaran relaciones de largo plazo y exclusividades de facto.*

*Los laboratorios y proveedores que se verían libres de las penalizaciones por escisiones de contratos, enfrentarían el dilema de qué hacer, si seguir con el operador económico concentrado o buscar mejores opciones. Verían que su siguiente mejor opción sería un agente económico de escala muy limitada, lo que los llevaría a valorar al agente económico concentrado como su primera y sustancialmente mejor opción, ergo, no tendrían los incentivos necesarios para apartarse del operador económico dominante.*

*En cuanto a la provisión a las farmacias con franquicias, a las de cadena o a las independientes la situación sería muy similar. Todas éstas verían cómo las mejores ofertas (inigualables por la competencia debido a su escala) vendrían siempre del operador económico fusionado, operando igualmente una exclusividad de facto.*

### ***De la evaluación conjunta de las medidas propuestas***

*En relación con los elementos nucleares de la forma de competencia del mercado de distribución: Escala, conocimiento del mercado y portafolio de productos, las medidas propuestas en concomitancia justificarían:*

*Según la medida estructural uno, poner a disposición de los competidores del operador fusionado un centro de distribución local, en relación con un mercado geográfico definido de carácter nacional. Situación que resultaría insuficiente.*

*La medida estructural número dos no hace aportaciones.*

*La medida estructural tres empeora la búsqueda de un amplio portafolio de productos para los competidores del operador económico resultante de la operación de fusión.*

*Las medidas conductuales número uno y dos no están enfocadas hacia alguno de los elementos nucleares señalados.*

*La medida conductual tres no está enfocada a los elementos señalados, sin embargo fuese laudable en la medida en la que en el plazo de 3 años la estructura del mercado cambiase, situación que como se ha visto resulta inverosímil.*

*La medida conductual número cuatro apunta directamente al elemento conocimiento del mercado, y sería bienvenida, sin embargo, resulta insuficiente en la consideración conjunta de todas las medidas propuestas.*

*Las medidas conductuales cinco y seis apuntan igualmente a uno de los elementos de análisis invocados, amplitud del portafolio de productos, no obstante, aunque formalmente estas propuestas eliminaran ciertas restricciones de mercado, éstas se mantendrían en la dinámica práctica del mismo dados los incentivos que tendrían los laboratorios, casas de representación y proveedores de los distribuidores a mantenerse fieles al agente de mercado resultante de la operación de fusión.*

*En concomitancia, únicamente la medida conductual uno apunta marginalmente a uno de los tres elementos y la medida conductual cuatro (en la medida que abarcara a los competidores del operador concentrado) apuntaría eficazmente a otro de los elementos que constituyen la competencia del mercado de distribución definido.*

### **III Conclusiones:**

*Los elementos nucleares de la competencia del mercado de la distribución son: capacidad de escala de operación, especificación del giro del negocio y disponibilidad de amplitud del portafolio de productos.*

*Las medidas estructurales y conductuales propuestas no están explícitamente alineadas con los criterios del artículo 22 de la LORCPM.*

*Ninguna de las medidas propuestas pueden por sí solas (dados sus términos de redacción) disipar las preocupaciones de la ICC y de la CRPI.*

*Las medidas propuestas evaluadas en concomitancia no son capaces de disipar las preocupaciones de la ICC y de la CRPI [...]”*

Por lo anterior:

- En un primer momento, el de la motivación consistente en la valoración en conjunto de las medidas propuestas, se puede constatar que el acto administrativo cubre con los escenarios de valoración de las medidas, en carácter individual respecto de los efectos caso por caso, y en conjunto referente a los efectos post-transacción, cumplimiento que se ve reflejado cuando se constata que de concretarse la operación de concentración económica notificada, se generarán cambios considerables en la estructura del mercado que constituyen inquietudes sobre probables afectaciones a la competencia, tanto en el mercado relevante de distribución al por mayor de productos farmacéuticos, como respecto a la interacción del operador concentrado a lo largo de la cadena de valor.

Situación anterior que se ve robustecida cuando las presuntas eficiencias que teóricamente se generarán a partir de la operación fallan en caracterizarse como pertinentes, verificables y eficaces, por: **i)** ausencia de demostración de su suficiencia para compensar las preocupaciones desde el punto de vista de la competencia, toda vez que, la entrada a los mercados de distribución y comercialización de productos farmacéuticos, con características de ejercer presión competitiva, se califica como improbable, inoportuna e insuficiente para disciplinar el ejercicio del poder de mercado del operador fusionado; **ii)** la incapacidad de disciplinar las prácticas unilaterales del operador económico en el sector de productos farmacéuticos por el análisis respecto al poder de la demanda; y, **iii)** la cercanía competitiva de las empresas a fusionarse, lo que podría devenir en que la demanda elija intercambiar entre los productos de las dos empresas intervinientes, generando incentivos para el desarrollo de conductas conjuntas unilaterales, y -en el mismo sentido- la integración vertical del adquiriente puede prestarse como un medio para rentabilizar restricciones de acceso a insumos o clientes.

- En el segundo momento, con base a los mercados relevantes determinados por la CRPI en el acto administrativo en estudio, esta autoridad considera que la operación de concentración económica notificada puede tener incidencia directa en riesgos a la competencia en los mercados de referencia de distribución y comercialización farmacéutica, por posibles efectos unilaterales horizontales y verticales, sea en potenciales incrementos de precios, modificación de las condiciones de competencia actuales aguas arriba y aguas abajo, y/o el desplazamiento de agentes económicos aguas abajo.

Tras la revisión del procedimiento administrativo (en instancias INCCE y CRPI), no se puede desacreditar la existencia de barreras de entrada en el mercado de la distribución farmacéutica, que tiene causa-efecto principal en el carácter de no sustituibilidad del servicio, por la forma de su prestación, la estructura de sus oferentes y la naturaleza de la demanda del mercado farmacéutico respecto de los productores-importadores; todo lo cual torna en una mínima probabilidad de ingreso –al menos en corto y mediano plazo- de un agente económico con capacidad de presión competitiva al operador resultante de la fusión.

A lo expuesto, se suma que, no existen elementos del expediente administrativo que permitan observar la presencia de eficiencias generadas por la operación de concentración económica que logren equiparar los riesgos identificados en los mercados farmacéuticos



(según exponen INCCE y CRPI), a lo que se adiciona la falta de evidencia de poder de la demanda que pueda sujetar las prácticas del operador económico en el mercado, aspecto que no ha podido ser mermado por el recurrente a lo largo del expediente administrativo, a cuyo propósito se indica que, en la LORCPM y su reglamento de aplicación, no existen parámetros o directrices para que la administración sea la que proponga medidas y/o remedios a la operación cuando los administrados solicitantes son conocedores a fondo del o los mercados relevantes en los que actúan para la propuesta de medidas conductuales efectivas y expeditas, y los insumos de información técnicos del procedimiento frente a los criterios del artículo 22 de la LORCPM limitan la imposición de medidas estructurales.

Por fuera de las meras referencias que efectúa el recurso en cuanto a la “obligación” de aportación de la administración de remedios a la operación, en la práctica internacional, los agentes notificantes son los llamados a proponer los remedios que podrían solventar o mitigar los riesgos derivados de las operaciones de concentración. En la especie, el administrado ha indicado y ratificado la imposibilidad de imponer medidas estructurales efectivas, señalando que la implementación de remedios conductuales suplirían las mismas; sin embargo, de la verdad procesal se puede constatar que la INCCE y la CRPI conceptualizaron y determinaron los mercados relevantes, y en la definición de su estructura e identificación de efectos horizontales y verticales, no se encuentra entre las medidas conductuales propuestas (o en la suma de ellas), criterios objetivos y comprobables referentes a los riesgos de efectos horizontales y verticales identificados, y el recurso de apelación tampoco merma las preocupaciones técnicas expresadas a lo largo del acto administrativo en revisión; todo lo cual se soporta en la imposibilidad de condicionar la operación conforme el análisis efectuado por el especialista técnico, cuyas valoraciones son ratificadas por esta autoridad.

De lo último se recalca que –dado el objeto de la LORCPM– el conjunto de medidas deben restablecer las condiciones competitivas a una situación equivalente anterior a la ejecución de la transacción, y siendo que las estructurales no lo hacen o no lo pueden lograr (por ser imposibles, conforme lo ratifica el administrado notificante), y que el conjunto de las conductuales encuentran el límite de únicamente reducir de manera parcial el problema de competencia, la administración durante la sustanciación del procedimiento administrativo no identificó obligaciones conductuales (efectivas, factibles, ejecutables, que se puedan monitorear, y que su implementación pueda alcanzarse con prontitud en aras de la protección del mercado y la competencia) que cumplan con el rol de mermar el efecto en el mercado concentrado.

Se insiste en que el objetivo de los remedios para los procesos de concentración económica consiste en la preservación o el restablecimiento de la competencia y en el prevenir o corregir el ejercicio de poder de mercado que perjudique el interés económico general; pues son las medidas (estructurales y conductuales) las que permiten modificar la naturaleza de la fusión para mantener o restaurar las condiciones competitivas antes de la misma. Siendo que la operación de concentración analizada –conforme el examen presentado en el acto administrativo– lograría distorsionar la estructura del mercado, generando un operador con posición de dominio y eliminando la fuente competitiva directa del agente adquirente, las medidas conductuales deben ofrecer factibilidad de acatamiento, supervisión y control por parte de la administración.



En ausencia de remedios –vistos en conjunto- con carácter adecuado y necesario para reformar los efectos competitivos identificados en los mercados relevantes determinados, por los cuales se pueda exigir cierta conducta de las empresas en concentración que modifiquen su comportamiento en el corto plazo, no se puede hablar de utilidad de los mismos, cuando la estructura del mercado -en el mediano plazo- tiene barreras de entrada para agentes con capacidad de generar presiones competitivas, o no existe la expectativa que los efectos de la operación se desvanezcan en el tiempo por algún factor externo o por la dinámica del sector; situación que se ha determinado en el acto administrativo, y que no ha sido contrapuesto eficazmente por el administrado para efectos de restar validez técnica a los motivos decisionales de la CRPI.

En razón de lo expuesto, se comparte que en la valoración en conjunto de los remedios conductuales, en el caso en análisis, no se permite desvanecer los riesgos a la competencia identificados, ni se podrían restaurar los niveles actuales de competencia existente en el mercado de distribución de productos farmacéuticos, y en los mercados aguas arriba y aguas abajo a partir del mismo.

▪ **La estructura del mercado post transacción no es suficiente para negarla:**

El recurrente indica:

*“[...] La estructura del mercado post transacción no es suficiente para negarla, pues de conformidad con la práctica de competencia y los precedentes que existen tanto internacional como localmente hay otros aspectos a evaluar al momento de aprobar, condicionar o negar una transacción, que no fueron abordados en el presente caso.*

*La INCCE y la CRPI enfocaron su informe y su resolución en la estructura del mercado de distribución de productos farmacéuticos post transacción, como indicamos en los alegatos presentados con respecto del Informe de la Intendencia existen falencias con respecto del análisis realizado sobre cuotas de participación y barreras de entrada que ilustran circunstancias que no se adecúan a la realidad [...]*

*En ese sentido vale la pena recalcar en el análisis de workable competitor (competencia viable/factible) con respecto de la realidad de mercado post transacción y los remedios propuestos por Difare, en donde ha quedado ilustrado que los mercados analizados cumplen con el estándar y cómo la CRPI elaboró su resolución en base a un informe incorrecto [...]*

*En virtud de que la competencia perfecta como tal, hoy en día, es imposible de alcanzar, por lo que no existe nada más que en teorías y modelos utilizados por economistas para acercarse a la realidad. La doctrina ha determinado otros modelos como el de “competencia factible/viable” para analizar lo que es deseable dentro de un mercado. Así es que en el modelo propuesto nos encontramos ante un mercado en el que la competencia es menos que perfecta, pero lo suficientemente adecuada para ofrecer a los compradores alternativas genuinas, este es el estándar que las autoridades de competencia alrededor del mundo utilizan para medir los mercados y determinar*

*cuándo es plausible aceptar una concentración o cuándo por la concentración se perdería el estándar.*

*Se dice que un mercado imperfecto cuyos resultados son "razonablemente compatibles" con "el bienestar económico" es "workable competitor". La competencia viable es un concepto que dirige nuestra atención al comportamiento de la empresa, el desempeño económico y la estructura del mercado [...]"*

Con lo anterior, el apelante desarrolla la postura de la competencia viable/factible presuntamente existente por la operación de concentración económica, en que concluye que por: **a)** los Criterios Estructurales para el estándar de Competencia Viable<sup>8</sup>; **b)** los Criterios Conductuales para el estándar de Competencia Viable<sup>9</sup>; y, **c)** los Criterios de Desempeño para el estándar de Competencia Viable<sup>10</sup>, *“tanto el mercado de distribución farmacéutica como el mercado de comercialización farmacéutica **alcanzan el estándar de competencia deseado**, más aún si su autoridad opta por aceptar el conjunto de medidas propuestas por Difare”*

Sin embargo, del análisis -de los mercados de distribución y comercialización- post transacción encontrado en el expediente administrativo, ha quedado evidenciado que los parámetros de los mercados cambian producto de la transacción, principalmente debido a que:

- En el eslabón de la distribución, el mercado se concentra para los dos agentes fusionados (en un mercado donde las economías de escala son la principal variable de rentabilidad, el número de operadores grandes es muy reducido);
- En el eslabón de la comercialización, en los últimos periodos se ha observado una clara tendencia a la disminución de las farmacias independientes, dada su poca competitividad frente a las grandes cadenas, existiendo un elevado porcentaje de concentración de farmacias a grandes cadenas;
- Existen barreras de entrada, donde la misma respecto a ambos mercados analizados no es pronta, probable ni suficiente;
- Del análisis presentado por la INCCE, se mostraron profundas asimetrías en la distribución de los precios, aun cuando el sector farmacéutico cuenta con extensa normativa para el control de precios. Así mismo, se permite cambio en la distribución

---

<sup>8</sup> Número de oferentes tan grande como permitan las economías de escala; Inexistencia de barreras artificiales para la movilidad y entrada; y, Diferencias moderadas en precios de productos en función de calidad;

<sup>9</sup> Incertidumbre en firmas sobre si iniciativas de precios van a ser seguidas; No existe colusión entre firmas; No existen prácticas exclusorias, coercitivas o predatorias; Los oferentes y consumidores ineficientes no deben estar protegidos permanentemente; Publicidad no debe ser engañosa; y, No debería haber discriminación de precios constante o nociva

<sup>10</sup> Distribución y comercialización debe ser eficiente; Ganancias en los niveles justos para premiar inversión, la eficiencia y la innovación; Precios promueven decisiones racionales y tienden al equilibrio de mercado; Oportunidades de introducir productos y procesos superiores son aprovechadas; Gastos promocionales/publicitarios no deberían ser excesivos; y, El éxito debe corresponder a los vendedores que satisfacen mejor los deseos de los consumidores.

de precios de los medicamentos, frente a un alza en los costos por la correlación con la tarifa de pago que negocian los distribuidores por sus productos;

- Referente a los criterios conductuales para el estándar de competencia viable, de conformidad con el artículo 22 de la LORCPM, este parámetro no constituye un criterio de decisión dentro del régimen de control de concentraciones económicas. Asimismo, siendo que detrás del régimen de concentraciones se pretende analizar de forma prospectiva los posibles cambios en el mercado para así evitar, sobre la base del poder de mercado, que un operador incurra en estas prácticas, las posturas de un mercado determinado con las características analizadas por la CRPI hace que sea factible que estas se produzcan:
- En cuanto a los criterios de desempeño para el estándar de competencia viable, siendo que este parámetro hace referencia a la eficiencia que debe mantener el operador concentrado, los remedios analizados en la sustanciación del procedimiento cumple con el de eficiencia (véase la sección de análisis de los remedios).

En consecuencia de lo anterior, siendo que post transacción existiría alta concentración en el mercado de distribución, que implica la eliminación de un competidor directo, en conjunto con la elevada participación de DIFARE en el mercado de comercialización, se demuestra que la transacción analizada generará cambios estructurales en los mercados relevantes definidos, que origina o fortalece la posición de dominio del operador concentrado; y, estos resultados abren la posibilidad de generación de efectos unilaterales (que podrían ser tanto horizontales como verticales) por el agente fusionado, con repercusiones a lo largo de la cadena de valor de productos farmacéuticos, a saber:

- La posibilidad de ocurrencia de efectos horizontales acontece en el mercado de distribución al por mayor de productos farmacéuticos, dentro del cual, tras la operación de concentración, se combinaría la participación de DIFARE y LETERAGO como agentes económicos líderes;
- Desde el enfoque de competencia con bienes homogéneos y las barreras de entrada existentes en el mercado, serían condiciones suficientes para establecer que DIFARE posee el incentivo y la capacidad de incurrir en efectos unilaterales dentro del mercado de distribución mayorista;
- Dada la configuración de la operación de concentración en el segmento de distribución de productos farmacéuticos a nivel nacional, y la integración vertical con el eslabón de comercialización que ostenta la parte adquiriente, a través de farmacias propias, franquiciadas, e independientes con acuerdo de uso de marca comercial, la transacción notificada se configura con potencialidad de generar afectación a la competencia subyacente en la restricción de insumos a los competidores aguas abajo, como de clientes aguas arriba;

- Los operadores económicos DIFARE y LETERAGO –según la verdad procesal- ostentarían un grado de dependencia importante para los segmentos aguas arriba y aguas abajo, en este sentido el operador concentrado dispondrá de la capacidad necesaria para afectar la provisión del servicio de distribución en la cadena de valor, por cuanto no existe la suficiente dinámica competitiva ejercida por otros distribuidores para generar las presiones necesarias a fin de disciplinar cualquier efecto adverso; y,
- El agente fusionado tendrá un importante incentivo para restringir el servicio de distribución mediante el deterioro de ciertas condiciones comerciales, en pos de favorecer las ventas de sus farmacias a lo largo del Ecuador, así como para aumentar la probabilidad de captar nuevos clientes comercializadores bajo su esquema de franquicias. Esta práctica limitaría la competencia de las cadenas rivales y modificaría las preferencias de las farmacias independientes para aprovisionarse a través del operador concentrado, por sobre otro distribuidor.

Por los considerandos desarrollados a lo largo de la presente resolución, en cuanto a la vulneración del deber de confidencialidad y reserva –en, y, durante la sustanciación del procedimiento administrativo en instancia de la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones económicas-, esta autoridad encuentra que, las mismas no tienen alcance a la voluntad administrativa contenida en el acto de simple administración (Informe No. SCPM-IGT-INCCE-2022-020) y el acto administrativo emitido por la CRPI en cuanto a la negativa de autorización de la operación de concentración notificada, pues los parámetros técnico legales de la misma son correctos para su improcedencia; sin embargo, referidos hallazgos -no pudiendo pasar por desapercibidos- dan lugar al llamado de atención a los funcionarios encargados de la sustanciación del expediente administrativo y el inicio de los procedimientos y/o procesos a los que haya lugar.

#### **NOVENO.- RESOLUCIÓN.-**

Por las consideraciones expuestas, amparado en las disposiciones establecidas en los artículos 75, 76 y 82 de la Constitución de la República del Ecuador y el artículo 16 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta Autoridad, **RESUELVE: UNO.- Desechar el recurso de apelación planteado por el** operador económico DISTRIBUIDORA FARMACÉUTICA ECUATORIANA (DIFARE) S.A., en virtud de no encontrar los vicios de nulidad expuesto en el mismo, y en consecuencia, ratificar la resolución de 09 de agosto de 2022 a las 10h23 emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia; **DOS.-** Se deja a salvo el derecho de los administrados de interponer las acciones legales que consideren pertinentes, en defensa de sus intereses y ante las autoridades competentes que creyeran oportuno; **TRES.-** Por los hallazgos identificados en esta resolución, referentes a la sustanciación del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INCCE-22-2021, por parte de la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas, que vislumbran yerros procedimentales reiterados que -sin alterar su validez procedimental- contrarían los principios generales del servicio público, tales como calidad, eficiencia, oportunidad, responsabilidad y coordinación, y por ende afectan a la operatividad administrativa, se dispone: **3.1.-** A la



Secretaria de Sustanciación, elabore un informe en el que, especificando las actuaciones procesales identificadas en la presente, identifique los funcionarios actuantes en las mismas, otorgándose para el efecto el término de cinco (5) días; y, **3.2.-** Cumplida la disposición que antecede, la Dirección Nacional de Administración de Talento Humano deberá iniciar el procedimiento disciplinario correspondiente.

#### **DÉCIMO. - NOTIFICACIONES.-**

De conformidad con el segundo inciso del artículo 164 del Código Orgánico Administrativo, en concordancia con el artículo 66 del Código Orgánico General de Procesos, y con la Disposición General Segunda de la Resolución No. SCPM-DS-2020-026 de 03 de julio de 2020, que determina: *“Para notificaciones se priorizará el uso de los correos electrónicos señalados por los operadores económicos. Los órganos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, instarán a los operadores económicos y a los ciudadanos en general a señalar correos electrónicos para notificaciones”*; notifíquese con la presente providencia a: **a)** Al operador económico DISTRIBUIDORA FARMACÉUTICA ECUATORIANA (DIFARE) S.A. en los correos electrónicos: [lmartin@lexvalor.com](mailto:lmartin@lexvalor.com); [rpenaherrera@lexvalor.com](mailto:rpenaherrera@lexvalor.com); [ateran@lexvalor.com](mailto:ateran@lexvalor.com). **b)** Comisión de Resolución de Primera Instancia

**DÉCIMO PRIMERO.** - Continúe actuando en calidad de Secretaria de Sustanciación en el presente expediente, la abogada Claudia Pontón Caamaño.- **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.-**

**Dr. Danilo Sylva Pazmiño,**  
**SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO**

**Abg. Claudia Pontón Caamaño**  
**SECRETARIA DE SUSTANCIACIÓN**