

- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Competencia Económica -SCE
- **Órgano de origen:** Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas – INICAPMAPR
- **Expediente de origen:** SCPM-IIAPMAPR-0036-2016
- **Expediente Apelación:** SCPM-INJ-8-2023
- **Apelante:** BUSINESSPHARM S.A.

SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA.- Quito, DM, 06 de junio de 2023, a las 12h15.- **VISTOS.-** Doctor Danilo Sylva Pazmiño, en mi calidad de máxima autoridad de esta Superintendencia de Competencia Económica, 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 Expediente Administrativo SCPM-INJ-8-2023, el cual atiende el Recurso de Apelación interpuesto por el operador económico BUSINESSPHARM S.A., en contra de la Resolución de 03 de marzo de 2023, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas -INICAPMAPR, dentro del Expediente Administrativo SCPM-IIAPMAPR-0036-2016; 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 Pedro Enrique Romero Espinoza, a nombre del operador económico BUSINESSPHARM S.A., mediante escrito ingresado en la ventanilla virtual de la Secretaría General de esta Superintendencia de Competencia Económica [en adelante SCE], el 03 de abril de 2023 con número de trámite ID. 268855 presentó recurso de apelación en contra de la resolución de 03 de marzo de 2023, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, dentro del Expediente Administrativo SCPM-IIAPMAPR-0036-2016; recurso del cual esta autoridad, con providencia de 11 de abril de 2023, avocó conocimiento y, debidamente verificado que la impugnación cumplió con los requisitos formales y sustanciales establecidos en el artículo 52 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa -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 03 de marzo de 2023, emitida por la INICAPMAPR, dentro del Expediente Administrativo SCPM-IIAPMAPR-0036-2016, que resolvió:

“[...] SEGUNDO.- ARCHIVAR la denuncia presentada por BUSSINESPHARM S.A. [sic], por cuanto a [sic] operado la prescripción del inicio de un procedimiento administrativo sancionador, al haber transcurrido más de los 4 años, previstos en el artículo 70 de la LORCPM, para que esta autoridad, pueda proceder con la apertura de de la investigación. [...]”

CUARTO. - PRETENSIÓN CONCRETA DEL RECURRENTE.-

El operador económico BUSINESSPHARM S.A, en su escrito de apelación, en el apartado 5, señala:

“[...] solicito Señor Superintendente se sirva conceder el mismo y resolver:

5.1. Revocar y, por tanto, dejar sin efecto la Resolución emitida el 3 de marzo de 2023 y notificada el 6 de marzo de 2023, por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, dentro del expediente SCPM-IIAPMAPR-0036-2016.

5.2 Declarar que en el presente caso se interrumpió la prescripción y no opero [sic] la mismas, por lo que la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas debe proceder con la decisión del inicio de la investigación formal en contra de las denunciadas y determinar oportunamente si cabe o no la imposición de una sanción o de medidas correctivas [...]”

Pretensiones por medio de las cuales el recurrente solicita se deje sin efecto el acto administrativo contenido en la Resolución de 03 de marzo de 2023, que dispone el archivo de la denuncia presentada por el operador económico BUSINESSPHARM S.A., por la práctica tipificada en el numeral 1 del artículo 10 de la LORCPM, presuntamente cometida por el operador económico LABORATORIOS BUSSIE S.A., en consecuencia, con la reversión de la resolución emitida por la INICAPMAPR, se dé continuidad al procedimiento administrativo y se ordene el inicio de la fase de investigación.

En la forma de exposición del escrito que contiene el recurso de apelación que se atiende, el apelante estructura su impugnación en la presunta nulidad del Expediente Administrativo SCPM-IIAPMAPR-0036-2016 por problemas en la motivación del acto administrativo, desde dos aristas, **a)** la interrupción de la prescripción por la correcta notificación del denunciado LABORATORIOS BUSSIE S.A. por medio de su representante en Ecuador SANFER BUSSIE ECUADOR S.A. (en adelante “SANFER”) y, **b)** la posibilidad de la autoridad de la SCE, en la

etapa investigativa, de ejercer facultades tendientes a determinar consecuencias jurídicas a la conducta denunciada. Postulados que se transcriben en los siguientes textos:

De la interrupción de la prescripción

“4.2. El 19 de diciembre de 2016 la Intendencia ordenó se realice la notificación a los operadores económicos denunciados, a fin de que se presenten sus explicaciones. A fojas 446 consta la razón de notificación a SANFER-BUSSIE ECUADOR S.A. [...] En expediente SCPM-IIAPMAPR-0036-2016, a fojas 456 y 458 se observan los sellos de recepción de los oficios dirigidos a BUSSIE y a SANFER [...]

4.4. Sin perjuicio de que la vinculación administrativa y por prioridad de SANFER y BUSIE (sic), resulta indiscutible. Con el único ánimo de inducir a error a la autoridad, [...] alegó una indebida notificación a BUSSIE, por cuanto no habría documentos que prueben que SANFER ostenta su representación legal. SANFER indicó que se debe notificar a BUSSIE en Colombia por ser este su domicilio legal [...]

[...] mi representada fue categórica en señalar que resulta claramente ostensible el hecho de que SANFER era y es el representante comercial directo de BUSSIE en el Ecuador [...]

SANFER presentó sus explicaciones, lo cual demuestra una vez más la existencia de actos de un interesado en el expediente [...]

4.7. El 3 de febrero de 2017, la Intendencia dispuso se realice la notificación a BUSSIE mediante carta rogatoria. Para el efecto, mi representada prestó todas las facilidades necesarias y colaboró con la autoridad a fin de que se remita la documentación necesaria a las autoridades competentes de Ecuador y de Colombia [...]

4.8. [...] SANFER envió de forma escueta ciertos datos, entre los cuales ocultó información de gran relevancia para su autoridad y que en su momento fue alertada a la autoridad, esto es Soany Orrego Carvajal ostentaba la calidad de Gerente General y por lo tanto ejercía la representación.

Lo mencionado, incluida la vinculación societaria entre SANFER y BUSSIE, se encuentra debidamente sustentado en el escrito presentado por BUSINESSPHARM [...]

SANFER y BUSSIE se han visto beneficiadas de su actuar fraudulento y poco colaborativo con la autoridad de competencia, al tenor de lo expuesto, resulta probado que en tales compañías la misma persona ejerció la gerencia general, este hecho, insiste, fue deliberadamente omitido por SANFER [...]

En resumen, resulta evidentemente absurdo considerar que BUSSIE no conocía formalmente de la denuncia presentada por BUSINESSPHARM, en virtud de actos emanados por la Intendencia.

4.9. [...] resulta erróneo que en la resolución recurrida se indique que el interesado desde 2016 hasta la presente fecha no ha tenido conocimiento ni de la denuncia ni de ninguna actuación efectuada por la autoridad; dado que, tal y como ha sido demostrado, existen un sinnúmero de actuaciones oportunamente realizadas por las cuales BUSSIE tuvo conocimiento formal de la actuación de la autoridad de competencia en función de la denuncia presentada por BUSINESSPHARM.

En tal sentido, se ha infringido e inobservado el último inciso del artículo 70 de la LORCPM, dado que se ha considerado erróneamente que en el caso ha operado la prescripción, cuando lo correcto era considerar que esta había sido interrumpida.”

De la falta de motivación:

“4.13. [...] Acusamos que el acto administrativo impugnado adolece del vicio motivacional de insuficiencia de motivación, por cuanto la fundamentación jurídica de la resolución no contesta argumentos relevantes y esenciales de las partes (para la decisión) y no contesta cuestiones de derecho necesarias de abordar.

En concreto, la resolución recurrida insiste en que no habrían existido actos que permitan la interrupción de la prescripción, sin considerar ni hacer un mínimo análisis de que sí se había notificado a SANFER, de que dicha compañía ocultó el hecho de que la misma persona que ocupaba la función de gerente general para BUSSIE, lo hacía también para SANFER.

[...] La resolución impugnada ni si quiera analiza en ningún párrafo si pudiera considerar que existió una interrupción de la prescripción por la notificación a SANFER, por su vinculación con BUSSIE, por la notificación al correo electrónico [...]

4.14. [...] El acto administrativo es inmotivado y devela incongruente debido a que la resolución de archivo por parte del falso supuesto de que no existiría ningún acto que interrumpa la prescripción, sin ni siquiera analizar lo dicho.

4.15. [...] se devela incongruencia jurídica al señalar de forma prematura que en el caso no podrían existir efectos anticompetitivos y que la pretensión de sanción carece de asidero jurídico, es insalvable el cuestionamiento de porqué en su momento no se envió a aclarar la denuncia, no obstante, resulta evidente que la autoridad se ha permitido obviar que tiene plenas facultades para, de ser el caso, determinar qué consecuencia jurídica debe aplicarse a la conducta anticompetitiva denunciada, es decir, la autoridad se ha abstenido o de ejecutar sus facultades sobre la base de que no cabe sanción para abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica [...]

[...] existen elementos esenciales y relevantes que no fueron analizados en la resolución impugnada, sin que el derecho de mi representada a contar con decisiones motivadas en el marco del debido proceso, así como de la seguridad jurídica, ha sido violentado, por cuanto no se contestan varios de los argumentos en su momento expuestos y que

denotarían la interrupción de la prescripción, así como la necesidad del inicio de la investigación formal.”

Con las citas de la exposición de motivos, el apelante enmarca los elementos en los cuales recaerían los yerros motivacionales del acto administrativo objeto de la apelación que se atiende, planteando el porqué de la invalidez del procedimiento administrativo así como del acto impugnado, y sobre los cuales versará el análisis realizado por esta autoridad.

QUINTO. - PROBLEMA JURÍDICO A TRATARSE. -

Conforme la exposición del operador económico BUSINESSPHARM S.A., en el recurso de apelación interpuesto, se establece como problema jurídico a tratarse, el determinar la validez del procedimiento administrativo en revisión de tiempos procedimentales, así como la existencia de mérito para la prosecución de la instrucción del procedimiento, a partir del análisis de la verdad procesal del Expediente Administrativo SCPM-IIAPMAPR-0036-2016, referente a la impugnación y su alcance a la orden de archivo del procedimiento derivado de la prescripción declarada.

Para efectos de desarrollo, se analizarán -de la verdad procesal- los argumentos de hecho y de derecho del acto administrativo impugnado, bajo los vicios presentados por el recurrente como fundamento de la pretensión de revocatoria.

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-IIAPMAPR-0036-2016:

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. Denuncia presentada por el operador económico BUSINESSPHARM S.A. el 05 de diciembre de 2016, identificado con números de trámite Id. 29619, en contra de LABORATORIOS BUSSIE S.A. por el presunto cometimiento de la conducta de abuso de poder de mercado, tipificada en el numeral 1 del artículo 10 de la LORCPM;
2. Providencia de 19 de diciembre de 2017, por medio de la cual la INICAPMAPR autorizó al operador económico SANFER-BUSSIE ECUADOR S.A. a revisar el expediente;
3. Providencia de 05 de enero de 2017, por medio de la cual, en lo principal, la INICAPMAPR calificó el escrito de denuncia y dispuso correr traslado al operador

denunciado LABORATORIOS BUSSIE S.A., de nacionalidad colombiana y su representante en Ecuador SANFER-BUSSIE ECUADOR S.A. para que presenten explicaciones;

4. Providencia de 17 de enero de 2017, por medio de la cual, en lo principal, la INICAPMAPR requirió que se remita con exactitud y debida justificación el domicilio del operador denunciado dado que la dirección del operador económico SANFER-BUSSIE ECUADOR S.A., no corresponde al lugar de notificación de LABORATORIOS BUSSIE S.A.;
5. Providencia de 03 de febrero de 2017, por medio de la cual, en lo principal, la INICAPMAPR dispuso correr traslado con la denuncia y anexos al operador económico LABORATORIOS BUSSIE S.A., mediante carta rogatoria, a través de la Embajada de Ecuador en Colombia en razón de que la dirección señalada por el denunciante se encuentra en Colombia;
6. Providencia de 29 de mayo de 2017, por medio de la cual, en lo principal, la INICAPMAPR dispuso agregar y tomar en cuenta la razón de entrega de carta rogatoria y anexos al Ministerio de Relaciones Exteriores;
7. Providencia de 27 de octubre de 2017, por medio de la cual, en lo principal, la INICAPMAPR dispuso enviar atento oficio a la Dirección de Asistencia Judicial Internacional y Movilidad Humana a fin de que informe el estado del oficio remitido el 16 de marzo de 2017, con el cual se procede con el trámite de notificación a través de carta rogatoria a LABORATORIOS BUSSIE S.A., en Colombia;
8. Providencia de 07 de noviembre de 2017, por medio de la cual, en lo principal, la INICAPMAPR dispuso enviar atento oficio a la Dirección de Asistencia Judicial Internacional y Movilidad Humana a fin de que comparezca a una reunión de trabajo;
9. Providencia de 15 de diciembre de 2017, por medio de la cual, en lo principal, la INICAPMAPR dispuso enviar atento oficio a la Dirección de Asistencia Judicial Internacional y Movilidad Humana a fin de que informe el estado del oficio remitido el 16 de marzo de 2017;
10. Providencia de 18 de enero de 2018, por medio de la cual, en lo principal, la INICAPMAPR dispuso enviar atento oficio a la Dirección de Asistencia Judicial Internacional y Movilidad Humana a fin de que informe el estado del oficio remitido el 16 de marzo de 2017;
11. Providencia de 13 de marzo de 2018, por medio de la cual, en lo principal, la INICAPMAPR dispuso enviar atento oficio a la Dirección de Asistencia Judicial

Internacional y Movilidad Humana a fin de que informe el estado del oficio remitido el 16 de marzo de 2017;

- 12.** Providencia de 02 de mayo de 2018, por medio de la cual, en lo principal, la INICAPMAPR dispuso enviar atento oficio a la Directora de Asistencia Judicial Internacional y Movilidad Humana a fin de que informe el estado del oficio remitido el 16 de marzo de 2017;
- 13.** Providencia de 04 de junio de 2018, por medio de la cual, en lo principal, la INICAPMAPR dispuso enviar atento oficio a la Dirección de Asistencia Judicial Internacional y Movilidad Humana a fin de que informe el estado del oficio remitido el 16 de marzo de 2017;
- 14.** Providencia de 22 de junio de 2018, por medio de la cual, en lo principal, la INICAPMAPR dispuso enviar atento oficio a la Dirección de Asistencia Judicial Internacional y Movilidad Humana a fin de que informe el estado del oficio remitido el 16 de marzo de 2017;
- 15.** Providencia de 20 de julio de 2018, por medio de la cual, en lo principal, la INICAPMAPR dispuso remitir atento oficio a la Dirección de Asistencia Judicial Internacional y Movilidad Humana, extendiendo una invitación a una reunión de trabajo;
- 16.** Providencia de 31 de julio de 2018, por medio de la cual, en lo principal, la INICAPMAPR dispuso remitir atento oficio la Dirección de Asistencia Judicial Internacional y Movilidad Humana, extendiendo por segunda ocasión una invitación a una reunión de trabajo;
- 17.** Providencia de 27 de agosto de 2018, por medio de la cual, en lo principal, la INICAPMAPR dispuso enviar atento oficio a la Dirección de Asistencia Judicial Internacional y Movilidad Humana a fin de que informe el estado del oficio remitido el 16 de marzo de 2017;
- 18.** Providencia de 12 de septiembre de 2018, por medio de la cual, en lo principal, la INICAPMAPR dispuso remitir atento oficio a SANFER-BUSSIE ECUADOR S.A., para que envíe toda la información de contacto que tenga disponible de LABORATORIOS BUSSIE S.A.;
- 19.** Providencia de 05 de octubre de 2018, por medio de la cual, en lo principal, la INICAPMAPR dispuso agregar el escrito presentado por el operador económico SANFER-BUSSIE ECUADOR S.A., con el que remite información de contacto de LABORATORIOS BUSSIE S.A.;

- 20.** Providencia de 30 de noviembre de 2018, por medio de la cual, en lo principal, la INICAPMAPR dispuso informar a SANFER-BUSSIE ECUADOR S.A., que al no tener constancia efectiva de que LABORATORIOS BUSSIE S.A., se encuentra legalmente citada y con el fin de cumplir con el debido proceso de las partes del proceso administrativo, se continuaría actuando conforme determina la Ley y se dispuso se asiente la sugerencia planteada por la embajada de Ecuador en Colombia consistente en contratar los servicios profesionales en Bogotá para que pueda mediar ante las autoridades judiciales de Colombia y se logre el cumplimiento de la carta rogatoria en vista de que no se había logrado avanzar en el pedido de citación formulado por la Superintendencia, para lo cual, convocó al operador económico BUSINESSPHARM S.A., a una reunión de trabajo;
- 21.** Providencia de 29 de mayo de 2019, por medio de la cual, en lo principal, la INICAPMAPR dispuso enviar atento oficio a la Dirección de Asistencia Judicial Internacional y Movilidad Humana a fin de que informe el estado del oficio remitido el 16 de marzo de 2017;
- 22.** Providencia de 18 de junio de 2019, por medio de la cual, en lo principal, la INICAPMAPR dispuso solicitar, por segunda ocasión, al Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana para que dé cumplimiento a lo dispuesto en providencia de 29 de mayo de 2019;
- 23.** Providencia de 27 de septiembre de 2019, por medio de la cual, en lo principal, la INICAPMAPR dispuso enviar atento oficio a la Dirección de Asistencia Judicial Internacional y Movilidad Humana a fin de que informe el estado del oficio remitido el 16 de marzo de 2017;
- 24.** Providencia de 29 de octubre de 2019, por medio de la cual, en lo principal, la INICAPMAPR dispuso enviar, por segunda ocasión, atento oficio a la Dirección de Asistencia Judicial Internacional y Movilidad Humana a fin de que informe el estado del oficio remitido el 16 de marzo de 2017;
- 25.** Providencia de 03 de diciembre de 2019, por medio de la cual, en lo principal, la INICAPMAPR dispuso enviar, por tercera ocasión, atento oficio a la Dirección de Asistencia Judicial Internacional y Movilidad Humana a fin de que informe el estado del oficio remitido el 16 de marzo de 2017;
- 26.** Providencia de 13 de enero de 2020, por medio de la cual, en lo principal, la INICAPMAPR dispuso enviar, por cuarta ocasión, atento oficio a la Dirección de Asistencia Judicial Internacional y Movilidad Humana a fin de que informe el estado del oficio remitido el 16 de marzo de 2017;

- 27.** Providencia de 14 de febrero de 2020, por medio de la cual, en lo principal, la INICAPMAPR dispuso enviar, por quinta ocasión, atento oficio a la Dirección de Asistencia Judicial Internacional y Movilidad Humana a fin de que informe el estado del oficio remitido el 16 de marzo de 2017 y remita la documentación respectiva donde quede constancia de que el Ministerio de Relaciones Exteriores ha dado paso al procedimiento de notificación;
- 28.** Providencia de 08 de julio de 2020, por medio de la cual, en lo principal, la INICAPMAPR dispuso agregar y tomar en cuenta el acta de reunión de trabajo del día 09 de marzo de 2020, en razón de la cual se solicitó al denunciante que justifique documentadamente la presunta pérdida del expediente y que justifique conforme la normativa su solicitud de enviar nueva carta rogatoria o exhorto para que se realice la notificación, toda vez que en mencionada reunión puso en conocimiento de esta autoridad que sus abogados en Colombia pudieron constatar que el exhorto librado para notificar al denunciado se había extraviado y remitir atento oficio a la Embajada de Ecuador en Colombia, a fin de que informe sobre el estado del trámite de notificación que se solicitó a Colombia mediante carta rogatoria o exhorto;
- 29.** Providencia de 28 de julio de 2020, por medio de la cual, en lo principal, la INICAPMAPR se negó el pedido de envío de un nuevo exhorto;
- 30.** Providencia de 02 de marzo de 2021, por medio de la cual, en lo principal, la INICAPMAPR dispuso al secretario de sustanciación elaborar un informe de verdad procesal y negó el pedido de envío de un nuevo exhorto;
- 31.** Providencia de 13 de abril de 2021, por medio de la cual, en lo principal, la INICAPMAPR dispuso agregar y tomar en cuenta el informe de verdad procesal No. SCPM-INICAPMAPR-DNICAPM-2021-007;
- 32.** Providencia de 21 de mayo de 2021, por medio de la cual, en lo principal, la INICAPMAPR dispuso informar al BUSINESSPHARM S.A., que de la revisión del portal de información de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros del Ecuador y el Registro Único Empresarial de Colombia, se desprendería que las compañías SANFER-BUSSIE ECUADOR S.A. y LABORATORIOS BUSSIE S.A., son dos personas jurídicas distintas y que no existía documentación dentro del expediente que certifique que Soany Orrego Carvajal era representante legal o apoderado de LABORATORIOS BUSSIE S.A., en Ecuador, por tanto el pedido de notificación de la denuncia y anexos a Soany Orrego Carvajal en calidad de representante legal LABORATORIOS BUSSIE S.A., a través de SANFER-BUSSIE ECUADOR S.A., en razón de una presunta vinculación societaria resultaba improcedente. Se dispuso también notificar al correo electrónico de LABORATORIOS BUSSIE S.A., obtenido del Registro Único Empresarial y Social de la Cámara de Comercio de Bogotá;

33. Providencia de 30 de junio de 2021, por medio de la cual, en lo principal, la INICAPMAPR dispuso informar al denunciante que no se ha recibido contestación alguna ni ha ingresado escrito alguno por parte de LABORATORIOS BUSSIE S.A., por lo que no es posible continuar con las siguientes fases procesales;
34. Providencia de 15 de julio de 2021, por medio de la cual, en lo principal, la INICAPMAPR dispuso remitir atento oficio al MREMH a fin de que informe el estado del oficio remitido el 16 de marzo de 2017;
35. Providencia de 02 de noviembre de 2022, por medio de la cual, en lo principal, la INICAPMAPR dispuso remitir atento oficio al MREMH a fin de que informe el estado del oficio remitido el 16 de marzo de 2017.

b) Expediente Administrativo SCPM-INJ-8-2023:

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

1. Escrito presentado por el señor Enrique Romero, en calidad de Gerente General y Representante Legal del operador económico BUSINESSPHARM S.A., ingresado el 03 de abril de 2023 con número de trámite Id. 2668855 mediante el cual presentó recurso de apelación en contra de la Resolución de 03 de marzo de 2023, emitida por la INICAPMAPR dentro del Expediente Administrativo SCPM-IIAPMAPR-0036-2016;
2. Providencia de 11 de abril de 2023, a las 17h00 por medio de la cual la autoridad avocó conocimiento del Recurso de Apelación y lo admitió a trámite;
3. Escrito presentado por el operador económico SANFER, el 17 de abril de 2023, identificado con el número de trámite Id. 202300794, por medio del cual presentó sus alegaciones;
4. Providencia de 16 de mayo de 2023, a las 15h00, por medio de la cual, en lo principal, se dio por legitimada la comparecencia del representante legal del operador económico SANFER.

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. 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: [...] l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. [...] 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 1865 la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, 1866 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. 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 Constitución2; “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. 10.- Abuso de Poder de Mercado en Situación de Dependencia Económica.**- Se prohíbe la explotación, por uno o varios operadores económicos, de la situación de dependencia económica en la que puedan encontrarse sus clientes o proveedores, que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor, además de los descuentos habituales, debe conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares. El abuso consistirá, en particular, en: 1.- La ruptura, aunque sea de forma parcial, de una relación comercial establecida sin que haya existido preaviso escrito y preciso con una antelación mínima de 30 días, salvo que se deba a incumplimientos graves, por parte del proveedor o comprador, de las condiciones pactadas o en caso de fuerza mayor. [...]”; “**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. 44.- Atribuciones del Superintendente.**- Son atribuciones y deberes del Superintendente, además de los determinados en esta Ley: 1. Conocer y resolver de forma motivada en última instancia sobre las infracciones establecidas en la ley y aplicar las sanciones pertinentes. 2. Conocer y resolver de forma motivada los recursos que se interpusieren respecto de actos o resoluciones conforme lo previsto por esta Ley y su Reglamento. [...]”; “**Art. 48.- Normas generales.**- [...] 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 [...]”; “**Art. 57.- Archivo de la denuncia.**- Si el órgano de sustanciación considera satisfactorias las explicaciones del denunciado, o si concluida la investigación no existiere mérito para la prosecución de la instrucción del procedimiento, mediante resolución motivada ordenará el archivo de la denuncia.”; “**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 [...]”; “**Art. 70.- Prescripción de las facultades administrativas y de las sanciones.**- La facultad de iniciar el proceso administrativo de oficio o a petición de parte al que se refiere esta Ley, prescribe en el plazo de cuatro años, computados desde el día en que se hubiere tenido conocimiento de la infracción o, en el caso de infracciones continuadas, desde el que día en que hayan cesado. Las sanciones impuestas por el cometimiento de infracciones prescribirán a los ocho años. La prescripción se interrumpe por cualquier acto de la

Administración con conocimiento formal del interesado tendiente al cumplimiento de la Ley y por los actos realizados por los interesados con el objeto de asegurar, cumplir o ejecutar las resoluciones correspondientes.”; “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. 63.- Resolución de archivo de la denuncia.- Cuando, de los hechos investigados, no existiere mérito para la prosecución de la instrucción del procedimiento, o las explicaciones presentadas por los denunciados sean satisfactorias, el órgano de investigación, mediante resolución motivada que será notificada al o los denunciados, ordenará el archivo de la denuncia.”

El Instructivo de Gestión Procesal Administrativa –IGPA prevé:

“Art. 8.- PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR INICIADO POR DENUNCIA.- La denuncia será ingresada en la Secretaría General o ante su delegado en la Intendencia Regional, quien mediante el Sistema de Gestión Procesal de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, remitirá a la Intendencia General Técnica para que esta a su vez, dirija al órgano de investigación competente a fin de que en el término de diez (10) días abra un expediente, avoque conocimiento y califique la denuncia. Realizada la calificación pueden presentarse los siguientes casos: a) Si la denuncia cumple con los requisitos previstos en el artículo 54 de la Ley, el órgano de investigación competente procederá a correr traslado al presunto o presuntos responsables con la denuncia para que en el término de quince (15) días contados a partir de la notificación, presenten las explicaciones que consideren necesarias, las mismas que serán ingresadas en la Secretaría General o ante su delegado en la Intendencia Regional, quien remitirá a la Intendencia respectiva. Fenecido el término para la presentación de explicaciones, el órgano de investigación competente, en el término de diez (10) días, procederá a pronunciarse mediante resolución motivada respecto del inicio del procedimiento de investigación o del archivo de la denuncia”; “Art. 52.- CONTENIDO Y PROCEDIMIENTO DEL RECURSO DE APELACIÓN.- El recurso de apelación será interpuesto ante el Superintendente, conforme al Art. 67 de la LORCPM, por el operador económico, dentro del término de veinte (20) días contados desde su notificación con la expedición del acto administrativo, en la Secretaría General o a la que haga sus veces en las Intendencias Zonales. a. La Secretaría General o la que haga sus veces en las Intendencias Zonales, enviará el recurso de apelación al Intendente o Presidente de la CRPI, según corresponda, quien incorporará al expediente el escrito del recurso en el término de tres (3) días y lo remitirá mediante providencia al Superintendente. b. El Superintendente en el término de cinco (5) días de recibido el expediente del inferior, avocará conocimiento del recurso y verificará si este ha sido presentado dentro del término legal; en caso de ser extemporánea su presentación, en la primera providencia lo negará sin análisis alguno; caso contrario, el Superintendente

correrá traslado a las partes para que en el término de tres (3) días presenten alegaciones motivadas; c. Este recurso será resuelto y notificado en el plazo de sesenta (60) días, contados desde el día que el Superintendente avoque conocimiento del mismo. Esta resolución podrá ser objeto de aclaración o ampliación, sea de oficio o a petición de parte; y, d. El recurso de apelación será con efecto devolutivo y resuelto por el Superintendente de conformidad con la LORCPM. De lo resuelto por el Superintendente no habrá recurso alguno salvo el de aclaración o ampliación. El contenido del recurso de apelación deberá contener al menos lo siguiente: 1. Identificación del acto administrativo que genera la vulneración de derechos de las partes; 2. Invocación de la norma constitucional, legal o reglamentaria presuntamente inobservada; 3. La pretensión; 4. Casillero electrónico asignado por la SCPM o casillero judicial o un correo electrónico; y, 5. La firma del representante legal del operador económico y de su abogado defensor.”

OCTAVO. - ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO DE LA APELACIÓN. -

Conforme lo dispuesto en la Constitución de la República del Ecuador -CRE-¹, 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 evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado [...] 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.”²

Es así como, por mandato expreso de la LORCPM, se crea la Superintendencia de Competencia Económica, como un organismo técnico de control, entre cuyas potestades legales consta la de sustanciar procedimientos administrativos -entre otros- para prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado acorde al procedimiento previsto en la LORCPM y su reglamento de aplicación. Por otro lado, la Constitución de la

¹ 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. [...]”

² LORCPM.- “Art. 1.- Objeto.- El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible”

República del Ecuador 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 este organismo técnico de control debe salvaguardar la efectiva competencia en el mercado, como ya se ha señalado, evitando, previniendo, corrigiendo, eliminando y sancionando el abuso de operadores económicos con poder de mercado; en concordancia con la sección I del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado –RLORCPM-, en la que consta el presupuesto de que cuando uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general recaerán en infracción a la Ley no siendo las conductas susceptibles de exoneración alguna.

Una vez realizadas la 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 respecto de la validez del procedimiento administrativo y la del acto administrativo recurrido.

En el recurso de apelación, el impugnante manifiesta que el procedimiento administrativo y por ende la Resolución de 03 de marzo de 2023, emitida por la INICAPMAPR debe ser dejada sin efecto debido a lo siguiente:

- El operador económico LABORATORIOS BUSSIE S.A., en calidad de denunciado, conoció formalmente la denuncia presentada por BUSINESSPHARM S.A., por lo que la prescripción se vio interrumpida; y,
- La INICAPMAPR no ejerció sus facultades para que permitan determinar consecuencias jurídicas a la conducta denunciada y, de forma prematura, señaló que la pretensión de sanción de una conducta de abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica carece de base legal.

Determinados como han sido los presupuestos de la Resolución de 03 de marzo de 2023 emitida por la INICAPMAPR dentro del Expediente Administrativo SCPM-IIAPMAPR-0036-2016 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 el análisis contenido en el acto administrativo impugnado, que en su parte pertinente señala:

Sobre la prescripción:

“[...] Desde la presentación de la denuncia, se han efectuado 17 actuaciones procesales por parte de este órgano de investigación, dirigidas al Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, encaminadas a notificar y/o poner en conocimiento del denunciado (LABORATORIOS BUSSIE COLOMBIA S.A.), la denuncia presentada en su contra, sin obtener resultados favorables.

[...] esta autoridad por varios años se ha visto impedida de poder emitir una resolución motivada que determine el inicio o archivo del expediente, por cuanto aún no se ha notificado al denunciado [...] No obstante, se debe considerar que el tiempo desde que este órgano de control tuvo conocimiento de la presunta infracción continuó discurriendo [...]

[...] la presunta conducta de abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica, se habría dado, con la finalización del contrato entre ambas partes, en la cual, culminó la presunta relación de dependencia entre los operadores económicos y subsecuentemente las obligaciones bilaterales existentes.

[...] La autoridad, conoció de la presunta conducta anticompetitiva el 05 de diciembre de 2016, fecha en la cual ingresó la denuncia [...] y desde esta fecha inicia el cómputo [sic] para la prescripción que tiene la autoridad, para pronunciarse respecto del inicio de una investigación, acorde a lo previsto en el artículo 70 de la LORCPM, por ende se determina que hasta la fecha actual han transcurrido un total de 6 años y 2 meses [...]

[...] la prescripción del procedimiento administrador, tiene su sentido en evitar que, se prolonguen o posterguen de manera indefinida situaciones que puedan desencadenar en una infracción o que, el procedimiento administrativo se mantenga abierto de manera ilimitada.

[...] conforme lo previsto en el artículo 70 de la LORCPM, el inicio de la investigación de oficio o a petición de parte (en este caso denuncia), a partir de una resolución debidamente motivada prescribe en 4 años computados desde el conocimiento de la conducta anticompetitiva; extender este plazo, sería provocar una arbitrariedad por parte de la autoridad, y por tanto vulneración a la seguridad jurídica.

[...] no hay ningún acto de la autoridad, a la cual el denunciado haya podido tener acceso y/o conocimiento, por lo cual, no podría haberse interrumpido la prescripción.

[...] en este expediente de forma previa a la presente resolución, no se ha emitido ninguna resolución o pronunciamiento por parte de los órganos de la SCPM, no siento (sic) aplicable el escenario de “asegurar, cumplir o ejecutar las resoluciones correspondientes”

[...] no se han cumplido las causales para la interrupción de la prescripción conforme los requisitos del último inciso del artículo 70 de la LORCPM [...]

[...] esta autoridad, tiene competencia para resolver el inicio de un procedimiento administrativo sancionador por violaciones a la LORCPM, en el plazo máximo de 4 años desde que tuvo conocimiento de la infracción [...]

En conclusión, esta autoridad ya no es competente en razón de tiempo para resolver el inicio de una investigación, por cuanto, ya ha transcurrido el plazo máximo previsto en la Ley para poder pronunciarse al respecto [...]”

Sobre la conducta:

“[...] De la revisión al contenido del artículo 78 de la LORCPM, se establece que no existe ninguna infracción al abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica, ni la misma se encuentra catalogada como leve, grave, ni muy grave, el artículo 10 de la LORCPM; es decir la conducta denunciada no tiene sanción dentro de la Ley de Competencia. [...]

[...] En el caso que nos ocupa dentro de la LORCPM, no existe sanción para el abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica, por cuanto no se encuentra establecido en el artículo 78 como infracción leve, grave o muy grave y por tanto, no se puede aplicar, ninguna de las sanciones previstas en el artículo 79 de la LORCPM.

[...] incluso en el caso de que , se hubiese procedido con la apertura de la investigación, y la misma tuviese como resultado la determinación de la existencia de la presunta conducta anticompetitiva, no podía darse cumplimiento al petitorio del operador económico puesto que la conducta denunciada no tiene sanción en la LORCPM [...]”

8.1.- De los presuntos vicios motivacionales del acto administrativo sobre la prescripción.-

A criterio del operador económico apelante, una de las aristas de los problemas de motivación del acto administrativo impugnado es la falta de análisis de la totalidad de actuaciones dentro del Expediente Administrativo SCPM-IIAPMAR-0036-2016, pues según el operador económico BUSINESSPHARM S.A., la notificación realizada a SANFER habría interrumpido la prescripción debido a la presunta conexión societaria existente entre dicho operador y el denunciado, a través del representante legal de ambos agentes económicos, que recae sobre la misma persona natural, por cuanto la Resolución de 03 de marzo de 2023 no consideró que SANFER ocultó que la misma persona natural ostentaba tanto su representación legal como la de LABORATORIOS BUSSIE S.A., y que no analizó la notificación al supuesto representante del denunciado en Ecuador, ni la notificación efectuada al denunciado por medio de correo electrónico, circunstancias con las cuales, la prescripción se habría visto interrumpida.

En cuanto a dichas alegaciones, siendo que la figura jurídica de fondo, sobre la que gira el fundamento impugnatorio de vicios motivacionales, reside en la prescripción conforme está normada en el artículo 70 de la LORCPM, con el objeto de determinar si efectivamente existieron actuaciones que la hayan interrumpido, es necesario, en esta resolución, plasmar un breve

resumen de las actuaciones procedimentales llevadas a cabo dentro del Expediente Administrativo SCPM-IIAPMAR-0036-2016, así como un sucinto análisis de lo actuado.

- Actuaciones procedimentales: notificación de la denuncia y posible vinculación de LABORATORIOS BUSSIE S.A. y SANFER

La notificación corriendo traslado con la denuncia realizada al operador económico SANFER es parte de la verdad procesal del expediente, siendo una actuación que representa el inicio del conflicto del caso en análisis, pues una vez presentada la denuncia de 05 de diciembre de 2016, mediante providencia de 19 de diciembre de 2016, la Intendencia a cargo de la Investigación, actualmente denominada Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (INICAPMAPR), dispuso correr traslado con la misma y sus anexos a SANFER, como representante del operador económico LABORATORIOS BUSSIE S.A., actuación efectuada por la Intendencia conforme a lo establecido por el denunciante, esto es, que SANFER sería representante de LABORATORIOS BUSSIE S.A., en Ecuador, por tanto notificando al primero, se entendería notificado el segundo. Frente a tal notificación, SANFER alegó no tener vinculación con el denunciado, por ende, no tener la facultad de actuar en una calidad que no ostentaba, razón por la cual la INICAPMAPR requirió al denunciante remita la dirección exacta de LABORATORIOS BUSSIE S.A., para la correcta notificación. En respuesta al requerimiento, BUSINESSPHARM S.A. indicó que, tal como había señalado en el escrito de la denuncia, al ser SANFER y LABORATORIOS BUSSIE S.A., parte del grupo INVEKRA y al haberse, el primero, constituido en Ecuador para realizar las acciones que realizaba el segundo, quedaría demostrada la vinculación entre ambas sociedades, con lo que sería adecuado notificar al denunciado por medio de SANFER en este país. Sin perjuicio de lo anterior, BUSINESSPHARM S.A., remitió una dirección en Bogotá, Colombia obtenida del portal de la Superintendencia de Sociedades del vecino país.

La Intendencia prosiguió con el trámite de notificación en Colombia por la vía diplomática a través de carta rogatoria, pues acertadamente determinó que la notificación a SANFER no tendría efecto, al ser éste y LABORATORIOS BUSSIE S.A., operadores económicos con personalidades jurídicas distintas, y no existiendo forma de interpretación de vinculación o conexión societaria a través del grupo INVEKRA.

Con fines expositivos, y para dejar expresada la línea de la INICAPMAPR en cuanto a la inoperancia de la notificación, respecto a la vinculación societaria entre dichos operadores, es pertinente tener en cuenta las siguientes precisiones:

- i) LABORATORIOS BUSSIE S.A. y SANFER son personas jurídicas autónomas e independientes.
- ii) El grupo económico INVEKRA no está constituido como tal en Ecuador, y así lo estuviera, la notificación a la persona jurídica SANFER no constituye, ni podría constituir, una notificación al órgano representante de las sociedades que conformarían el grupo económico, por tanto no existió conocimiento formal de LABORATORIOS BUSSIE S.A. de la denuncia.

- iii) Del portal de información de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros se desprende que el operador económico LABORATORIOS BUSSIE S.A., no consta registrado en Ecuador, por tanto fue correcto acudir a la vía diplomática para realizar la notificación en Colombia, por ser su domicilio societario.
- iv) Dentro del expediente de investigación, el denunciante no demostró la falta de autonomía en la toma de decisiones de las empresas que conforman el grupo económico INVEKRA, particularmente entre LABORATORIOS BUSSIE S.A. y SANFER, particular considerativo para fines de comprensión de improcedencia de notificación de uno de entre ambos agentes al otro;
- v) La denuncia fue presentada en contra de la persona jurídica LABORATORIOS BUSSIE S.A., no contra la persona natural que ejerce como representante legal, por tanto el hecho de que la misma persona natural ejerza tal calidad en una sociedad distinta a la denunciada no elimina la necesidad de tratarlas como personas jurídicas distintas e independientes;
- vi) Dentro del Expediente Administrativo SCPM-IIAPMAR-0036-2016 consta el Informe No. SCPM-INICAPMAPR-DNICAPM-2021-007 de 11 de marzo de 2021, elaborado por el secretario de sustanciación de la INICAPMAPR, mismo que mediante providencia fue agregado al expediente y expone la verdad procesal del cuaderno administrativo. La INICAPMAPR tomo como base explicativa dicho informe para emitir la resolución impugnada. En él se evidencian las actuaciones procedimentales ejecutadas en cumplimiento de la diligencia de notificación al denunciado, de las que se observa la situación de la notificación a SANFER, dejando constancia expresa que la misma persona natural era el representante legal de los operadores SANFER y LABORATORIOS BUSSIE S.A, es decir, al contrario de lo que señala el apelante, la INICAPMAPR no obvió tal situación, pero que en el contexto del acto administrativo impugnado, deja expuesto la improcedencia de notificación por esa vía a un agente económico sin domicilio en el Ecuador.

Por otro lado, en cuanto a la alegación contenida en el recurso de apelación respecto a que el acto administrativo impugnado no hizo un análisis de la totalidad de actuaciones llevadas a cabo dentro del expediente, con el estudio que consta a continuación se observará si existen o no actuaciones procesales que hayan interrumpido la prescripción y que no fueron tomadas en cuenta en la Resolución de 03 de marzo de 2023.

Así, de la revisión del expediente se verifica:

- a) La denuncia fue presentada el 05 de diciembre de 2016 y fue notificada a SANFER como “representante” en Ecuador del operador económico LABORATORIOS BUSSIE S.A., de nacionalidad societaria colombiana.
- b) Con providencia de 12 de enero de 2017, una vez que SANFER se pronunció respecto a la no vinculación con LABORATORIOS BUSSIE, se requirió a BUSINESSPHARM que remita la dirección exacta para la notificación. El denunciante señaló que la notificación

debía hacerse a SANFER por la vinculación existente entre las dos sociedades, sin embargo, en adición proporcionó la dirección: Diagonal 19D 39 41 en Bogotá, Colombia obtenida de la Superintendencia de Sociedades de ese país.

- c) Mediante providencia de 03 de febrero de 2017, la Intendencia dispuso, mediante carta rogatoria a través de la Embajada de Ecuador en Colombia, correr traslado con la denuncia y anexos al operador económico LABORATORIOS BUSSIE S.A. en Bogotá.
- d) Con fecha 06 de octubre de 2017 mediante escrito, la Dirección de Asistencia Judicial Internacional y de Movilidad Humana del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana (MREMH) señaló que la carta rogatoria fue remitida a la oficina Judicial de Reparto de Bogotá.
- e) El 16 noviembre de 2017, la Intendencia mantuvo una reunión con representantes del MREMH en la que se señaló que se encontraban a la espera de la constancia de que se ha notificado al denunciado y que se informaría a la Superintendencia los resultados.
- f) El 13 de diciembre de 2017, el MREMH informó que el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia indicó que el requerimiento se remitió mediante oficio a la Oficina Judicial de Reparto de Bogotá.
- g) Posteriormente, la INICAPMAPR solicitó en múltiples ocasiones al MREMH informar respecto al oficio de 16 de marzo de 2017 con el que se procedió con el trámite de notificación a través de carta rogatoria al operador económico LABORATORIOS BUSSIE S.A. en Colombia. Tales solicitudes fueron dispuestas mediante providencias de 15 de diciembre de 2017, 18 de enero de 2018, 13 de marzo de 2018, 02 de mayo de 2018 y 22 de junio de 2018, obteniendo finalmente, como respuesta, que la solicitud debía enviarse a las autoridades colombianas.
- h) El MREMH informó que el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia indicó que la solicitud fue remitida al Juzgado cuarenta y tres Civil Municipal de Bogotá D.C.
- i) Con providencia de 27 agosto 2018, se dispuso realizar una nueva solicitud de información al MREMH.
- j) El MREMH expuso que consideraba necesario que se contrate servicios profesionales en Bogotá para que se medie con las autoridades judiciales de Colombia y se logre el cumplimiento de carta rogatoria, lo cual fue informado oportunamente a BUSINESSPHARM S.A.
- k) Se realizaron nuevas insistencias de información al MREMH, dispuestas mediante providencias de 29 de mayo de 2019, 18 de junio de 2019, 29 de octubre de 2019, 03 de diciembre de 2019, 13 de enero de 2020, 14 de febrero de 2020 y 08 de julio de 2020.

- l) En una reunión de trabajo mantenida con BUSINESSPHARM S.A., el operador informó que la que carta rogatoria se había extraviado.
- m) Se dispuso al secretario de sustanciación de la Intendencia la elaboración del informe de verdad procesal, el cual fue emitido el 11 de marzo de 2021.
- n) Finalmente, se hicieron nuevas insistencias al MREMH dispuestas mediante providencias de 15 de julio de 2021 y 02 de noviembre de 2022.

De lo señalado, se observa que la INICAPMAPR realizó las diligencias necesarias para correr traslado con la denuncia al operador económico BUSINESSPHARM S.A. En este proceso, se mantuvo contacto con el denunciante y con el MREMH a fin de impulsar el trámite de notificación. Además se solicitó información a SANFER y se hizo gestiones con entidades de Colombia para obtener información relevante que permita lograr la notificación del denunciado y continuar con el procedimiento administrativo.

Por lo anterior, esta autoridad considera que al emitir el acto administrativo impugnado, la INICAPMAPR tomó en cuenta la totalidad de actuaciones procesales del expediente, lo que permitió llegar a la acertada conclusión de que la notificación efectuada al operador económico SANFER dentro del expediente no representa un conocimiento formal por parte de LABORATORIOS BUSSIE S.A. de la denuncia, ya que dichos operadores son personas jurídicas autónomas e independientes.

En tal sentido, siendo que el acto administrativo impugnado arroja dentro de sus aspectos motivacionales las actuaciones procedimentales que obran del expediente, y que en su recuento se guía al administrado a comprender la improcedencia de una notificación válida entre dos agentes económicos con domicilio distinto, sin vinculación y/o conexión societaria, y siendo el denunciado un operador no domiciliado en Ecuador, se encontrará que referida exposición de motivos fundamenta con carácter suficiente y atinente la parte resolutive de la Resolución; y, en razón de lo mandado en el artículo 70 de la LORCPM (que se explica más adelante), la resolución de 03 de marzo de 2023 se encuentra debida y suficientemente motivada, pues no se constituyó un efectivo conocimiento de la denuncia por parte del operador económico LABORATORIOS BUSSIE S.A., por lo que de seguir con el procedimiento, se hubiera vulnerado el derecho a la defensa del denunciado.

- Prescripción estipulada por la Ley: artículo 70 de la LORCPM.

Previo a efectuar un análisis aplicativo de la norma del artículo 70 de la LORCPM, es imperante contextualizar, por fines motivacionales, respecto de la figura de prescripción en materia procesal.

En cuanto a la definición de la prescripción en el Derecho Administrativo sancionador, se observa que esta figura, por su naturaleza jurídica, es tanto adjetiva, al impedir la persecución de la infracción, como sustantiva, al extinguir la responsabilidad por el transcurso del tiempo, en ambos casos para proteger el derecho a la seguridad jurídica.

Doctrinariamente, señala Diego Zegarra, domina la tesis que sostiene que la naturaleza jurídica de la prescripción supone “[...] una renuncia del Estado al derecho de castigar basada en

*razones de política criminal aunadas por el transcurso del tiempo, cuya incidencia es que la propia Administración considere extinta la responsabilidad de la conducta infractora, y por consiguiente de la sanción [...]*³

En tal sentido, VERGARAY y GOMEZ⁴ concuerdan y otorgan una definición completa de la prescripción en el Derecho Administrativo sancionador, al postular que: “ [...] *consiste en la extinción de la responsabilidad por el transcurso del tiempo, lo que acarrea indefectiblemente la pérdida del ius puniendi del Estado y elimina con ello la posibilidad de que la autoridad administrativa pueda establecer la existencia de una conducta infractora y aplicar válidamente una sanción al responsable [...]*”.

Por su parte, MORÓN URBINA⁵, refiriéndose a la consecuencia específica de la prescripción en el Derecho Administrativo sancionador, señala que “[...] *la consecuencia de la prescripción es tornar incompetente en razón del tiempo al órgano sancionador para abrir o proseguir con el procedimiento sancionador [...]*”.

Finalmente, para GORDILLO⁶ existe competencia en razón del tiempo cuando un órgano tiene determinadas facultades concedidas sólo durante una época o lapso específico, con lo cual es posible concluir que la autoridad administrativa que se encuentra dotada de potestades sancionadoras será incompetente en razón del tiempo para establecer la existencia de una conducta infractora y aplicar válidamente una sanción al responsable; o, en su defecto, para ejecutar una sanción impuesta con anterioridad, esto en razón del transcurso del tiempo de prescripción de determinada infracción o sanción.

Para un mejor entendimiento, cabe partir refiriéndonos al *ius puniendi* y la potestad de autotutela de la Administración, con los cuales ésta tiene el derecho de conocer y sancionar actos que presuntamente hayan transgredido normas de orden público; y, así mismo, de ejecutar las sanciones que imponga. Con la figura jurídica de la prescripción, si la Administración no ejercita estos derechos en el plazo o término legalmente previsto, su potestad de autotutela, misma que le faculta para perseguir una infracción, imponer una sanción, o ejecutar una sanción antes impuesta, se extingue. Como consecuencia, sin desconocer la existencia de una persona presuntamente infractora, se extingue la responsabilidad de aquella, pues no habrá órgano competente para sancionarla. Asimismo, elimina la posibilidad de que la autoridad administrativa pueda establecer la existencia de una conducta infractora y aplicar válidamente una sanción al responsable.

Con las precisiones antes expuestas, es necesario destacar la vinculación de la prescripción con la seguridad jurídica, en el sentido de que, en Derecho Administrativo sancionador, la primera

³ Zegarra, Diego. “La figura de la prescripción en el ámbito administrativo sancionador y su regulación en la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General”. Círculo de Derecho Administrativo.

⁴ VERGARAY, V., & GOMEZ, H., “La potestad sancionadora y los principios del procedimiento sancionador” en “Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General”. LIMA: UPC. (2009, págs. 435, 436)

⁵ MORÓN URBINA, J. C. “Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General”. LIMA: Gaceta jurídica. (2009, pág. 733)

⁶ GORDILLO, A. (2013). “Tratado de Derecho Administrativo”. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo. (2013, págs. EAA-IV-2)

permite hacer efectivo el ejercicio pleno de dicho derecho que a su vez constituye pilar sobre el cual se asienta la confianza ciudadana a las actuaciones de la administración. Entonces, el objetivo es evitar que se extiendan plazos de la potestad sancionadora para proteger la seguridad jurídica de los administrados y al mismo tiempo cumplir con el deber constitucional consagrado en el artículo 226, pues el ejercicio de facultades por parte de la Administración por fuera del marco temporal atentaría en contra del derecho y del deber anteriormente señalados.

La LORCPM, en su artículo 70, establece que la facultad de iniciar un procedimiento administrativo de oficio o a petición de parte prescribe en el plazo de cuatro años desde el día en que se tiene conocimiento de la presunta infracción o en caso de infracciones continuadas, desde el día en que hayan cesado. Además señala dos supuestos de la interrupción de la prescripción que, de acuerdo al caso que se revisa, se analizan a continuación:

Primer supuesto - acto de la Administración con conocimiento formal del interesado tendiente al cumplimiento de la Ley:

Al respecto, téngase en cuenta que la INICAPMAPR ejecutó acciones tendientes a la notificación del operador económico denunciado, LABORATORIOS BUSSIE S.A.; sin embargo, la referida diligencia no pudo concretarse, por lo que el denunciado no tuvo conocimiento formal de la denuncia, siendo este, el administrado llamado a dar contestación o estar posicionado como parte procesal del expediente para fines de la prosecución del procedimiento administrativo;

Segundo supuesto - actos realizados por los interesados con el objeto de asegurar, cumplir o ejecutar las resoluciones correspondientes:

Las actuaciones del denunciante, BUSINESSPHARM S.A., no pueden constituir, para efectos de constitución del procedimiento administrativo, como actos que permitan cumplir con asegurar, cumplir o ejecutar las resoluciones correspondientes, situación que, en la etapa del expediente administrativo, sería el conocimiento del interesado, esto es, el denunciado. En tal sentido, en conexidad con la ausencia de notificación con la denuncia a LABORATORIOS BUSSIE S.A., este en calidad de interesado no realizó acción alguna dentro del procedimiento, que permitan actuar conforme la LORCPM y su actuación como denunciado. Las alegaciones presentadas por el operador económico SANFER, no constituyen actos de interesado, toda vez que se constituye en una persona jurídica distinta al del denunciado.

En este marco es preciso insistir que el tiempo para que opere la prescripción de la facultad de esta Superintendencia para iniciar un proceso de investigación está dado por mandato legal, por tanto el transcurso de cuatro años desde presentada la denuncia sin que el denunciado haya tenido conocimiento formal de la misma, siendo este administrado quien puede dar prosecución al procedimiento para el cumplimiento de la Ley y para asegurar, cumplir o ejecutar las resoluciones correspondientes, por cuanto solo a través de la notificación con la denuncia puede proseguir el procedimiento administrativo, nos encontramos ausentes de los presupuestos que la norma manda cumplir para fines de interrumpir con la prescripción. Es preciso aclarar que, aun frente a

un procedimiento que haya sido iniciado, este debe ser notificado a los interesados en forma legal, caso contrario, dicha iniciación carecerá de eficacia jurídica.

En adición, se deja expresa constancia que la notificación con la denuncia constituye una actuación imprescindible del procedimiento, pues sobre ella inicia el ejercicio de defensa del administrado denunciado, por lo que, si el procedimiento administrativo no ha superado la etapa de conocimiento del denunciado, y siendo la contestación o el silencio del notificado el paso siguiente a la notificación la actuación para que se interrumpa la prescripción, este escenario representa la extinción de la facultad administrativa de la SCE.

Así se concluye que el acto administrativo de 03 de marzo de 2023 emitido por la INICAPMAPR se encuentra debida y suficientemente motivado en razón de que analiza y toma en cuenta todos los hechos y actuaciones dentro del proceso para determinar que han transcurrido más de seis (6) años desde la presentación de la denuncia hasta la fecha de su emisión, sin que la prescripción estipulada por mandato legal se haya visto interrumpida. Es decir, existe fundamento suficiente para considerar que la facultad de la Superintendencia de dar inicio a un procedimiento de investigación de la conducta denunciada se ha extinguido en razón del tiempo.

8.2.- Respecto a la supuesta incongruencia jurídica por el análisis de imposibilidad de sanción a conductas del artículo 10 de la LORCPM.-

En el recurso de apelación, el operador económico BUSINESSPHARM S.A., alega que la resolución impugnada sufre de incongruencia jurídica por cuanto la INICAPMAPR -al tratarse la conducta denunciada de un presunto abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica, tipificado en el artículo 10, numeral 1 de la LORCPM- determinó la imposibilidad de sancionar tal conducta y no ejerció las facultades concedidas por la ley con el fin de buscar consecuencias jurídicas a la infracción.

Sin embargo de que este constituye uno de los fundamentos de la apelación que se atiende, resultaría inoficioso efectuar un pronunciamiento sobre un aspecto de fondo, toda vez que por mandato legal, bajo lo estipulado en el artículo 70 de la LORCPM, conforme se ha determinado en el apartado 8.1 de la presente resolución, ha operado la prescripción, habiéndose extinguido la competencia de los órganos de la SCE sobre el procedimiento administrativo.

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 44, numerales 1 y 2, y el artículo 67 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 BUSINESSPHARM S.A., en contra de la Resolución de 03 de marzo de 2023 emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, dentro del Expediente Administrativo SCPM-IIAPMAPR-0036-2016; **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 creyeren oportuno.-

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 Competencia Económica, instarán a los operadores económicos y a los ciudadanos en general a señalar correos electrónicos para notificaciones”; notifíquese con el presente auto al operador económico: **i) BUSINESSPHARM S.A.**, en los correos electrónicos: jmeythaler@lmzabogados.com; jmora@lmzabogados.com; e info@lmzabogados.com; **ii) SANFER-BUSSIE ECUADOR S.A.** en los correos electrónicos: mrfabara@fabara.ec; dcastelo@fabara.ec; y, edavila@fabara.ec.- **iii.** A la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado Acuerdos y Prácticas Restrictivas.-

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 COMPETENCIA ECONÓMICA

Abg. Claudia Pontón Caamaño
SECRETARIA DE SUSTANCIACIÓN