

## EXPEDIENTE SCPM-CRPI-001-2020

### SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA.- COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- D.M. Quito, 14 de junio de 2023, 15:55.

**Comisionado sustanciador:** Carl Pfistermeister Mora

#### VISTOS

- [1] La Resolución SCPM-DS-2023-08, de 31 de enero de 2023, mediante la cual el Superintendente de Competencia Económica resolvió la siguiente reforma:

*Artículo único.- Reformar el artículo 1 de la Resolución No. SCPM-DS-2022-016 de 23 de marzo de 2022, el cual establece la conformación de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, por la siguiente: Formarán parte de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, los siguientes servidores designados:*

- *Doctor Edison René Toro Calderón;*
- *Economista Carl Martin Pfistermeister Mora; y,*
- *Doctor Pablo Carrasco Torrontegui.*

- [2] La Resolución SCPM-DS-2022-016, de 23 de marzo de 2022, emitida por el Superintendente de Competencia Económica en la que resolvió la siguiente designación:

*Artículo 2.- Designar al doctor Edison René Toro Calderón, como Presidente de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, a partir del 23 de marzo de 2022.*

- [3] El acta de la sesión extraordinaria del pleno de la Comisión de Resolución de Primera Instancia (en adelante CRPI) de 7 de marzo de 2023, que dejó constancia de la designación de la abogada Verónica Vaca Cifuentes como secretaria ad hoc de la CRPI.

- [4] La disposición reformativa segunda de la Ley Orgánica Reformatoria de diversos cuerpos legales, para el fortalecimiento, protección, impulso y promoción de las organizaciones de la economía popular y solidaria, artesanos, pequeños productores, microempresas y emprendimientos, publicada en la edición 311 del Registro Oficial:

*Sustitúyase en todo el texto de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, la frase: "Superintendente de Control del Poder de Mercado" por: "Superintendente de Competencia Económica".*

- [5] La Resolución SCE-DS-2023-01, de 23 de mayo de 2023, mediante la cual el Superintendente de Competencia Económica señaló:

*Artículo 1.- En todos los actos administrativos, de simple administración, actos normativos, guías, recomendaciones, convenios y contratos vigentes, en donde conste la frase: "Superintendencia de Control del Poder de Mercado", entiéndase y léase como: "Superintendencia de Competencia Económica".*

*Artículo 2.- En todos los actos administrativos, de simple administración, actos normativos, guías, recomendaciones, convenios y contratos vigentes, en donde conste la frase: "Superintendente de Control del Poder de Mercado", entiéndase y léase como: "Superintendente de Competencia Económica".*

- [6] La Resolución expedida por la CRPI, el 4 de agosto de 2020, a las 12:30.
- [7] La Resolución emitida por la CRPI, el 22 de diciembre de 2022, a las 16:52.
- [8] El escrito presentado por el operador económico COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INES CARVAJAL CUPPHARMA S.A., (en adelante "CUPPHARMA"), recibido el 9 de febrero de 2023, a las 14:59, suscrito por María Paz Muñoz Torres, Oficial de cumplimiento de programa de *compliance* de competencia, signado con trámite I.D.: 264802, anexo I.D.: 492803.
- [9] El escrito presentado por el operador económico MERCATTI S.A. MERCATTISA (en adelante "MERCATTISA"), ingresado el 9 de febrero de 2023, a las 15:11, suscrito por GABRIEL GALARZA ILLINGWORTH, Oficial de cumplimiento de programa de *compliance* de competencia, y anexo signados con trámite I.D.: 264803, anexo I.D.: 492810.
- [10] El escrito presentado por el operador económico **MERCATTISA**, ingresado el 9 de febrero de 2023, a las 15:20, suscrito por Christian Ulich Peña, en calidad de Representante Legal y por la abogada María del Mar Peña, signado con trámite I.D.: 264806, anexo I.D.: 492817.
- [11] El escrito presentado por el operador económico **CUPPHARMA**, ingresado el 9 de febrero de 2023, a las 15:28, suscrito por Juan Xavier Santos Salvador, en calidad de Representante Legal y por la abogada María del Mar Peña, signado con trámite I.D.: 264808, anexo I.D.: 492820.
- [12] El Memorando SCPM-IGT-INICAPMAPR-2023-150, de 24 de mayo de 2023, signado con trámite I.D.: 270793, y sus anexos.
- [13] La providencia de 2 de junio de 2023, 14:04, emitida por la CRPI.
- [14] El escrito presentado por el operador económico MERCATTI S.A. **MERCATTISA** suscrito por la abogada María del Mar Peña Ordóñez, datado el 7 de junio de 2023, signado con trámite I.D.: 274991, anexo I.D.: 513993.
- [15] El escrito presentado por el operador económico COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL **CUPPHARMA** S.A., fechado el 7 de junio de 2023, suscrito por la abogada María del Mar Peña Ordóñez, signado con trámite I.D.: 274997, anexo I.D.: 514007.
- [16] El Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Competencia Económica (en adelante IGPA).

La Comisión de Resolución de Primera Instancia en uso de sus atribuciones legales para resolver, considera:

## 1. AUTORIDAD COMPETENTE.-

[17] La CRPI es el órgano competente para conocer y resolver medidas correctivas, conforme con la redacción de los artículos 73 y 74 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante “LORCPM”), los artículos 85 y 86 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante “RLORCPM”), y los artículos 73, 74 y 75 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa (en adelante “IGPA”).

## 2. IDENTIFICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO.-

[18] El procedimiento es el determinado en el artículo 75 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM.

## 3. IDENTIFICACIÓN DE LOS OPERADORES ECONÓMICOS INVOLUCRADOS.-

[19] Según se desprende de los expedientes administrativos, los operadores obligados al cumplimiento de las medidas correctivas impuestas a través de Resolución expedida por la CRPI el 04 de agosto de 2020 a las 12:30, son aquellos identificados a continuación:

- i. **COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A.**, titular del Registro Único de Proveedores No. 0993010596001, con domicilio tributario en la Provincia del Guayas, ciudad de Guayaquil, ciudadela Guayacanes, calle S/N número 20 e intersección 81, actualmente en proceso de liquidación y por ende representada legalmente por su liquidador, el señor Juan Xavier Santos Salvador. Sus direcciones para notificación son: [chupharma@gmail.com](mailto:chupharma@gmail.com), [mpena@gottifredipozo.com](mailto:mpena@gottifredipozo.com), y [fgottifredi@gottifredipozo.com](mailto:fgottifredi@gottifredipozo.com).
- ii. **MERCATTI S.A.**, con Registro Único de Proveedores 0992489839001, con domicilio principal ubicado en la Provincia del Guayas, ciudad de Guayaquil, Avenida Rodrigo de Chávez, Edificio Corporativo 3, piso 107, representada legalmente por su Gerente General, el señor Christian Ulich Peña, con correos electrónicos [c.macias@mercattigroup.com](mailto:c.macias@mercattigroup.com), [gerenciamercantil@gmail.com](mailto:gerenciamercantil@gmail.com), [mpena@gottifredipozo.com](mailto:mpena@gottifredipozo.com), y [fgottifredi@gottifredipozo.com](mailto:fgottifredi@gottifredipozo.com)

## 4. DESARROLLO DE LOS ANTECEDENTES.-

[20] Mediante la Resolución, expedida el 04 de agosto de 2020 a las 12:30, la CRPI dispuso a los operadores económicos **CUPPHARMA** y **MERCATTISA** el cumplimiento de la siguiente medida correctiva:

*CUARTO.- ORDENAR la siguiente medida correctiva: En el término de 30 días, los operadores económicos **MERCATTI S.A.** **MERCATTISA.** y **COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A.**, por medio de un abogado experto en materia de*

*derecho de competencia, realizará un programa de compliance de competencia, bajo las siguientes reglas:*

- *El programa de compliance estará dirigido a empleados y directivos que consten en la nómina de la compañía.*
- *El abogado experto debe contar con un título de cuarto nivel en materia de competencia, derecho empresarial, económico, y/o afines, y con mínimo tres (3) años de experiencia profesional en derecho de la competencia.*
- *El programa de compliance debe estar enfocado a las diversas conductas anticompetitivas establecidas en la LORCPM.*
- *El programa de compliance debe ser socializado con los empleados y directivos por al menos 10 horas.*
- *El programa del compliance debe diseñarse y ponerse en práctica en un término de noventa (90) días contado desde notificación de la presente resolución.*
- *El operador económico deberá nombrar un oficial de cumplimiento que monitoree periódicamente el cumplimiento del programa, y cuya designación deberá ser comunicada a la INICAPMAPR en el término de cinco (5) días contado desde la puesta en práctica del programa de compliance.*
- *Los representantes legales de cada uno de los operadores económicos, en el término de treinta (30) días contados desde la puesta en práctica del programa de compliance, deberán realizar una declaración juramentada ante notario público, mediante la cual manifiesten expresamente su compromiso y conocimiento del programa de compliance.*

*El seguimiento de la medida correctiva lo hará la INICAPMAPR, para lo cual, una vez diseñado y puesto en práctica el programa de compliance, los operadores económicos deberán entregar a la INICAPMAPR los siguientes medios de verificación:*

- *En el término de cinco (5) días de la puesta en marcha del programa de compliance, los operadores económicos deberán remitir a la INICAPMAPR una fiel copia del original del manual del programa de compliance;*
- *En el término de cinco (5) días de la puesta en marcha del programa de compliance, los operadores económicos remitirán fiel copia del título de cuarto nivel del abogado que elabora el compliance, así como los medios de verificación de su experiencia.*
- *En el término de cinco (5) días de la puesta en marcha del programa de compliance, los operadores económicos remitirán un documento con firma de todos los empleados y directivos, declarando que han recibido la socialización del programa de compliance por 10 horas.*
- *En el término de cinco (5) días de la puesta en marcha del programa de compliance, los operadores económicos remitirán documento con firma del abogado experto declarando que ha socializado por 10 horas el programa de compliance.*
- *En el término de cinco (5) días de la puesta en marcha del programa de compliance, los operadores económicos remitirán la declaración juramentada del representante legal de cada uno de los operadores económicos involucrados, mediante la cual se manifieste expresamente su compromiso y conocimiento del programa de compliance.*

• *El oficial de cumplimiento, en el plazo de un año de la puesta en marcha del programa de compliance, reportará a la INICAPMAPR cada seis (6) meses el cumplimiento del programa de compliance. (...)*

*SEXTO.- ESTABLECER los siguientes términos y plazos de cumplimiento de la presente resolución: (...)*

*ii. MEDIDAS CORRECTIVAS*

*La medida correctiva determinada en el ordinal cuarto de esta parte resolutive, se cumplirá dentro del plazo máximo de un (1) año, contado a partir de la notificación de la presente Resolución (...).*

[21] La Resolución de 27 de septiembre de 2021, expedida a las 10:03, mediante la cual la CRPI resolvió:

*SEGUNDO.- DECLARAR acorde con la parte motiva de la presente resolución el cumplimiento por parte de los operadores económicos MERCATTISA y CUPPHARMA de la medida correctiva impuesta a través de la Resolución expedida el 04 de agosto de 2020 a las 12h30.*

*TERCERO.- SOLICITAR a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado Acuerdos y Prácticas Restrictivas, continúe el seguimiento y reporte periódico al cumplimiento de la medida correctiva conforme los tiempos establecidos en la resolución de 04 de agosto de 2020 a las 12h30, expedida por la CRPI.*

[22] La Resolución de 22 de diciembre de 2022, a las 16:52, en la que la CRPI resolvió:

*SEGUNDO DECLARAR el incumplimiento por parte de los operadores económicos MERCATTI S.A. MERCATTISA y COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A., de la medida correctiva impuesta por la CRPI mediante Resolución de 04 de agosto de 2020 a las 12h30, en relación con el segundo reporte de cumplimiento del programa de compliance.*

*TERCERO.- REQUERIR a los operadores económicos MERCATTI S.A. MERCATTISA y COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A. de acuerdo con la parte motiva de la presente resolución, que como medidas correctivas adicionales, cumplan con lo siguiente:*

*i. Que en el término de treinta (30) días cumplan de manera integral con la medida correctiva establecida en la Resolución de 04 de agosto de 2020 a las 12h30. El periodo de verificación de dichos informes deberá considerar el lapso entre el último informe de monitoreo presentado y el término otorgado en la presente resolución.*

*ii. Que el programa de compliance se extienda por el plazo de un año adicional en el que los oficiales de cumplimiento de los operadores MERCATTISA y CUPPHARMA reporten desde la notificación de la presente resolución a la*

*INICAPMAPR, cada seis (6) meses respecto del avance y cumplimiento del programa de compliance.*

*CUARTO.- SOLICITAR a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas que continúe con el monitoreo del cumplimiento de la medida correctiva sujeta de análisis, en concordancia con lo señalado en el ordinal anterior.*

[23] Por medio de Memorando SCPM-IGT-INICAPMAPR-2023-150, de 24 de mayo de 2023, signado con trámite I.D.: 270793 la INICAPMAPR, remitió el Informe de Seguimiento de Medidas Correctivas No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2023-011.

[24] La providencia de 2 de junio de 2023, 14:04, emitida por la CRPI, mediante la cual CRPI trasladó a los operadores económicos COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INES CARVAJAL CUPPHARMA S.A., y MERCATTI S.A., el Memorando SCPM-IGT-INICAPMAPR-2023-150, signado con trámite I.D.: 270793, y sus anexos, para que en el término de cinco (5) días, manifiesten lo que consideren pertinente.

[25] Las manifestaciones contenidas en el escrito de MERCATISA, signado con I.D.: 274991, anexo I.D.: 513993:

*Dando respuesta a su providencia emitida el 2 de junio del 2023, y notificada en la misma fecha, manifiesto que mi representada respalda la conclusión que expone la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivos, en su Informe SCPM-IGT-INICAPMAPR-2023-011 de fecha 23 de mayo de 2023, en relación a la ineficacia de la medida correctiva ordenada por la Comisión de Resolución de Primera Instancia.*

[26] Las expresiones contenidas en el escrito de CUPPHARMA, signado con trámite I.D.: 274997, anexo I.D.: 514007:

*Dando respuesta a su providencia emitida el 2 de junio del 2023, y notificada en la misma fecha, manifiesto que mi representada respalda la conclusión que expone la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivos, en su Informe SCPM-IGT-INICAPMAPR-2023-011 de fecha 23 de mayo de 2023, en relación a la ineficacia de la medida correctiva ordenada por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, por cuanto la compañía CUPPHARMA S.A. ya no se encuentra operativa y actualmente está en proceso de disolución voluntaria.*

## 5. FUNDAMENTOS DE DERECHO

### 5.1 Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

[27] Los artículos 1 y 2 de la LORCPM establecen el objeto y ámbito de aplicación de la LORCPM, de la siguiente forma:

*Art. 1.- Objeto.- El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado;*

*la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible.*

*Art. 2.- Ámbito.- Está sometido a las disposiciones de la presente Ley todo ente que lleve a cabo, actual o potencialmente, actividades económicas, independientemente de su forma jurídica o modo de financiación; es decir, están sometidos a la presente Ley todos los operadores económicos, sean estos personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, con o sin fines de lucro, nacionales o extranjeras, que realicen actividades económicas, actual o potencialmente, en todo o en parte del territorio nacional, así como aquellos que las realicen fuera del país en la medida en que éstas produzcan o puedan producir efectos en el territorio ecuatoriano.*

[28] El artículo 73 de la LORCPM establece el objeto por el cual se imponen medidas correctivas, así:

*Art. 73.- Objeto.- Además de la sanción que se imponga por infracción a la presente Ley, la Superintendencia podrá dictar medidas correctivas conducentes a restablecer el proceso competitivo, prevenir, impedir, suspender, corregir o revertir una conducta contraria a la presente Ley, y evitar que dicha conducta se produzca nuevamente. Las medidas correctivas podrán consistir, entre otras, en:*

- a) El cese de la práctica anticompetitiva, inclusive bajo determinadas condiciones o plazos;*
- b) La realización de actividades o la celebración de contratos, tendientes a restablecer el proceso competitivo, inclusive bajo determinadas condiciones o plazos; o,*
- c) La inoponibilidad de las cláusulas o disposiciones anticompetitivas de actos jurídicos.*

[29] El artículo 75 de la LORCPM reconoce el procedimiento a seguir para la imposición de las medidas correctivas:

*Art. 75.- Procedimiento.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado notificará al o a los operadores económicos que hubieren incurrido, o pudieren incurrir, en conductas contrarias a la presente Ley, y señalará cuáles son dichas conductas e impondrá las medidas correctivas que juzgue pertinentes.*

*El o los operadores económicos tendrán un término de setenta y dos (72) horas para presentar el descargo del que se creyeran asistidos, o acoger las medidas correctivas. Si el descargo fuere infundado o insuficiente, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado ordenará la aplicación de las medidas correctivas, sin perjuicio de la continuación de los procedimientos que determina la presente Ley.*

[30] El artículo 76 de la LORCPM estipula las capacidades de la SCPM frente al incumplimiento de medidas.

*Art. 76.- Del incumplimiento.- Si el o los operadores económicos a quienes se ha impuesto las medidas correctivas no las han cumplido o lo han hecho de manera tardía, parcial o defectuosa, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá: a) Ordenar medidas correctivas adicionales, b) Aplicar las sanciones previstas en la sección siguiente (...).*

## **5.2 Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado**

[31] El artículo 86 del RLORCPM, reconoce el seguimiento al que se sujeta el cumplimiento de las medidas correctivas adoptadas por la CRPI:

*Art. 86.- Evaluación de la implementación de medidas correctivas.- El órgano de investigación monitoreará que el o los operadores económicos responsables den cumplimiento con las medidas correctivas impuestas mediante resolución del órgano de sustanciación y resolución.*

*Si el órgano de investigación llegara a verificar que el o los operadores económicos a quienes se ha impuesto las medidas correctivas no las han cumplido o lo han hecho de manera tardía, parcial o defectuosa, informará de este particular al órgano de sustanciación y resolución. En su informe propondrá, de ser el caso, las medidas correctivas adicionales que se deberían ordenar, las sanciones que se deberían imponer y si corresponde la designación de un interventor temporal del operador u operadores económicos involucrados.*

*El órgano de sustanciación y resolución emitirá una resolución que declare el incumplimiento de las medidas correctivas y requerirá su cumplimiento en el plazo que determine en su resolución.*

## **5.3 Instructivo de Gestión Procesal Administrativa**

[32] De manera análoga a lo establecido en el artículo 86 del RLORCPM, el artículo 75 del Instructivo establece lo siguiente:

*Art. 75.- EVALUACIÓN DE LA IMPLEMENTACIÓN DE MEDIDAS CORRECTIVAS.- La Intendencia realizará el seguimiento de las medidas correctivas y, en caso de presunto incumplimiento de estas, aperturará mediante resolución un expediente de Investigación de conformidad con lo prescrito en el artículo 53 y demás pertinentes de la LORCPM, por presunta infracción de incumplimiento de una resolución de la SCPM; de lo cual, informará a la CRPI, dentro del término de tres (3) días contados a partir de la apertura de dicho expediente. La CRPI tomará nota de esta resolución y una vez terminado el proceso investigativo, la Intendencia remitirá el informe final a la CRPI para su resolución.*

*El informe motivado recomendará, de ser el caso, la adopción de medidas correctivas adicionales que se deberían implementar, con la consiguiente imposición de las sanciones respectivas.*

## 6. ORIGEN DE LA MEDIDA CORRECTIVA IMPUESTA Y LA OBLIGATORIEDAD DE SU CUMPLIMIENTO POR PARTE DE LOS OPERADORES ECONÓMICOS DIRECTAMENTE INVOLUCRADOS

[33] Luego de comprobar que los operadores económicos CUPPHARMA y MERCATTISA incurrieron en la conducta prevista en el numeral 6 del Artículo 11 de la LORCPM, la CRPI ordenó, a través de la Resolución expedida por la CRPI el 04 de agosto de 2020 a las 12h30, la obligación a los infractores del cumplimiento de la siguiente medida correctiva:

*CUARTO.- ORDENAR la siguiente medida correctiva: En el término de 30 días, los operadores económicos MERCATTI S.A. MERCATTISA y COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A., por medio de un abogado experto en materia de derecho de competencia, realizará un programa de compliance de competencia, bajo las siguientes reglas:*

- *El programa de compliance estará dirigido a empleados y directivos que consten en la nómina de la compañía.*
- *El abogado experto debe contar con un título de cuarto nivel en materia de competencia, derecho empresarial, económico, y/o afines, y con mínimo tres (3) años de experiencia profesional en derecho de la competencia.*
- *El programa de compliance debe estar enfocado a las diversas conductas anticompetitivas establecidas en la LORCPM.*
- *El programa de compliance debe ser socializado con los empleados y directivos por al menos 10 horas.*
  - *El programa del compliance debe diseñarse y ponerse en práctica en un término de noventa (90) días contado desde notificación de la presente resolución.*
  - *El operador económico deberá nombrar un oficial de cumplimiento que monitoree periódicamente el cumplimiento del programa, y cuya designación deberá ser comunicada a la INICAPMAPR en el término de cinco (5) días contado desde la puesta en práctica del programa de compliance.*
  - *Los representantes legales de cada uno de los operadores económicos, en el término de treinta (30) días contados desde la puesta en práctica del programa de compliance, deberán realizar una declaración juramentada ante notario público, mediante la cual manifiesten expresamente su compromiso y conocimiento del programa de compliance.*

[34] Es oportuno enfatizar, que la CRPI en apego al artículo 73 de la LORCPM adoptó en su momento la medida correctiva detallada *ut supra* con la finalidad de restablecer el proceso competitivo, corregir la conducta contraria a Ley y previniendo su reincidencia.

## 7. VALORACIÓN DEL INFORME DE LA INTENDENCIA Y DE LOS ARGUMENTOS PRESENTADOS POR CUPPHARMA, MERCATTISA Y NOVARTIS, RESPECTO AL CUMPLIMIENTO DE LA MEDIDA CORRECTIVA IMPUESTA

### 7.1 Informe SCPM-IGT-INICAPMAPR-2023-011 remitido por la INICAPMAPR

[35] Con relación al seguimiento de la medida correctiva, establecida por la CRPI a los operadores económicos **CUPPHARMA** y **MERCATTISA**, dentro del Informe SCPM-IGT-INICAPMAPR-2023-011 el órgano de investigación analizó lo siguiente:

*[20] A través de informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2021-019 de 11 de agosto de 2021, se puso en conocimiento de la CRPI, el primer cumplimiento de la instauración del programa de compliance por parte de los dos operadores económicos.*

*[21] En este informe, se hizo constar los escritos de CUPPHARMA (ID 193015) y MERCATTI (ID 193685), en los cuales ponían en conocimiento, el reporte del cumplimiento del programa de compliance.*

*[22] Estos escritos, daban cuenta con un breve relato de la forma en la cual se estaba dando cumplimiento al programa de compliance, con las particularidades de cada operador económico. Por un lado, CUPPHARMA, que se encuentra en liquidación y por tanto sin empleados; y, por otro lado, MERCATTI, cuyo único “empleado”, era su gerente general (...).*

*[24] El nuevo reporte presentado por los operadores económicos, es similar a los escritos analizados en el informe de agosto de 2021, es decir, contienen un breve relato de la manera en la cual se estaría cumpliendo el programa de compliance.*

*Escritos CUPPHARMA:*

Escrito presentado por el operador económico CUPPHARMA de 03 de mayo de 2021, a las 15:58, signado con ID: 193015:

## II. SEGUNDO SEGUIMIENTO SEMESTRAL – MAYO DE 2021.

*Con el antecedente expuesto, informo que:*

- a. Se verificó que la compañía CUPPHARMA S.A. no tiene empleados, conforme consta en el reporte correspondiente al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.*
- b. La administración de la compañía está a cargo exclusivamente del abogado JUAN XAVIER SANTOS SALVADOR, desde el 08 de diciembre de 2020, conforme el nombramiento inscrito en el Registro Mercantil de Guayaquil.*
- c. El abogado JUAN XAVIER SANTOS SALVADOR cumplió con asistir al programa de capacitación sobre el Manual de Competencia elaborado a raíz de la resolución de la CRPI, elaborado por el Dr. Oswaldo Santos.*
- d. Se verificó que los accionistas de la compañía CUPPHARMA S.A. celebraron en fecha 28 de septiembre de 2020 una escritura pública de disolución voluntaria y anticipada de la misma, la cual ha sido aprobada por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros mediante resolución Nro. SCVS-INC-DNASD-2021-00000229 de fecha 13 de enero de 2021.*
- e. A raíz de tal aprobación, se dispuso la publicación de los correspondientes avisos para oposición y acreencias.*
- f. La compañía, al entrar en disolución voluntaria, no ha participado en procedimientos de contratación pública ni ha realizado nuevas ventas, conforme la información presentada por la Gerencia.*
- g. En razón de lo expuesto, no se han verificado circunstancias que puedan infringir el programa de cumplimiento en marcha, ni que representen riesgos de nuevas conductas contrarias a la legislación de libre competencia.*

Escrito presentado por el operador económico CUPPHARMA de 09 de febrero de 2023, a las 14:59, signado con ID: 264802:

## II. SEGUIMIENTO JUNIO DE 2021- FEBRERO 2023.

*Con el antecedente expuesto, informo que:*

- a. Se verificó que la compañía CUPPHARMA S.A. no tiene empleados, conforme consta en el reporte correspondiente al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.*
- b. La administración de la compañía está a cargo exclusivamente del abogado JUAN XAVIER SANTOS SALVADOR, desde el 08 de diciembre de 2020, conforme el nombramiento inscrito en el Registro Mercantil de Guayaquil.*
- c. El abogado JUAN XAVIER SANTOS SALVADOR cumplió con asistir al programa de capacitación sobre el Manual de Competencia elaborado a raíz de la resolución de la CRPI, elaborado por el Dr. Oswaldo Santos.*
- d. Se verificó que los accionistas de la compañía CUPPHARMA S.A. celebraron en fecha 28 de septiembre de 2020 una escritura pública de disolución voluntaria y anticipada de la misma, la cual ha sido aprobada por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros mediante resolución Nro. SCVS-INC-DNASD-2021-00000229 de fecha 13 de enero de 2021.*
- e. A raíz de tal aprobación, se dispuso la publicación de los correspondientes avisos para oposición y acreencias.*
- f. La compañía, al entrar en disolución voluntaria, no ha participado en procedimientos de contratación pública ni ha realizado nuevas ventas, conforme la información presentada por la Gerencia.*
- g. En razón de lo expuesto, no se han verificado circunstancias que puedan infringir el programa de cumplimiento en marcha, ni que representen riesgos de nuevas conductas contrarias a la legislación de libre competencia.*

*[25] Los escritos de CUPPHARMA, remitidos en 2021 y 2023, son similares en la información entregada a la autoridad, entre lo principal: i) no cuenta actualmente con empleados; ii) la compañía se encuentra en liquidación; iii) la administración está a cargo de Juan Manuel Santos (Gerente); iv) la capacitación del programa de compliance la receptó Juan Manuel Santos, y, v) por la liquidación, no ha participado en procesos de contratación pública.*

*[26] Es decir, el operador presenta el mismo relato de los hechos planteados en 2021 ahora en 2023, para dar cumplimiento a la medida correctiva adicional impuesta, por la CRPI, en diciembre de 2022, lo que evidencia que de continuarse con las medidas impuestas por la CRPI, estas no estarían generando efecto alguno, ya que los siguientes reportes, por las condiciones actuales del operador económico, reflejarían la misma información.*

*[27] En este sentido, es factible determinar que, el programa de compliance instaurado en este operador económico, y los reportes y por tanto seguimientos que debe hacer esta autoridad, producto de la resolución de diciembre de 2022, es ineficaz y no cumple, con los objetivos que tiene un adecuado programa de compliance.*

*Escritos MERCATTI:*

Escrito presentado por el operador económico MERCATISA de 18 de mayo de 2021, a las 15:19, signado con ID: 193685:

*II. SEGUIMIENTO SEMESTRAL Con el antecedente expuesto, informo que:*

*a. La administración de la compañía está a cargo del señor CHRISTIAN ULICH PEÑA, en su calidad de Gerente General, desde el 23 de septiembre de 2019, conforme el nombramiento inscrito en el Registro Mercantil de Guayaquil.*

*b. El señor CHRISTIAN ULICH PEÑA cumplió con asistir al programa de capacitación sobre el Manual de Competencia elaborado a raíz de la resolución de la CRPI, elaborado por el Dr. Oswaldo Santos.*

*c. Tras la sanción de la SCPM, la compañía MERCATTI S.A. ha optado por no participar en procedimientos de contratación pública.*

*d. La compañía actualmente se dedica a la comercialización mediante canales privados de paracetamol líquido, penicilina y suplementos alimenticios; estos procedimientos no han correspondido a licitaciones ni concursos de ofertas, sino únicamente a negociaciones directas. Además, percibe ingresos por concepto de arriendo de bodegas.*

*e. En razón de lo expuesto, no se han verificado circunstancias que puedan infringir el programa de cumplimiento en marcha, ni que representen riesgos de nuevas conductas contrarias a la legislación de libre competencia.*

Escrito presentado por el operador económico MERCATISA de 09 de febrero de 2023, a las 15:11, signado con ID: 264803:

*II. SEGUIMIENTO SEMESTRAL JUNIO 2021 – FEBRERO 2023*

*Con el antecedente expuesto, informo que:*

*a. La administración de la compañía está a cargo del señor CHRISTIAN ULICH PEÑA, en su calidad de Gerente General, desde el 23 de septiembre de 2019, conforme el nombramiento inscrito en el Registro Mercantil de Guayaquil.*

*b. El señor CHRISTIAN ULICH PEÑA cumplió con asistir al programa de capacitación sobre el Manual de Competencia elaborado a raíz de la resolución de la CRPI, elaborado por el Dr. Oswaldo Santos.*

*c. La compañía actualmente se dedica a la comercialización mediante canales privados de paracetamol líquido, penicilina y suplementos alimenticios. Además, percibe ingresos por concepto de arriendo de bodegas.*

*d. Tras la sanción de la SCPM, la compañía MERCATTI S.A. MERCATTISA únicamente ha suscrito el 30 de diciembre de 2022, el “Convenio Marco Corporativo para la “INCORPORACIÓN DE MEDICAMENTOS EN EL CATÁLOGO ELECTRÓNICO DEL PORTAL DE COMPRASPÚBLICAS”, del medicamento “DCI: TOXINA BOTULINICA - FORMA FARMACÉUTICA: SÓLIDO PARENTERAL - CONCENTRACIÓN: 100 U - PRESENTACIÓN COMERCIAL: CAJA X VIAL (ES)”, procedimiento de contratación pública, que cumplió con la normativa ecuatoriana vigente, que incluye la legislación de libre competencia.*

*e. En razón de lo expuesto, no se han verificado circunstancias que puedan infringir el programa de cumplimiento en marcha, ni que representen riesgos de nuevas conductas contrarias a la legislación de libre competencia.*

[28] En cuanto a MERCATTI, los escritos de 2021 y 2023, son similares, y entre los puntos principales se encuentran: i) la administración se encuentra a cargo de Christian Ulich; ii) Christian Ulich, asistió a la capacitación del programa de compliance; y, iii) la compañía solo tiene un “empleado”, el señor Christian Ulich.

[29] En este sentido, MERCATTI ha presentado la misma información remitida en 2021, puesto que los hechos no han variado, por la particularidad del operador económico, por tanto, la medida correctiva adicional, instaurada por la CRPI, es ineficaz y no cumple, con los objetivos que tiene un adecuado programa de compliance.

[30] El programa de compliance, ordenado a los dos operadores económicos en referencia, por las particularidades de cada uno al momento, lo vuelven ineficaz e inadecuado, no existiendo los medios de verificación adecuados para determinar la correcta implementación del programa de compliance, lo que limita en gran medida su seguimiento, teniendo conocimiento que, las circunstancias jurídicas de cada uno no han variado desde la entrega de los reportes en el año 2021.

[31] Por lo cual, dentro del presente caso, debe ponderarse la continuidad de la medida correctiva, esto en línea del análisis precedente, y las particularidades que envuelven a los operadores económicos, así como la naturaleza jurídica de las medidas correctivas contenidas en el artículo 73 de la LORCPM.

[36] Sobre la base de estos hallazgos, la INICAPMAPR alcanzó las siguientes conclusiones y recomendaciones:

## 6. CONCLUSIONES

[32] Del análisis expuesto, se concluye que:

6.1. Dentro del término concedido por su autoridad en providencia de 03 de mayo de 2023, se pone en conocimiento el presente informe de seguimiento de medidas correctivas.

6.2. Los operadores económicos MERCATTI y CUPPHARMA, remitieron los reportes de cumplimiento del programa de compliance, conforme las disposiciones contenidas en la resolución de 22 de diciembre de 2022.

6.3. Los operadores económicos MERCATTI y CUPPHARMA, remitieron los reportes de cumplimiento del programa de compliance, al día siguiente de que, se haya agotado el término de treinta (30) días, para el cumplimiento de la medida correctiva.

6.4. Las particularidades de los operadores económicos CUPPHARMA (liquidación sin empleados), y MERCATTI (un solo empleado), convierten a la medida correctiva implementada por la CRPI (programa de compliance), en ineficaz.

## 7. RECOMENDACIONES

[33] Por lo expuesto se recomienda que:

7.1. La CRPI valore el presente informe de seguimiento de las medidas correctivas impuestas a CUPPHARMA y MERCATTI, para resolver si procede la declaratoria de cumplimiento o incumplimiento por parte de los operadores económicos.

7.2. La CRPI analice lo expuesto en el presente informe, a fin de valorar dejar sin efecto la medida correctiva sujeta de análisis, puesto que, el programa de compliance, no cumple con sus objetivos, en razón de que actualmente no tiene eficacia sobre los operadores económicos, por las particularidades que envuelven a cada uno.

- [37] La INICAPMAPR en su análisis recomienda que la medida correctiva relativa al cumplimiento del programa de *compliance*, impuesta a los operadores económicos CUPPHARMA y MERCATTISA actualmente no tiene eficacia.

## 7.2 Argumentos presentados por parte de los operadores económicos CUPPHARMA y MERCATTISA

- [38] El escrito de MERCATISA, signado con I.D.: 274991, anexo I.D.: 513993, en el que mencionó:

*Dando respuesta a su providencia emitida el 2 de junio del 2023, y notificada en la misma fecha, manifiesto que mi representada respalda la conclusión que expone la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivos, en su Informe SCPM-IGT-INICAPMAPR-2023-011 de fecha 23 de mayo de 2023, en relación a la ineficacia de la medida correctiva ordenada por la Comisión de Resolución de Primera Instancia.*

- [39] El escrito de CUPPHARMA, signado con trámite I.D.: 274997, anexo I.D.: 514007, mediante el cual manifestó:

*Dando respuesta a su providencia emitida el 2 de junio del 2023, y notificada en la misma fecha, manifiesto que mi representada respalda la conclusión que expone la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivos, en su Informe SCPM-IGT-INICAPMAPR-2023-011 de fecha 23 de mayo de 2023, en relación a la ineficacia de la medida correctiva ordenada por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, por cuanto la compañía CUPPHARMA S.A. ya no se encuentra operativa y actualmente está en proceso de disolución voluntaria.*

## 8. ANÁLISIS DE LA CRPI

- [40] En relación con el operador económico CUPPHARMA:

- [41] La Resolución de 22 de diciembre de 2022, de las 16:52, señala en su ordinal tercero que la extensión del cumplimiento integral de la presentación del segundo reporte semestrales que refiere a la puesta en marcha de los programas de *compliance* -constantes en la Resolución de 4 de agosto de 2020, de las 12:30- abarcará el semestre respectivo más 30 días término.

- [42] El operador económico **CUPPHARMA**, mediante los escritos signados con trámite I.D.: 264802, anexo I.D.: 492803, y trámite I.D.: 264808, anexo I.D.: 492820, que fueron presentados el 9 de febrero de 2023, ha manifestado haber dado cumplimiento integral a la Resolución de 22 de diciembre en referencia.
- [43] La Intendencia ha señalado, acerca de esos escritos de **CUPPHARMA**, que *son similares en la información entregada a la autoridad, entre lo principal: i) no cuenta actualmente con empleados; ii) la compañía se encuentra en liquidación; iii) la administración está a cargo de Juan Manuel Santos (Gerente); iv) la capacitación del programa de compliance la recibió Juan Manuel Santos, y, v) por la liquidación, no ha participado en procesos de contratación pública.*
- [44] En ese mismo sentido, la CRPI determinó el cumplimiento del primer reporte semestral de la puesta en marcha del programa de *compliance* del operador económico **CUPPHARMA** mediante la Resolución de 27 de septiembre de 2021, de las 10:03, en consideración de los escritos parecidos que fueron citados por la Intendencia.
- [45] Al respecto, el operador económico **CUPPHARMA** con fecha 9 de febrero de 2023, informó del cumplimiento de la medida indicada en el tercer ordinal de la Resolución de 22 de diciembre de 2022, cumplimiento que habría tenido lugar en días previos. En tal virtud, esta Comisión considera que el indicado operador habría cumplido con la medida dictada.
- [46] En relación con el operador económico **MERCATTISA**:
- [47] La Resolución de 22 de diciembre de 2022, de las 16:52, señala en su ordinal tercero que la extensión del cumplimiento integral de la presentación del segundo reporte semestrales que refiere a la puesta en marcha de los programas de *compliance* -constantes en la Resolución de 4 de agosto de 2020, de las 12:30- abarcará el semestre respectivo más 30 días término.
- [48] El operador económico **MERCATTISA**, mediante los escritos signados con trámite I.D.: 264803, anexo I.D.: 492810, y trámite I.D.: 264806, anexo I.D.: 492817, que fueron presentados el 9 de febrero de 2023, ha manifestado haber dado cumplimiento integral a la Resolución de 22 de diciembre en referencia.
- [49] La Intendencia ha señalado, acerca de esos escritos de **MERCATTISA**, que *son similares en la información entregada a la autoridad, entre lo principal: i) no cuenta actualmente con empleados; ii) la compañía se encuentra en liquidación; iii) la administración está a cargo de Juan Manuel Santos (Gerente); iv) la capacitación del programa de compliance la recibió Juan Manuel Santos, y, v) por la liquidación, no ha participado en procesos de contratación pública.*
- [50] En ese mismo sentido, la CRPI determinó el cumplimiento del primer reporte semestral de la puesta en marcha del programa de *compliance* del operador económico **MERCATTISA** mediante la Resolución de 27 de septiembre de 2021, de las 10:03, en consideración de los escritos parecidos que fueron citados por la Intendencia.
- [51] Al respecto, el operador económico **MERCATTISA** con fecha 9 de febrero de 2023, informó del cumplimiento de la medida indicada en el tercer ordinal de la Resolución de 22 de diciembre de 2022, cumplimiento que habría tenido lugar en días previos. En tal virtud, esta Comisión considera que el indicado operador habría cumplido con la medida dictada.

- [52] Acerca de la supuesta ineficacia de las medidas correctivas:
- [53] La Intendencia ha aseverado que las medidas son de difícil verificación y que no surten los efectos esperados.
- [54] En referencia a la supuesta ineficacia de las medidas **CUPPHARMA** ha afirmado que respalda la conclusión que expone la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivos, en su Informe SCPM-IGT-INICAPMAPR-2023-011 de fecha 23 de mayo de 2023, en relación a la ineficacia de la medida correctiva ordenada por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, por cuanto la compañía CUPPHARMA S.A. ya no se encuentra operativa y actualmente está en proceso de disolución voluntaria.
- [55] En referencia a la supuesta ineficacia de las medidas **MERCATTISA** ha anunciado que respalda la conclusión que expone la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivos, en su Informe SCPM-IGT-INICAPMAPR-2023-011 de fecha 23 de mayo de 2023, en relación a la ineficacia de la medida correctiva ordenada por la Comisión de Resolución de Primera Instancia.
- [56] Al respecto, esta Comisión toma nota de estas declaraciones de la Intendencia y de los operadores económicos, y se pronunciará sobre estos temas en el momento procesal oportuno, considerando además las disposiciones de las Resoluciones que han impuesto medidas correctivas dentro del presente expediente.

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

## RESUELVE

**PRIMERO.- AGREGAR** al expediente, los siguientes documentos:

- i. Escrito signado con trámite I.D.: 274991, anexo I.D.: 513993.
- ii. Escrito signado con trámite I.D.: 274997, anexo I.D.: 514007.

**SEGUNDO.- DECLARAR** el cumplimiento de la medida correctiva impuesta por la CRPI mediante las Resoluciones de 04 de agosto de 2020, de las 12:30 y de 22 de diciembre de 2022, de las 16:52, en relación con el segundo reporte semestral de cumplimiento del programa de *compliance*, por parte de los operadores económicos **MERCATTI S.A. MERCATTISA y COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A.**

**TERCERO.- SOLICITAR** a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivos continuar con el monitoreo del cumplimiento de las medidas correctivas constantes en las Resoluciones de 4 de agosto de 2020, a las 12:30, y de 22 de diciembre de 2022, a las 16:52, según corresponda.

**CUARTO.- NOTIFICAR** la presente Providencia a los operadores económicos **MERCATTI S.A. MERCATTISA, COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A. y NOVARTIS ECUADOR S.A.**, así como a la Intendencia General Técnica y a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivos.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-**

**COMISIONADO**

**COMISIONADO**

**PRESIDENTE DE LA COMISIÓN  
DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**