



**EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-032-2019**

**SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.-  
COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.-** D.M. Quito, 11 de  
enero de 2020, 17h10.-

**Comisionado sustanciador:** Jaime Lara Izurieta

**VISTOS**

- [1] La Resolución No. SCPM-DS-2019-040 mediante la cual el Superintendente de Control del Poder de Mercado designó al Mgs. Marcelo Vargas Mendoza Presidente de la Comisión, al Mgs. Jaime Lara Izurieta Comisionado, y al Mgs. José Cartagena Pozo Comisionado.
- [2] Las acciones de personal Nos. SCPM-INAF-DNATH-300-2019-A, SCPM-INAF-DNATH-299-2019-A y SCPM-INAF-DNATH-295-2019-A, correspondientes al Mgs. Marcelo Vargas Mendoza Presidente de la Comisión, al Mgs. Jaime Lara Izurieta Comisionado, y al Mgs. José Cartagena Pozo Comisionado, respectivamente.
- [3] La sesión ordinaria del pleno de la Comisión de Resolución de Primera Instancia (en adelante "CRPI") de 05 de septiembre de 2019, mediante la cual se designó a la abogada Nathally Sarmiento Vite secretaria Ad-hoc de la CRPI.

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

**1. AUTORIDAD COMPETENTE**

- [4] La Comisión de Resolución de Primera Instancia (en adelante "CRPI") es competente para resolver en primera instancia el procedimiento administrativo sancionador por no entrega de información oportuna a los órganos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (en adelante "SCPM"), conforme lo señalado en el numeral 2 del artículo 38 y artículo 79 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante "LORCPM"), en concordancia con lo determinado en el artículo 56 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM (en adelante "Instructivo").

**2. IDENTIFICACIÓN DE LA CLASE DE PROCEDIMIENTO**

- [5] El procedimiento es el determinado en el artículo 56 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM.



### 3. IDENTIFICACIÓN DEL OPERADOR ECONÓMICO INVOLUCRADO

- [6] El operador económico requerido para la entrega de información es **COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A.** (en adelante “**CUPPHARMA**”).

### 4. ANTECEDENTES

- [7] La Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (en adelante “**INICAPMAPR**”), dentro del expediente No. **SCPM-IIAPMAPR-0014-2018** mediante providencia de 18 de junio de 2018 a las 09h05, avocó conocimiento de la denuncia de fecha 08 de junio de 2018 a las 11h43, ingresada mediante Secretaria General de la **SCPM**.
- [8] Por medio del escrito de 11 de julio de 2018 a las 15h07, ingresado por Secretaría General de la **SCPM** signado con el ID 99604, el operador económico **CUPPHARMA** manifestó:
- “Señalo como domicilio para recibir notificaciones el correo electrónico [ofplegal@gmail.com](mailto:ofplegal@gmail.com) Designo como mi defensor técnico autorizado al Dr. Oswaldo B. Florencia, Matrícula Profesional No. 09-2004-72 y Registro Profesional No. 9882-CAG.”*
- [9] La **INICAPMAPR** dentro del expediente administrativo No. **SCPM-IIAPMAPR-014-2018**, con Resolución de 25 de julio de 2018 a las 16h00, inició la etapa de investigación formal por el plazo de ciento ochenta (180) días, en contra del operador económico **CUPPHARMA**.
- [10] Mediante providencia de 14 de enero de 2019 a las 11h30, la **INICAPMAPR**, dispuso la prórroga de la fase de investigación formal por el plazo de ciento sesenta (160) días adicionales, contados a partir del fenecimiento del plazo inicial de ciento ochenta (180) días.
- [11] La **INICAPMAPR** formuló cargos en contra del operador económico **CUPPHARMA**, por haber infringido la conducta establecida en el numeral 6 del artículo 11, de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.
- [12] Mediante providencia de 24 de julio de 2019 a las 16h35, la **INICAPMAPR**, dispuso la apertura del término probatorio por sesenta (60) días.
- [13] Mediante providencia de 17 de octubre de 2019 a las 16h30, la **INICAPMAPR** dispuso prórroga del término probatorio por treinta (30) días adicionales, contados a partir del fenecimiento del término inicial.
- [14] Mediante providencia de 24 de octubre de 2019 a las 12h00, la **INICAPMAPR** al amparo del artículo 50 de la **LORCPM**, requirió información a **CUPPHARMA** a través del



“Cuestionario B”, con la finalidad de recabar información y analizar el comportamiento del sector de medicamentos, tanto en su producción como en la comercialización en el mercado al por mayor y menor, otorgándole un término de diez (10) días para dichos efectos. El operador económico **CUPPHARMA** fue debidamente notificado el mismo 24 de octubre de 2019 a las 16h04, mediante correo electrónico conforme se desprende de los medios de verificación (ID 148361), que reposan en el expediente administrativo de la Intendencia.

- [15] Mediante providencia de 19 noviembre de 2019 a las 08h55, la INICAPMAPR solicitó al operador económico **CUPPHARMA** por segunda ocasión remita la información requerida en el “Cuestionario B”, otorgándole un término de dos (02) días para dicho efecto. El operador económico **CUPPHARMA** fue debidamente notificado el 20 de noviembre de 2019 a las 12h50, mediante correo electrónico conforme se desprende de los medios de verificación (ID 150188), que reposan en el expediente administrativo de la Intendencia.
- [16] Mediante providencia de 27 noviembre de 2019 a las 09h35, la INICAPMAPR al amparo del artículo 79 de la LORCPM, requirió por tercera ocasión al operador económico **CUPPHARMA** remita la información requerida en el “Cuestionario B”, otorgándole un término de dos (02) días para dicho efecto. El operador económico **CUPPHARMA** fue debidamente notificado el 27 de noviembre de 2019 a las 17h07, mediante correo electrónico conforme se desprende de los medios de verificación (ID 151062), que reposan en el expediente administrativo de la Intendencia.
- [17] Mediante providencia de 02 de diciembre de 2019 a las 14h45, en su ordinal octavo, la INICAPMAPR dispuso la elaboración de un informe de sanción por la no entrega de información por parte del operador económico **CUPPHARMA**, toda vez que no ha dado cumplimiento a la información requerida mediante providencias de 24 de octubre de 2019 a las 12h00, 19 de noviembre de 2019 a las 08h55 y 27 de noviembre de 2019 a las 09h35.
- [18] Mediante Memorando SCPM-IGT-INICAPMAPR-DNICAPR-2019-124 de 05 de diciembre de 2019, la INICAPMAPR remitió a la CRPI el Informe sobre la aplicación de la multa por no entrega de información No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2019-0026 de 04 diciembre de 2019.
- [19] Mediante providencia de 11 de diciembre de 2019, la CRPI dispuso avocar conocimiento del expediente No SCPM-CRPI-032-2019, trasladar al operador económico **CUPPHARMA** el Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2019-0026 de 04 diciembre de 2019 y concederle el término de tres (3) días para que presente las observaciones que considere pertinentes. La providencia fue notificada en debida y legal forma.
- [20] El operador económico no emitió pronunciamiento alguno dentro del término de tres (3) días otorgado.
- [21] Mediante providencia de 17 de diciembre de 2019 a las 13h00, una vez fenecido el término antes mencionado, la CRPI dispuso abrir el término de prueba por seis (6) días



de conformidad con el artículo 56 del Instructivo. La providencia fue debidamente notificada en debida y legal forma al operador económico.

- [22] Mediante escrito de 20 de diciembre de 2019 a las 16h00, ingresado a la Secretaría General de la SCPM signado con el ID 152549, el operador económico **CUPPHARMA** manifestó lo siguiente:

*“Que, mi representada no ha sido notificada con el traslado del informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2019-0026 de 04 de diciembre de 2019, por lo tanto no ha podido ejercer adecuadamente su derecho a la defensa.*

*Por lo expuesto, solicito se notifique nuevamente el referido informe, a fin de proceder a su análisis y contestación.*

*Autorizo al Dr. Oswaldo B. Florencia Peña, a presentar a su sola firma cuantos escritos fueren pertinentes. Señalo el correo electrónico [ofplegal@gmail.com](mailto:ofplegal@gmail.com) y/o el casillero judicial No. 180 para futuras notificaciones.”*

- [23] Mediante Memorando No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2019-0178, ingresado mediante Secretaria General de la SCPM el 26 de diciembre de 2019 bajo el ID 152736, la Intendencia remitió a la CRPI documentos certificados dentro del término de prueba.
- [24] Mediante providencia de 26 de diciembre de 2019 a las 17h10, la CRPI agrega al expediente las pruebas actuadas por la INICAPMAPR, corrió traslado de las mismas al operador económico **CUPPHARMA**, y otorgó un término de tres (3) días para que manifieste lo que considere pertinente.
- [25] De la revisión del expediente se desprende que el operador económico **CUPPHARMA** no presentó observaciones a las pruebas actuadas por la INICAPMAPR

## 5. ALEGACIONES ADUCIDAS POR LOS INTERESADOS

### 5.1. Alegaciones formuladas por la Intendencia

- [26] Mediante Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2019-0026, de 04 de diciembre de 2019 la INICAPMAPR concluye y recomienda lo siguiente:

#### *“6. CONCLUSIONES*

*6.1. El operador económico COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL, CUPPHARMA S.A., sin justificación alguna no ha entregado la información solicitada mediante providencias de 24 de octubre de 2019 a las 12h00, 19 de noviembre de 2019 a las 08h55, y, 27 de noviembre de 2019 a las 09h35.*



6.2. *El operador económico COMERCILIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL, CUPPHARMA S.A., no acató de manera justificada con lo dispuesto por la autoridad administrativa, incumpliendo con ello el penúltimo inciso del artículo 79 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.*

## 7. RECOMENDACIONES

*Al amparo de lo previsto en el penúltimo inciso del artículo 79 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en concordancia con los artículos 56 y 57 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, esta Autoridad, recomienda poner en conocimiento de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, el presente informe, para que en el marco de sus atribuciones, sancione al operador económico COMERCILIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL, CUPPHARMA S.A., de acuerdo a lo establecido en el artículo 79 ibídem, y conforme al procedimiento constante en los artículos 56 y 57 del instructivo mencionado.”*

## 5.2. Alegaciones formuladas por el operador económico CUPPHARMA

- [27] Conforme se detalló en los antecedentes, mediante escrito de 20 de diciembre de 2019, ingresado por Secretaria General de la SCPM bajo ID 152549, el operador económico **CUPPHARMA** manifestó que no se corrió traslado del Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2019-0026 de 04 de diciembre de 2019, lo cual imposibilitaba ejercer su derecho a la defensa.
- [28] La CRPI ha contrastado la afirmación del operador económico en su escrito de 20 de diciembre de 2019 con el medio de verificación entregado por la Secretaría General de la SCPM, y se verificó con el documento que consta en el expediente, que se realizó la notificación en debida y legal forma de la providencia, adjuntándose el Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2019-0026 (3MB), el 12 de diciembre de 2019 a las 11h10 al correo electrónico ofplegal@gmail.com.
- [29] Finalmente, el operador económico **CUPPHARMA** no ha emitido pronunciamiento alguno sobre el informe y las pruebas presentadas por la Intendencia, las cuales fueron notificadas oportunamente, otorgándose inclusive un término de tres (3) días para que **CUPPHARMA** emita su pronunciamiento.

## 6. LAS PRUEBAS Y SU VALORACIÓN

### 6.1. Pruebas de cargo presentadas por la Intendencia

- [30] Mediante Memorando SCPM-IGT-INICAPMAPR-2019-0178, ingresado por la Secretaría General de la SCPM el 26 de diciembre de 2019 a las 10h17, la Intendencia



Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, solicita se actúen como prueba las siguientes copias certificadas:

- 6.1.1. Escrito de 11 de julio de 2018 a las 15h07, signado con el número de trámite ID 99604.
- 6.1.2. Providencia de 24 de octubre de 2019 a las 12h00, signada con el número de trámite ID 148356.
- 6.1.3. Notificación de la providencia de 24 de octubre de 2019, signada con número de trámite ID 148361.
- 6.1.4. Escrito de 13 de noviembre de 2019 a las 09h19, del operador económico COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INES CARVAJAL CUPPHARMA S.A., signado con número de trámite ID 149561.
- 6.1.5. Providencia de 19 de noviembre de 2019 a las 08h55, signada con el número de trámite ID 150173.
- 6.1.6. Notificación de la providencia de 19 de noviembre de 2019, signada con el número de trámite ID 150188.
- 6.1.7. Providencia de 27 de noviembre de 2019 a las 09h35, signada con número de trámite ID 150943
- 6.1.8. Notificación de Providencia de 27 de noviembre de 2019 a las 17:07.

- [31] Las pruebas documentales presentadas por la Intendencia son conducentes, ya que son los medios idóneos para probar la entrega de información por parte de **CUPPHARMA**, fueron presentadas en copias certificadas y dentro del periodo probatorio; son pertinentes, ya que hay una clara relación entre los hechos que se pretenden demostrar y los documentos presentados, y son útiles, ya que le permitirá a la CRPI determinar claramente los hechos en que se fundamenta la controversia. Las pruebas documentales se presentaron dentro del periodo probatorio, bajo los estrictos parámetros de la lealtad procesal.
- [32] En consecuencia, las pruebas presentadas por la Intendencia cumplen con lo establecido en los artículos 160, 161, 193 y 194 del Código Orgánico General de Procesos (en adelante “COGEP”).<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> *Art. 160.- Admisibilidad de la prueba.- Para ser admitida, la prueba debe reunir los requisitos de pertinencia, utilidad, conducencia y se practicará según la ley, con lealtad y veracidad. La o el juzgador dirigirá el debate probatorio con imparcialidad y estará orientado a esclarecer la verdad procesal.*

*En la audiencia preliminar la o el juzgados rechazará de oficio o a petición de parte la prueba impertinente, inútil e inconducente.*

*La o el juzgador declarará la improcedencia de la prueba cuando se haya obtenido con violación de la Constitución o de la ley.*

*Carece de eficacia probatoria la prueba obtenida por medio de simulación, dolo, fuerza física, fuerza moral o soborno. Igualmente será ineficaz la prueba actuada sin oportunidad de contradecir.*



## 6.2. Pruebas de descargo del operador económico CUPPHARMA

- [33] Una vez consultado el expediente la CRPI verifica que el operador CUPPHARMA no presentó pruebas dentro del término probatorio concedido.

## 7. FUNDAMENTOS DE DERECHO

### 7.1 Constitución de la República del Ecuador (en adelante "CN")

- [34] El artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador establece las garantías básicas en el marco del derecho al debido proceso:

*"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:*

*(...)*

---

*La resolución por la cual la o el juzgador decida no admitir alguna prueba podrá apelarse con efecto diferido.*

*De admitirse la apelación, la o el juzgador superior ordenará la práctica de la prueba, siempre que con ella el resultado pueda variar fundamentalmente.*

*Art. 161.- Conducencia y pertinencia de la prueba. La conducencia de la prueba consiste en la aptitud del contenido intrínseco y particular para demostrar los hechos que se alegan en cada caso.*

*La prueba deberá referirse directamente a los hechos o circunstancias controvertidos.*

*Art. 193.- Prueba documental. Es todo documento público o privado que recoja, contenga o represente algún hecho o declare, constituya o incorpore un derecho.*

*Se podrán desglosar los documentos sin perjuicio de que se vuelvan a presentar cuando sea requerido.*

*Art. 194.- Presentación de documentos. Los documentos públicos o privados se presentarán en originales o en copias.*

*Se considerarán copias las reproducciones del original, debidamente certificadas que se realicen por cualquier sistema.*

*Art. 195.- Eficacia de la prueba documental. Para que los documentos auténticos y sus copias o compulsas, hagan prueba es necesario:*

- 1. Que no estén defectuosos ni diminutos, con excepción de lo dispuesto en este Código sobre los documentos defectuosos.*
- 2. Que no estén alterados en una parte esencial, de modo que pueda argüirse falsedad.*
- 3. Que en los autos no haya instancia ni recurso pendiente sobre el punto que, con tales documentos, se intente probar.*



3. *Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.*

(...)

5. (...) *En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.*

6. *La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.*

(...)"

## 7.2 Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM)

[35] El artículo 38 numeral 1, así como los artículos 48 y 50, contemplan la obligación de colaboración que tienen los diferentes actores con la SCPM, así:

*"Art. 38.- Atribuciones.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, a través de sus órganos, ejercerá las siguientes atribuciones:*

1. *Realizar los estudios e investigaciones de mercado que considere pertinentes. Para ello podrá requerir a los particulares y autoridades públicas la documentación y colaboración que considere necesarias.*

(...)"

*"Art. 48.- Normas generales.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, antes de iniciar el expediente o en cualquier momento del procedimiento, podrá requerir a cualquier operador económico o institución u órgano del sector público o privado, los informes, información o documentos que estimare necesarios a efectos de realizar sus investigaciones, así como citar a declarar a quienes tengan relación con los casos de que se trate."*

*"Art. 50.- Obligación de colaborar con los órganos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.- Toda persona natural o jurídica, pública o privada, así como las autoridades, funcionarios y agentes de la Administración Pública están obligados, sin necesidad de requerimiento judicial alguno, a suministrar los datos, la documentación, la información verdadera, veraz y oportuna, y toda su colaboración, que requiera la superintendencia de Control del Poder de Mercado y sus servidores públicos, siempre que esto no violente los derechos ciudadanos."*





*(...) Tratándose de los particulares que no suministraren la información requerida, serán sancionados con las multas y sanciones previstas en esta Ley.”*

*La Superintendencia de Control del Poder de Mercado tiene la potestad de solicitar y practicar de oficio todas las pruebas y diligencias administrativas necesarias para el esclarecimiento de los actos, denuncias y de los procedimientos que conociere e investigare.”*

[36] El artículo 79 de la LORCPM establece las sanciones a imponerse a quien no suministre información a la SCPM, así:

*“Art. 79.- Sanciones.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado impondrá a las empresas u operadores económicos, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley, las siguientes sanciones:*

*(...)*

*Quien no suministrare a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado la información requerida por ésta o hubiere suministrado información incompleta o incorrecta, será sancionado con una multa de hasta 500 Remuneraciones Básicas Unificadas.*

*(...)”*

[37] El artículo 80 de la LORCPM establece los siguientes criterios para la determinación de las sanciones:

*“Art. 80.- Criterios para la determinación del importe de las sanciones.- El importe de las sanciones se fijará atendiendo, entre otros, a los siguientes criterios:*

- a. La dimensión y características del mercado afectado por la infracción.*
- b. La cuota de mercado del operador u operadores económicos responsables.*
- c. El alcance de la infracción.*
- d. La duración de la infracción.*
- e. El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos.*
- f. Los beneficios obtenidos como consecuencia de la infracción.*
- g. Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurran en relación con cada una de las empresas u operadores económicos responsables.”*

[38] El Código Orgánico Administrativo en su artículo 29 plasma el principio de tipicidad así:



*“Art. 29.- Principio de tipicidad. Son infracciones administrativas las acciones u omisiones previstas en la ley.*

*A cada infracción administrativa le corresponde una sanción administrativa. Las normas que prevén infracciones y sanciones no son susceptibles de aplicación analógica, tampoco de interpretación extensiva.”* (Negrita y subrayado por fuera del texto).

[39] El artículo 202 del COA establece la obligación de resolver por parte de los órganos competentes así no exista ley aplicable:

*“Art. 202.- Obligación de resolver. El órgano competente resolverá el procedimiento mediante acto administrativo.*

*El vencimiento de los plazos previstos para resolver no exime al órgano competente de su obligación de emitir el acto administrativo.*

*Las administraciones públicas no pueden abstenerse de resolver con la excusa de la falta u oscuridad de la ley.”* (Negrita y subrayado por fuera del texto).

### 7.3 Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (RLORCPM)

*“Art. 95.- Cálculo del importe de las multas.- (Sustituido por el Art. 7 del D.E. 1161, R.O. 842, 16-IX-2016).- La Junta de Regulación de Poder de Mercado emitirá la metodología para el cálculo del importe de las multas indicadas en el artículo 79 de la ley. La Superintendencia de Control del Poder de Mercado aplicará esta metodología, atendiendo a los criterios establecidos en el artículo 80 y siguientes del mismo cuerpo normativo, y tomando en cuenta lo siguiente:*

- 1.- Determinará la base para el cálculo del importe de la multa para cada operador económico o asociación, unión o agrupación de operadores económicos.*
- 2.- Multiplicará el importe de base en función de la duración de la conducta.*
- 3.- Ajustará el importe de base total incrementándolo o reduciéndolo en base a una evaluación global de las circunstancias pertinentes.”*

### 7.4 Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM (Instructivo)

[40] El artículo 56 del Instructivo determina el procedimiento por no entrega de información:

*“Art. 56.- Procedimiento y aplicación de la multa por no entregar información.- Cuando se solicite información, dentro de los procesos investigativos o para estudios o investigaciones de mercado conforme al artículo 38 numeral 1; 48 y 50 de la LORCPM, se procederá de la siguiente manera:*

(...)



2. (...)

*Si el operador económico no entrega la información requerida o la entrega fuera del término concedido o la información entregada es parcial o defectuosa o la remite en instrumentos tecnológicos con seguridades que la hacen inaccesible se observará:*

- a) *Dentro del término de cinco (5) días posteriores al incumplimiento, se remitirá un informe motivado suscrito por el Intendente, Director y los analistas, a la Comisión de Resolución de Primera Instancia, informando de esta acción al Intendente General;*
- b) *La CRPI dentro de los tres (3) días posteriores a la recepción del informe, avocará conocimiento y aperturará un expediente, pudiendo dentro de los cinco (5) días término de avocado conocimiento mediante providencia, pedir al emisor lo aclare, modifique o complete, de ser el caso, quien dentro de los siguientes cinco (5) días término atenderá la disposición;*
- c) *La CRPI con el informe aclarado, modificado o completado, mediante providencia correrá traslado al operado económico, por el término de tres (3) días improrrogables, a fin de que se pronuncie.*
- d) *Con la respuesta o sin ella, de oficio se abrirá el término de prueba por seis (6) días en los cuales se podrán presentar pruebas y documentos en original o copias certificadas, no se considerará las copias simples.*
- e) *De considerarlo pertinente de conformidad con lo prescrito en el art. 38 numeral 4 de la LORCPM, en el término de tres (3) días de concluida la etapa probatoria, la CRPI podrá señalar día y hora para la realización de una audiencia; sin embargo, si esta es a petición de parte, no podrá negarse la diligencia.*
- f) *La Comisión dentro del término de diez (10) días de fenecido el término probatorio o de realizada la audiencia, emitirá la resolución motivada mediante la cual, de ser el caso, impondrá la multa por incumplimiento, prevista en el artículo 79 inciso penúltimo de la LORCPM, o dispondrá el archivo del expediente.*
- g) *La Comisión, en caso de haber impuesto una multa, ordenará en su resolución que esta sea pagada dentro del término de quince (15) días; para lo cual, la Comisión, dispondrá a la Dirección Financiera que certifique si se ha efectuado el pago; de no haberlo hecho ordenará que dicha Dirección emita el título de crédito y lo remita a la CGAJ para que realice el cobro por vía coactiva. (...)" (subrayo por fuera de texto).*

3200  
V



## 8. CALIFICACIÓN JURÍDICA

### 8.1 Calificación del incumplimiento

- [41] El operador económico de **CUPPHARMA**, debió cumplir con lo establecido en la LORCPM, específicamente los artículos 48 y 50 de la misma, que establecen:

*“Art. 48.- Normas generales.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, antes de iniciar el expediente o en cualquier momento del procedimiento, podrá requerir a cualquier operador económico o institución u órgano del sector público o privado, los informes, información o documentos que estimare necesarios a efectos de realizar sus investigaciones, así como citar a declarar a quienes tengan relación con los casos de que se trate.*

*(...)”*

*“Art. 50.- Obligación de colaborar con los órganos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.- Toda persona natural o jurídica, pública o privada, así como las autoridades, funcionarios y agentes de la Administración Pública están obligados, sin necesidad de requerimiento judicial alguno, a suministrar los datos, la documentación, la información verdadera, veraz y oportuna, y toda su colaboración, que requiera la superintendencia de Control del Poder de Mercado y sus servidores públicos, siempre que esto no violente los derechos ciudadanos.*

*(...) Tratándose de los particulares que no suministraren la información requerida, serán sancionados con las multas y sanciones previstas en esta Ley.*

*(...)”*

- [42] De conformidad con lo anterior, el operador económico **CUPPHARMA** debió presentar la documentación solicitada por la INICAPMAPR.
- [43] Se verifica dentro del expediente administrativo que la Intendencia le otorgó tres oportunidades para entregar la información requerida. En la última el operador económico **CUPPHARMA** contestó parcialmente, sin entregar la información requerida dentro del Cuestionario B.
- [44] Una vez demostrado el incumplimiento de la obligación de entregar información, la CRPI procederá a analizar si en el presente caso se puede determinar el importe de la multa.

### 8.2 Calificación sobre el importe de la multa

- [45] El penúltimo inciso del artículo 79 de la LORCPM establece la sanción por la no entrega de información a la SCPM. Indica lo siguiente:



*“Art. 79.- Sanciones.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado impondrá a las empresas u operadores económicos, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellos que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley, las siguientes sanciones:*

*(...)*

*Quien no suministrare a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado la información requerida por ésta o hubiere suministrado información incompleta o incorrecta, será sancionado con una multa de hasta 500 Remuneraciones Básicas Unificadas.*

*(...)”*

[46] El artículo 95 del RLORCPM establece lo siguiente:

*“Art. 95.- Cálculo del importe de multas.- La Junta de Regulación de Poder de Mercado emitirá la metodología para el cálculo del importe de las multas indicadas en el artículo 79 de la ley. La Superintendencia de Control del Poder de Mercado aplicará esta metodología, atendiendo a los criterios establecidos en el artículo 80 y siguientes del mismo cuerpo normativo, y tomando en cuenta lo siguiente:*

*1.- Determinará la base para el cálculo del importe de la multa para cada operador económico o asociación, unión o agrupación de operadores económicos.*

*2.- Multiplicará el importe de base en función de la duración de la conducta.*

*3.- Ajustará el importe de base total incrementándolo o reduciéndolo en base a una evaluación global de las circunstancias pertinentes.” (subrayado y negrita por fuera del texto).*

[47] Si bien la Junta de Regulación de la LORCPM expidió la Resolución No. 012 de 23 de septiembre de 2016, dicha regulación se refiere a la determinación de multas por infracciones a la LORCPM, en el marco de la clasificación según la gravedad adoptada en el artículo 78 de la LORCPM.

[48] La CRPI encontró que en la mencionada clasificación no se encuentra incluida la no entrega de información, y por lo tanto no se puede clasificar como leve, grave o muy grave. En consecuencia, es imposible aplicar la Resolución No. 012 a los procedimientos de no entrega de información, ya que la fórmula para el cálculo de la multa que plasma la mencionada resolución incluye factores de gravedad sobre la base de la clasificación indicada.



- [49] Si bien la Resolución No. 012 se refiere a la metodología a ser utilizada en el cálculo del importe de las sanciones establecidas en los artículos 78 y 79 de la LORCPM<sup>2</sup>, al momento no existe la metodología para establecer el cálculo del importe de la sanción para la no entrega de información.
- [50] En consecuencia, y atendiendo a que la Junta de Regulación de la LORCPM aún no ha establecido la metodología para el cálculo de la multa por no entrega de información, la CRPI en este caso deberá imponer la multa mínima, sobre todo velando las garantías al debido proceso desarrolladas en el artículo 76 de la CN, específicamente las contenidas en los numerales 3, 5 y 6:

*“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:*

*(...)*

*3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.*

*(...)*

*5. (...) En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.*

*(...)*

*6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.” (negrita y subrayada por fuera del texto).*

- [51] Aunque el artículo 79 de la LORCPM establece un máximo de sanción (500 Remuneraciones Básicas Unificadas), no existe la metodología para determinar con claridad y proporcionalidad la sanción.

<sup>2</sup> *“Art. 1.- Objeto.- Establecer la metodología a ser utilizada en el cálculo del importe de las sanciones establecidas en los artículos 78 y 79 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), en concordancia con los criterios establecidos en el artículo 80 y siguientes artículos del mismo cuerpo normativo, y su Reglamento.*

*La expedición de esta metodología tiene como objetivo contribuir a la transparencia en la cuantificación del importe de la sanción así como en la objetividad del cálculo, potenciando su efecto disuasorio y favoreciendo la seguridad jurídica de los operadores económicos”*



- [52] Además, la CRPI se ve imposibilitada de adoptar cualquier forma de cálculo, ya que la LORCPM y el RLORCOM le otorgan facultades a la Junta de Regulación para establecer dicha metodología<sup>3</sup>, y como se mostró obligan a la SCPM a aplicarla.
- [53] Por lo tanto, si bien la CRPI debe imponer sanciones<sup>4</sup>, lo tiene que hacer sobre la base de la metodología de la Junta de Regulación. Si no existe dicha metodología, la CRPI no puede determinar con claridad y precisión el importe de la multa.
- [54] La CRPI llama a atención de que la LORCPM, el RLORCPM y el actual Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado no establecen una metodología que se pueda emplear para el cálculo de la multa por no entrega de información.
- [55] En el presente caso es importante hacer referencia al principio de la seguridad jurídica, que se encuentra plasmado en el artículo 82 de la CN, así:

*Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”.*

<sup>3</sup> El artículo 35 de la LORCPM establece:

*“Art. 35.- Facultades de la Función Ejecutiva.- Corresponde a la Función Ejecutiva la rectoría, planificación, formulación de políticas públicas y regulación en el ámbito de esta Ley.*

*La regulación estará a cargo de la Junta de Regulación, cuyas atribuciones estarán establecidas en el Reglamento General de esta Ley, exclusivamente en el marco de los deberes, facultades y atribuciones establecidas para la Función Ejecutiva en la Constitución. La Junta de Regulación tendrá facultad para expedir normas con el carácter de generalmente obligatorias en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales.”*

El artículo 42 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado establece en su literal k) que la Junta de Regulación tendrá la facultad de: *“Establecer la metodología para el cálculo del importe de multas y aplicación de los compromisos de cese;”.*

El primero inciso del artículo 95 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado establece:

*“La Junta de Regulación de Poder de Mercado emitirá la metodología para el cálculo del importe de las multas indicadas en el artículo 79 de la ley. La Superintendencia de Control del Poder de Mercado aplicará esta metodología, atendiendo a los criterios establecidos en el artículo 80 y siguientes del mismo cuerpo normativo, y tomando en cuenta lo siguiente:*

(...)



- [56] Asimismo, la Corte Constitucional en la sentencia No. 135-14-SEP-CC de 17 de septiembre de 2014 en referencia al principio de seguridad jurídica estableció lo siguiente:

“(…)

*De esta manera, a través del derecho a la seguridad jurídica se pretende otorgar certeza a los ciudadanos respecto a la aplicación del derecho vigente y, en cuanto al reconocimiento y previsibilidad de las situaciones jurídicas; por lo tanto, las autoridades investidas de potestad jurisdiccional están en la obligación de aplicar adecuadamente la constitución y demás normas jurídicas en los procesos sometidos a su conocimiento(…)Dicho de este modo, el derecho a la seguridad jurídica se entiende como la certeza en la aplicación normativa que se genera en función de la obligación de los poderes públicos de respetar la Constitución como norma suprema, y el resto del ordenamiento jurídico.”*

- [57] Bajo la misma línea, el Código Orgánico Administrativo en su artículo 29 plasma el principio de tipicidad así:

*“Art. 29.- Principio de tipicidad. Son infracciones administrativas las acciones u omisiones previstas en la ley.*

*A cada infracción administrativa le corresponde una sanción administrativa. Las normas que prevén infracciones y sanciones no son susceptibles de aplicación analógica, tampoco de interpretación extensiva.” (Negrita y subrayado por fuera del texto).*

- [58] Por último, bajo el principio denominado “*in dubio pro administrado*”, cualquier duda en la aplicación de normas sancionatorias se debe resolver a favor del administrado, de conformidad con lo que establece el numeral 5 del artículo 76 de la CN.
- [59] Además, el artículo 202 del COA establece la obligación de resolver por parte de los órganos competentes así no exista ley aplicable:

*“Art. 202.- Obligación de resolver. El órgano competente resolverá el procedimiento mediante acto administrativo.*

*El vencimiento de los plazos previstos para resolver no exime al órgano competente de su obligación de emitir el acto administrativo.*

*Las administraciones públicas no pueden abstenerse de resolver con la excusa de la falta u oscuridad de la ley.” (Negrita y subrayado por fuera del texto).*

- [60] De conformidad con todo lo mencionado, la CRPI de acuerdo con los principios de tipicidad, legalidad, seguridad jurídica e *Indubio pro administrado*, sancionará al operador económico **CUPPHARMA** con una multa de una remuneración básica





unificada, que corresponde a cuatrocientos dólares de Estados Unidos de América (\$ USD 400).

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO.- DECLARAR** como incumplido al operador económico **COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A.**, por no entregar información solicitada por la Intendencia de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas.

**SEGUNDO. – SANCIONAR** al operador económico **COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A.**, con una multa de **CUATROSCIENTOS DÓLARES DE ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD \$ 400)**, los cuales deberán ser pagados en el término de quince (15) días de conformidad con el literal g numeral 2 del artículo 56 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM. Valores que serán depositados en la cuenta corriente No 7445261 del Banco del Pacífico, a nombre de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, debiendo remitir el comprobante del depósito a la CRPI.

**TERCERO. - NOTIFICAR** la presente Resolución a la Intendencia General Técnica para que realice las gestiones pertinentes ante la Junta de Regulación de la LORCPM.

**CUARTO.- NOTIFICAR** la presente Resolución al operador económico **CUPPHARMA**, a la Intendencia de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, y a la Secretaría General de la SCPM, para los fines pertinentes.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-**

  
Mgs. José Cartagena Pozo  
**COMISIONADO**

  
Mgs. Jaime Lara Izurieta  
**COMISIONADO**

  
Mgs. Marcelo Vargas Mendoza  
**PRESIDENTE**



