EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-033-2019

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- D.M. Quito, 16 de enero de 2020, 10h20.-

Comisionado sustanciador: José Cartagena Pozo

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 extraordinaria del pleno de la Comisión de Resolución de Primera Instancia (en adelante "CRPI") de 16 de enero de 2020, mediante la cual se designó al abogado Mateo Wray secretario 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.

Av. de los Shyris N44-93 y Rio Coca Edificio Ocaña
Telf. (593) 23956 010
www.scpm.gob.ec
Quito-Ecuador

3. IDENTIFICACIÓN DEL OPERADOR ECONÓMICO INVOLUCRADO

[6] El operador económico parte del presente expediente es **MERCATTI S.A. MERCATTISA** (en adelante "**MERCATTISA**").

4. ANTECEDENTES

[7] El informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2019-0025 de 04 de diciembre de 2019, mediante el cual se advierte sobre el incumplimiento de entrega de información por parte del operador económico **MERCATTISA**.

[8] La providencia de 11 diciembre de 2019, a las 16h30, en la cual la CRPI concede el término de tres (3) días para que el operador económico **MERCATTISA**, se pronuncie sobre el informe No. No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2019-0025 de 04 de diciembre de 2019.

[9] El escrito presentado por el operador económico **MERCATTISA,** en la Secretaría General de la SPCM el 13 de diciembre de 2019 a las 11h45 signado con el Id 151985, mediante el cual el operador económico presenta sus observaciones dentro del término otorgado.

[10] La providencia de 17 de diciembre de 2019 emitida por la CRPI.

[11] El escrito presentado por el operador económico **MERCATTISA,** en la Secretaría General de la SPCM el 20 de diciembre de 2019 a las 15h50 signado con el Id 152540, mediante el cual el operador económico ratifica la actuación de la defensa técnica.

[12] El Memorando No. SCPM-IGT-INICAMAPR-2020-018 de 06 de enero de 2019, remitido por la INICAPMAPR.

[13] La providencia de 08 de enero de 2020, emitida por la CRPI.

5. FUNDAMENTOS DE DERECHO

5.1 Constitución de la República del Ecuador

[14] El artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante "CN") 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:*
>
> *(...)*

Av. de los Shyris N44-93 y Rio Coca Edificio Ocaña
Telf. (593) 23956 010
www.scpm.gob.ec
Quito-Ecuador

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.

(...)"

5.2 Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

[15] El artículo 38 numeral 1 y los artículos 48 y 50 de la LORCPM 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.

Av. de los Shyris N44-93 y Rio Coca Edificio Ocaña
Telf. (593) 23956 010
www.scpm.gob.ec
Quito-Ecuador

(...) 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."

[16] 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.

(...)"

[17] 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."

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

Av. de los Shyris N44-93 y Rio Coca Edificio Ocaña
Telf. (593) 23956 010
www.scpm.gob.ec
Quito-Ecuador

"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).

5.3 Código Orgánico Administrativo

[19] El artículo 202 del Código Orgánico Administrativo (en adelante "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).

5.4 Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

[20] El Reglamento para la Aplicación a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante "RLORCPM") tiene por objeto el establecer las disposiciones reglamentarias para la aplicación de la LORCPM, y conforme el artículo 95 del Reglamento en mención la Junta de Regulación de Poder de Mercado es quien emitirá la metodología para el cálculo del importe de las multas determinadas en el artículo 79 de la LORCPM.

"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."

Av. de los Shyris N44-93 y Rio Coca Edificio Ocaña
Telf. (593) 23956 010
www.scpm.gob.ec
Quito-Ecuador

5.5 Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM

[21] El artículo 56 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM establece el procedimiento por no entrega de información de la siguiente manera:

> *"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 termino 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 termino 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*

Av. de los Shyris N44-93 y Rio Coca Edificio Ocaña
Telf. (593) 23956 010
www.scpm.gob.ec
Quito-Ecuador

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).

6. CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS

6.1 Hechos que dan origen al incumplimiento de no entrega de información por parte del operador económico MERCATTISA

[22] Mediante providencia de 24 de octubre de 2019, a las 12h00 la INICAPMAPR, notificó al operador económico **MERCATTISA,** solicitando que en el término de 10 días remita la información del Cuestionario B, adjuntado a la providencia señalada. Dicha notificación fue realizada el 24 de octubre de 2019 a las 16h06, conforme consta en los medios de verificación existentes en el expediente administrativo.

[23] El operador económico **MERCATTISA,** tuvo conocimiento de la mencionada providencia al contestar mediante escrito ingresado el 7 de noviembre de 2019 a las 13h31, con ID: 149136. Sin embargo, no remitió la información solicitada.

[24] En la providencia de 19 de noviembre de 2019, a las 08h55 la INICAPMAPR solicitó por segunda ocasión al operador económico **MERCATTISA**, que en el término de dos días remita la información del Cuestionario B, adjuntado en la misma providencia. Notificación que se realizó al operador económico en cuestión el 20 de noviembre de 2019 a las 12h56, conforme consta en los medios de verificación del expediente administrativo.

[25] Con providencia de 27 de noviembre de 2019, a las 09h35 la INICAPMAPR solicitó por tercera ocasión al operador económico **MERCATTISA**, que en el término de dos días remita la información del Cuestionario B, adjuntado en la misma providencia. Notificación realizada al agente económico **MERCATTISA** el 27 de noviembre de 2019 a las 17h07, conforme consta en los medios de verificación del expediente administrativo.

[26] Ninguna de las tres solicitudes de entrega de información efectuadas al operador económico **MERCATTISA,** fueron cumplidas. Cabe señalar que las notificaciones de las providencias antes mencionadas fueron realizadas al correo electrónico ofplegal@gmail.com; correo señalado por el operador económico **MERCATTISA**, para sus notificaciones, conforme consta en el escrito de 18 de junio de 2019 a las 09h52 con número de trámite ID: 135188.

Av. de los Shyris N44-93 y Rio Coca Edificio Ocaña
Telf. (593) 23956 010
www.scpm.gob.ec
Quito-Ecuador

[27] La CRPI ha verificado la información que dan lugar a estos hechos, conforme el material probatorio presentado por la INICAPMAPR.

[28] El operador económico **MERCATTISA** no se ha pronunciado, así como no ha presentado elementos probatorios contradiciendo las afirmaciones sobre el proceso de incumplimiento de entrega de información, mediante Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2019-0025 emitido por la por la INICAPMAPR.

6.2 De la no entrega de información

[29] La INICAPMAPR el 04 de diciembre de 2019 emitió Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2019-0025, según el cual se pone en conocimiento de la CRPI el incumplimiento de entrega de información por parte del operador económico **MERCATTISA**, recomendando que se sancione amparado en el artículo 79 de la LORCPM, basado en el procedimiento constante en los artículos 56 y 57 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM. Al respecto el Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2019-0025 de la INICAPMAPR prescribe:

> *"6. CONCLUSIONES*
>
> *6.1. El operador económico MERCATTI S.A. MERCATTISA., 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 MERCATTI S.A. MERCATTISA., 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 artículo 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 MERCATTI S.A. MERCATTISA., de acuerdo a lo establecido en el artículo 79 ibídem, y conforme al procedimiento constante en los artículos 56 y 57 del instructivo mencionado."*

[30] Para demostrar las afirmaciones realizadas por la INICAPMAPR, dentro del término probatorio mediante Memorando SCPM-IGT-INICAPMAPR-2020-018, ingresado por la Secretaría General de la SCPM el 06 de enero de 2020, se presentó y solicitó que se agregue como prueba las siguientes copias certificadas:

Av. de los Shyris N44-93 y Rio Coca Edificio Ocaña
Telf. (593) 23956 010
www.scpm.gob.ec
Quito-Ecuador

1. Providencia de 24 de octubre de 2019 a las 12h00, signada con el número de trámite ID 148356.

2. Cuestionario B, signado con número de trámite ID 148146.

3. Notificación electrónica al operador económico MERCATTI S.A. MERCATTISA., de 24 de octubre de 2019, signada con número de trámite ID 148361.

4. Providencia de 19 de noviembre de 2019, a las 08h55, signada con el número de trámite ID 150173.

5. Notificación electrónica al operador económico MERCATTI S.A. MERCATTISA., de 20 de noviembre de 2019, signada con número de trámite ID 150188.

6. Providencia de 27 de noviembre de 2019 a las 09h35, signada con el número de trámite ID 150943

7. Notificación electrónica al operador económico MERCATTI S.A. MERCATTISA., de 27 de noviembre de 2019, signada con número de trámite ID 151062.

8. Escrito del operador económico MERCATTI S.A. MERCATTISA, de 18 de junio de 2019 a las 09h52 y signado con el número de trámite ID 135188.

9. Escrito y anexo del operador económico MERCATTI S.A. MERCATTISA, de 07 de noviembre de 2019 a las 13h31, y signado con el número de trámite ID 149136.

10. El informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2019-0025 de 04 de diciembre de 2019, mediante el cual se advierte sobre el incumplimiento de entrega de información por parte del operador económico **MERCATTI S.A. MERCATTISA** (en adelante "**MERCATTISA**").

[31] Al analizar el material probatorio presentado por la INICAPMAPR, la CRPI concluye que las pruebas son oportunas, en cuanto han sido presentadas dentro del término probatorio concedido para el efecto.

[32] Las pruebas documentales presentadas por la INICAPMAPR son conducentes, en cuanto hay una clara relación entre los hechos que se pretenden demostrar y los documentos presentados; son útiles, ya que son los medios idóneos para demostrar la no entrega de información por parte de **MERCATTISA**; y son pertinentes, en cuanto se refiere directamente a los hechos y circunstancias que generaron la no entrega de información.

Av. de los Shyris N44-93 y Rio Coca Edificio Ocaña
Telf. (593) 23956 010
www.scpm.gob.ec
Quito-Ecuador

[33] 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"**).[1]

---

[1] Código Orgánico General de Procesos "*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.

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.

Av. de los Shyris N44-93 y Rio Coca Edificio Ocaña
Telf. (593) 23956 010
www.scpm.gob.ec
Quito-Ecuador

6.3 Justificación por parte de MERCATTISA y el valor probatorio de las afirmaciones

[34] Al respecto de las imputaciones realizadas por la INICAPMAPR, el operador económico **MERCATTISA** justifica el incumplimiento de no entrega de información aduciendo:

a. MERCATTISA presentó un escrito indicando que nunca ha tenido participación en el mercado del producto ELTROMBOPAG SÓLIDO ORAL 25MG, ni como fabricante, importador, distribuidor al por menor o mayor sobre el cual versa el cuestionario B.

b. Los registros sanitarios del producto ELTROMBOPAG SÓLIDO ORAL 25 MG, los tienen únicamente las compañías NOVARTIS ECUADOR S.A. y LABORATORIO GUTIERREZ, quienes controlan el 100% del mercado nacional del ELTROMBOPAG.

c. Presentaron en su momento la debida explicación.

d. Mediante oficio remitido por LABORATORIOS GUTIÉRREZ a la SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO, se indica que la compañía MERCATTI S.A., MERCATTISA, no ha sido distribuidor de LABORATORIOS GUTIÉRREZ y que no le ha comprado el producto ELTROMBOPAG SÓLIDO ORAL 25 MG.

e. **MERCATTISA**, no ganó el proceso de venta del producto antes mencionado al HOSPITAL TEODORO MALDONADO CARBO[2].

---

[2] Escrito presentado por el operador económico MERCATTISA el 13 de diciembre de 2019. "*MERCATTI S.A., MERCATTISA, dentro del expediente administrativo presentó un escrito indicando que no podía presentar el cuestionario B, toda vez, que NUNCA ha tenido participación en el mercado del producto ELTROMBOPAG SÓLIDO ORAL 25MG, ni como fabricante, importador, distribuidor al por menor o mayor.*

El cuestionario B, tiene preguntas que se aplican cuando un operador económico efectivamente tiene participación en el mercado de un producto determinado, en este, caso los únicos dueños de los registros sanitario del producto ELTROMBOPAG SÓLIDO ORAL 25 MG, son las compañías NOVARTIS ECUADOR S.A. y LABORATORIO GUTIERREZ, son ellos quienes controlan el 100% del mercado nacional del ELTROMBOPAG.

Por esta razón, presentamos en su momento la debida explicación.

Lo dicho, se corrobora con el oficio remitido por LABORATORIOS GUTIERREZ a la SUPERINTEDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO, que obra del proceso, en el cual se indica claramente que la compañía MERCATTI S.A., MERCATTISA, nunca ha sido distribuidor de LABORATORIOS GUTIERREZ y que jamás le ha comprado el producto ELTROMBOPAG SÓLIDO ORAL 25 MG.

Av. de los Shyris N44-93 y Rio Coca Edificio Ocaña
Telf. (593) 23956 010
www.scpm.gob.ec
Quito-Ecuador

[35] Una vez analizado el expediente No. SCPM-CRPI-033-2019, la CRPI verifica que el operador **MERCATTISA** no presentó pruebas dentro del término probatorio concedido.

[36] Conforme el artículo 158 del COGEP, la prueba tiene como finalidad conducir al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos y que en concordancia con el artículo 164 del mismo cuerpo normativo, que habla sobre la necesidad de la prueba, se establece que es necesario que se demuestren todos los hechos alegados por las partes, y sobre esto concuerda la doctrina es especializada en el tema, que expone que, *"Por necesidad o tema de la prueba (tema probandum) se entiende lo que en cada proceso debe ser materia de la actividad probatoria, esto es, los hechos sobre los cuales versa el debate o la cuestión voluntaria planteada y que deben probarse por constituir el presupuesto de los efectos jurídicos perseguidos por las partes, sin cuyo conocimiento el juez no puede decidir; (...)"*[3].

[37] Es decir que, para la CRPI es indispensable tener los elementos materiales de prueba que justifiquen las afirmaciones de las partes. En este sentido, si bien el operador económico **MERCATTISA** ha presentado justificaciones de no entrega de información, este no ha presentado pruebas dentro del expediente No. SCPM-CRPI-033-2019 que respalden dichas afirmaciones.

6.4 Justificación por parte de MERCATTISA sobre el producto ELTROMBOPAG SÓLIDO ORAL 25MG

[38] El operador económico **MERCATTISA** basa la justificación de no entrega de información sobre el fundamento de que el cuestionario B versa sobre el producto ELTROMBOPAG SÓLIDO ORAL 25MG[4].

[39] De la revisión de las pruebas que obran en el presente expediente No. SCPM-CRPI-033-2019 se sustrae lo siguiente:

MERCATTI S.A., MERCATTISA, no ganó el proceso de venta del producto antes mencionado al HOSPITAL TEODORO MALDONADO CARBO, fue otra empresa totalmente ajena a nosotros. Más aún, el proceso fue declarado DESIERTO POR EL SERCOP.

En mérito de lo antes referido, solicito que no se tome en consideración el informe SCPM-IGT-INICAP-APMAPR-2019-0025, por cuanto mi representada presentó las explicaciones correspondientes por escrito, conforme obra del proceso.

[3] Devis Hechandía. H.: *Compendio de Derecho Procesal.* Tomo II. 11 ed. Editorial Temis. 2012. Bogotá. Pag. 39.
[4] Escrito presentado por el operador económico MERCATTISA el 13 de diciembre de 2019.

Av. de los Shyris N44-93 y Rio Coca Edificio Ocaña
Telf. (593) 23956 010
www.scpm.gob.ec
Quito-Ecuador

a. La providencia emitida por la INICAPMAPR el 24 de octubre de 2019 a las 12h00, únicamente contiene la solicitud al operador económico **MERCATTISA,** que en el término de 10 días remita la información del Cuestionario B.

está efectuado sobre el mismo, en el ámbito de conocimiento del operador económico; y, b) Remita, en el término de diez (10) días, contados a partir de la notificación con la presente providencia, la información solicitada dentro del Cuestionario B, que se adjunta a la presente. **TERCERO:** En atención a lo permitido [5]

b. El cuestionario B sobre el cual versa el incumplimiento de entrega de información, en ninguna parte del documento hace alusión a la entrega de información del producto ELTROMBOPAG SÓLIDO ORAL 25MG, incluso se aclara y enfatiza que el objetivo es analizar el sector de medicamentos, pues así están elaboradas las preguntas y solicitud de información, sobre productos de medicamentos en general como se puede observar:

CUESTIONARIO B

00003

La Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (INICAPMAPR), a través de su Dirección Nacional de Investigación y Control de Acuerdos y Prácticas Restrictivas (DNICAPR), le solicita llenar el presente cuestionario de manera veraz, incluyendo en sus respuestas la información y datos que únicamente usted o su representada maneje.

El presente cuestionario tiene como objetivo recabar información y analizar el comportamiento **del sector de medicamentos**, por lo que está dirigido a operadores económicos que participen en el sector.

(...)

8. Señale las características de ***todos los medicamentos que produce o fabrica***, en todas sus presentaciones. Las características deben ser descritas bajo el siguiente formato y se deberá incluir una tabla para cada medicamento:

(...)

9. Señale las características de ***todos los medicamentos que compra y vende al por mayor su representada***, en todas sus presentaciones. Las características deben ser descritas bajo el siguiente formato y se deberá incluir una tabla para cada medicamento comercializado al por mayor:

(...)

10. Bajo el siguiente formato, remita la información correspondiente ***a las compras al por mayor de todos los medicamentos*** que adquirió su representada, para el periodo 2016 (enero) – 2018 (diciembre) de manera mensual. La información debe contener, al menos, las siguientes variables:

(...)

[5] Providencia emitida por la la INICAPMAPR el 24 de octubre de 2019 a las 12h00

Av. de los Shyris N44-93 y Rio Coca Edificio Ocaña
Telf. (593) 23956 010
www.scpm.gob.ec
Quito-Ecuador

11. Bajo el siguiente formato, remita la información correspondiente ***a las ventas al por mayor de todos los medicamentos*** que comercializó su representada, para el periodo 2016 (enero) – 2018 (diciembre) de manera mensual. La información debe contener, al menos, las siguientes variables:

(...)

12. Señale las características de todos los medicamentos que compra y vende al por menor su representada, en todas sus presentaciones. Las características deben ser descritas bajo el siguiente formato y se deberá incluir una tabla para cada medicamento que vende al por menor:

(...)

13. Bajo el siguiente formato, remita la información correspondiente a ***las compras al por menor de todos los medicamentos*** que adquirió su representada, para el periodo 2016 (enero) – 2018 (diciembre) de manera mensual. La información debe contener, al menos, las siguientes variables:

(...)

14. Bajo el siguiente formato, remita la información correspondiente ***a las ventas al por menor de todos los medicamentos*** que comercializó su representada, para el periodo 2016 (enero) – 2018 (diciembre) de manera mensual. La información debe contener, al menos, las siguientes variables:

[40] En conclusión, aún cuando el operador económico justificare mediante pruebas idóneas que (i) nunca ha tenido participación en el mercado del producto ELTROMBOPAG SÓLIDO ORAL 25MG, ni como fabricante, importador, distribuidor al por menor o mayor; (ii) que los registros sanitarios del producto ELTROMBOPAG SÓLIDO ORAL 25 MG, los tienen únicamente las compañías NOVARTIS ECUADOR S.A. y LABORATORIO GUTIERREZ; (iii) que no ganó el proceso de venta del producto ELTROMBOPAG SÓLIDO ORAL 25 MG al HOSPITAL TEODORO MALDONADO CARBO; las pruebas resultarían inútiles, impertinentes e inconducentes, toda vez que el incumplimiento de entrega de información materia de este expediente es sobre el cuestionario B, el mismo que no versa sobre el producto ELTROMBOPAG SÓLIDO ORAL 25MG.

6.5 Declaración de incumplimiento de entrega de información

[41] De conformidad con lo anterior, el operador económico **MERCATTISA** debió presentar la documentación solicitada por la INICAPMAPR; sin embargo para salvaguardar su derecho a la defensa y de contradicción se le concedió oportunidad para que justifique el incumplimiento conforme los literales c) y d) del artículo 56 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM.

Av. de los Shyris N44-93 y Rio Coca Edificio Ocaña
Telf. (593) 23956 010
www.scpm.gob.ec
Quito-Ecuador

[42] En virtud de lo expuesto, se verifica dentro del expediente administrativo que la Intendencia le otorgó tres oportunidades para entregar la información requerida. En la última el operador económico **MERCATTISA** no entregó la información requerida dentro del Cuestionario B.

[43] El operador económico **MERCATTISA**, 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.*
>
> *(...)"*

[44] Una vez demostrado el incumplimiento de la obligación de entregar de información, sin que el operador económico **MERCATTISA** justifique a la CRPI en debida forma, se procederá a analizar el importe de la multa.

6.6 Del importe de la multa por no entrega de información

[45] El penúltimo inciso del artículo 79 de la LORCPM establece la sanción por la no entrega de información a la SCPM, según el cual:

> *"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:*
>
> *(...)*

Av. de los Shyris N44-93 y Rio Coca Edificio Ocaña
Telf. (593) 23956 010
www.scpm.gob.ec
Quito-Ecuador

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[6] 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, al momento

[6] Resolución No. 012. *"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.*

Av. de los Shyris N44-93 y Rio Coca Edificio Ocaña
Telf. (593) 23956 010
www.scpm.gob.ec
Quito-Ecuador

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 multa 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] Aún cuando 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.

[52] El principio de proporcionalidad genera alta incidencia en el procedimiento administrativo sancionador que a saber se lo considera como:

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"

Av. de los Shyris N44-93 y Rio Coca Edificio Ocaña
Telf. (593) 23956 010
www.scpm.gob.ec
Quito-Ecuador

"Proporcionalidad, ligado al principio de legalidad, destacando su papel en el ámbito sancionador, donde es un principio clave, y en el ámbito de la ejecución forzosa, pues la ejecución ha de estar en línea directa con la ejecución del acto"

[53] 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[7], y como se mostró obligan a la SCPM a aplicarla.

[54] Por lo tanto, si bien la CRPI debe imponer multas[8], debe hacerlo 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.

[55] 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.

[56] 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".

---

[7] LORCPM, *"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:

(...)

Av. de los Shyris N44-93 y Rio Coca Edificio Ocaña
Telf. (593) 23956 010
www.scpm.gob.ec
Quito-Ecuador

[57] 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 jurídicos; 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."*

[58] 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).

[59] 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.

[60] 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).

[61] 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 **MERCATTISA** con una multa de una remuneración básica

Av. de los Shyris N44-93 y Rio Coca Edificio Ocaña
Telf. (593) 23956 010
www.scpm.gob.ec
Quito-Ecuador

unificada[9], 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 **MERCATTI S.A. MERCATTISA** 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 **MERCATTI S.A. MERCATTISA** 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 Administrativo de la SCPM.

TERCERO. - NOTIFICAR la presente Resolución a la Intendencia General Técnica para que realice las gestiones pertinentes ante la Junta de Regulación de la LORCPM, al operador económico **MERCATTI S.A. MERCATTISA** y 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

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO
Superintendencia de Control del Poder de Mercado
COMISIÓN DE RESOLUCIÓN PRIMERA INSTANCIA

[9] El Acuerdo Ministerial No. MDT-2019-394 de 27 de diciembre de 2019, suscrito por el Ministro de Trabajo, determina que el salario básico unificado a partir del 01 de enero de 2020 es CUATROCIENTOS DÓLARES AMERICANOS (USD 400.00).

Av. de los Shyris N44-93 y Rio Coca Edificio Ocaña
Telf. (593) 23956 010
www.scpm.gob.ec
Quito-Ecuador