



EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-034-2019

**SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.-
COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.-** D.M. Quito, 27 de julio de 2020 a las 12h50.-

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] El acta de sesión extraordinaria del pleno de la Comisión de Resolución de Primera Instancia (en adelante “CRPI”) de 05 de junio de 2020 se designó al abogado Omar Poma Secretario Ad-hoc de la CRPI.
- [4] El Memorando No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-DNICAPR-2019-122 de 05 de diciembre de 2019, en el cual se remite a la CRPI el Informe No. SCPM-IGT- INICAPMAPR-2019-0024, emitido por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (en adelante “INICAPMAPR”).

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

1. AUTORIDAD COMPETENTE

- [5] A la CRPI le compete conocer y resolver el presente caso, de conformidad con lo señalado en artículo 78 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

2. IDENTIFICACIÓN DE LA CLASE DE PROCEDIMIENTO

- [6] El procedimiento es el determinado en artículo 78 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.



3. IDENTIFICACIÓN DE LOS OPERADORES ECONÓMICOS INVOLUCRADOS

- [7] El operador económico involucrado es **COMERCIALIZADORA KATTY ELISABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL, CUPPHARMA S.A.** (en adelante “CUPPHARMA”).

4. DESARROLLO DE LOS ANTECEDENTES

- [8] El Memorando No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-DNICAPR-2019-122 de 05 de diciembre de 2019.
- [9] El Informe No. SCPM-IGT- INICAPMAPR-2019-0024, emitido por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (en adelante “INICAPMAPR”).
- [10] La providencia de 09 de diciembre de 2019 emitida por la CRPI.
- [11] El escrito presentado por el operador económico **CUPPHARMA**, ingresado por medio de Secretaría General de la SCPM el 11 de diciembre de 2019 a las 11h53, en el cual ejerce su derecho a la defensa y presenta sus observaciones respecto del informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2019-0024.
- [12] La providencia de 17 de diciembre de 2019 emitida por la CRPI.
- [13] El escrito presentado por el operador económico **CUPPHARMA**, ingresado por medio de Secretaría General de la SCPM el 20 de diciembre de 2019 a las 16h04.
- [14] La Resolución de 23 de diciembre de 2019 mediante la cual se declara al operador económico **CUPPHARMA** como incumplido.
- [15] Notificación electrónica de 24 de diciembre de 2019 mediante la cual se notifica la Resolución de 23 de diciembre de 2019 al operador económico **CUPPHARMA**.
- [16] El Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2020-003, emitido por la INICAPMAPR.
- [17] La providencia de 04 de enero de 2020 expedida a las 13h00, mediante la cual la CRPI dispuso lo siguiente:

“(…)

SEGUNDO.- NOTIFICAR al operador económico **COMERCIALIZADORA KATTY ELISABETH (sic) TUBAYM CARMEN INÉS CARVAJAL, CUPPHARMA S.A.**, con el Informe de Incumplimiento SCPM.IGT.INICAPMAPR-2020-003 de 03 de enero de 2020, emitido por la

INICAPMAPR, para que en el término de tres (3) días ejerza su derecho a la defensa y presente sus observaciones respecto al informe.”

- [18] La razón de notificación del Secretario Ad hoc de la CRPI donde indica lo siguiente:

“(…) Siento por tal que el día 07 de enero de 2020 se notificó con la providencia que antecede al operador económico CUPPHARMA, junto con el informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2020-003 al correo electrónico a ofplegal@gmail.com, mismo que no fue adjuntado en la notificación anterior por un lapsus calami.

Siento por tal que el día 08 de enero de 2020 se notificó con la providencia que antecede al operador económico CUPPHARMA en el casillero judicial 180 del Palacio de Justicia de Guayaquil, junto con el informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2020-003, mismo que no fue adjuntado en la notificación anterior por un lapsus calami.

(…)”

- [19] La providencia de 08 de enero de 2020 expedida a las 16h00, mediante la cual la CRPI dispuso lo siguiente:

“(…)”

SEGUNDO.- SUSPENDER el cómputo del término fijado para dictar resolución, en razón de haber solicitado informe al SRI de conformidad con el artículo 162 numeral 2 del COA por el término de noventa y dos (92) días.

(…)”

- [20] El Oficio NAC-PLIOGEB20-00000043 de 26 de mayo de 2020, signado bajo id 162385, mediante el cual el Servicio de Rentas Internas (en adelante “SRI”) remitió a la CRPI la información solicitada mediante providencia de 08 de enero de 2020.

- [21] El Acta de Confidencialidad de 26 de mayo de 2020 firmada por el Presidente de la CRPI, mediante la cual se compromete a guardar confidencialidad sobre la información entregada por el SRI.

- [22] La providencia de 20 de julio de 2020 mediante la cual la CRPI levanta la suspensión de términos.

5. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA RESOLUCIÓN

- [23] 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:

(...)

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.

(...)”

[24] El Artículo 85 de la LORCPM sobre multas coercitivas determina:

“Art. 85.- Multas coercitivas.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, independientemente de las multas sancionadoras y sin perjuicio de la adopción de otras medidas de ejecución forzosa previstas en el ordenamiento, podrá imponer, previo requerimiento del cumplimiento a las empresas u operadores económicos, asociaciones, uniones o agrupaciones de éstas, y agentes económicos en general, multas coercitivas de hasta 200 (doscientos) Remuneraciones Básicas Unificadas al día con el fin de obligarlas:

a. A cesar en una conducta prohibida o que hubiere sido sancionada conforme a lo dispuesto en esta Ley.

b. Al cumplimiento de los compromisos o condiciones adoptados en las resoluciones de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, según lo previsto en la presente Ley.

c. Al cumplimiento de lo ordenado en una resolución, requerimiento o acuerdo de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

d. Al cumplimiento del deber de colaboración establecido en el artículo 50.

e. Al cumplimiento de las medidas preventivas y/o correctivas.”

[25] El Artículo 105 del RLORCPM sobre multas coercitivas determina:

“Art. 105.- Multas coercitivas.- En aplicación del artículo 85 de la ley, el órgano de sustanciación y resolución podrá imponer a las empresas u operadores económicos, asociaciones, uniones o agrupaciones de estas, y agentes económicos en general multas coercitivas de hasta 200 (doscientas) Remuneraciones Básicas Unificadas al día, cuando:

- a) Exista una resolución mediante la cual se imponen sanciones.*
- b) Se han dejado de cumplir los compromisos o condiciones establecidas en una resolución de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.*
- c) Se ha dejado de cumplir lo ordenado en resoluciones, requerimientos o acuerdos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.*
- d) Se ha incumplido con la obligación de suministrar la información que requiere la Superintendencia así como prestar la colaboración que esta requiera.*
- e) Se ha dejado de cumplir lo ordenado mediante resolución motivada con respecto a medidas preventivas y/o medidas correctivas.”*

[26] El Artículo 106 del RLORCPM sobre la declaratoria de incumplimiento de medidas coercitivas determina:

“Art. 106.- Declaratoria de incumplimiento.- Previo informe del órgano competente que determine que existe incumplimiento de una obligación contemplada en el artículo precedente, el órgano de sustanciación y resolución emitirá una resolución que declare el incumplimiento y requerirá su cumplimiento en el plazo que determine en su resolución.”

[27] El Artículo 107 del RLORCPM sobre la imposición de multas coercitivas determina:

“Art. 107.- Imposición de multas coercitivas.- Transcurrido el plazo para el cumplimiento de las obligaciones y de no haberse cumplido, el órgano de sustanciación y resolución impondrá la multa coercitiva correspondiente, fijando su cuantía total en función del número de días de retraso en el cumplimiento contados a partir de la fecha de notificación de la resolución de incumplimiento, y concederá un nuevo plazo para el cumplimiento de la obligación.”

[28] El artículo 78 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM establece el procedimiento que ha de seguir la CRPI para la imposición de multas coercitivas.

“Art. 78.- DISPOSICIÓN COMÚN SOBRE MULTAS COERCITIVAS.- Para la imposición de la multa coercitiva se observará el siguiente procedimiento:

1. La CRPI una vez recibido el Informe de incumplimiento emitido por la Intendencia emitirá en el término de un (1) día, la correspondiente providencia, avocando conocimiento, disponiendo la apertura de un expediente independiente; y notificará al Operador Económico con el Informe de Incumplimiento para que en el término de tres (3) días ejerza su derecho a la defensa y presente sus observaciones respecto al informe;

2. Con o sin la contestación y una vez transcurrido el término de tres (3) días, la CRPI de ser el caso y de no encontrar justificativos válidos emitirá la resolución en la que se declare al operador económico como incumplido; se le concederá, bajo apercibimiento, un nuevo plazo para el cumplimiento de las obligaciones, el mismo que deberá ser proporcional al requerimiento; y dispondrá a la Intendencia efectúe el seguimiento y verificación del cumplimiento de la resolución;

3. Una vez vencido el término otorgado al operador la Intendencia en el término de un día (1) verificará si se ha dado cumplimiento a lo dispuesto por la Comisión; y, en el término de un (1) día remitirá el informe correspondiente a la CRPI;

4. Recibido el informe, la CRPI en el término de un (1) día emitirá la correspondiente providencia y notificará al Operador Económico con el Informe de Incumplimiento para que en el término de tres (3) días ejerza su derecho a la defensa y presente sus observaciones respecto al informe;

5. Con o sin la contestación y una vez transcurrido el término de tres (3) días, la CRPI de ser el caso y de no encontrar justificativos válidos emitirá la resolución en la que se declare al operador económico como incumplido del nuevo plazo otorgado y se le impondrá la multa coercitiva que corresponda conforme a la metodología prevista en el artículo 7 este instructivo;

6. Pese a la implementación de la multa, la comisión en la resolución referida en el numeral anterior, requerirá nuevamente al operador económico concediéndole, bajo apercibimiento, un nuevo plazo para que cumpla con la obligación; y, dispondrá a la Intendencia efectúe el seguimiento y verificación del cumplimiento de la resolución, para lo cual se observará el procedimiento establecido en los numerales 3, 4, 5 y 6 de este artículo.



En caso que el operador económico persista en el incumplimiento de la disposición emitida por la CRPI, habrá incurrido en reincidencia conforme lo establecido en el artículo 108 del Reglamento de aplicación a la LORCPM; norma que será aplicada por la CRPI hasta que el operador cumpla con su obligación.”

- [29] 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).

- [30] 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).

6. CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS

6.1. Del Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2019-0024

- [31] El Informe No. SCPM-IGT- INICAPMAPR-2019-0024 determina que el operador económico **CUPPHARMA** ha incumplido lo determinado en el artículo 49 numeral 2, y artículo 50 de la LORCPM y del literal c del artículo 45 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM exponiendo que:

“3.2. Primera no comparecencia a rendir la versión testimonial

Mediante providencia de 19 de noviembre de 2019 a las 08h55, en su ordinal QUINTO, la autoridad amparada en el artículo 49 numeral 2, y artículo 50 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, convocó “al señor SANTIAGO MANUEL BAUTISTA MEDINA, en su calidad de Gerente General, y por tanto representante legal del operador económico COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS



CARVAJAL, CUPPHARMA S.A., a fin de que comparezca conjuntamente con su abogado patrocinador a rendir su versión testimonial el día lunes 25 de noviembre de 2019 a las 15h00, (...)

La providencia que antecede fue notificada el 20 de noviembre de 2019 a las 12h50, al operador económico COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL, CUPPHARMA S.A., (...) conforme consta en los medios de verificación que reposan dentro del expediente administrativo (ID 150188). (...)

Constancia de la no realización de la diligencia de versión testimonial

Mediante razón de no realización de la diligencia dispuesta en el ordinal QUINTO de la providencia de 19 de noviembre de 2019 a las 08h55, suscrita por la Abg. Adriana Tapia, Secretaria de Sustanciación ad-hoc, se deja constancia que el señor SANTIAGO MANUEL BAUTISTA MEDINA, Gerente General del operador económico COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL, CUPPHARMA S.A, no compareció a rendir su versión testimonial, de acuerdo a lo dispuesto por la Autoridad, según consta dentro del presente expediente administrativo (ID 150540).”

“3.3.Segunda no comparecencia de rendir la versión testimonial

*A través de providencia de 27 de noviembre de 2019 a las 09h35, la Autoridad en el ordinal SEXTO literal a, agregó la razón de no realización de la diligencia de versión testimonial, y con base a la misma en el literal b, del mismo ordinal, en estricto cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 45 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado , y amparada en el artículo 49 y 50 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, convocó **por segunda ocasión y bajo prevenciones legales:** “al señor SANTIAGO MANUEL BAUTISTA MEDINA, en su calidad de Gerente General, y por tanto representante legal del operador económico COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL, CUPPHARMA S.A., a fin de que comparezca conjuntamente con su abogado patrocinador a rendir su versión testimonial el día lunes 02 de diciembre de 2019 a las 10h15, (...) “*

La providencia que antecede fue notificada el 27 de noviembre de 2019 a las 17h07, (...) mediante correo electrónico, conforme consta en los medios de verificación que reposan dentro del expediente administrativo (ID 151062).

(...)”

“Constancia de la no realización de la diligencia de versión testimonial



Mediante razón de no realización de la diligencia, dispuesta en el ordinal SEXTO de la providencia de 27 de noviembre de 2019 a las 09h35, (...), se deja constancia que el señor SANTIAGO MANUEL BAUTISTA MEDINA, Gerente General del operador económico COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL, CUPPHARMA S.A., no compareció a rendir su versión testimonial (...)

6.2. De la Resolución emitida por la CRPI que declaró como incumplido al operador económico CUPPHARMA

- [32] El operador económico **CUPPHARMA** mediante escrito de 11 de diciembre de 2019 presentó sus observaciones respecto del informe No. SCPM-IGT- INICAPMAPR-2019-0024 de la siguiente manera:

“Que rechazo e impugno el numeral 6 “conclusiones” y el numeral 7 “Recomendaciones” del informe SCPM-IGTI-INICAPMAPR-2019-0024, toda vez, que lo mencionado en los numerales antes indicados son inconstitucionales, contraviniendo expresamente lo determinado en los literales b) y c) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República.

El accionar de la SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO, al pretender obligar a una persona a rendir testimonio, so pena de una multa, es INCONSTITUCIONAL, y no puede ser aceptado bajo ningún concepto.

Por lo expuesto, solicito no se tome en cuenta el informe SCPM-IGTI-INICAPMAPR-2019-0022, por ser inconstitucional y por ende nulo, al violentar los derechos consagrados en la constitución. Recordando lo determinado en el artículo 226 de la Constitución de la República.”

- [33] El operador económico **CUPPHARMA** sustentó sus observaciones al informe emitido por la INICAPMAPR en lo dispuesto por los literales b) y c) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República, que a saber son:

“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:

(...)

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

1. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

(...)

b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.

c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.

(...)"

[34] La INICAPMAPR determinó que se ha llamado a rendir testimonio por dos ocasiones a su representante legal y este no ha acudido; al respecto el agente económico **CUPPHARMA** fundamentó el presunto incumplimiento manifestando que no ha contado con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa, y no ha sido escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones. La CRPI no encontró relación con la justificación planteada por el operador económico **CUPPHARMA**, en cuanto la infracción se desenvuelve en que el representante no ha acudido a rendir testimonio donde los llamados a dicha diligencia manifiestan la veracidad de los hechos que conoce.

[35] El operador económico **CUPPHARMA** sustentó sus observaciones al informe emitido por la INICAPMAPR por supuestamente vulnerar derechos constitucionales conforme el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador, que a saber son:

“Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.”

[36] Por otro lado el artículo 226 de la Constitución de la República establece que las instituciones del Estado, deben actuar dentro de sus competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. La INICAPMAPR ha realizado los procedimientos establecidos en la LORCPM y en el Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM.

[37] La CRPI consideró que el escrito presentado por el operador económico **CUPPHARMA**, el 11 de diciembre de 2019 no contiene justificativos suficientes para desestimar lo manifestado en el Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2019-0024, toda vez que, no ha presentado documentos que demuestren el no incumplimiento, así como la normativa constitucional invocada no mantiene relación con la contravención a la Ley.

[38] En virtud de lo expuesto la CRPI mediante Resolución de 23 de diciembre de 2019 declaró al operador económico **CUPPHARMA** como incumplido, bajo apercibimiento, un nuevo plazo para el cumplimiento de las obligaciones, el mismo que fue proporcional al requerimiento; y dispuso a la Intendencia efectúe el seguimiento y verificación del cumplimiento, por lo que resolvió:



“SEGUNDO.- DECLARAR operador económico **COMERCIALIZADORA KATTY ELISABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL, CUPPHARMA S.A.** como incumplido por no encontrar justificativos válidos que demuestren el no incumplimiento del artículo 49 numeral 2, y artículo 50 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y del literal c del artículo 45 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM.

TERCERO.- CONCEDER nuevo plazo al señor **SANTIAGO MANUEL BAUTISTA MEDINA**, en su calidad de Gerente General, y por tanto representante legal del operador económico **COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL, CUPPHARMA S.A.**, a fin de que comparezca conjuntamente con su abogado patrocinador a rendir su testimonio el día lunes 26 de diciembre de 2019 a las 15h00 en las instalaciones de la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas en la SCPM.

CUARTO.- DISPONER a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas efectúe el seguimiento y verificación del cumplimiento de la resolución.”

6.3. Consideraciones para declarar como incumplido al operador económico CUPPHARMA

[39] La INICAPMAPR en su informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2020-003 establece que el señor SANTIAGO MANUEL BAUTISTA MEDINA, en su calidad de Gerente General, y por tanto representante legal del operador económico **operador económico CUPPHARMA** no ha comparecido conjuntamente con su abogado patrocinador a rendir su testimonio el día lunes 26 de diciembre de 2019 a las 15h00 en las instalaciones de la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas en la SCPM, de la siguiente manera:

“5. CONCLUSIONES

5.1. *El señor Santiago Andrés Bautista Medina, en su calidad de Gerente General, del operador económico COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A., sin justificación alguna no compareció a rendir su testimonio acorde a lo dispuesto por la autoridad*

5.2. *El señor Santiago Andrés Bautista Medina, en su calidad de Gerente General, del operador económico COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A., no dio cumplimiento a la resolución de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, incumpliendo con ello el literal c del artículo 85 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.*

6. RECOMENDACIONES



*Al amparo de lo previsto en el literal c del artículo 85 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en concordancia con los artículos 105 al 107 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, literal c del artículo 45, y numerales 2 y 3 del artículo 78 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, y siga el trámite correspondiente al operador económico **COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL CUPPHARMA S.A.**, conforme lo señalan los numerales 3 al 5 del artículo 78 *ibídem.*”*

- [40] La providencia de 04 de enero de 2020 expedida a las 13h00, mediante la cual la CRPI dispuso lo siguiente:

“(…)

SEGUNDO.- NOTIFICAR al operador económico **COMERCIALIZADORA KATTY ELIZABETH** (sic) **TUBAYM CARMEN INÉS CARVAJAL, CUPPHARMA S.A.**, con el Informe de Incumplimiento **SCPM.IGT.INICAPMAPR-2020-003** de 03 de enero de 2020, emitido por la **INICAPMAPR**, para que en el término de tres (3) días ejerza su derecho a la defensa y presente sus observaciones respecto al informe.”

- [41] El operador económico CUPHARMA no presentó observaciones respecto al informe dentro del término concedido.
- [42] La CRPI tiene constancia que que el operador económico no cumplió con lo dispuesto en la Resolución de 23 de diciembre de 2020 sin justificación alguna.

6.4. Del importe de la multa

- [43] El Artículo 85 de la LORCPM sobre multas coercitivas determina:

“Art. 85.- Multas coercitivas.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, independientemente de las multas sancionadoras y sin perjuicio de la adopción de otras medidas de ejecución forzosa previstas en el ordenamiento, podrá imponer, previo requerimiento del cumplimiento a las empresas u operadores económicos, asociaciones, uniones o agrupaciones de éstas, y agentes económicos en general, multas coercitivas de hasta 200 (doscientos) Remuneraciones Básicas Unificadas al día con el fin de obligarlas:

- a. *A cesar en una conducta prohibida o que hubiere sido sancionada conforme a lo dispuesto en esta Ley.*
- b. *Al cumplimiento de los compromisos o condiciones adoptados en las resoluciones de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, según lo previsto en la presente Ley.*
- c. *Al cumplimiento de lo ordenado en una resolución, requerimiento o acuerdo de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.*
- d. *Al cumplimiento del deber de colaboración establecido en el artículo 50.*
- e. *Al cumplimiento de las medidas preventivas y/o correctivas.*

[44] El Artículo 105 del RLORCPM sobre multas coercitivas determina:

“Art. 105.- Multas coercitivas.- En aplicación del artículo 85 de la ley, el órgano de sustanciación y resolución podrá imponer a las empresas u operadores económicos, asociaciones, uniones o agrupaciones de estas, y agentes económicos en general multas coercitivas de hasta 200 (doscientas) Remuneraciones Básicas Unificadas al día, cuando:

- a) *Exista una resolución mediante la cual se imponen sanciones.*
- b) *Se han dejado de cumplir los compromisos o condiciones establecidas en una resolución de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.*
- c) *Se ha dejado de cumplir lo ordenado en resoluciones, requerimientos o acuerdos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.*
- d) *Se ha incumplido con la obligación de suministrar la información que requiere la Superintendencia así como prestar la colaboración que esta requiera.*
- e) *Se ha dejado de cumplir lo ordenado mediante resolución motivada con respecto a medidas preventivas y/o medidas correctivas.”*

[45] El numeral 5 del artículo 78 del IGPA indica la existencia de una metodología para imponer las multas coercitivas, a saber:

“ART. 78.- DISPOSICIÓN COMÚN SOBRE MULTAS COERCITIVAS.- Para la imposición de la multa coercitiva se observará el siguiente procedimiento:

(...)



6. *Con o sin la contestación y una vez transcurrido el término de tres (3) días, la CRPI de ser el caso y de no encontrar justificativos válidos emitirá la resolución en la que se declare al operador económico como incumplido del nuevo plazo otorgado y **se le impondrá la multa coercitiva que corresponda conforme a la metodología prevista en el artículo 7 este instructivo;***

(...)" Negrita y subrayado por fuera del texto.

[46] Una vez consultado el artículo 7 del IGPA, la CRPI encuentra que dicha norma regula la acumulación de expedientes pero no la metodología para imponer multas coercitivas.

[47] En virtud del literal K) del artículo 42 del RLORCPM, la Junta de Regulación es el único órgano que tiene la facultad de establecer la metodología para el cálculo del importe de multas, así:

“Art. 42.- Atribuciones de la Junta de Regulación.- La Junta de Regulación, aquí en adelante la Junta, tendrá las siguientes facultades:

k) Establecer la metodología para el cálculo del importe de multas y aplicación de los compromisos de cese;”

[48] En consecuencia, y atendiendo a que la Junta de Regulación de la LORCPM aún no ha establecido la metodología para el cálculo de la multas coercitivas, 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).

[49] Aún cuando el artículo 85 de la LORCPM establece multas coercitivas de hasta 200 (doscientos) Remuneraciones Básicas Unificadas al día, no existe la metodología para determinar con claridad y proporcionalidad la sanción.

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

“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”

[51] 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 metodología¹, y como se mostró obligan a la SCPM a aplicarla.

[52] Por lo tanto, si bien la CRPI debe imponer multas², 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.

¹ 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:

(...)



- [53] La CRPI llama la 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 multas coercitivas.
- [54] 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”.

- [55] 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.”

- [56] 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).*

- [57] 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.
- [58] 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).

- [59] 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 unificada³, que corresponde a cuatrocientos dólares de Estados Unidos de América (\$ USD 400) por cada día de incumplimiento desde la notificación de la resolución de incumplimiento de 23 de diciembre de 2019 conforme el artículo 107 del RLORCPM que establece:

*“Art. 107.- Imposición de multas coercitivas.- Transcurrido el plazo para el cumplimiento de las obligaciones y de no haberse cumplido, el órgano de sustanciación y resolución impondrá la multa coercitiva correspondiente, **fijando su cuantía total en función del número de días de retraso en el cumplimiento contados a partir de la fecha de notificación de la resolución de incumplimiento**, y concederá un nuevo plazo para el cumplimiento de la obligación.”* (las negritas y el subrayado por fuera del texto)

- [60] En virtud de lo expuesto el punto de partida es la notificación electrónica de 24 de diciembre de 2019, mediante la cual se notifica la Resolución de 23 de diciembre de 2019 al operador económico **CUPPHARMA**.
- [61] Considerando la providencia de 08 de enero de 2020 expedida a las 16h00, mediante la cual la CRPI dispuso suspender el cómputo del término fijado para dictar resolución.
- [62] Considerando la providencia de 20 de julio de 2020 mediante la cual la CRPI levanta la suspensión de términos.
- [63] Han transcurrido 20 días de incumplimiento por lo que la multa coercitiva es de OCHO MIL 00/100 dólares de los Estados Unidos de América (\$ 8.000,00 USD).
- [64] En mérito de lo expuesto la Comisión de Resolución de Primera Instancia

RESUELVE

³ 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).



PRIMERO.- DECLARAR operador económico **COMERCIALIZADORA KATTY ELISABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL, CUPPHARMA S.A.** como incumplido por no encontrar justificativos válidos que demuestren el no incumplimiento del artículo 49 numeral 2, y artículo 50 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y del literal c del artículo 45 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM.

SEGUNDO.- SANCIONAR al operador económico **COMERCIALIZADORA KATTY ELISABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL, CUPPHARMA S.A.**, con una multa coercitiva de **OCHO MIL DÓLARES DE ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD \$ 8.000,00)**, los cuales deberán ser pagados en el término de treinta (30) días.

TERCERO.- CONCEDER, nuevo plazo al señor **SANTIAGO MANUEL BAUTISTA MEDINA**, en su calidad de Gerente General, y por tanto representante legal del operador económico **COMERCIALIZADORA KATTY ELISABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL, CUPPHARMA S.A.**, a fin de que comparezca conjuntamente con su abogado patrocinador a rendir su testimonio por vía telemática el día 31 de julio de 2020 a las 15h00 con la INICAPMAPR.

CUARTO.- DISPONER a la INICAPMAPR que coordine las acciones necesarias para receptor testimonio por vía telemática el día 31 de julio de 2020 a las 15h00 con el operador económico **COMERCIALIZADORA KATTY ELISABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL, CUPPHARMA S.A.**

QUINTO.- DISPONER a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas efectúe el seguimiento y verificación del cumplimiento de la resolución.

SEXTO.- NOTIFÍQUESE con la presente Resolución operador económico, **COMERCIALIZADORA KATTY ELISABETH TUBAY, CARMEN INÉS CARVAJAL, CUPPHARMA S.A.**, y a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas y a la Dirección Nacional Financiera de la SCPM.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-

Mgs. José Cartagena Pozo
COMISIONADO

Mgs. Jaime Lara Izurieta
COMISIONADO

Mgs. Marcelo Vargas Mendoza
PRESIDENTE