

EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-055-2017

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- Quito D.M., 01 de diciembre de 2017, a las 11h50.-**VISTOS:** El Superintendente de Control del Poder de Mercado designó al doctor Marcelo Ortega Rodríguez, Presidente de la Comisión; al doctor Agapito Valdez Quiñonez, Comisionado; y, al doctor Diego Xavier Jiménez Borja, Comisionado según los actos administrativos respectivos, quienes en uso de atribuciones legales ordenan agregar al expediente el informe No.SCPM-IIAPMAPR-DNIAPM-50-2017 de 27 de octubre de 2017, remitido a través del sistema SIGDO, constante en veinte (20) páginas. Por corresponder al estado procesal del presente procedimiento administrativo el de resolver, para hacerlo se considera:

PRIMERO.- COMPETENCIA.- La Comisión de Resolución de Primera Instancia, de conformidad con lo determinado en el último inciso del artículo 36 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante LORCPM), en concordancia con los artículos 38 numeral 2, 79 penúltimo inciso de la LORCPM, 70 y siguientes de su Reglamento de Aplicación y 56 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado expedido mediante resolución No.SCPM- DS-012-2017, publicado en la Edición Especial No. 998 del Registro Oficial con fecha 07 de abril de 2017, es competente para sustanciar y resolver en primera instancia el procedimiento administrativo sancionador por no entrega de información a los órganos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado por parte de personas naturales o jurídicas, privadas o públicas.

SEGUNDO.- CONSIDERACIONES SOBRE EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.- En cuanto a la validez en la sustanciación procesal del presente procedimiento administrativo de sanción por falta de entrega de información, se observan los siguientes elementos:

2.1.- ANTECEDENTES DE HECHO.-

2.1.1.- Investigación Preliminar.-

Mediante resolución de 28 de julio de 2015, a las 12h00, la Intendencia de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas decidió "(...)PRIMERO: *Iniciar una investigación preliminar de oficio, por presuntas conductas susceptibles de infracción contenidas en los numerales 6, 7 y 9 del artículo 9 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, que guarda relación con el mercado relevante inherente a la distribución al por mayor de CARBAMAZEPINA, cuyo informe no podrá ser expedido en más de 180 días término de conformidad con el artículo 55 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado.- SEGUNDO: La presente investigación preliminar de oficio no limita a esta Autoridad la posibilidad de determinar la existencia de posibles conductas que a más de las expresas en la presente resolución, podrían ser objeto de investigación y sanción; así como establecer presuntos operadores económicos responsables en el ámbito de competencia de esta Autoridad.-*



TERCERO: Se califica de carácter reservado el presente procedimiento administrativo, de conformidad al último inciso del artículo 56 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, excepto para las partes directamente involucradas, en concordancia con el artículo 3 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado (...)”

2.1.2.- Informe de Resultados de la Investigación Preliminar.-

Según Informe Nro. SCPM-DNIAPM-026-2016 de fecha 12 de abril de 2016 consta los resultados de la investigación preliminar dentro del expediente No. SCPM- IAPMAPR-EXP-013-2015, y con providencia de 13 de abril de 2016 a las 16h45, la Intendencia de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, corre traslado al operador económico **DISTRIBUIDORA FARMACÉUTICA ECUATORIANA DIFARE S.A.** (en adelante DIFARE S.A.), con el contenido del Informe y sus respectivos anexos, operador económico que presenta sus explicaciones con escrito presentado en la Secretaría General de la SCPM, el 11 de mayo de 2016 a las 13h39.

2.1.3.- Etapa de Investigación Formal.-

Conforme a la resolución de 19 de mayo de 2016 a las 17h00, la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, decidió: “(...)” *“Iniciar la investigación formal del expediente No. **SCPM-IAPMAPR-EXP-014-2015**, por cuanto presume la existencia [sic] abuso de poder de mercado de acuerdo a lo dispuesto en los numerales 6, 7 y 9 del artículo 9 de la LORCPM, por parte del operador económico **DISTRIBUIDORA FARMACÉUTICA ECUATORIANA DIFARE S.A.**, a fin de determinar al amparo de las facultades investigadas otorgadas por la norma antes citada, la existencia o no de dichas infracciones; y, de las posibles conductas que son o podrían ser objeto de la investigación dentro del ámbito de las competencias de esta autoridad (...)”*.

2.1.4.- Informe de Resultados de la Etapa de Investigación Formal.-

De acuerdo con la Intendencia de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas “(...) *Mediante Informe SCPM-DNIAPM-014-2017 de 21 de junio de 2017, el Director Nacional de Investigación de Abuso de Poder de Mercado presenta el Informe de Resultados del expediente No. SCPM-IAPMAPR-EXP-2013-023, en el que concluye y recomienda: CONCLUSIONES 1. El mercado relevante definido para la presente investigación se refiere a la distribución de medicamentos que contengan el principio activo Carbamazepina, (en base a su código ATC) por parte de los distribuidores hacia las farmacias minoristas en el territorio ecuatoriano desde el 30 de octubre de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2015. 2. Dada la información constante en el presente expediente de investigación, se observa que al existir altas barreras de entrada, que el mercado es concentrado y que DIFARE posee la mayor cuota de mercado, que a la vez supera el 40% durante los últimos 5 años consecutivos, se puede entender que el operador económico DIFARE ostentaría poder de mercado en el mercado relevante arriba definido. 3. Por cuanto del análisis a la información provista en Cuestionario A8, los datos del volumen de productos solicitados y despachados por parte de DIFARE a sus clientes guardan consistencia,*

DIFARE no podría estar implementando una negativa de satisfacer demandas de compra realizadas por farmacias minoristas. 4. Frente al análisis contractual y económico realizado en el presente informe, se concluye que el operador económico DIFARE, vendería el mismo producto a un distinto precio a las farmacias independientes/comunitarias, propias y a sus franquiciadas. Si bien esta conducta estaría justificada para el caso de las farmacias propias, dado que las mismas son parte de DIFARE, no se encuentra justificación alguna para diferenciar entre farmacias franquiciadas e independientes; dado que, el costo de la franquicia e imagen ya los cobra DIFARE en el margen de ganancia que tienen que rendir las franquicias por venta o de forma directa a la farmacia. Adicionalmente, y dada la forma en cómo se configuran las condiciones comerciales de DIFARE para sus clientes, no se encuentra justificación en lo que respecta a la magnitud de diferencia de los precios de distribución por tipo de farmacia, por cuanto al ser una prestación equivalente misma magnitud debería ser reducida, empero de ello, del análisis a la información provista en cuestionario A8 se observa que la magnitud de diferencia en los precios es volátil y en algunos casos elevada. Esto permite aseverar que el operador económico DIFARE incurrió en conductas materia de infracción al numeral 7 del artículo 9 de la LORCPM. 5. En lo que respecta al numeral 6 del artículo 9 de la LORCPM, la conducta se llevaría a cabo por cuanto DIFARE como empresa dominante del mercado de distribución farmacéutica, e integrada verticalmente a través de su cadena de farmacias propias, realiza un pinzamiento de márgenes a las farmacias franquiciadas e independientes, a través de la discriminación de precios injustificada, de un bien o servicio esencial en el presente mercado como es la distribución de fármacos, lo que deviene en efectos anticompetitivos en el mercado de farmacias en general. RECOMENDACIONES En base a lo analizado dentro del presente informe, se recomienda: 1. Correr traslado al operador económico DIFARE con el contenido del presente informe y sus respectivos anexos, de conformidad con lo señalado en la LORCPM y su respectivo Reglamento para la Aplicación, por la existencia de presunciones de haber incurrido en infracciones a los numerales 6, 7 y del artículo 9 de la LORCPM, a fin de que dicho operador económico presente sus explicaciones (...)

2.1.5.- Sobre el Recurso de Reposición.-

De acuerdo con el escrito presentado el 20 de junio de 2016, a las 12h50, en la Secretaría General de la SCPM, el operador económico **DIFARE S.A.**, interpone el presenta un recurso de reposición a ser tramitado con sujeción a las disposiciones de la LORCPM, art 65 y 66, debiendo ser resuelto en un plazo máximo de 60 días calendario, el cual es inadmitido con providencia de 01 de julio de 2016, a las 10h25.

2.1.6.- Formulación de Cargos.

Sobre la formulación de cargos la Intendencia de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, se pronuncia así “(...) Mediante Informe Nro. SCPM-DNIAPM-014-2017 de fecha 21 de febrero de 2017 consta el Informe de resultados de investigación formal dentro del expediente No. SCPM- IIAPMAPR-EXP-013-2015. Mediante escrito de 21 de febrero de 2017 consta formulación de cargos (...)”. “(...) Mediante providencia de 22 de febrero de 2017 a las 17h00, se dispone, una vez agregado al expediente el Informe SCPM-



DNIAPM-014-2017 y formulación de cargos de 21 de febrero de 2017, correr traslado al operador económico DISTRIBUIDORA FARMACEÚTICA ECUATORIANA DIFARE S.A. (en adelante DIFARE) con el contenido del Informe y sus respectivos anexos, de conformidad con lo señalado en la LORCPM y su respectivo Reglamento, a fin de que el operador deduzca sus excepciones (...)”.

2.1.7.- Excepciones.-

Mediante escrito recibido en la Secretaría General de la SCPM el 16 de marzo de 2017, a las 16h12, el operador económico **DIFARE S.A.**, deduce sus excepciones a los resultados de la investigación formal contenidos en el informe Nro. SCPM-DNIAPM- 014-2017 y en la formulación de cargos de 21 de febrero de 2017 y lo hace en los siguientes términos:

“II. Respetto de la errónea determinación del mercado relevante y sus sustitutos

2.1 Impugnación del análisis económico utilizado por la intendencia para la sustituibilidad de los principios activos Carbamazepina y Oxcarbazepina.-

“[...] el mercado farmacéutico en el Ecuador se maneja de una forma distinta, debido a la fijación de precios techos por parte del Consejo Nacional de Fijación de Precios.”

“[...] los criterios que debían ser tomados en cuenta para la fijación de precios de los medicamentos y para la determinación del mercado relevante, están en relación con el principio activo, la concentración, la forma farmacéutica y la presentación. Sin embargo, de todos estos criterios, el único que aplicó la Dirección Nacional en su estudio de correlación de precios fue el del principio activo y en los precios van a ir aumentando conforme el nivel de concentración aumentan. En el caso de la Carbamazepina y la Oxcarbazepina, el nivel de concentración que se comercializa es diferente, debido a que este es de 200mg y 400mg para la Carbamazepina, y de 300mg y 600mg para la Oxcarbazepina.”

“Con respecto a la marca del principio activo, los costes de desarrollo de los medicamentos genéricos son más baratos debido a que ya no tienen que desarrollar una nueva molécula y no tienen que hacer ensayos clínicos, sino solo demostrar su bio-equivalencia. Por consiguiente, el precio de los medicamentos genéricos siempre van a ser menores la sustitución está determinada por las ventajas terapéuticas que tiene cada principio activo, y no por el precio.”

2.2 Criterios doctrinarios y jurisprudenciales recomendados para la sustitución de los principios activos en los medicamentos.-

“la Oxcarbazepina cumple con la misma idoneidad terapéutica y eficacia que la Carbamazepina; consecuentemente son principios activos perfectamente sustituibles desde el lado de la oferta y la demanda, conforme lo hemos demostrado con los resultados de los estudios clínicos que agregamos. Tomando en cuenta la sustituibilidad de los principios activos mencionados, el mercado relevante debió considerar a ambos principios para su análisis.. Conforme se analizará

posteriormente, el error en la determinación del mercado relevante genera además un yerro en el cálculo de la cuota de mercado o participación que la Intendencia asignó a DIFARE.”

III. Respecto a la concentración del mercado y la cuota de mercado de DIFARE.

3.1. Error en el cálculo de la cuota de participación asignada a DIFARE en el Mercado Relevante

“[...] conforme se fue recabando información por parte de este órgano investigativo, se fueron descartando varios operadores económicos en virtud de que los mismos afirmaron no comercializan o distribuyen a farmacias minoristas, puesto que a criterio de la Dirección Nacional de Investigación de los operadores que sí comercializan o distribuyen a farmacias minoristas "depende la distribución de los medicamentos en el territorio ecuatoriano”.

“Dicha aseveración es totalmente equívoca por las siguientes razones:

1) La distribución de medicamentos en el territorio ecuatoriano depende del suministro que proviene de los laboratorios y casas de representación para con los distribuidores, ergo, sin procesos de producción o de importación, no sería posible la distribución de medicamentos; por tanto, depende de los primeros la existencia de la distribución y comercialización de medicamentos en el territorio ecuatoriano. Adicionalmente y como ya se explicó en reiteradas oportunidades, es fundamental entender que tanto la oferta como la demanda son ajenas a la voluntad del distribuidor, en este caso **DIFARE**, toda vez que **DIFARE** es tan solo un intermediario en la cadena de valor del sector farmacéutico, que acerca el segmento de la producción y el de la importación, con el de la comercialización de medicinas. Tenemos entonces por un lado, a los laboratorios y a las casas de representación como los encargados del suministro de medicinas para su distribución en el mercado y como tal, quienes controlan la oferta de sus líneas de productos; y por otro lado, los pacientes de forma directa o a través de los médicos, quienes demandan las medicinas, por lo que las distribuidoras únicamente responden a estas necesidades y suministran los medicamentos requeridos acorde a las manifestaciones de la demanda. Esta situación fue corroborada en la reunión de trabajo del 10 de febrero de 2017, a las 09h07, en la que compareció el Doctor Edison Yépez Quiroz, Cirujano Oftalmólogo y profesor de la Facultad de Ciencias Médicas de la universidad Central del Ecuador

2) Para recabar de forma correcta las cuotas de mercado, la autoridad investigadora tenía la obligación de considerar a los competidores potenciales de los operadores económicos que actuamos exclusivamente en el segmento de la distribución y no únicamente a los competidores reales, como efectivamente lo hizo de manera errónea en el Informe No. SCPM-DNIAPM- 14-2017, respecto de lo cual, nos referimos seguidamente.”



3.2 Inclusión de la oferta generada por competidores potenciales de DIFARE para el cálculo del HHI y la consiguiente cuota de participación de DIFARE.-

“debió haberse solicitado información de ventas a todos los operadores económicos que están en capacidad de comercializar el principio activo Carbamazepina porque son los potenciales competidores de DIFARE y del resto de operadores económicos que se encuentran en el segmento de la distribución, con sujeción a la definición que la doctrina y las regulaciones de la Junta de Regulación establecen para el concepto de “potenciales competidores”.

“no consideró para el cálculo del HHI y las cuotas de mercado, a grandes laboratorios como Novartis Pharma, Sanofi, Genfar y Prophar S.A., mismos que sin lugar a dudas constituyen competidores potenciales de DIFARE y del resto de distribuidores, considerando que cuentan con el insumo esencial para operar en el segmento de la distribución, es decir con el principio activo de la Carbamazepina, y que por diferentes razones, han tomado la decisión de no comercializar este principio a farmacias independientes al por menor, sino entregarlo para que sean terceros quienes lo comercialicen.”

“resulta necesario que se proceda con la inclusión de las ventas de los laboratorios que proveen del principio activo Carbamazepina al mercado ecuatoriano, para contar con valores reales sobre la totalidad de oferta que existe respecto de este principio activo en el mercado ecuatoriano, desde lo que sería el lado de la sustituibilidad de la oferta y que posteriormente se transfieren al mercado de la distribución en donde actúa DIFARE y el resto de distribuidores.

-En este sentido- no se consideró para el efecto a los laboratorios que estarían en condiciones de comercializar y distribuir el principio activo Carbamazepina, siendo indistinto que no lo hagan directamente y que hayan preferido, conforme se ha expuesto, para su comercialización y distribución, a intermediarios, conforme queda demostrado.”

“debería considerar como sustituto de la Carbamazepina, al menos al principio activo Oxcarbazepina (téngase en cuenta que al comienzo habíamos sugerido un total de 14 principios activos sustitutos), en función de sus características cualitativas y ventajas clínico-terapéuticas demostrada.”

3.3 El correcto análisis de las cuotas en el Mercado Relevante conformado por la Carbamazepina y la Oxcarbazepina.

“Del 2011 al 2015, la participación de DIFARE disminuyó 5,9 puntos porcentuales es correcto afirmar que el descuento o bonificación no depende del tipo de farmacia como la afirma la Intendencia de manera errónea, sino en razón del volumen de compra que efectúa cada farmacia. En consecuencia, las diferencias que eventualmente, se podrían identificar en los precios de los medicamentos, obedecen a los volúmenes de venta,

mas no al tipo de farmacia, siendo indistinto se traten de farmacias independientes o franquiciadas.”

“los descuentos y bonificaciones los pueden aplicar todos los ofertantes dentro del sector, lo cual significa que no existen conductas únicas, que pueden ser realizadas por un solo operador y dirigidas a tipos de farmacias en particular, sino que son aplicadas como estrategias de ventas que nacen desde los laboratorios y casas de representación.”

IV. *DIFARE no incurre en las conductas sobre las cuales se le ha formulado cargos en la presente investigación mi representada no ha incurrido en las conductas tipificadas en los números 6 y 7 del artículo 9 de la LORCPM*

“DIFARE no incurrió en la conducta tipificada en el numeral 6 del artículo 9 de la LORCPM la Intendencia, misma que asimila descuentos diferenciados por cliente como una forma de discriminación injustificada de precios, sustentada en el supuesto poder de mercado de DIFARE. No obstante, dicha discriminación debe ser injustificada para así constituirse en una práctica anticompetitiva, lo cual supone analizar si dicha discriminación se efectúa entre bienes homogéneos.”

“Como ha sido indicado por DIFARE en diversas ocasiones anteriores a la Intendencia, la relación existente con sus farmacias propias y franquiciadas genera una serie de inversiones y gastos adicionales, que aquellos existentes en la cadena de comercialización con farmacias independientes. Por mencionar algunas: manejo de marca, gestión de almacenamiento y bodegaje de productos, capacitación a empleados, publicidad, seguros, entre otros. Lo anterior motiva a que cualquier producto que se comercialice a farmacias propias o franquiciadas presente un costo de producción diferente al observado en retailers independientes.”

“Al no cumplirse este criterio (homogeneidad desde la perspectiva de la oferta), mal haría esta autoridad en afirmar que los bienes que vende DIFARE a las distintas farmacias son homogéneos; y al no darse esta situación, no se podría hablar de ningún tipo de discriminación de precios una política de descuento por parte de DIFARE para con las farmacias independientes, sin importar cuál sea, genera un mejor entorno competitivo en el mercado. Por lo expuesto, se haría irrelevante su comparación con las políticas de descuento utilizadas en farmacias franquiciadas desde una perspectiva económica.”

4.2 DIFARE no incurrió en la conducta tipificada en el número 7 del artículo 9 de la LORCPM

“el Informe económico referido que se adjunta a la presente, realiza un análisis respecto a la conducta supuestamente infringida, y concluye que los requisitos para que un operador económico incurra en la práctica anticompetitiva tipificada en el número 7 del artículo 9 de la LORCPM, son esencialmente los mismos que los



establecidos para que el operador económico incurra en la conducta tipificada en el número 6 del mismo artículo.”

“En este sentido manifiesta que:

Debido a que el precio es simplemente un elemento más de las condiciones comerciales existentes entre oferentes y demandantes, los requisitos para calificar a una práctica como anticompetitiva bajo el numeral 7 del Art. 9 son los mismos que se necesitan para que estas prácticas sean declaradas anticompetitivas bajo el numeral 6 del mismo artículo

De lo anterior se puede concluir que dos situaciones pueden ser catalogadas como diferentes si los costos en los que incurre un operador dominante para atender a un cliente son diferentes de los costos de atender a otro. [...]”

“Tratar a situaciones diferentes como iguales: Como se mencionó anteriormente, la esencia del trato discriminatorio recae en dos tasas de retornos diferentes. Es así que situaciones diferentes, en los términos mencionados en el párrafo anterior, que arrojen la misma tasa de retorno pueden ser objeto de prácticas anticompetitivas.”

“Generación de una desventaja competitiva: Hasta ahora se ha hablado de cómo identificar la existencia de una práctica discriminatoria, sea está basada en precios o no. El siguiente paso es determinar si la discriminación, de haberla, tiene un efecto abusivo en el mercado. Para lograr esto, es necesario determinar si el operador que paga el precio más alto o enfrenta condiciones desfavorables en la relación comercial con el dominante, sufre de una desventaja tangible al competir en el mercado aguas abajo con el resto de operadores económicos.

En este punto es importante notar que la magnitud de la desventaja competitiva generada por la práctica discriminatoria debe ser significativa.

En contexto, esto quiere decir que como fruto de la mencionada práctica, el operador menos favorecido se vería amenazado de salir del mercado como fruto de esta práctica.

En casos recientes, la Comisión de la Unión Europea ha demostrado que muchas de las prácticas donde existieron discriminación de precios no presentaron amenazas significativas en el mercado aguas abajo, al no afectar a la competencia efectiva.”

“No existencia de una justificación: Tal como señala la LORCPM, los numerales 6 y 7 del Artículo 6 son considerados como prácticas anticompetitivas si no son debidamente justificadas. El derecho de la competencia, a partir del caso United Brands, ha reconocido que un operador dominante tiene la capacidad de asignar diferentes precios a diferentes consumidores, siempre y cuando la diferenciación esté justificada en factores verificables, como costos de transporte y logística, impuestos, adaptaciones especiales y la intensidad de la competencia.

Es así que un elemento indispensable para demostrar la existencia de prácticas discriminatorias es demostrar que no existe justificación objetiva y válida para la mencionada práctica.

Al no cumplirse este criterio (homogeneidad desde la perspectiva de la oferta), se haría mal en afirmar que los bienes que vende DIFARE a las distintas farmacias son homogéneos; y al no darse esta situación, no se podría hablar de ningún tipo de discriminación de precios. Lo expuesto, quitaría todo sustento a la premisa planteada por la SCPM.

Considerando que es necesario que la equivalencia se demuestre tanto por parte de la oferta cuanto por parte de la demanda, y que en el presente caso no se cumple con dicho requisito, la conducta de DIFARE es atípica, por lo que no podría ser sancionada puesto que su conducta no se encuentra tipificada en la ley como una infracción. Consecuentemente se debería archivar el proceso.

Sin perjuicio de lo mencionado, en la hipótesis jurídica no admitida de que se considere que las prestaciones son equivalentes, se procede a analizar el segundo requisito de la conducta, es decir si la conducta de DIFARE ha generado una situación de desventaja de unos operadores frente a otros. Al respecto se debe puntualizar que, desde el punto de vista económico, las condiciones de venta son casi idénticas, es decir que no existe una mayor diferencia en las condiciones establecidas para los distintos tipos de farmacias lo que mal podría la actuación de mi representada generar condiciones desfavorables a terceros, considerando que las alteraciones en las condiciones son mínimas, por lo que no podrían generar un impacto negativo que coloque a un operador en una situación de desventaja. En este sentido el Informe económico citado establece que:

Si bien existen ciertas diferencias en los precios, vale destacar en primer lugar que no se presentan incrementos significativos en el largo plazo para las farmacias independientes. De hecho, las variaciones en precio tanto para independientes como para franquiciadas, son similares en el período de estudio.

En segundo lugar, estadísticamente los precios observados son iguales en todas las formas farmacéuticas de la Carbamazepina. En el cuadro siguiente se muestran los intervalos de confianza al 95% para los precios promedio observados en todos los casos. Resulta claro que estos intervalos tienen rangos en común por lo que no se puede descartar estadísticamente la hipótesis de precios iguales para los dos tipos de establecimientos.”

“De esta manera, podemos concluir que las variaciones son tan mínimas en el largo plazo, que DIFARE no se encuentra fácticamente en la posibilidad de colocar a un operador económico en una situación de desventaja frente a otros. En todo caso se podría evidenciar una situación de desventaja de unas farmacias frente a otras, no se debe a DIFARE, sino al manejo independiente de los negocios y al mercado en general. En este sentido, el Informe económico concluye:



En otras palabras, resulta consecuente el hecho de que las farmacias independientes se posicionan en una situación desfavorable frente a sus competidores, no por las conductas que ejerce su proveedor (DIFARE), sino por su misma estructura en la cadena de comercialización farmacéutica. Resultaría entonces inadecuado plantear proposiciones tales como:

*Que se debe defender a las farmacias independientes a fin de garantizar la competencia efectiva en el mercado farmacéutico. Se ha demostrado fehacientemente que hay una mayor competencia con farmacias propias y franquiciadas, alcanzando niveles de bienestar mayores; con farmacias independientes se genera un problema de doble marginalización en detrimento de consumidores y productores. Vale citar lo que indica Motta (2004) en su libro *Competition Policy: Theory and Practice*, donde se establece que "las políticas de competencia debería tratarse de la defensa de la competencia y no de la defensa de competidores que son ineficientes". Que las prácticas de DIFARE en el mercado han puesto en una situación desfavorable a sus clientes. Es más, en las siguientes secciones se muestra que dichas prácticas son beneficiosas para el bienestar general.*

De esta manera, podemos concluir que DIFARE no ha puesto a competidores en situaciones de desventaja. Consecuentemente, no se cumple con uno de los requisitos esenciales del número 7 del artículo 9 de la LORC, por lo que no existe fundamento alguno para considerar que DIFARE ha realizado actos contrarios a la competencia."

V. Respetto a la Nulidad Absoluta del Informe No. SCPM-DNIAPM-014-2017 y consecuente Nulidad de la Formulación de Cargos

"[...] una vez cotejados ambos extractos, podemos constatar que la información que efectivamente consta en el extracto no confidencial citado por la Dirección Nacional de Investigación, y que constituye información pública, no tiene correspondencia con la información sobre la política comercial que se reproduce en su Informe. Lo anterior, nos permite concluir que la Dirección Nacional de Investigación no reprodujo en su informe la información pública del extracto no confidencial presentado por DIFARE en el expediente No. SCPM- IIA PMAPR-EXP-2013-027, en su oportunidad archivado por esa autoridad de investigación y que corresponde a las fojas 706 a la 711 que se nos notificó se habían agregado a este caso de investigación y utilizado para reproducir información sobre la política comercial expuesta en su oportunidad por mi representada. Por tanto, desconocemos el origen o fuente de la información que se encuentra expuesta por la Dirección Nacional de Investigación en el referido informe, sobre todo porque se trata de información que para DIFARE tiene el carácter de comercial confidencial y respecto de la cual, no hemos conferido autorización para su publicación, como corresponde hacerlo en estos casos."

"[...] mal haría la Intendencia en aceptar un Informe cuya información se fundamenta en datos que no constan en los documentos empleados para su elaboración, puesto que la información que aparece detallada por la Dirección Nacional de Investigación, respecto a los "supuestos" márgenes de distribución que DIFARE utilizaría para sus

farmacias franquiciadas, Comunitarias e independientes, NUNCA fueron aportados por mi representada dentro de este procedimiento administrativo ni tampoco constan en el extracto no confidencial agregado del expediente administrativo No. SCPMIAPMAPR-EXP-2013-027 en su oportunidad archivado por esa misma autoridad de investigación. Lo anterior, como es lógico, supone una extralimitación de las facultades legales conferidas a la SCPM y al mismo tiempo, una afectación a los derechos constitucionales garantizados a mi representada respecto de información comercial confidencial que me pertenece de manera exclusiva.”

“En el caso de DIFARE, la Dirección Nacional de Investigación debió únicamente ceñirse a la información pública anexada a este procedimiento administrativo a fojas 706 a 711 del proceso.

Por tanto, la utilización de información declarada como confidencial a petición de DIFARE y ratificada a propósito de la sustanciación del expediente No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-027, configura una vulneración flagrante a l debido proceso consagrado en el artículo 76 de la misma Constitución, materializado en las garantías básicas contenidas en los numerales 1, 4, y 7 del literal d), que fueron transgredidas en la emisión del Informe No. SCPMDNIAPM- 14-2017, como consecuencia de la violación del derecho de reserva y confidencialidad.

Por otra parte, la LORCPM claramente establece en su artículo 47 la obligación de parte de los funcionarios de esa entidad, de guardar la reserva y confidencialidad de la información que posee esta calidad, más aún cuando esta ha sido expresamente dispuesta por la propia Intendencia, como ocurrió en el caso que nos ocupa.”

2.1.8.- Término de Prueba.-

Mediante providencia de 21 de marzo de 2017 a las 08h30, la Intendencia de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, dispuso la apertura del término de prueba por el período de sesenta (60) días, y posteriormente con decreto procesal administrativo de 16 de junio de 2017, a las 17h00, se ordena la prórroga del término probatorio por treinta días adicionales, el cual concluyó el 28 de julio de 2017.

3.1.9.- Audiencia Pública.-

*Con sujeción a lo previsto en el inciso segundo del artículo 71 del Reglamento de Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, el día lunes 23 de octubre de 2017, a las 15h00, se realizó la audiencia pública, en donde se escuchó la exposición verbal de los intervinientes en el presente procedimiento administrativo, por parte de la Intendencia de Abuso de Poder de Mercado, a través del doctor Marcelo Blanco, en su condición de Director Nacional de Abuso de Poder de Mercado, abogada Liliana Márquez y economista Michelle Jiménez, por el operador económico **DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA DIFARE S.A.** la abogada Antonella Fernanda Cordero Porras y doctor Andrés Esteban Cordero Torres”*



2.2.- ACTUACIONES PROCESALES DE LA COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.-

2.2.1.- Mediante providencia de 20 de septiembre de 2017, a las 15h09, esta Comisión avocó conocimiento del Informe Final de Investigación No. SCPM-IIAPMAPR-002-2017 de fecha 21 de agosto de 2017, suscrito por el doctor Hans Ehmig Dillon, Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, remitido mediante el sistema ANKU el 15 de septiembre de 2017. Signo al presente expediente con el No. SCPM-CRPI- 055-2017. Corrió traslado al operador económico **DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA DIFARE S.A.** con el Informe Final de Investigación signado con el No. SCPM-IIAPMAPR-02-2017, de fecha 21 de agosto de 2017, suscrito por el doctor Hans Ehmig Dillon, Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, para que en el término de diez (10) días, contados a partir de la recepción de la notificación de la presente providencia, para que en uso de su derecho a la legítima defensa y, en observancia de lo previsto en el artículo 71 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, presente las alegaciones a las que se creyere asistido.

2.2.2.- Con providencia de 22 de septiembre de 2017, a las 15h30, esta Comisión dispuso: *“(...) 2) En atención a las peticiones formuladas por el señor Julio César Ocaña Moreira, en su calidad Representante Legal del operador económico **DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA DIFARE S.A.**, constantes en los pedimentos que se despachan, se ordena lo siguiente: a) Se dispone que a costa del peticionario y por Secretaría de esta Comisión, el día lunes 25 de septiembre de 2017, se realice las gestiones en la Secretaría General y se confieran las copias certificadas de los expedientes signados con los números **SCPM-IIAPMAPR-013-2015** y **SCPM-CRPI-055-2017**; para el efecto, el operador económico solicitante deberá proporcionar las facilidades del caso; b) Por cuanto no existe razón jurídica alguna para suspender el término de diez (10) días concedido al operador económico **DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA DIFARE S.A.**, para que presente sus alegaciones, conforme a lo previsto en el artículo 71 del Reglamento de Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, se deniega dicha solicitud, razón por la cual, el citado período de tiempo continúa transcurriendo normalmente (...)”*.

2.2.3.- Con providencia de 17 de octubre de 2017, a las 16h40, esta Comisión dispuso: *“(...) 1) agregar al expediente el escrito que contiene las alegaciones presentadas por el señor Julio César Ocaña Moreira, en su calidad de Vicepresidente Ejecutivo y por lo tanto Representante Legal del operador económico **DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA DIFARE S.A.**, recibido en la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (en adelante SCPM) el 04 de octubre de 2017, a las 12h05, constante en sesenta y ocho (68) páginas y un (1) anexo de seis (6) páginas, pedimento que ha sido interpuesto dentro del término previsto en el inciso primero del artículo 71 del Reglamento de Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, razón por la cual, se lo admite a trámite y se considera procedente en derecho. 2)*

Con sujeción a lo que disponen los artículos 76, numeral 7, literales c) y h) de la Constitución de la República del Ecuador y 71 del Reglamento de aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, por estimarlo conveniente este órgano de sustanciación y resolución, convoca a las partes intervinientes en el presente procedimiento administrativo a audiencia pública que tendrá lugar el día **lunes 23 de octubre de 2017, a las 15h00**, en una de las Salas de la SCPM, ubicada en las calles José Bosmediano E15-68 y José Carbo de esta ciudad de Quito. Se indica a los interesados que la diligencia será grabada en audio y video; al respecto remítase atento memorando a la Dirección de Comunicación Social de la SCPM, a fin de que concurra al acto procesal antes invocado y realice la grabación de la diligencia antes citada (...)"

2.2.4.- Mediante providencia de 18 de octubre de 2017, a las 11h40, esta Comisión considero que: "(...) Que el último inciso del artículo 71 del Reglamento de Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, prescribe: "(...) Durante este período, si el órgano de sustanciación y resolución lo considera necesario, podrá solicitar que el órgano de investigación practique actuaciones complementarias que pudieran servir como prueba. El órgano de investigación remitirá al órgano de sustanciación y resolución un informe sobre los resultados de las actuaciones complementarias que hubiere realizado (...)". Con fundamento en la norma reglamentaria antes invocada, éste órgano de sustanciación y resolución DISPONE: 1.- Que la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, en el término de tres (3) días, realice las actuaciones complementarias que se solicitan a continuación y remita el informe de los resultado de las mismas, respecto de lo siguiente: i) El volumen de negocios del mercado relevante con sus sustitutos, ii) Cobertura territorial o geográfica de los productos investigados, iii) Duración exacta de la infracción, incluyendo fecha de inicio de finalización; iv) Aspectos agravantes y atenuantes; v) Realizar un ejercicio de aplicación de una posible sanción de la resolución No.11 del 23 de septiembre de 2016 emitida por la Junta de Regulación, la cual deberá incluir. a) Análisis de sustitución de la demanda; b) Análisis de sustitución de la oferta; c) Los análisis solicitados contarán con los debidos métodos cuantitativos y cualitativos. vi) Que se pronuncie de manera motivada sobre la falta aplicación de una multa sancionadora. vii) Finalmente se sirva ampliar las medidas correctivas sugeridas de tal manera que el mercado afectado sea corregido (...)"

2.2.5.- De acuerdo con la providencia de 20 de octubre de 2017, a las 11h15, esta Comisión consideró: "(...) Que en la providencia expedida el 18 de octubre de 2017, a las 11h40, se deslizó un lapsus calamis constante en el numeral v), al expresar: "(...) v) Realizar un ejercicio de aplicación de una posible sanción de la resolución No.11 del 23 de septiembre de 2016 emitida por la Junta de Regulación, la cual deberá incluir (...)". Por lo expuesto esta Comisión DISPONE: Corregir el error antes citado, indicando que lo correcto es: v) Realizar un ejercicio de aplicación de una posible sanción de la resolución No.012 de 22 de septiembre de 2016 emitida por la Junta de Regulación. El resto de la providencia señalada, se mantiene incólume (...)"

2.3.- FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES, LEGALES, DOCTRINARIOS Y JURISPRUDENCIALES.-



2.3.1.- Constitucionales.-

2.3.1.1.- Constitución de la República del Ecuador.-

El artículo 11 numerales 3, 5 y 9 respecto a los principios para el ejercicio de los derechos nos dice: “(...) Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte”. “(...) En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia (...)” “(...) El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”

El artículo 76.- Sobre las garantías básicas del derecho al debido proceso dice: “(...) En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.
2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.
7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:
 - a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.
 - 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.
 - h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.
 - j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.
 - k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.
 - l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos (...).”

El artículo 82 se refiere al derecho a la seguridad jurídica y al respecto precisa: “(...) 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 la autoridades competentes (...).”

El artículo 169 consagra el sistema procesal cuando manifiesta que: “(...) El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades (...).”

2.3.1.2.- Legales

2.3.1.2.1.- Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

El artículo 4 al referirse a los lineamientos para la regulación y principios en la materia de esta Ley, en su última parte señala: “(...) Para la aplicación de la presente Ley se observarán los principios de no discriminación, transparencia, proporcionalidad y debido proceso (...).”

El artículo 38 en relación a las atribuciones de los órganos de la Superintendencia, nos dice: “(...) 2. Sustanciar los procedimientos en sede administrativa para la imposición de medidas y sanciones por incumplimiento de esta Ley (...).” “Para el ejercicio de sus atribuciones, la Superintendencia actuará de oficio o a petición de parte y podrá requerir documentación e información que estime pertinente en cualquier etapa procesal”.

La Primera Disposición General de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en su inciso tercero estatuye: “(...) En lo que no previsto en esta Ley se estará a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil, Código de Procedimiento Penal, Código de Comercio, Código Civil, Código Penal, Ley Orgánica de Servicio Público y las demás leyes y regulaciones aplicables (...).”

2.3.1 2.2.- Código Orgánico General de Procesos.

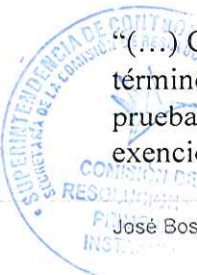
El artículo 109 respecto al efecto que produce la nulidad nos dice: “(...) La nulidad de un acto procesal tiene como efecto retrotraer el proceso al momento procesal anterior aquel en que se dictó el acto nulo (...).”

El artículo 110 sobre la declaración de nulidad y convalidación prescribe: “(...) La nulidad del proceso deberá ser declarada 1. De oficio o a petición de parte, en el momento en que se ha producido la omisión de solemnidad sustancial (...).”

2.3.1.2.3.- Reglamento de Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

El artículo 70 en lo que respecta al informe final estatuye:

“(...) Concluido el término de prueba, el órgano de investigación emitirá informe final en el término de quince (15) días. El informe final contendrá la enumeración y valoración de la prueba; las sanciones y medidas correctivas propuestas; y, cuando proceda, la propuesta de exención o reducción del importe de la multa de conformidad a lo que establece la Ley.



El Informe final será remitido dentro del término indicado en el párrafo precedente al órgano de sustanciación y resolución, junto con el expediente del procedimiento para su conocimiento y resolución (...).”

2.3.1.3- Doctrinarios.-

2.3.1.3.1.- El jurista ecuatoriano Jorge Zavala Egas, citando al profesor Raúl BOCANEGRA SIERRA, afirma: “(...) *El procedimiento es el conjunto concatenado de actos o actuaciones administrativas de trámites destinadas asegurar la legalidad, el acierto y oportunidad de la resolución que le pone término y a garantizar los derechos de los ciudadanos afectados y las exigencias de los intereses públicos en juego. Se trata de conjunto de actos con sustantividad propia que, en ocasiones, cuando constituyen actos de trámite cualificados, pueden llegar a ser objeto de una impugnación independiente del acto administrativo definitivo, aunque lo usual sea su impugnación concertada con la resolución que pone fin al procedimiento por razones de economía procesal...El procedimiento tiende a asegurar que, antes de dictar un acto la Administración cumpla una serie de trámites, impuestos por la propia Constitución o por la legislación ordinaria, que se corresponden estrictamente con derechos de los particulares (...)*” Lecciones de Derecho Administrativo. Edilex S.A Editores. Primera Edición. Impreso en Perú 2011. Página 544.

2.3.1.3.2 Los jurisconsultos Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, sostienen: “(...) *El procedimiento administrativo no ha sido ciertamente concebido por el legislador como una carrera de obstáculos cuya superación sea requisito necesario para la adopción de la resolución final, sino como un cauce ordenado capaz de garantizar la legalidad y el acierto de aquélla dentro del más absoluto respeto de los derechos de los particulares. Pertenece, pues, a la esencia misma de la institución la tendencia a la prosecución del camino en que el procedimiento consiste hasta llegar a esa decisión final, eficaz y justa, que constituye el objetivo al que se ordenan todos los requisitos y trámites intermedios (...)*” Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. Civitas Ediciones. Octava Edición. Madrid 2002. Página 467.

2.3.1.4.- Jurisprudenciales.-

2.3.1.4.1.- Derecho al debido proceso.-

La Corte Constitucional del Ecuador enseña:“(...) *El artículo 76 de la Constitución garantiza que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden se asegurara el derecho al debido proceso, y establece además que corresponde a toda autoridad administrativa o judicial garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes, así como que nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento; y así también la garantía del debido proceso consolida, a su vez la seguridad jurídica que constituye el elemento esencial y patrimonio común de la cultura del Estado de derechos y justicia; la sujeción de todos los poderes del Estado a la Constitución en donde la ley se concreta en la confiabilidad, en el orden jurídico, en la certeza sobre el derecho escrito y vigente, es decir, el reconocimiento y la previsión de*

la situación jurídica (...)”. Sentencia No.056-12-SEP-CC- Caso No.0850-10-EP de 27 de MARZ-212.

2.3.1.4.2.- Derecho a la seguridad jurídica.-

La Corte Constitucional afirma: (...) *La naturaleza jurídica del principio constitucional a la seguridad jurídica está dada por el hecho de dejar de lado la arbitrariedad, salvaguardar la armonía del sistema jurídico, observar las formalidades del debido proceso, no limitar el derecho a la defensa, motivar las sentencias, resoluciones o fallos de autoridad pública administrativa o judicial, recurrir de los mismos en todo procedimiento, del acceso a la administración de justicia, obtener la tutela efectiva de los derechos, constituye la garantía de que el ordenamiento es aplicado de manera objetiva, de tal forma que el Estado garantice a los ciudadanos el respeto de los derechos consagrados en la Constitución como en los convenios y tratados internacionales de derechos humanos, y que los mismos no serán violentados en el futuro, por ninguna persona y en ella incluye a las autoridades administrativas, o judicial o particular (...)*”. Sentencia 165-12 SEP-CC Caso 0511-EP (RO-S 756:30-JUL-2012).

2.3.1.4.3.- En cuanto al procedimiento administrativo.-

La Corte Constitucional afirma: “(...) *Para llegar a la imposición de la sanción administrativa, misma que es retributiva a la acción o inconducta cometida por el funcionario, es necesario que exista un proceso previo del debido proceso, ya que sin garantías procesales efectivas y certeras no existe la posibilidad de desarrollar el derecho fundamental a la defensa y sus implicaciones; en definitiva el debido proceso no solo que asegura mínimos exigibles como el derecho de defensa sino que implica un cumulo de derechos que deben ser respetados desde el inicio de la acción, pasando por todas las instancias y culmina con la debida resolución motivada (...)*”. Sentencia No.054-11-SEP-CC. Caso No.0160-10-EP (RO.S-619:16 ENE-2012).

En otro fallo la Corte Constitucional sustenta: “(...) *Ahora bien, todas las facultades que tiene la administración pública, que se manifiestan a través de los actos administrativos que expide, deben siempre observar los procedimientos formales establecidos para el efecto y respetar los derechos constitucionales de las personas. Ese es precisamente su límite, sin que en ningún caso, ante la eventual trasgresión a los derechos las personas estas queden en indefensión (...)*”. Sentencia No.156-SEP-CC-Caso No.0556-10-EP (RO.S 743 de 11 JUL-2012).

2.4.- LA FALTA DE VALIDEZ DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.-

2.4.1.- Alegaciones del operador económico DIFARE S.A., sobre la falta validez del procedimiento administrativo.-

2.4.1.1.- Mediante escrito presentado en la Secretaría General de la SCPM el 11 de septiembre de 2017, a las 16h58, respecto al Informe Técnico No.SCPM-IIAPMAPR-02-2017 de 21 de agosto de 2017, suscrito por el Dr. Hans Ehmig Dillon, Intendente de Abuso



for

de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, en la parte pertinente señala lo siguiente:

“(...) En el presente caso, al no haberse ni siquiera corrido traslado con las pruebas que sirvieron de base para emitir Informe Final dentro del proceso, ni mucho menos notificado su contenido, ni el del acto procesal mediante el que se pone a conocimiento de los Miembros de la Comisión de Resolución de Primera Instancia: **este carece de vigencia y no puede surtir efectos jurídicos (...)**”.

“(...) Entre los lineamientos formales y fundamentales para la gestión procesal de la SCPM, en el Art.3 numeral 17 de la Resolución No.SCPM-DS-012-2017, se encuentra el principio de preclusión procesal, que determina la obligación de su autoridad de realizar las actuaciones procesales dentro de los términos previstos en la normativa aplicable, términos que han irrespectados en razón de lo siguiente:

Los Arts. 70 del RLOCPM y 14 del Instructivo de Gestión Procesal de la SCPM, disponen:

Art. 70.- Informe final.- Concluido el término de prueba, el órgano de investigación emitirá informe final en el término de quince (15) días. El informe final contendrá la enumeración y valoración de la prueba presentada durante el término de prueba; las sanciones y medidas correctivas propuestas; y, cuando proceda, la propuesta de exención o de reducción del importe de la multa de conformidad a lo que establece la Ley.

El informe Final será remitido dentro del término indicado en el párrafo precedente al órgano de sustanciación y resolución, junto con el expediente del procedimiento para su conocimiento y resolución (...)”.

(Subrayado en negrita me corresponde)

Art.14 EMISIÓN DEL INFORME FINAL.- Una vez concluida la etapa probatoria, el Intendente emitirá en forma motivada el informe final, conforme al artículo 70 del RLOCPM en el término de quince (15) días. (...)”.

(Subrayado en negrita me corresponde)

“(...) Conforme obra del expediente, transcurrió en exceso el término previsto en los artículos antes citados, para dictar un informe final dentro del presente procedimiento administrativo, por lo que precluyó la etapa procesal oportuna para emitirlo. Incluso, su autoridad, actualmente, carece de competencia en razón del tiempo para emitirlo, esto es, dictarlo y notificarlo a mi representada (...)

“(...) Por los motivos expuestos, ante la flagrante violación del derecho constitucional de mi representada, y teniendo en consideración que el Informe Técnico carece de validez y eficacia; solicito se sirva declarar la nulidad de todo lo actuado a partir del último acto debidamente notificado a mi representada en los domicilios señalados al efecto, que es aquel contenido en la providencia de fecha 28 de julio de 2017, a las 17h15.

2.4.1.2.- Con escrito recibido en la Secretaría General de la SCPM el 04 de octubre de 2017, a las 12h05, mediante el cual contesta el traslado formulado por esta Comisión con el Informe Final No.SCPM-IIAPMAPR-02-2017 de 21 de agosto de 2017, suscrito por el Dr. Hans Ehmig Dillon, Intendente de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, en la parte concerniente manifiesta lo siguiente:

“(…) El incumplimiento del deber constitucional y legal de motivación por parte de la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, es fundamento suficiente para configurar la nulidad de pleno derecho del Informe No.SCPM-IIAPMAPR-02-2017, de 21 de agosto de 2017, por cuanto la consecuencia jurídica de este craso yerro jurídico se encuentra recogido en el Art.129 numeral 1, literal e) del ERJAFE, que prescribe:

1. *Los actos de la Administración Pública son nulos de pleno derecho en los siguientes casos:*

e. Los dictados prescindiendo total o absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos de la administración, sean colegiados o no; (...) (la negrilla es de mi autoría)

“(…) En consecuencia, mal haría esta Comisión en acoger las conclusiones expuestas en el Informe No.SCPM-IIAPMAPR-02-2017, de 21 de agosto de 2017, elaborado por la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, puesto que se trata de conclusiones que carecen de motivación producido por la falta de valoración de las pruebas legalmente presentada por DIFARE dentro del proceso de investigación que nos ocupa (...)”.

“(…) Por los motivos expuestos, ante la flagrante violación del derecho constitucional a la defensa y debido proceso de mi representada y teniendo en consideración que el Informe Técnico carece de validez y eficacia tanto jurídica como técnica solicito:

- i. Se sirva declarar la nulidad de todo lo actuado a partir del último acto debidamente notificado a mi representada en los domicilios señalados al efecto, que es aquel contenido en la providencia de fecha 19 de julio del 2017, a las 17h15; y
- ii. En consecuencia, se disponga el archivo definitivo del procedimiento sancionador por haber precluido la etapa procesal para dictar el informe final y dictar la resolución correspondiente.
- iii. Solicito a la Comisión de Resolución de Primera Instancia, se abstenga de dictar la resolución correspondiente dentro del presente proceso, hasta que no resuelva la petición de nulidad y archivo de la causa constante en el presente escrito.
- iv. Ordene la terminación del proceso de investigación formal iniciado en contra de mi representada y la correspondiente declaratoria de NULIDAD y el respectivo ARCHIVO DEL MISMO.

2.4.2.- Sobre el Informe Final No.SCPM-IIAPMAPR-02-2017



El Informe Final No.SCPM-IIAPMAPR-02-2017 de 21 de agosto, suscrito por el Dr. Hans Ehmig Dillon, Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, remitido a esta Comisión a través del sistema ANKU el 15 de septiembre de 2017, a las 13h00, constante en ciento veintiocho páginas (128), y según se desprende del memorando No.SCPM-IIAPMAPR-060-2017, de 05 de septiembre de 2017, se indica que se ha emitido la providencia de 21 de agosto de 2017, a las 17h15, y en este decreto procesal administrativo en el considerando SEPTIMO, indica que: “(...) *al amparo de lo dispuesto en el Art.70 de la LORCPM (sic), en concordancia con el artículo 15 de Resolución SCPM-DS-012-2017, de la SCPM, remítase el Informe Final agregado y el expediente digital signado con el número SCPM-IIAPMAPR-013-2015 para conocimiento de la Comisión de Resolución de Primera Instancia (...)*”.

2.4.3.- Petición concreta constante en el Informe Final SCPM-IIAPMAPR-02-2017

“(...) 12.1. Sobre la base a los méritos procesales y los elementos de prueba que obran del expediente, así como de los elementos expuestos en el presente informe final, se establece que el operador económico DISTRIBUIDORA FARMACÉUTICA ECUATORIANA DIFARE S.A. ha adecuado su conducta al tenor de lo dispuesto en el artículo 9 numerales 6 y 7 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, al haber realizado discriminación de precios y haber establecido condiciones comerciales desiguales.

12.2. De conformidad con lo establecido en el artículo 77 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, se determine como sujeto infractor al operador económico DISTRIBUIDORA FARMACÉUTICA ECUATORIANA DIFARE S.A.

12.3. De conformidad con lo establecido en el artículo 70 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado y de acuerdo a los elementos recabados en la investigación y desarrollados en el presente informe, se propone la adopción de medidas correctivas, al considerar que esta tiene como finalidad prevenir y corregir el mercado afectado por la infracción. Las medidas correctivas sugeridas son aquellas señaladas en la parte pertinente del presente Informe.

12.4. De conformidad con lo establecido en el artículo 70 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, salvo mejor criterio, en lo que se refiere al establecimiento de una sanción, se sugiere que se considere la Resolución 012 por parte de la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (...)”.

2.5.- FUNDAMENTOS JURIDICOS PARA LA PROCEDENCIA DE LA DECLARATORIA DE NULIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.-

2.5.1.- Conforme se desprende de la simpe lectura de las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias fijadas en los artículos 76, 82 y 169 de la Constitución de la República del Ecuador, 108 y 109 del Código Orgánico General de Procesos y 70 del Reglamento de Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, así como la doctrina y la jurisprudencia antes invocadas, corresponde a la autoridad

administrativa denominada Comisión de Resolución de Primera Instancia, el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes, debiendo para ello en la sustanciación procesal observar las formalidades del debido proceso, el derecho de defensa y la seguridad jurídica en la expedición de sus actos, los cuales deben sujetarse a los procedimientos formales establecidos para el efecto, con la finalidad de obtener una resolución fundada jurídicamente. En el presente caso, es importante resaltar las reglas fijadas por la Corte Constitucional del Ecuador, cuando sostiene: (...) *actos de procedimiento- se encuentran establecidos en las leyes procesales y reglamentos administrativos, constituyen pasos consecutivos que debe seguir la administración pública para llegar a un objetivo; cuando estos no se han cumplido adecuadamente o como ordena el procedimiento legal, provocan nulidad, también provocan la ilegalidad del acto* (...) Sentencia No.053-11SEP-CC. Caso No.0527-10-EP- RO.S 617-12 ENE-2012.

2.5.2.- En la especie, el término de prueba feneció el 28 de julio de 2017, razón por la cual, el informe final No. **SCPM-IIAPMAPR-02-2017** de 21 de agosto, suscrito por el Dr. Hans Ehmgig Dillon, Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, debió ser remitido a esta Comisión hasta el 21 de agosto de 2017. Sin embargo, el citado dictamen fue enviado con memorando No. **SCPM-IIAPMAPR-060-2017** de fecha 05 de septiembre de 2017 y recibido en este órgano de sustanciación y resolución el 15 de septiembre de 2017, a las 13h00, por medio del sistema ANKU. Por consiguiente, se infringió lo dispuesto en el numeral primero del artículo 76 y numeral 9 del artículo 11 de la Carta Fundamental del Estado Ecuatoriano que establecen. **“1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes”.** **“El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”.** Igualmente, se incumplió con lo previsto en el artículo 70 del Reglamento de Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado que reza: **“(…) Concluido el término de prueba, el órgano de investigación emitirá informe final en el término de quince (15) días. El informe final contendrá la enumeración y valoración de la prueba; las sanciones y medidas correctivas propuestas; y, cuando proceda, la propuesta de exención o reducción del importe de la multa de conformidad a lo que establece la Ley.”** **“El informe final será remitido dentro del término indicado en el párrafo precedente al órgano de sustanciación y resolución, junto con el expediente del procedimiento, para su conocimiento y resolución.”**

El Informe final será remitido dentro del término indicado en el párrafo precedente al órgano de sustanciación y resolución, junto con el expediente del procedimiento para su conocimiento y resolución (...). (lo subrayado y negrillas no son del texto). Al respecto, el juriconsulto ecuatoriano Luis Cueva Carrión, refiriéndose a los errores in procedendo expresa: *“(…) Estos, en cambio, se relacionan con el Derecho Adjetivo y son aquellos que comete el juzgador cuando no observa fielmente las normas jurídicas de procedimiento, aquellas que le señalan la manera de ajustar legalmente su actividad cotidiana. La Ley de Casación al prohibir este tipo de error judicial pretende erradicar el abuso, la arbitrariedad y legalidad la ilegalidad procesal con la puede actuar un juzgador y que, dentro del Estado de Derecho, ya no está permitido (...)*. Y añade. *“(…) El juez está llamado a observar el*



derecho y a no violarlo, no puede actuar en forma arbitraria; ni a imponer a las partes su omnimoda voluntad; tiene que acatar las normas procesales que señalan el camino y la forma de cómo ha de proceder en cada caso (...)". Casación en Materia Civil. Editorial Ecuador. Tomo I. Quito-Ecuador 1993. Página 135. De su parte el doctor Marco Morales Tobar, citando a Agustín Gordillo, sostiene "*(...) Las normas, cuya infracción puede dar origen a la comisión de vicios del acto administrativo son tanto internacionales, supranacionales, constitucionales como legales o reglamentarias, amén de que hay también vicios no contemplados expresamente en norma concreta alguna pero que devienen de los principios generales del derecho, principios jurídicos indeterminados, la garantía de razonabilidad, etc. Las fuentes de los vicios del acto administrativo son así múltiples y se encuentran muy dispersas, siendo más fácil no advertir alguno de los vicios de que un acto pueda padecer (...)*". Manual de Derecho Procesal Administrativo. Corporación de Estudios y Publicaciones. Primera Edición. Quito-2011. Página 224.

La aplicación de la norma constitucional y reglamentaria contemplada en los artículos 76 numeral 1 y 70, no es un acto meramente formal y desprovisto de sentido, ya que su fundamento radica en la protección de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, como es el debido proceso, el derecho de defensa y la seguridad jurídica, por lo tanto, constituye una solemnidad sustancial y fundamental para conseguir la eficacia del acto administrativo. En este punto, en su oportunidad la extinta Corte Suprema del Ecuador, sustentó: "*(...) Es de dominio universal en el ámbito jurisdiccional que las normas procesales son normas medios, porque sirven de medio para la aplicación o realización de normas adjetivas materiales; y, son normas instrumentales, porque sirven de instrumento para la realización del derecho objetivo en los casos concretos. De modo que la naturaleza de las formas procesales no es otra cosa que la ley procesal, es decir son de derecho público, de orden público e imperativas, sin que esté atribuido a las partes o al juzgador soslayarlas, con grave quebranto del sistema que es la columna vertebral del ordenamiento riguroso procesal, sin el que imperaría la arbitraria y el caos en los litigios (...)*". Resolución 10.04.1984, publicada en la Gaceta Judicial Serie XVI. No.5 Página 1051.

2.5.3.- El jurista colombiano Hernando Devis Echandia, acertadamente ilustra: "*(Pero el ser humano es inevitablemente imperfecto intelectual y moralmente, de manera que es imposible alcanzar la perfección en la administración de justicia por hombres y mujeres, así resulten seleccionados al más alto nivel; la posibilidad de error, de apasionamiento, de negligencia, inclusive de parcialidad, existirá siempre, por lo cual debemos contentarnos con reducirla al mínimo. Existe, pues, la necesidad de tutelar a los justiciables de los errores en la aplicación de la ley sustancial procesal, las arbitrariedades, los errores y las negligencias de los funcionarios jurisdiccionales en el ejercicio de sus funciones. No basta la buena organización judicial, los buenos códigos de procedimiento y la cuidadosa selección de los funcionarios; es indispensable un sistema para corregir los errores y subsanar los vicios que lleguen a presentarse (...)*". Estudios de Derecho Procesal Tomo I. Editorial A B C. Bogotá 2007. Página 174. De su parte Vanesa Aguirre Guzmán, en su Estudio de las Nulidades en el Proceso Civil, sostiene: "*La nulidad, el vicio que se opone a la validez, se refiere a la falta de requisitos que precisa un acto procesal para que se considere realizado o producido, a*

los presupuestos necesarios para que nazca como tal a la vida jurídica, para que se exteriorice, o las formalidades que la ley procesal ha establecido como imprescindibles para que estos actos emerjan a la vida jurídica de manera válida y produzcan, en consecuencia, los efectos previstos en la norma procesal. Así un acto procesal requiere de tres requisitos: existencia, validez y eficacia (...)". FORO revista de derecho No.6 UASB-Ecuador/ CEN-Quito, 2006. Página 147.

En consecuencia, las nulidades procesales vienen a ser un remedio de excepción cuando no se puede reparar o corregir el error, y el caso sub judice se sanciona con la nulidad procesal la falta de aplicación de la norma reglamentaria en razón de ser una solemnidad sustancial que influye la decisión del presente procedimiento administrativo, porque esta Comisión tiene amplias facultades para orientar el trámite en debida forma, evitar nulidades, procurar la economía procesal, proteger la buena fe y lealtad procesal; corregir con la mayor iniciativa los errores y subsanar los vicios que se presenten, a fin de tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas, conforme así lo enseña la doctrina y lo ilustra nuestra Corte Constitucional cuando señala: "(...) *El privilegio de autotutela o autodefensa administrativa consiste, en la capacidad que tiene la administración pública de tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas, eximiéndose de este modo de la necesidad de recabar tutela judicial (...)*" Sentencia No.156-12-SEP-CC. Caso No.0556-10-EP (R.O.S. 743 11 JUL-2012).

TERCERO.- DECISIÓN.- En mérito de los razonamientos jurídicos que preceden y de conformidad con lo preceptuado en los artículos 11, numerales 3, 5 y 9; 76 y 82 de la Constitución de la República del Ecuador, 38 numeral 2 de la LORCPM y 110 del Código Orgánico General de Procesos, la Comisión de Resolución de Primera Instancia en uso de las atribuciones legales.

RESUELVE:

1. **DECLARAR** la nulidad de las actuaciones efectuadas en el presente procedimiento administrativo por presuntas prácticas anticompetitivas de abuso de poder de mercado signado con el No. **SCPM-CRPI-055-2017**, declaratoria que se lo hace desde el 05 de septiembre de 2017 fecha en que se indica que se remite con memorando No. **SCPM-IIAPMAPR-060-2017** el informe final No. **SCPM-IIAPMAPR-02-2017** de 21 de agosto, suscrito por el Dr. Hans Ehmgig Dillon, Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas.
2. **ORDENAR** el archivo del presente expediente administrativo signado con el No. **SCPM-CRPI-055-2017** por presuntas prácticas anticompetitivas de abuso de poder de mercado, conducta prevista en el artículo 9 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.



3. Notificar la presente Resolución al operador económico **DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA DIFARE S.A.** y a la Intendencia de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas.
4. **DEVOLVER** a la Intendencia de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas el expediente digital signado con el número **SCPM-IIAPMAPR-013-2015**.
5. Actúe en calidad de Secretario Ad-hoc de la Comisión el abogado Freddy Pacheco Guevara.- **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-**



Dr. Marcelo Ortega Rodríguez
PRESIDENTE



Dr. Agapito Valdez Quiñonez
COMISIONADO



Dr. Diego X. Jiménez Borja
COMISIONADO

