

Expediente Nro. SCPM-CRPI-2014-033

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISION DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- Quito, 30 de junio de 2015, a las 14h52.- **VISTOS:** El Superintendente de Control del Poder del Mercado designó al abogado Juan Emilio Montero Ramírez, Presidente de la Comisión, al doctor Agapito Valdez Quiñonez, Comisionado y al doctor Marcelo Ortega Rodríguez, Comisionado, mediante los actos administrativos correspondientes, quienes disponen que se agregue al expediente: i) el escrito del operador económico Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana Difare S.A., recibido el 15 de junio de 2015, a las 16h23, en la Secretaría General de la SCPM; y, ii) el memorando SCPM-IAC-207-2015-M, de 24 de junio de 2015. Por corresponder al estado procesal del expediente 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), numeral 2 del artículo 38 y penúltimo inciso del artículo 79 de la LORCPM, es competente para sustanciar y resolver en primera instancia el incumplimiento de 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.- VALIDEZ DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.- El presente procedimiento por incumplimiento de entrega de información ha sido sustanciado de conformidad con las disposiciones contenidas tanto en los artículos 76 y 169 de la Constitución de la República, así como en las disposiciones constantes en la LORCPM, con observancia de las garantías constitucionales del debido proceso y derecho de defensa, y de los principios constitucionales de simplificación, eficacia, celeridad y economía procesal sin que se advierta error, vicio o irregularidad que pueda influir en la decisión del presente expediente, razón por la cual, se declara la validez de lo actuado.

TERCERO.- ANTECEDENTES PROCESALES.-

3.1.- Mediante oficio No.SCPM-IAC-105-2014 de 25 marzo de 2014, la Intendencia de Abogacía de la Competencia (en adelante IAC) de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, solicitó al operador económico Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana DIFARE S.A. información “[...] la cual debía ser remitida en formato digital Excel.xls sin protección alguna en el término de quince días. Adjunto a este

A

documento, en forma física se anexaron los formatos de las cuatro plantillas en las cuales se debía ingresar la información solicitada por cada variable [...].”

3.2.- Con escrito presentado el 17 de abril de 2014, a las 15h05, en la Secretaría General de la SCPM, se recibió la información por parte del operador económico Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana DIFARE S.A., quien manifiesta: “[...] *vendrá a su conocimiento señor Intendente que al haberse pedido la creación de una cuenta de usuario para tener acceso vía internet a la información de nuestra base cartográfica digital, su pedido lamentablemente no puede ser atendido, pues tenemos la limitación de usuario señalado por el contratista, dado que las especificaciones técnicas exigen trabajar con una dirección IP PRIVADA[...].* Respecto a esta información la IAC, el 23 de abril de 2014, señala: “[...] *se realizaron observaciones, estableciendo una prórroga de cinco (5) días término para la entrega de la información faltante [...].”*

3.3.- Conforme consta en el Informe No.SCPM-IAC-013-2014, la IAC indica que por medio de “[...] *correo electrónico recibido el 30 de abril el operador económico Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana Difare S.A, solicita una extensión a la prórroga por el término de tres (3) días, la cual fue aceptada y notificada mediante correo electrónico[...].”*

3.4.- Con escrito recibido el 6 de mayo de 2014, a las 16h15, en la Secretaría General de la SCPM, el operador económico Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana DIFARE S.A, indica: “[...] *dentro de la extensión solicitada, cumplimos con la entregan en el CD que acompañamos en formato Excel, de la Plantilla No.4, que contiene la información estadística de las ventas realizadas por todas las farmacias y botiquines pertenecientes al Grupo Económico Difare, en el período del año 2008 al 2013, desglosado el IVA por cada una de las categorías y de las Ventas Netas Totales [...].”*

3.5.- Según oficio SCPM-IAC-170-2014 de 9 de mayo de 2014, la IAC realiza las observaciones a la comunicación presentada el 6 de mayo de 2014, por parte del operador económico Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana Difare S.A, y en relación a dichas indicaciones el órgano de investigación “[...] *le concede el término de cinco (5) días improrrogables para que cumpla el requerimiento de información realizado mediante oficio No.SCPM-IAC-105-2014 de fecha 25 de marzo de 2014 [...].”*

3.6.- Mediante escrito recibido en la SCPM, el 19 de mayo de 2014, el operador económico Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana Difare S.A, afirma: “[...] *En*

consecuencia, nos encontramos presentando la información adicional requerida en el oficio No.SCPM-IAC-170-2014 de 9 de mayo de 2014, en el que hemos incluido la data de que dispone mi representada [...]”.

3.7.- A través del escrito recibido el 27 de mayo de 2014 en la Secretaría General de la SCPM, como alcance a la información que se entregó el 19 de mayo de 2014, el operador económico Destruidora Farmacéutica Ecuatoriana Difare S.A, *declara: [...] Es el caso señor Intendente que posterior a la entrega, hemos caído en cuenta que en las plantillas Nos.1, correspondientes a las farmacias propias y de las farmacias franquiciadas Cruz Azul, se hizo constar en el número total de farmacias, tanto a las farmacias abiertas como a las cerradas, siendo entonces pertinente que se haga una aclaración con respecto de la referida información[...].*” Y complementa “[...] En consecuencia, nos encontramos presentado en el CD adjunto las nuevas Plantillas Nos.1, [...]”.

3.8.- A través del oficio SCPM-IAC-181-2014 de fecha 27 de mayo de 2014, la IAC vuelve a realizar similares sugerencias a la información entregada por el operador económico Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana Difare S.A, el 19 de mayo de 2014, y al mismo tiempo dice: “[...] En relación a las observaciones descritas anteriormente, esta Autoridad le concede el término de CINCO (5) días improrrogables , contados desde el día siguiente a la entrevista solicitada, con la finalidad de que el operador económico Distribuidora Farmacéutica (Difare) S.A. cumpla con el requerimiento de información realizado mediante oficio No.SCPM-IAC-105-2014 de fecha 25 de marzo de 2014[...].”

3.9.- De acuerdo con el escrito recibido en la Secretaría General de la SCPM, el 28 de mayo de 2014, el operador económico Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana Difare S.A., propone: “[...] apelamos a su sensibilidad señor Intendente, y solicitamos se sirva diferir la realización de la Reunión de Trabajo que ha sido convocada para el día viernes 30 de mayo, a las 10h00[...]”.

3.10.- El 30 de mayo de 2014 se propició la Reunión de Trabajo entre la: “[...] Dra. María Teresa Lara, Abogada de la Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana Difare S.A, el señor Julio Cueva Aguilar, Jefe Corporativo de Inteligencia Empresarial de la Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana Difare S.A, y los funcionarios Ing. Christian Ruiz, MA, Intendente de Abogacía de la Competencia (E), Eco. Rubén León, Director Nacional de Promoción de la Competencia (E), Eco. Alfredo Bermeo, Director Nacional de Estudios de Mercado, señor Juan Gortaire, Analista Jurídico y Lic. Francisco López, Analista Económico. En esta entrevista se analizaron todas las observaciones realizadas por la IAC, y los representantes del operador económico

f

se comprometieron a entregar la información de manera correcta en el plazo de 15 días para las farmacias propias y en el plazo de 30 días para las farmacias franquiciadas [...]”.

3.11.- Mediante oficio SCPM-IAC-185-2014 de fecha 2 de junio de 2014, la IAC, declara: *“[...] Como alcance al oficio SCPM-IAC-181-2014 con fecha 27 de mayo de 2014 y en concordancia a la reunión mantenida el día 30 de mayo de 2014 en las instalaciones de la Superintendencia, me permito solicitar de la manera más comedida, la siguiente información. La lista del Total por cada año de farmacias (tanto propias como franquiciadas) relacionadas con Distribuidora Farmacéutica (Difare). Este requerimiento aplica para la Plantilla 2 (entre el año 2008 al 2013) y Plantilla 3 (entre el año 2011 al 2013) [...] Se solicita se remita una copia notariada de cada uno de los tipos de contratos que se hayan suscrito entre su representada y las farmacias franquiciadas entre el año 2012 al 2014. Los contratos deben provenir de 12 provincias diferentes, es decir, se debe enviar el total de treinta y seis (36) contratos. [...] Para la entrega de la información se concede el término de CINCO (5) días improrrogables [...]*”.

3.12.- Mediante oficio SCPM-IAC-186-2014 de fecha 2 de junio de 2014, la IAC, solicita al operador económico Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana Difare S.A., la siguiente información: *“[...] Plantilla 2: llenar la columna “Cantón”, Fecha de apertura y Fecha de cierre. Algunas farmacias que tienen diferentes nombres, tienen la misma dirección, por lo que se debe verificar la validez de esta información [...] Plantilla 3: Llenar la información de la columna “Cantón y Propietario del cupo”. La información de las columnas “Distrito y Circuito” DEBEN llenarse con la codificación emitida por la SENPLADES en Registro Oficial No.290 de fecha 28 de mayo de 2012[...] en el caso de farmacias propias ésta debe ser entregada en un plazo máximo de quince (15) días improrrogables, mientras que para el caso de las farmacias franquiciadas ésta debe ser entregada en un plazo máximo de treinta (30) días improrrogables [...]*”.

3.13.- Con escrito recibido el 9 de junio de 2014, en la Secretaría General de la SCPM, el operador económico Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana Difare S.A, en contestación al oficio SCPM-IAC-185-2014 de 2 de junio de 2014, destaca: *“[...] Cumpliendo con lo requerido y dentro del término dispuesto, adjunto se servirá encontrar señor Intendente los 36 contratos de franquicia solicitados en copias certificadas [...]*”.

3.14.- Según escrito recibido el 16 de junio de 2014, en la Secretaría General de la SCPM, en respuesta al oficio SCPM-IAC-186-2014 de 2 de junio de 2014, dice:

“[...] Cumpliendo con lo requerido y dentro del plazo dispuesto, adjunto se servirá encontrar señor Intendente en CD sin protección alguna en formato Excel, la información correspondiente a las Plantillas Nos.2 y 3, correspondiente a las farmacias propias [...]”.

3.15.- A través el escrito recibido el 25 de junio de 2014, en la Secretaría General de la SCPM, el operador económico Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana Difare S.A. dando contestación al oficio No. SCPM-IAC-186-2014 de 2 de junio de 2014, señala: *“[...] agradecemos su comprensión señor Intendente y volvemos a adjuntar en CD sin protección alguna y en formato Excel, la información correspondiente a las Plantillas Nos. 2 y 3, de las farmacias propias [...]”.*

3.16.- Por medio del oficio SCPM-IAC-203-2014 de 25 de junio de 2014, la IAC, realiza observaciones en relación a los contratos solicitados mediante oficio SCPM-IAC-185-2014 de 2 de junio de 2014, sustenta: *“[...] se determina que el operador económico Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana (Difare) S.A, tiene completo y libre acceso a la información de ventas de sus farmacias franquiciadas, y que sus aseveraciones citadas en el presente oficio no proceden. Por este motivo, se solicita nuevamente y de manera urgente e improrrogable el envío de la información de las VENTAS NETAS de TODAS las farmacias franquiciadas entre el año 2008 al 2013 en el formato indicado en la Plantilla No.4, anexo al oficio SCPM-IAC-105-2014 de fecha 25 de marzo de 2014, para lo cual esta Autoridad le concede el Término de Cinco (5) días improrrogables [...]”.*

3.17.- Con escrito recibido el 01 de julio de 2014, en la Secretaría General de la SCPM, en contestación al oficio SCPM-IAC-186-2014 de 2 de junio de 2014, el operador económico Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana Difare S.A., expone: *“[...] Cumpliendo con lo requerido y dentro del plazo dispuesto, adjunto se servirá encontrar señor Intendente en CD sin protección alguna y en formato Excel, la información correspondiente a las Plantillas Nos.2 y 3, correspondiente a las farmacias franquiciadas [...]”.*

3.18.- Según escrito recibido el 03 de julio de 2014, en la Secretaría General de la SCPM, dando contestación al oficio No.SCPM-IAC-203-2014 de 25 de junio de 2014, el operador económico Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana Difare S.A, comunica: *“[...] conforme ya lo expusimos señor Intendente en nuestra comunicación del 19 de mayo de los corrientes y lo estamos explicando y sustentando, mi representada no está en la posibilidad de entregar información confiable a la Intendencia a su cargo respecto a las Ventas Totales de nuestras farmacias franquiciadas, pues el modelo de negocio y alcance de nuestro sistema*

Neptuno no nos permite consignar el desglose de información requerida en la Plantilla No.4 anexa al oficio SCPM-IAC-105-2014 de 25 de marzo de 2014.[...].” Y adiciona “[...] Sin embargo y considerando que el Contrato de Franquicia nos faculta para requerir información a nuestros franquiciados, incluso con el alcance solicitado por esa Intendencia en la Plantilla No.4, estaríamos prestos a iniciar un proceso de levantamiento de información manual punto por punto a nivel nacional, bajo el procedimiento manual expuesto, para lo cual, apelamos a su sensibilidad en el otorgamiento de un plazo no menor a sesenta días para cumplir con esta actividad [...]”.

3.19.- Mediante oficio SCPM-IAC-220-2014 de 14 de julio de 2014, la IAC, hace un resumen de los requerimientos, prórrogas, respuestas y reuniones mantenidas con Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana Difare S.A, y declara: “[...] bajo las prevenciones legales establecidas en los artículos citados supra, se ordena al operador económico Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana (Difare) S.A, que, en el término de CINCO (5) días improrrogables contados desde el día siguiente a la notificación del presente oficio, con la finalidad de que cumpla con la obligación de colaboración con esta Autoridad y entregue la información faltante[...].”

3.20.- Por medio del escrito recibido el 22 de julio de 2014, en la Secretaría General de la SCPM, dando contestación al oficio No.SCPM-IAC-220-2014 de 14 de julio de 2014, Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana (Difare) S.A, manifiesta: “[...] ratificamos nuestro compromiso señor Intendente de seguir colaborando con la Superintendencia de Control del Poder de Mercado en la entrega de información de la que disponemos y de levantar información de que no disponemos, dentro de plazos razonables que posibiliten su cumplimiento, en tal sentido, solicitamos a usted señor Intendente , concedernos una última prórroga de 5 días hábiles, en los cuales, considerando que nos encontramos en procesos de levantamiento de información que nos será proporcionada nuestras franquiciadas, lograremos levantarla y entregarla con el nivel de detalle requerido en la plantilla No.4.[...].”

3.21.- Con memorando SCPM-IAC-2014-M de 31 de julio de 2014, al que se adjunta el Informe No.SCPM-IAC-013-2014, suscrito por el ingeniero Christian Ruiz Hinojosa, se remite a esta Comisión el dictamen antes citado, en el cual se recomienda: “[...] requerir al operador económico Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana (Difare) S.A, que cumpla con su obligación de enviar la Plantilla No.4., al nivel del detalle solicitado por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado[...].”

3.22.- Por medio del escrito recibido 01 de agosto de 2014, en la Secretaría General de la SCPM, como alcance a su comunicación de 22 de julio de 2014, con la que dio contestación al oficio No.SCPM-IAC-220-2014 de 14 de julio de 2014, el operador económico Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana (Difare) S.A., entre otras cosas asevera: “[...] *deberá conocer usted señor Intendente que no fue posible obtener toda la información histórica de todas nuestras farmacias franquiciadas, año 2008-2013[...]* “[...] *de igual forma que hemos venido exponiendo en comunicaciones anteriores, ratificamos nuestro compromiso de seguir colaborando con la Superintendencia de Control del Poder de Mercado en la entrega de información de la que disponemos y de levantar información que no disponemos, siempre que para esto último, se nos otorguen plazos razonables que posibiliten su cumplimiento[...]*”.

3.23.- Mediante resolución de 21 de agosto de 2014, a las 09h42, la Comisión de Resolución de Primera Instancia de la SCPM, avoca conocimiento del Informe No.SCPM-IAC-013-2014 y declara incumplido a Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana DIFARE S.A. de la obligación de entregar información, concediéndole el término improrrogable de cinco (5) días para que entregue la información conforme fuera requerida en su momento por la Intendencia de Abogacía de la Competencia.

3.24.- De conformidad con el memorando SCPM-IAC-308-2014-M de 19 de septiembre de 2014, suscrito por el Inge. Christian Ruiz Hinojosa, MA, asevera: “[...] *En respuesta al memorando No.SCPM-SCPM-CRPI-468-2014 de fecha 9 de septiembre de 2014 y en cumplimiento a la Providencia del 8 de septiembre del mismo año a las 14h30, en la cual se dispone a la Intendencia de Abogacía de la Competencia se realice un “ informe preciso con respecto al cumplimiento de la entrega de información que ha sido solicitada por esta Comisión” informo a su Autoridad que la documentación entregada por el operador económico Distribuidora Ecuatoriana DIFARE S.A., contiene la información requerida. Por lo que salvo mejor criterio de la Comisión de Resolución de Primera Instancia se habría cumplido con el requerimiento de su Autoridad [...]*”.

3.25.- Con memorando Nro. SCPM-IAC-207-2015-M, de 24 de junio de 2015, suscrito por el economista Daniel Cedeño Gallegos, Intendente de Abogacía de la Competencia, refiriéndose a la providencia de 18 de junio de 2014, a las 08h40, precisa que: “[...] *la Intendencia de Abogacía cumple en indicar que se pronunció al respecto a través del memo SCPM-IAC-308-2014-M de fecha 19 de septiembre de 2014, en cuyo texto se precisa: pla documentación entregada por el operador económico Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana DIFARE S.A. contiene la información requerida [...]*”.

✱

CUARTO.- ALEGACIONES FORMULADAS POR LOS INTERVINIENTES.-

4.1.- Alegaciones formuladas por la IAC.-

- 4.1.1.** Mediante oficio No.SCPM-IAC-105-2014 de 25 marzo de 2014, la IAC, solicitó al operador económico Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana Difare S.A, información *“[...] la cual debía ser remitida en formato digital Excel.xls sin protección alguna en el término de quince días. Adjunto a este documento, en forma física se anexaron los formatos de las cuatro plantillas en las cuales se debía ingresar la información solicitada por cada variable [...]”*.
- 4.1.2.** Por medio del oficio SCPM-IAC-117-2014 de fecha 2 de abril de 2014, la IAC, solicita al operador económico Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana (Difare) S.A, *“[...] la creación de una cuenta de usuario para tener acceso vía internet a la información de georreferenciación de farmacias a nivel de distrito y circuitos a nivel nacional. La autoridad concede el término de diez (10) días al operador para el acceso a dicha información”*.
- 4.1.3.** En el Informe SCPM-IAC-013-2014, la IAC, sostiene que *“[...] el 23 de abril de 2014, mediante correo electrónico enviado a la dirección julio.cueva@grupodifare.com, se realizaron observaciones a la información entregada el 17 de abril de 2014, estableciendo una prórroga de cinco días para la entrega de la información faltante [...]”*.
- 4.1.4.** Según oficio SCPM-IAC-170-2014 de fecha 9 de mayo de 2014, la IAC, realiza las observaciones correspondientes a la comunicación recibida el 6 de mayo de 2014, por parte del operador económico Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana Difare S.A, y en relación a dichas indicaciones el órgano de investigación *“[...] le concede el término de cinco (5) días improrrogables para que cumpla el requerimiento de información realizado mediante oficio No.SCPM-IAC-105-2014 de fecha 25 de marzo de 2014 [...]”*.
- 4.1.5.** A través del oficio SCPM-181-2014 de 27 de mayo de 2014, la IAC, vuelve a realizar similares sugerencias a la información entregada por el operador económico Distribuidora Farmacéutica Difare S.A, el 9 de mayo de 2014, al mismo tiempo anuncia: *“[...] En relación a las observaciones descritas anteriormente, esta Autoridad le concede el término de CINCO (5) días improrrogables, contados desde el día siguiente a la entrevista solicitada, con la finalidad de que el operador económico Distribuidora Farmacéutica*

(Difare) S.A, cumpla con el requerimiento de información solicitado realizado mediante oficio SCPM-IAC-105 de fecha 25 de marzo de 2014 [...]”.

- 4.1.6.** Con oficio SCPM-IAC-185-2014 de fecha 2 de junio de 2014, la IAC, declara: *“[...] Como alcance al oficio SCPM-IAC-181-2014 con fecha 27 de mayo de 2014 y en concordancia a la reunión mantenida el día 30 de mayo de 2014 en las instalaciones de la Superintendencia, me permito solicitar de la manera más comedida, la siguiente información. La lista del Total por cada año de farmacias (tanto propias como franquiciadas) relacionadas con Distribuidora Farmacéutica (Difare). Este requerimiento aplica para la Plantilla 2 (entre el año 2008 al 2013) y Plantilla 3 (entre el año 2011 al 2013) [...] Se solicita se remita una copia notarizada de cada uno de los tipos de contratos que se hayan suscrito entre su representada y las farmacias franquiciadas entre el año 2012 al 2014. Los contratos deben provenir de 12 provincias diferentes, es decir, se debe enviar el total de treinta y seis (36) contratos. [...] Para la entrega de la información se concede el término de CINCO (5) días improrrogables [...]”.*
- 4.1.7.** Conforme al oficio SCPM-IAC-186-2014 de fecha 2 de junio de 2014, la IAC, solicita al operador económico Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana (Difare) S.A. la siguiente información: *“[...] Plantilla 2: Llenar la columna “Cantón”, Fecha de apertura y Fecha de cierre. Algunas farmacias que tienen diferentes nombres, tienen la misma dirección, por lo que se debe verificar la validez de esta información [...] Plantilla 3: Llenar la información de la columna “Cantón y Propietario del cupo”. La información de las columnas “Distrito y Circuito” DEBEN llenarse con la codificación emitida por la SENPLADES en Registro Oficial No.290 de fecha 28 de mayo de 2012 [...] en el caso de farmacias propias ésta debe ser entregada en un plazo máximo de quince (15) días improrrogables, mientras que para el caso de las farmacias franquiciadas ésta debe ser entregada en un plazo máximo de treinta (30) días improrrogables [...]”.*
- 4.1.8.** De conformidad con el oficio SCPM-IAC-203-2014 de 25 de junio de 2014, la IAC, realiza observaciones en relación a los contratos solicitados mediante oficio SCPM-IAC-185-2014 de 2 de junio de 2014, sustenta: *“[...] se determina que el operador económico Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana (Difare) S.A, tiene completo y libre acceso a la información de ventas de sus farmacias franquiciadas, y que sus aseveraciones citadas en el presente oficio no proceden. Por este motivo, se solicita nuevamente y de manera urgente e improrrogable el envío de la información de las VENTAS*

NETAS de TODAS las farmacias franquiciadas entre el año 2008 al 2013 en el formato indicado en la Plantilla No.4, anexo al oficio SCPM-IAC-105-2014 de fecha 25 de marzo de 2014, para lo cual esta Autoridad le concede el Término de Cinco (5) días improrrogables [...]".

4.1.9. Acorde con el oficio SCPM-IAC-220-2014 de 14 de julio de 2014, la IAC, hace un resumen de los requerimientos, prórrogas, respuestas y reuniones mantenidas con Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana (Difare) S.A, y declara: "*[...] bajo las prevenciones legales establecidas en los artículos citados supra, se ordena al operador económico Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana (Difare) S.A, que, en el término de CINCO (5) días improrrogables contados desde el día siguiente a la notificación del presente oficio, con la finalidad de que cumpla con la obligación de colaboración con esta Autoridad y entregue la información faltante[...]*".

4.1.10. Con memorando SCPM-IAC-2014-M de 31 de julio de 2014, al que se adjunta el Informe No.SCPM-IAC-013-2014, suscrito por el Ingeniero Christian Ruiz Hinojosa, se remite a esta Comisión el dictamen antes citado, en el cual se recomienda: "*[...] requerir al operador económico Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana (Difare) S.A, que cumpla con su obligación de enviar la Plantilla No.4., al nivel del detalle solicitado por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado[...]*".

4.2.- Alegaciones formuladas por el operador económico Distribuidora Farmacéutica ecuatoriana DIFARE S.A.-

4.2.1. Mediante escrito presentado el 17 de abril de 2014, a las 15h05, en la Secretaría General de la SCPM, manifiesta: "*[...] vendrá a su conocimiento señor Intendente que al haberse pedido la creación de una cuenta de usuario para tener acceso vía internet a la información de nuestra base cartográfica digital, su pedido lamentablemente no puede ser atendido, pues tenemos la limitación de usuario señalado por el contratista , dado que las especificaciones técnicas exigen trabajar con una dirección IP PRIVADA[...]* . Respecto a esta información la IAC, el 23 de abril de 2014, señala: "*[...] se realizaron observaciones, estableciendo una prórroga de cinco (5) días término para la entrega de la información faltante [...]*".

4.2.2. Según escrito recibido el 6 de mayo de 2014, a las 16h15, en la Secretaría General de la SCPM, precisa que: "*[...] dentro de la extensión solicitada, cumplimos con la entregan en el CD que acompañamos en formato Excel, de la Plantilla No.4, que contiene la información estadística de las ventas realizadas por todas las farmacias y botiquines pertenecientes al Grupo*

Económico Difare, en el período del año 2008 al 2013, desglosado el IVA por cada una de las categorías y de las Ventas Netas Totales [...]”.

- 4.2.3.** Mediante escrito recibido en la Secretaría General de la SCPM el 19 de mayo de 2014, afirma: *[...] En consecuencia, nos encontramos presentando la información adicional requerida en el oficio No.SCPM-IAC-170-2014 de 9 de mayo de 2014, en el que hemos incluido la data de que dispone mi representada [...]”.*
- 4.2.4.** A través del escrito recibido en la Secretaría General de la SCPM el 27 de mayo de 2014, como alcance a la información que se entregó el 19 de mayo de 2014, el operador económico Destruidora Farmacéutica Ecuatoriana Difare S.A, declara: *[...] Es el caso señor Intendente que posterior a la entrega, hemos caído en cuenta que en las plantillas Nos.1, correspondientes a las farmacias propias y de las farmacias franquiciadas Cruz Azul, se hizo constar en el número total de farmacias, tanto a las farmacias abiertas como a las cerradas, siendo entonces pertinente que se haga una aclaración con respecto de la referida información[...].” Y complementa “[...] En consecuencia, nos encontramos presentado en el CD adjunto las nuevas Plantillas Nos.1, [...]”.*
- 4.2.5.** Mediante escrito recibido en la Secretaría General de la SCPM el 28 de mayo de 2014, propone: *“[...] apelamos a su sensibilidad señor Intendente, y solicitamos se sirva diferir la realización de la Reunión de Trabajo que ha sido convocada para el día viernes 30 de mayo, a las 10h00 [...]”.*
- 4.2.6.** Por medio del escrito recibido el 9 de junio de 2014, en contestación al oficio SCPM-IAC-185-2014 de 2 de junio de 2014, destaca: *“[...] Cumpliendo con lo requerido y dentro del término dispuesto, adjunto se servirá encontrar señor Intendente los 36 contratos de franquicia solicitados en copias certificadas [...]”.*
- 4.2.7.** Acorde con el escrito recibido el 16 de junio de 2014, en la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, en respuesta al oficio SCPM-IAC-186-2014 de 2 de junio de 2014, dice: *“[...] Cumpliendo con lo requerido y dentro del plazo dispuesto, adjunto se servirá encontrar señor Intendente en CD sin protección alguna en formato Excel, la información correspondiente a las Plantillas Nos.2 y 3, correspondiente a las farmacias propias [...]”.*
- 4.2.8.** A través el escrito recibido el 25 de junio de 2014, en la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el operador económico Distribuidora



Farmacéutica Ecuatoriana Difare S.A, dando contestación al oficio No. SCPM-IAC-186-2014 de 2 de junio de 2014, señala: “[...] *agradecemos su comprensión señor Intendente y volvemos a adjuntar en CD sin protección alguna y en formato Excel, la información correspondiente a las Plantillas Nos. 2 y 3, de las farmacias propias [...]*”.

- 4.2.9.** De acuerdo con el escrito recibido en la Secretaría General de la SCPM el 01 de julio de 2014, en contestación al oficio SCPM-IAC-186-2014 de 2 de junio de 2014, expone: “[...] *Cumpliendo con lo requerido y dentro del plazo dispuesto, adjunto se servirá encontrar señor Intendente en CD sin protección alguna y en formato Excel, la información correspondiente a las Plantillas Nos.2 y 3, correspondiente a las farmacias franquiciadas [...]*”.
- 4.2.10.** Conforme al escrito recibido en la Secretaría General de la SCPM el 03 de julio de 2014, dando contestación al oficio No.SCPM-IAC-203-2014 de 25 de junio de 2014, comunica: “[...] *conforme ya lo expusimos señor Intendente en nuestra comunicación del 19 de mayo de los corrientes y lo estamos explicando y sustentando, mi representada no está en la posibilidad de entregar información confiable a la Intendencia a su cargo respecto a las Ventas Totales de nuestras farmacias franquiciadas, pues el modelo de negocio y alcance de nuestro sistema Neptuno no nos permite consignar el desglose de información requerida en la Plantilla No.4 anexa al oficio SCPM-IAC-105-2014 de 25 de marzo de 2014.[...]*” Y adiciona “[...] *Sin embargo y considerando que el Contrato de Franquicia nos faculta para requerir información a nuestros franquiciados, incluso con el alcance solicitado por esa Intendencia en la Plantilla No.4, estaríamos prestos a iniciar un proceso de levantamiento de información manual punto por punto a nivel nacional, bajo el procedimiento manual expuesto, para lo cual, apelamos a su sensibilidad en el otorgamiento de un plazo no menor a sesenta días para cumplir con esta actividad [...]*”.
- 4.2.11.** Por medio del escrito recibido el 22 de julio de 2014, dando contestación al oficio No.SCPM-IAC-220-2014 de 14 de julio de 2014, Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana (Difare) S.A, manifiesta: “[...] *ratificamos nuestro compromiso señor Intendente de seguir colaborando con la Superintendencia de Control del Poder de Mercado en la entrega de información de la que disponemos y de levantar información de que no disponemos, dentro de plazos razonables que posibiliten su cumplimiento, en tal sentido, solicitamos a usted señor Intendente , concedernos una última prórroga de 5 días hábiles, en los cuales, considerando que nos encontramos en procesos de levantamiento de información que nos será proporcionada nuestras*

franquiciadas, lograremos levantarla y entregarla con el nivel de detalle requerido en la plantilla No.4.[...]”.

- 4.2.12.** Conforme al escrito recibido 01 de agosto de 2014, en la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, como alcance a su comunicación de 22 de julio de 2014, con la que dio contestación al oficio No.SCPM-IAC-220-2014 de 14 de julio de 2014, el operador económico Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana (Difare) S.A., entre otras cosas asevera: “[...] *deberá conocer usted señor Intendente que no fue posible obtener toda la información histórica de todas nuestras farmacias franquiciadas, año 2008-2013 [...] de igual forma que hemos venido exponiendo en comunicaciones anteriores, ratificamos nuestro compromiso de seguir colaborando con la Superintendencia de Control del Poder de Mercado en la entrega de información de la que disponemos y de levantar información que no disponemos, siempre que para esto último, se nos otorguen plazos razonables que posibiliten su cumplimiento [...]*”.

QUINTO.- PRUEBAS PRESENTADAS POR LOS INTERVINIENTES Y SU VALORACIÓN.-

5.1.- Prueba presentada por la IAC.-

- 5.1.1.** A través del oficio SCPCP-IAC-105-2014 de 25 de marzo de 2014, IAC, solicita al operador económico Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana Difare S.A, la información constante en las Plantillas 1, 2 (desde el año 2008 al 2013), 3 (período comprendido entre 2011 al 2013) y 4 (período comprendido 2008 al 2013) (fs.1).
- 5.1.2.** Del oficio SCPM-IAC-117-2014 de 2 de abril de 2014, se establece que la IAC, solicitó al operador económico Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana (Difare) S.A., la creación de una cuenta de usuario para tener acceso vía internet a la información de la georreferenciación de distritos y circuitos a nivel nacional (fs.4).
- 5.1.3.** Con oficio SCPM-IAC-170-2014 de 9 de mayo de 2014, la IAC, le concede al operador económico Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana Difare S.A, el término de cinco (5) improrrogables para que cumpla con el requerimiento de información realizado mediante oficio No.SCPM-IAC-105-2014 de fecha 25 de marzo de 2014 (fs.34- 35).
- 5.1.4.** Mediante oficio SCPM-IAC-181-2014 de 27 de mayo de 2014, la IAC, le otorga el término de cinco (5) días improrrogables, con la finalidad de que el

✍

operador económico Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana Difare S.A. cumpla con el requerimiento de información realizado mediante oficio No.SCPM-105-2014 de fecha de 25 de marzo de 2014 (fs.52-53).

- 5.1.5.** Por medio del oficio SCPM-IAC-185-2014 de 02 de junio de 2014, la IAC, le otorga el término de cinco (5) días improrrogables, con la finalidad de que el operador económico Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana Difare S.A, cumpla con el requerimiento de información realizado mediante oficio No.SCPM-105-2014 de fecha de 25 de marzo de 2014 (fs.59-60).
- 5.1.6.** Conforme al oficio SCPM-IAC-203-2014 de 25 de junio de 2014, la IAC, solicita al operador económico Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana Difare S.A. de manera urgente e improrrogable el envío de las ventas de todas las farmacias franquiciadas entre el año 2008 y 2013, en el formato indicado en la Plantilla No.4, anexo al oficio SCPM-IAC-105-2014 de fecha 25 de marzo de 2014, para lo cual le concede el término de cinco (5) días improrrogables (fs.231).
- 5.1.7.** Acorde con el oficio SCPM-CRPI-220-014 de 14 de julio de 2014, la IAC, bajo prevenciones legales, solicita al operador económico Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana Difare S.A, en el término de cinco (5) días improrrogables, cumpla con la obligación de entregar la información faltante, ejecutando así el requerimiento de información inicial de 25 de marzo de 2014(fs.243-246).
- 5.1.8.** En el Informe de la IAC, signado con el No.SCPM-IAC-013-2014, remitido a la Comisión de Resolución de Primera Instancia, con memorando SCPM-IAC-240-2014-M de 31 de julio de 2014, en sus conclusiones señala que: “[...] consta de los antecedentes del presente informe que la Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana Difare S.A, no ha entregado la información requerida por la Superintendencia de Control del Poder del Mercado [...].”(fs.268-272).
- 5.1.9.** Con memorando SCPM-IAC-308-2014-M de 19 de septiembre de 2014, asevera: “[...] la IAC, manifiesta que en respuesta al memorando SCPM-CRPI-468-2014 de fecha 9 de septiembre de 2014 y en cumplimiento a la providencia de 8 de septiembre del mismo año, a las 14h30, en la cual se dispone a la Intendencia de Abogacía de la Competencia se realice un “informe preciso con respecto al cumplimiento de la entrega de la información que ha sido solicitada por esta Comisión”, informo a su Autoridad que la documentación entregada por el operador económico

Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana DIFARE S.A., contiene la información requerida [...].” (fs. 1.304).

5.2.- Prueba presentada por el operador económico Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana Difare S.A.-

- 5.2.1.** Mediante escrito recibido el 17 de abril de 2014, en la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el operador económico Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana Difare, manifiesta a la IAC, que al haberse pedido la creación de una cuenta de usuario para tener acceso vía internet a la información de su base cartográfica digital, su pedido no puede ser atendido. (fs.6-7).
- 5.2.2.** Con escrito recibido el 17 de abril de 2014, en la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el operador económico Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana Difare, señala que: *“[...] cumpliendo lo requerido adjunta en formato digital Excel, sin protección alguna las Plantillas 1, 2, 3, 4, en donde se ha consignado información correspondiente a las Ventas Netas Totales[...].”* (fs.16 y 17).
- 5.2.3.** Según escrito recibido el 30 de abril de 2014, en la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el operador económico indica que: *“[...] con la finalidad de cumplir con el nuevo requerimiento fue necesario revisar las bases históricas de su representada y lamentablemente se presentó un problema en la extracción de la información correspondiente al año 2010. Lo anterior nos impide cumplir con la entrega de la información desglosada dentro de la prórroga dada [...]”.* (fs.24-25).
- 5.2.4.** Por medio del escrito presentado el 6 de mayo de 2014, precisa que: *“[...] dentro de la extensión solicitada, cumplimos con la entrega en el CD que acompañamos en formato Excel, de la Plantilla No.4, que contiene la información estadística de las ventas realizadas por todas las farmacias y botiquines pertenecientes al Grupo Económico Difare, en el período comprendido entre el año 2008 al 2013[...].”* (fs.31-32).
- 5.2.5.** Mediante escrito recibido el 19 de mayo de 2014, expone: *“[...] nos encontramos presentando en el CD adjunto la información adicional requerida en el Oficio No.SCPM-IAC-170-2014 de 9 de mayo de 2014, en el que hemos incluido la data de que dispone mi representada [...]”*(fs.37-41).
- 5.2.6.** Según escrito presentado el 27 de mayo de 2014, en la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el operador económico Distribuidora

X

Farmacéutica Ecuatoriana Difare S.A, afirma: “[...] hemos caído en cuenta que en las Plantillas Nos.1, correspondientes a información de las farmacias propias y de las farmacias franquiciadas Cruz Azul, se hizo constar en el número total de farmacias, tanto a las farmacias abiertas como las cerradas, siendo entonces pertinente que se haga una aclaración con respecto de la referida información[...]”. (fs.50 y 51).

- 5.2.7.** Con escrito presentado el 9 de junio de 2014, en la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el operador económico Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana Difare S.A, declara: “[...] Cumpliendo con lo requerido y dentro del término dispuesto, adjunto se servirá encontrar señor Intendente los 36 contratos de franquicia solicitados en copias certificadas[...].” Y agrega “[...] Acompañamos igualmente en CD la información correspondiente a las planillas Nos.2 y 3, tanto de farmacias propias como franquiciadas, según lo requerido y convenido [...]”. (fs.62-65).
- 5.2.8.** Conforme al escrito presentado el 1 de julio de 2014, en la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el operador económico Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana Difare S.A, expresa: “[...] Cumpliendo con lo requerido y dentro del plazo dispuesto, adjunto se servirá encontrar señor Intendente en CD sin protección alguna y en forma Excel, la información correspondiente a las Plantillas Nos.2 y 3, correspondiente a las farmacias franquiciadas [...].”(fs.233).
- 5.2.9.** A través del escrito recibido el 3 de julio de 2014, anunció que: “[...] mi representada no está en posibilidad de entregar información confiable a la Intendencia a su cargo respecto a las ventas Totales de nuestras farmacias franquiciadas, pues el modelo de negocio de nuestro sistema Neptuno no nos permite consignar el desglose de la información requerida en la Plantilla No.4 anexa al oficio SCPM-IAC-105 de 25 de marzo de 2014 [...].” Y añade “[...] Sin embargo y considerando que el Contrato de franquicias nos faculta para requerir información a nuestros franquiciados, incluso con el alcance solicitado por esa Intendencia en la Plantilla No.4, estaríamos prestos a iniciar un proceso de levantamiento de información manual punto por punto a nivel nacional [...].”(fs.235 a 239).
- 5.2.10.** Mediante escrito presentado el 22 de julio de 2014, en la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, realiza un resumen de sus alegaciones formuladas durante el procedimiento de requerimiento de información,

adjunta 2CD y una declaración juramentada del Gerente de Tecnología DIFARE S.A.(fs.249-255).

5.2.11. En el escrito recibido el 01 de agosto de 2014, en la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el operador económico Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana (Difare) S.A. precisa que “[...] *no fue posible obtener toda la información histórica de todas nuestras farmacias franquiciadas, años 2008-2013 [...]*” y adjunta 1 CD (fs.281).

5.2.12. Del escrito recibido el 26 de agosto de 2014, en la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, se determina que el operador económico Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana (Difare) S.A, formula algunas alegaciones, solicita la revocatoria de la resolución de 21 de agosto de 2014, a las 09h42 y presenta copias certificadas del nombramiento de Presidente Ejecutivo de Difare, copias notariadas de escritos presentados a la IAC, comunicaciones y demás documentos de las Farmacias Franquiciadas (fs.276 a 1397).

5.2.13. En diligencia de inspección judicial solicitada por Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana (Difare) S.A, practicada el 29 de abril del 2015, a las Farmacias Cruz Azul, el dictamen pericial efectuado por la ingeniera Patricia Rosalía Jimbo Santana, se concluye

- “[...] *Una vez entendido el requerimiento que Difare debía entregar a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, considerando un escenario medio, trabajando una sola persona con los 670 locales de los Franquiciados teniendo en cuenta un tamaño de archivo promedio de 5902.94 kb la información debió estar disponible en 24 días término[...]*”.
- “[...] *Si se estima un escenario medio, trabajando un equipo de 28 personas como hace referencia en el punto No.4 del documento que entregó Difare en la “Diligencia de Inspección Judicial”, la información debió estar disponible en 5 días término[...]*”.
- “[...] *Considerando un escenario pesimista a base de los datos proporcionados, el tiempo requerido para procesar la información solicitada por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, en los 670 locales de los franquiciados teniendo en cuenta un tamaño de archivo promedio 279588.88 kb y un equipo de trabajo de 28 personas (como menciona el documento de Presentación Diligencia de Inspección*

X

Judicial provisto por Difare) la información debió estar disponible en 24 días término [...]”.

- *“Si se estima un escenario medio, trabajando un equipo de 28 personas como hace referencia en el punto No.4 del documento que entregó Difare en la “Diligencia de Inspección Judicial”, la información debió estar disponible como máximo en 5 días término [...]”.*

5.3.- Valoración de las pruebas presentadas por los intervinientes.-

5.3.1. La Comisión al realizar el análisis de las pruebas producidas y que obran en el expediente administrativo llega a la certeza de que mediante oficio No.SCPM-IAC-105-2014 de 25 marzo de 2014, la Intendencia de Abogacía de la Competencia de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, solicitó al operador económico Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana Difare S.A, información relacionada con: “[...] *Plantilla 1: Información del Grupo Económico al que pertenece, detallando las farmacias asociadas, distribuidores de productos farmacéuticos, productores, importadores y laboratorios, y proveedores varios. Plantilla 2: Información detallada de cada una de las farmacias y botiquines pertenecientes al grupo desde el año 2008 al 2013. Plantilla 3: Información detallada de los cupos de establecimientos farmacéuticos que tiene el grupo económico en el período comprendido entre 2011 al 2013. Plantilla 4: Información estadística de las ventas realizadas por todas las farmacias y botiquines pertenecientes al grupo en el período comprendido entre el año 2008 al 2013 [...]la cual debía ser remitida en formato digital Excel sin protección alguna en el término de quince días. Adjunto a este documento, en forma física se anexaron los formatos de las cuatro plantillas en las cuales se debía ingresar la información solicitada por cada variable [...]*”.

5.3.2. A partir de la solicitud inicial de requerimiento de información efectuado por la Intendencia de Abogacía de la Competencia, éste órgano de investigación le formuló un requerimiento de entrega de información, para lo cual, le concedió adicionalmente al operador económico Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana Difare S.A, ocho (8) prórrogas para que entregue la información requerida.

5.3.3. En el Informe de la IAC, signado con el No.SCPM-IAC-013-2014, remitido a la Comisión de Resolución de Primera Instancia, con memorando SCPM-IAC-240-2014-M de 31 de julio de 2014, en sus conclusiones señala que: “[...] *consta de los antecedentes del presente informe que la Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana Difare S.A, no ha entregado la información*

requerida por la Superintendencia de Control del Poder del Mercado [...].” Y agrega “[...] Esta Intendencia determina que existe incumplimiento de la obligación de “suministrar la información que requiere la Superintendencia así como de prestar la colaboración que esta requiera” [...].”

- 5.3.4.** Mediante resolución de 21 de agosto de 2014, a las 09h42, la Comisión de Resolución de Primera Instancia de la SCPM, avocó conocimiento del informe antes citado y declaró incumplido al operador económico Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana (DIFARE) S.A. por la no entrega de información concediéndole el término improrrogable de cinco días para que entregue la información que en su momento fue requerida por la Intendencia de Abogacía de la Competencia.
- 5.3.5.** Ante la declaratoria de incumplimiento por parte de esta Comisión, el operador económico con escrito del 26 de agosto de 2014, incorpora la información correcta y completa, conforme así lo certifica la Intendencia de Abogacía de la Competencia, al asegurar: *“[...] En respuesta al memorando No.SCPM-SCPM-CRPI-468-2014 de fecha 9 de septiembre de 2014 y en cumplimiento a la Providencia del 8 de septiembre del mismo año a las 14h30, en la cual se dispone a la Intendencia de Abogacía de la Competencia se realice un “ informe preciso con respecto al cumplimiento de la entrega de información que ha sido solicitada por esta Comisión” informo a su Autoridad que la documentación entregada por el operador económico Distribuidora Ecuatoriana DIFARE S.A., contiene la información requerida. Por lo que salvo mejor criterio de la Comisión de Resolución de Primera Instancia se habría cumplido con el requerimiento de su Autoridad [...].”*
- 5.3.6.** Finalmente, de acuerdo con el informe pericial practicado por la Ingeniera Patricia Rosalía Jimbo Santana, se concluye que:
- *“[...] Una vez entendido el requerimiento que Difare debía entregar a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, considerando un escenario medio, trabajando **una sola persona** con los 670 locales de los Franquiciados teniendo en cuenta un tamaño de archivo promedio de 5902.94 kb la información debió estar disponible en **24 días término** [...].”*
 - *“[...] Si se estima un escenario medio, trabajando un equipo de **28 personas** como hace referencia en el punto No.4 del documento que entregó Difare en la “Diligencia de Inspección Judicial”, la información debió estar disponible en **5 días término**[...]”.* ✕

- “[...] Considerando un escenario pesimista a base de los datos proporcionados, el tiempo requerido para procesar la información solicitada por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, en los 670 locales de los franquiciados teniendo en cuenta un tamaño de archivo promedio 279588.88 kb y un equipo de trabajo de 28 personas (como menciona el documento de Presentación Diligencia de Inspección Judicial provisto por Difare) la información debió estar disponible en 24 días término [...]”.
- “Si se estima un escenario medio, trabajando un equipo de 28 personas como hace referencia en el punto No.4 del documento que entregó Difare en la “Diligencia de Inspección Judicial”, la información debió estar disponible como máximo en 5 días término [...]”.

Es decir, se advierte con certeza que el operador económico con las 28 personas que trabajaron en la obtención de la información, según su misma referencia, debió entrega la información requerida en un término máximo de cinco (5) días, más sucede que desde el requerimiento inicial efectuado el 25 de marzo de 2014 hasta la última prórroga concedida el 14 de julio de 2014 transcurrieron setenta y siete (77) días término, aproximadamente, con lo cual se denota que el operador económico tuvo el tiempo suficiente y necesario para cumplir con su deber de colaboración establecido en el artículo 50 de la LORCPM.

- 5.3.7.** En resumen, a través de los medios de prueba que obran en el expediente, se determina en forma veraz y fehaciente que el operador económico Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana Difare S.A, incumplió con su obligación jurídica de entrega de información y que el último término concedido para que cumpliera con su deber fue el 14 de julio de 2014, el mismo que feneció el 22 de julio de 2014.

SEXTO.-FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO.-

6.1.- Fundamentos de hecho.-

La IAC solicitó al operador económico Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana Difare S.A. mediante oficio No.SCPM-IAC-105-2014 de 25 marzo de 2014, información que se detallaba en: “[...] *Plantilla 1: Información del Grupo Económico al que pertenece, detallando las farmacias asociadas, distribuidores de productos farmacéuticos, productores, importadores y laboratorios, y proveedores varios. Plantilla 2: Información detallada de cada una de las farmacias y botiquines*

pertenecientes al grupo desde el año 2008 al 2013. Plantilla 3: Información detallada de los cupos de establecimientos farmacéuticos que tiene el grupo económico en el período comprendido entre 2011 al 2013. Plantilla 4: Información estadística de las ventas realizadas por todas las farmacias y botiquines pertenecientes al grupo en el período comprendido entre el año 2008 al 2013 [...] la cual debía ser remitida en formato digital Excel.xls sin protección alguna en el término de quince días [...]".

El 17 de abril de 2014, a las 15h05, en la Secretaría General de la SCPM, se recibió la información por parte del operador económico Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana Difare S.A., a la cual, el 23 de abril de 2014 la IAC, señala: "[...] se realizaron observaciones, estableciendo una prórroga de cinco (5) días término para la entrega de la información faltante [...]" Por medio de "[...] correo electrónico recibido el 30 de abril el operador económico Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana Difare S.A, solicita una extensión a la prórroga por el término de tres(3) días, la cual fue aceptada y notificada mediante correo electrónico [...]"

A raíz del requerimiento inicial efectuado con oficio No.SCPM-IAC-2014 de 25 de marzo de 2014, por parte de la Intendencia de Abogacía de la Competencia, éste órgano de investigación le concedió adicionalmente al operador económico Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana Difare S.A, ocho (8) términos improrrogables para que entregue la información requerida, conforme se encuentra justificado con las alegaciones de la IAC y los instrumentos que obran en el expediente.

Finalmente, con memorando SCPM-IAC-240-2014-M de 31 de julio de 2014, la IAC, pone en conocimiento el informe previo de incumplimiento SCPM-IAC-013-2014, mediante el cual recomienda a esta Comisión proceda conforme a lo establecido en el artículo 106 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación del Poder de Mercado, requiriendo al operador económico Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana Difare S.A, para que cumpla con su obligación de enviar la Plantilla No.4.

6.2.- Fundamentos de derecho.-

6.2.1. Constitución de la República del Ecuador.-

Art. 76.- *“En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso (...)*”

✕

Art. 213.- “Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano (...).”

6.2.2. Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante LORCPM).-

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

Art. 50.- “Obligación de colaborar con los órganos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.- Toda persona natural o jurídica, pública o privada, así como las autoridades, funcionarios y agentes de la Administración Pública están obligados, sin necesidad de requerimiento judicial alguno, a suministrar los datos, la documentación, la información verdadera, veraz y oportuna, y toda su colaboración, que requiera la Superintendencia de Control del Poder de Mercado y sus servidores públicos, siempre que esto no violente los derechos ciudadanos. (...) Tratándose de los particulares que no suministraren la información requerida, serán sancionados con las multas y sanciones previstas en esta Ley. (...)”.

(Subrayado y negrillas nos pertenecen)

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

(...) Quien no suministrare a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado la información requerida por ésta o hubiere suministrado información incompleta o incorrecta, será sancionado con una multa de hasta 500 Remuneraciones Básicas Unificadas. (...)”. (Subrayado y negrillas nos pertenecen)

Art. 80.- “Criterios para la determinación del importe de las sanciones.- El importe de las sanciones se fijará atendiendo, entre otros, a los siguientes criterios: (...) d) La duración de la infracción (...)”.

6.2.3. Doctrina en materia de competencia.-

6.2.3.1. Derecho administrativo sancionador.-

El tratadista ecuatoriano Marco Morales Tobar, citando a Alejandro Nieto, respecto a la potestad sancionadora de la administración sostiene: *[...] proporciona una base muy sólida al Derecho Administrativo Sancionador, puesto que, así queda anclado en el ámbito constitucional del Estado superando los planteamientos habituales tradicionales, más rudimentarios, que buscan su justificación dogmática en la sanción en el ilícito o, a todo lo más, en la organización administrativa. En el principio de todo Derecho está una potestad administrativa sancionadora y un ordenamiento jurídico administrativo sancionador es por lo que puede hablarse, con propiedad de un Derecho Administrativo Sancionador [...]*”.

6.2.3.2. Carácter preventivo y disuasivo de la sanción.-

De acuerdo con el informe de la Fiscalía Nacional Económica de la República de Chile de 11 de noviembre de 20114, se indica que: *“[...] Las sanciones y remedios cumplen también una función preventiva, disuadiendo a los agentes económicos de infringir la ley. Las sanciones y remedios pueden cumplir una función preventiva especial o general, según si buscan establecer incentivos para evitar que el infractor sancionado reincida, o para prevenir que el universo de posibles infractores transgreda la ley, respectivamente.[...] Por regla general, las conductas declaradas ilegales por el derecho de competencia reportan beneficios económicos para quienes las llevan a cabo, e imponen costos a los consumidores y a la sociedad en general [...] el ordenamiento reducirá las infracciones y cumplirá exitosamente con su función preventiva en medida en que los agentes económicos puedan esperar más costos que beneficios al evaluar la conveniencia de involucrarse en una conducta ilegal. Por lo Mismo, una sanción será disuasiva en la medida en que asocie a la infracción un costo esperado mayor al beneficio esperado [...]*”.

6.2.4. Jurisprudencia.-

La Corte Constitucional enseña: *“[...] El principio de legalidad, reserva de ley o tipicidad, en el ámbito de las infracciones y sanciones, tiene una radical importancia en el quehacer jurídico de la sociedad, puesto que posibilita que las personas alcancen certeza y certidumbre de aquellas conductas que se encuentran permitidas y aquellas que se encuentran prohibidas; cuestión que trasciende al ámbito procesal, puesto que el órgano del poder público que cuenta con potestad para juzgar infracciones y determinar sanciones únicamente lo puede efectuar si existe una ley previa, expresa y taxativa, concretando el aforismo Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege, nullum crimen sine poena legales, el mismo que ampliado*

✕

técnicamente al ámbito de imposición de sanciones , configura el principio de juridicidad [...]”.

SEPTIMO.- CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS.-

Se ha constatado, sobre la base de la prueba actuada en el presente procedimiento administrativo, que el operador económico Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana S.A., frente al requerimiento de información realizado por la IAC, considerando las prórrogas otorgadas, no cumplió con su deber legal de prestar la debida colaboración a un órgano de la SCPM, en donde además, acorde con el informe pericial realizado, se ha demostrado que dicha información debió estar a disposición del órgano de control en un término máximo de 5 días, con la intervención de un equipo de 28 personas en la extracción de la información.

La infracción cometida por el operador económico Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana Difare S.A. conlleva una consecuencia jurídica prevista en el penúltimo inciso del artículo 79 de la LORCPM, esto es, la aplicación de una multa sancionadora de hasta quinientas (500) Remuneraciones Básicas Unificadas. En el caso sub iudice, la infracción fue cometida el 23 de julio de 2014, razón por la cual la Remuneración Básica Unificada que se encontraba vigente es de USD 340 (TRESCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA).

En este sentido, para efectos de una condena, se considera que el término máximo concedido para la entrega de información feneció el 22 de julio de 2014 y la declaratoria de incumplimiento se efectuó con Resolución de 21 agosto de 2014, a las 09h42. En tal virtud, entre el 23 de julio de 2014 y el 21 de agosto de 2014, existen 22 días término de retraso en que el operador económico Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana Difare S.A. no suministró información completa, razón por la cual, para la imposición de la **multa sancionadora** en atención a lo previsto en el penúltimo inciso del artículo 79 de la LORCPM, se debe observar la fórmula $MS(t) = nt$ contenida en el artículo 23 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM.

Finalmente, hay que considerar que el operador económico Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana S.A. en atención al requerimiento de información formulada por esta Comisión mediante resolución de 21 de agosto de 2014, en la que se le otorgó el término de cinco (5) días para que la presentare, cumplió con lo solicitado, entregando el 26 de agosto de 2014 la información, la cual fue validada por la Intendencia de Abogacía de la Competencia mediante informe de 19 de

septiembre de 2014. Por estas consideraciones no se aplica en contra del operador económico multa coercitiva.

OCTAVO.- IDENTIFICACIÓN DE LAS NORMAS O PRINCIPIOS VIOLADOS Y LOS RESPONSABLES.-

El artículo 1 de la LORCPM establece entre uno de los objetivos es buscar la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general de los consumidores y usuarios, razón por la cual al amparo de lo previsto en el artículo 50 de la LORCPM “[...] *toda persona natural o jurídica, pública o privada, así como las autoridades, funcionarios y agentes de la Administración Pública, están obligados, sin necesidad de requerimiento judicial alguno, a suministrar los datos, la documentación, la información verdadera, veraz y oportuna*” [...] Y añade “[...] *Tratándose de los particulares que no suministraren la información requerida, serán sancionados con multas y sanciones previstas en esta Ley* [...]”.

En el presente caso el operador económico Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana Difare S.A, al no entregar la información completa, la cual fue requerida inicialmente con oficio No.SCPM-IAC-105-2014 de 25 de marzo de 2014, por la IAC, violó su obligación legal de prestar la colaboración a un órgano de la SCPM, contenida en el artículo 50 de la LORCPM, por lo tanto, éste operador económico es responsable por la violación realizada a la norma legal antes invocada y en consecuencia se sujetará a lo dispuesto en el penúltimo inciso del artículo 79 de la LORCPM, en concordancia con el literal d) del artículo 80 del mismo Cuerpo Legal.

NOVENO.- DECISIÓN.- La Comisión de Resolución de Primera Instancia, en uso de las atribuciones, facultades y competencias previstas en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y en aplicación de la fórmula $MS(t) = nt$ desarrollada en el artículo 23 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

RESUELVE:

1. Aprobar el Informe No. SCPM-IAC-013-2014, remitido a la Comisión de Resolución de Primera Instancia mediante memorando SCPM-IAC-240-2014-M de 31 de julio de 2014, por la Intendencia de Abogacía de la Competencia, en el cual se concluye que el operador económico Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana Difare S.A, no suministró a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado la información requerida dentro del término que se le concedió. 

2. Sancionar al operador económico Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana Difare S.A, por el retardo de 22 días término en la entrega de información requerida por la Intendencia de Abogacía de la Competencia de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, con la imposición de una **multa sancionadora de doscientas veinte (220) Remuneraciones Básicas Unificadas**, cada una de USD.340,00 (TRESCIENTOS CUARENTA DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA), suma que asciende a la cantidad de UDS 74.800,00 (SETENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA).
3. Ordenar al operador económico Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana Difare S.A. que la multa sancionadora sea pagada dentro del término de quince (15) días contados a partir de la notificación de la presente Resolución, para cuyo efecto deberá depositar éstos valores económicos en la cuenta corriente del Banco del Pacífico No.744561 a nombre de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, cumplimiento de la obligación que deberá ser comunicada por escrito a esta Comisión.
4. Por cuanto el operador económico Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana DIFARE S.A. entregó la información solicitada dentro del término dispuesto por esta Comisión mediante Resolución de 21 de agosto de 2014 **no se le impone multas coercitivas** normadas en el artículo 85 de la LORCPM y artículo 105 y siguientes del Reglamento de la LORCPM.
5. Actúe en calidad de Secretario Ad-hoc de la Comisión el abogado Christian Torres Tierra.- **NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y PUBLIQUESE.**-

Abg. Juan Emilio Montero Ramírez

PRESIDENTE

Dr. Agapito Valdez Quiñonez

COMISIONADO

Dr. Marcelo Ortega Rodríguez

COMISIONADO