

**Expediente SCPM-CRPI-2015-007**

**SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.-** Quito, 12 de febrero de 2015, a las 11h40.- **VISTOS:** El Superintendente de Control del Poder de Mercado designó al abogado Juan Emilio Montero Ramírez, Comisionado Titular y Presidente de la Comisión, al doctor Agapito Valdez Quiñonez, Comisionado Titular y al doctor Marcelo Ortega Rodríguez Comisionado Titular, según los actos administrativos respectivos. En uso de sus atribuciones, 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, artículo 38, numeral 2 y artículo 79 penúltimo inciso de la Ley citada, 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 PROCESAL.-** 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, como en la Ley Orgánica de Regulación de Control del Poder del Mercado y su Reglamento, con observancia de las garantías constitucionales del debido proceso y derecho de defensa, así como 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 procesal de lo actuado.

**TERCERO.- ANTECEDENTES.-** Mediante memorando SCPM-IIAPMAPR-033-2015, de 22 de enero de 2015, el doctor Wagner Mantilla Cortés, Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado y Acuerdo de Prácticas Restrictivas, remitió a la Comisión de Resolución de Primera Instancia el Informe para sancionar a los operadores económicos en el caso Boticas, expediente Nro. SCPM-IIPMAPR-EXP-2014-027. En el informe de la referencia se da a conocer a ésta Comisión que los operadores económicos ECONOFARM S.A., REPRESENTACIÓN ORO VERDE REPORVERDE CIA LTDA. y WESTERN PHARMACEUTICAL S.A. incumplieron con su obligación de remitir la información requerida por la Intendencia de Abuso de Poder de Mercado y Acuerdo de Prácticas Restrictivas.

**CUARTO.- FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO.-**

**4.1.- Fundamentos de hecho.-**

En el Informe para sancionar a los operadores económicos en el caso Boticas, expediente Nro. SCPM-IIPMAPR-EXP-2014-027 se da a conocer que:

#### 4.1.1. Respecto del operador económico ECONOFARM S.A.

*“Mediante providencia de fecha 31 de marzo de 2014, a las 10h00, debidamente notificada al operador económico ECONOFARM S.A., con fecha 31 de marzo de 2014, a las 16h15, se solicitó que en el término de diez (10) días, envíe copias certificadas de un contrato, convenio, o acuerdo tipo de ‘franquicia’, suscrito entre su representada y propietarios de farmacias o boticas independientes; celebrados en las ciudades de Quito, Guayaquil y Cuenca, correspondiente a los años 2012, 2013 y 2014 (...).”*

*“Mediante providencia de fecha 19 de noviembre de 2014 a las 12h30, debidamente notificada al operador económico ECONOFARM S.A., con fecha 20 de noviembre de 2014 a las 09h15 se dispone ‘(...) VIGÉSIMO.- (...) b) Al operador económico en mención, se insiste bajo prevenciones de Ley para que remita a esta Intendencia en el término de dos (2) días contados a partir de la notificación de esta providencia, copias certificadas de los dispuesto en providencia de 31 de marzo de 2014 (...).”*

*“Dicho requerimiento no ha sido atendido hasta la fecha por el operador económico en mención.”*

#### 4.1.2. Respecto del operador económico REPRESENTACIÓN ORO VERDE REPORVERDE CIA LTDA.

Mediante providencia de fecha 21 de octubre de 2014 a las 10h30, debidamente notificada al operador económico REPRESENTACIÓN ORO VERDE REPORVERDE CIA. LTDA., con fecha 23 de octubre de 2014 a las 10h38, se dispone “(...) TERCERO.- Se solicita a las operadoras económicas [...] REPRESENTACIÓN ORO VERDE REPORVERDE CIA. LTDA, en el término de diez (10) días contados a partir de la notificación de esta providencia, remita a esta Intendencia en formato Excel no protegido las siguientes Plantillas: a) Plantilla AD – Información sobre competidores en el aprovisionamiento directo a farmacias y botiquines b) Plantilla BD – Información sobre ventas o aprovisionamientos mensuales a farmacias y botiquines, por tipo de producto, desde enero del año 2008 hasta agosto del año 2014. C) Plantilla CD – Ventas o aprovisionamientos mensuales por principio activo, desde enero del 2008 hasta agosto de 2014 a farmacias y botiquines. d) Plantilla DD – Ventas o aprovisionamientos anuales a farmacias y botiquines, por ubicación geográfica en el Ecuador, excluido alimentos y bebidas. Periodos 2008 al 2013(...)”.

*“Mediante providencia de fecha 02 de diciembre de 2014, a las 08h35, debidamente notificada al operador económico REPRESENTACIÓN ORO VERDE REPORVERDE CIA LTDA., con fecha 03 de diciembre de 2014 a las 11h19, se dispone: ‘[...] QUINTO.- A los operadores [...] REPRESENTACIÓN ORO VERDE REPORVERDE CIA LTDA, bajo prevenciones de Ley se les insiste que en el término de tres (3) días contados a partir de la notificación de esta providencia, remita a esta Intendencia la Información solicitada en Plantillas AD, BD y DD mediante providencia de fecha 21 de octubre de 2014, a las 10h30’ (...)”.*

#### 4.1.3. Respeto del operador económico WESTERN PHARMACEUTICAL S.A.

*“Mediante providencia de fecha 21 de octubre de 2014 a las 10h30, debidamente notificada al operador económico WESTERN PHARMACEUTICAL con fecha 23 de octubre de 2014 a las 10h45, se dispone ‘[...]TERCERO.- Se solicita a los operadores económicos [...]WESTERN PHARMACEUTICAL S.A. [...] en el término de diez (10) días contados a partir de la notificación de esta providencia, remita a esta Intendencia, en formato Excel no protegido las siguientes Plantillas: a) Plantilla AB – Información sobre competidores en el aprovisionamiento directo a farmacias y botiquines. b) Plantilla BD – Información sobre ventas o aprovisionamientos mensuales a farmacias y botiquines, por tipo de producto, desde enero del año 2008 hasta agosto del año 2014. C) Plantilla CD – Ventas aprovisionamientos mensuales por principio activo, desde enero del 2008 hasta agosto de 2014 a farmacias y botiquines. d) Plantilla DD – Ventas o aprovisionamientos anuales a farmacias y botiquines, por ubicación geográfica en el Ecuador, excluido alimentos y bebidas. Periodos 2008 al 2013 (...)”.*

En providencia de 12 de diciembre de 2014 a las 14h00 se dispone: *“SEXTO.- (...) d) Se Insiste bajo prevenciones de ley, al operador económico WESTERN PHARMACEUTICAL S.A., para que en el término de tres (3) días contados a partir de la notificación de la presente providencia, complete la información de la plantilla BD, conforme las instrucciones proporcionadas mediante CD adjunto a providencia dictada el 21 de octubre de 2014 a las 10h30. Esto es, con las ventas o aprovisionamientos a farmacias y botiquines realizadas en los meses de enero hasta agosto del año 2014; e) Insistir bajo prevenciones de ley, para que el operador económico WESTERN PHARMACEUTICAL S.A. remita en el término de tres (3) días contados a partir de la notificación de la presente providencia, la información solicitada en plantilla DD, conforme las instrucciones proporcionadas mediante CD adjunto a providencia dictada el 21 de octubre de 2014 a las 10h30. Esto es llenando los campos de ventas en caso de que la(s) transacción(es) con establecimiento farmacéutico minorista involucre(n) la entrega de uno o varios productos a un precio establecido para el efecto; y, llenando los campos de aprovisionamiento en caso de que la(s) transacción(es) con el establecimiento farmacéutico minorista involucre(n) la entrega de productos, sin realizar un cobro ni establecer un precio por ello y sin incluir productos que hayan sido entregados como bonificaciones, donaciones o resultado de cualquier promoción.”*

*“Dicho requerimiento no ha sido atendido hasta la fecha por el operador económico en mención”.*

#### **4.2. Fundamentos de Derecho.-**

En relación al caso en análisis hay que observar el presupuesto legal contenido en el artículo 85 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, que textualmente refiere:

*“Multas coercitivas.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, independientemente de las multas sancionadoras y sin perjuicio de la adopción de otras medidas de ejecución forzosa previstas en el ordenamiento, podrá imponer, previo requerimiento del cumplimiento a las empresas u operadores económicos, asociaciones, uniones o agrupaciones de éstas, y agentes económicos en general, multas coercitivas de hasta 200 (doscientos) Remuneraciones Básicas Unificadas al día con el fin de obligarlas: (...) d. Al cumplimiento del deber de colaboración establecido en el artículo 50. (...)”.*

Adicionalmente, para el caso en análisis se debe considerar lo establecido en el artículo 105, literal d) del Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (RLORCPM), que textualmente refiere:

*“Multas coercitivas.- En aplicación del artículo 85 de la ley, el órgano de sustanciación y resolución podrá imponer a las empresas u operadores económicos, asociaciones, uniones o agrupaciones de estas, y agentes económicos en general multas coercitivas de hasta 200 (doscientos) Remuneraciones Básicas Unificadas al día, cuando: (...) d) Se ha incumplido con la obligación de suministrar la información que requiere la Superintendencia así como prestar la colaboración que esta requiera (...)”.*

Y, finalmente se debe considerar lo previsto en el artículo 106 del RLORCPM que precisa:

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

**QUINTO.- RESOLUCIÓN.-** La Comisión de Resolución de Primera Instancia en uso de las atribuciones establecidas en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, su Reglamento, el Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, y en atención a lo previsto en el artículo 106 del Reglamento de la LORCPM,

**RESUELVE:**

1. Declarar el incumplimiento de la obligación contenida en el artículo 105 literal d) del Reglamento de la LORCPM, esto es no haber suministrado información que requería la Superintendencia de Control del Poder de Mercado a través de la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos de Prácticas Restrictivas, dentro del expediente Nro. SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-027.

2. Requerir al operador económico ECONOFARM S.A. que en el término de cinco (5) días, contados a partir de la notificación de la presente Resolución, remita a esta Comisión “(...) *copias certificadas de un contrato, convenio, o acuerdo tipo de 'franquicia', suscrito entre su representada y propietarios de farmacias o boticas independientes; celebrados en las ciudades de Quito, Guayaquil y Cuenca, correspondiente a los años 2012, 2013 y 2014(...)*”, información solicitada por la IIAPMAPR mediante providencia de 31 de marzo de 2014 a las 10h00.
  
3. Requerir al operador económico REPRESENTACIÓN ORO VERDE REPORVERDE CIA LTDA. que en el término de cinco (5) días, contados a partir de la notificación de la presente Resolución, remita a esta Comisión “(...) *en formato Excel no protegido las siguientes Plantillas: a) Plantilla AD – Información sobre competidores en el aprovisionamiento directo a farmacias y botiquines b) Plantilla BD – Información sobre ventas o aprovisionamientos mensuales a farmacias y botiquines, por tipo de producto, desde enero del año 2008 hasta agosto del año 2014. c) Plantilla CD – Ventas o aprovisionamientos mensuales por principio activo, desde enero del 2008 hasta agosto de 2014 a farmacias y botiquines. d) Plantilla DD – Ventas o aprovisionamientos anuales a farmacias y botiquines, por ubicación geográfica en el Ecuador, excluido alimentos y bebidas. Periodos 2008 al 2013(...)*”, información solicitada por la IIAPMAPR mediante providencia de 21 de octubre de 2014 a las 10h30.
  
4. Requerir al operador económico WESTERN PHARMACEUTICAL S.A. que en el término de cinco (5) días, contados a partir de la notificación de la presente Resolución, remita a esta Comisión:
  - 4.1. La información completa “(...) *de la plantilla BD, conforme las instrucciones proporcionadas mediante CD adjunto a providencia dictada el 21 de octubre de 2014 a las 10h30. Esto es, con las ventas o aprovisionamientos a farmacias y botiquines realizadas en los meses de enero hasta agosto del año 2014(...)*”; y,
  
  - 4.2. La información solicitada “(...) *en plantilla DD, conforme las instrucciones proporcionadas mediante CD adjunto a providencia dictada el 21 de octubre de 2014 a las 10h30. Esto es llenando los campos de ventas en caso de que la(s) transacción(es) con establecimiento farmacéutico minorista involucre(n) la entrega de uno o varios productos a un precio establecido para el efecto; y, llenando los campos de aprovisionamiento en caso de que la(s) transacción(es) con el establecimiento farmacéutico*”

†

*minorista involucre(n) la entrega de productos, sin realizar un cobro ni establecer un precio por ello y sin incluir productos que hayan sido entregados como bonificaciones, donaciones o resultado de cualquier promoción.”.*

Actúe la doctora Marcel Carrera Montalvo, en calidad de Secretario Ad-hoc.-  
**NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE y PUBLÍQUESE.-**

  
Abg. Juan Emilio Montero Ramírez  
**COMISIONADO PRESIDENTE**

  
Dr. Agapito Valdez Quiñonez  
**COMISIONADO**

  
Dr. Marcelo Ortega Rodríguez  
**COMISIONADO**

## EXPEDIENTE SCPM-CRPI-2015-007

**SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISION DE RESOLUCION DE PRIMERA INSTANCIA.-** Quito, 03 de junio de 2015, las 16h55.- **VISTOS:** El Superintendente de Control del Poder de 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. Por corresponder al estado del procedimiento el de resolver, se lo realiza en los siguientes términos:

**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, artículo 38, numeral 2 y artículo 79 penúltimo inciso de la Ley citada, 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 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, como en la Ley Orgánica de Regulación de Control del Poder del Mercado y su Reglamento, con observancia de las garantías constitucionales del debido proceso y derecho de defensa, así como 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 procesal de lo actuado.

### **TERCERO.- ANTECEDENTES.-**

**3.1.-** Con fecha 8 de octubre de 2013, la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, (IIAPMAPR en adelante), resolvió abrir de oficio la Investigación Preliminar para el expediente No. SCPM-IIAPMAPR-2103-027. El 28 de agosto de 2014, se inicia la Investigación Formal. Con fecha 22 de enero de 2015, El doctor Wagner Mantilla Cortés, Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, remite a esta Comisión de Resolución de Primera Instancia (CRPI en adelante) el *"Informe para sanciones a los operadores económicos"* contenida en el Memorando SCPM-IIAPMAPR-033-2015, dentro de la investigación señalada. Los operadores reportados son: ECONOFARM S.A., [...] por no haber colaborado con la obligación de entregar información con la SCPM. El 8 de octubre del 2013, la IIAPMAPR resuelve abrir de oficio la investigación preliminar del caso contenido en el expediente No. SCPM-IIAPMAPR-2013-027. El 28 de agosto del 2014 se da inicio a la investigación formal en contra de varios operadores económicos. ↵

3.2.- El 12 de febrero de 2015, la CRPI, avocó conocimiento de la presente causa y le asignó el No. SCPM-CRPI-2015-007, procediendo a correr traslado a los operadores económicos antes citados y expongan sus observaciones en el término de tres días, de conformidad con el literal b) del artículo 23 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM.

3.3.- El 12 de febrero de 2015, la CRPI, resolvió declarar el incumplimiento de la obligación contenida en el artículo 105 del Reglamento de Aplicación de la LORCPM, al operador económico ECONOFARM S.A.

3.4.- Mediante providencia de 20 de febrero de 2015, la CRPI abre el término de prueba por el término de 6 días. Y señala fecha y hora para una audiencia que se verificará el 26 de febrero del 2015.

3.5.- El abogado Wagner Mantilla Cortés, Intendente de la IIAPMAPR, mediante Memorando SCPM-IIAPAPR-2015-095-M, del 26 de febrero del 2015, se ratifica en el informe inicial.

#### **CUARTO.- ALEGACIONES DE LAS PARTES.-**

4.1.- El operador económico ECONOFARM S.A., alega que En relación a la solicitud de declaratoria de incumplimiento de la obligación “NADIE ESTÁ AOBLIGADO A LO IMPOSIBLE” “*Ad impossibilia nemo tenetur* (nadie está obligado a lo imposible) es un principio universal del derecho que debe aplicarse y considerarse en el expediente, ya que al no contar con lo solicitado no pueden obligar a cumplir lo imposible, siendo un *lapsus* la no aclaración escrita pero que no constituye una falta de colaboración con la administración, más aún cuando se explicó el modelo de negocio de ECONOFARM en reiteradas ocasiones a la Intendencia, bajo múltiples intendentes y demás delegados.- En consonancia con ello, el artículo 1477 del Código Civil expresa que, “(...) Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público”, con el propósito de exonerar al operador económico ECONOFARM S.A.

4.2.- Respecto de las alegaciones presentadas por el operador económico ECONOFARM S.A., la IIAPMAPR, informa en su Memorando SCPM-IIAPMAPR-127-2015-M de 18 de marzo del 2015, que en reunión mantenida con esa Intendencia el 24 de enero del 2014 a las 14h00 entre funcionarios de la IIAPMAPR y representantes de ECONOFARM S.A., “en la misma los representantes de ECONOFARM S.A., se dirigen y se refieren a la relación que mantienen con las farmacias franquiciadas de marca comercial SANA SANA como “[...] nuestras franquiciadas [...]” o “[...] nuestros franquiciados [...]”, entre otras expresiones equivalentes. Asimismo en la reunión no se hace mención del operador económico, solamente se considera la situación de ECONOFARM S.A. dentro del mercado farmacéutico. De esta manera se sustenta lo actuado en lo posterior por parte la IIAPMAPR.

#### **QUINTO.- PRUEBAS PRESENTADAS POR LOS INTERESADOS Y SU VALORACIÓN.-**

## **5.1.- Prueba presentada por la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas.-**

- 5.1.1.** Informe No. SCPM-IIAPMAPR-2015-005, de 13 de enero de 2015, suscrito por el doctor Wilmer Campaña Chávez, Director Nacional de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, mediante el cual da a conocer que al operador económico ECONOFARM S.A. le requirieron por múltiples ocasiones remita a la IIAPMAPR copias certificadas de un contrato, convenio o acuerdo tipo de "franquicia" suscrito entre su representada y propietarios de farmacias o boticas independientes, celebrados en las ciudades de Quito, Guayaquil o Cuenca, correspondientes a los años 2012, 2013 y 2014. Precisa además que el operador económico no cumplió con la entrega de información requerida. (fs. 002 a 006).
- 5.1.2.** Copias certificadas de la providencia de fecha 31 de marzo del 2014, a las 10h00, y del oficio de notificación Nro. SCPM-IIAPMAPR-133-2014 del 31 de marzo de 2014, en el que se requiere al operador económico ECONOFARM que en el término de diez (10) días envíe copias certificadas de un contrato, convenio o acuerdo tipo de "franquicia" suscrito entre su representada y propietarios de farmacias o boticas independientes, celebrados en las ciudades de Quito, Guayaquil o Cuenca, correspondientes a los años 2012, 2013 y 2014. (fs. 008 a 010).
- 5.1.3.** Copias certificadas de la providencia de 19 de noviembre de 2014, a las 12h30 y del oficio de notificación Nro. SCPM-IIAPMAPR-2014-774 de 19 de noviembre de 2014, mediante el cual se le requiere al operador económico ECONOFARM por segunda ocasión que en el término de 48 horas remita la información solicitada. (fs. 014 a 018).
- 5.1.4.** Memorando No. SCPM-IIAPMAPR-2015-095-M de 26 de febrero de 2015, mediante el cual se ratifica en el contenido íntegro del Informe Nro. SCPM-IIAPMAPR-2015-005, de 13 de enero de 2015.

## **5.2.- Prueba presentada por el operador económico ECONOFARM S.A.-**

- 5.2.1.** Escrito presentado en la Secretaría General de la SCPM el 20 de febrero de 2015, a las 17h00, constante a fojas 124 a 132, mediante el cual manifiesta que: "[...] *ECONOFARM S.A., ratifica que no tiene un contrato, convenio o acuerdo de tipo franquicia suscrito entre ésta y propietario alguno de farmacias o boticas independientes celebrados en las ciudades de Quito, Guayaquil y Cuenca, correspondiente a los años 2012, 2013 y 2014 [...]*".
- 5.2.2.** Como prueba adicional agregó en la Audiencia llevada a cabo el 26 de febrero de 2015, la presentación de las diapositivas mediante la cual sostienen que su modelo de gestión no se basa en la suscripción de contratos de franquicias sino de licencias de uso de signos distintivos entre Provefarma, Farmagestión y Econofarm. A

## **5.3.- Valoración de la prueba presentada por las partes.-**

- 5.3.1. Se constata que la IIAPMAPR requirió por múltiples ocasiones al operador económico ECONOFARM S.A. que remitiera información relacionada con copias certificadas de un contrato, convenio o acuerdo tipo de “franquicia” suscrito entre su representada y propietarios de farmacias o boticas independientes, celebrados en las ciudades de Quito, Guayaquil o Cuenca, correspondientes a los años 2012, 2013 y 2014.
- 5.3.2. Consta probado en el expediente que mediante providencia de 31 de marzo de 2014, a las 10h00, y notificada mediante oficio Nro. SCPM-IIAPMAPR-133-2014 del mismo día, se requirió al operador económico que en el término de diez días entregue copias de un contrato, convenio o acuerdo tipo de “franquicia” suscrito entre su representada y propietarios de farmacias o boticas independientes, celebrados en las ciudades de Quito, Guayaquil o Cuenca, correspondientes a los años 2012, 2013 y 2014.
- 5.3.3. Se corrobora del expediente que mediante providencia de 19 de noviembre de 2014, a las 12h30 y notificada mediante oficio Nro. SCPM-IIAPMAPR-2014-774, del mismo día, se requirió al operador económico ECONOFARMA que en el término de 48 horas remita la información requerida en su momento mediante providencia de 31 de marzo de 2014; es decir, copias de un contrato, convenio o acuerdo tipo de “franquicia” suscrito entre su representada y propietarios de farmacias o boticas independientes, celebrados en las ciudades de Quito, Guayaquil o Cuenca, correspondientes a los años 2012, 2013 y 2014.
- 5.3.4. Finalmente, se aprecia que el operador económico no cumplió con su deber de colaboración, pues a pesar de los requerimientos formulados por la IIAPMAPR éste no entregó las copias requeridas oportunamente.

## **SEXTO.- FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO.-**

### **6.1.- Fundamentos de Hecho.-**

- 6.1.1. Con fecha 8 de octubre de 2013, la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, (IIAPMAPR en adelante), resolvió abrir de oficio la Investigación Preliminar para el expediente No. SCPM-IIAPMAPR-2103-027. El 28 de agosto de 2014, se inicia la Investigación Formal. Con fecha 22 de enero de 2015, El doctor Wagner Mantilla Cortés, Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, remite a esta Comisión de Resolución de Primera Instancia (CRPI en adelante) el “Informe para sanciones a los operadores económicos” contenida en el Memorando SCPM-IIAPMAPR-033-2015, dentro de la investigación señalada. Los operadores reportados son entre otros ECONOFARM S.A., al que se le solicitó copias certificadas de un contrato, convenio, o acuerdo tipo de ‘franquicia’, suscrito entre su representada y propietarios de farmacias o boticas independientes; celebrados en las ciudades de Quito, Guayaquil y Cuenca correspondientes a los años 2012, 2013

y 2014 [...]; requerimiento que no fue atendido, por lo que se inicia un expediente por no haber colaborado con la obligación de entregar información con la SCPM. En las conclusiones del señor Intendente solicita que en aplicación del artículo 79 de la LORCPM se imponga a los operadores económicos, entre otros al operador económico ECONOFARM S.A., la máxima de las sanciones contempladas en la disposición invocada por no suministrar a la SCPM la información requerida dentro del término concedido para el efecto.

**6.1.2.** El 12 de febrero de 2015, la CRPI, avocó conocimiento de la presente causa y le asignó el No. SCPM-CRPI-2015-007, procediendo a correr traslado a los operadores económicos antes citados y expongan sus observaciones en el término de tres días, de conformidad con el literal b) del artículo 23 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM.

**6.1.3.** El 12 de febrero de 2015, la CRPI, resolvió declarar el incumplimiento de la obligación contenida en el artículo 105 del Reglamento de Aplicación de la LORCPM, al operador económico ECONOFARM S.A., y que en el término de 5 días el operador económico ECONOFARM S.A., “[...] copias certificadas de un contrato, convenio, o acuerdo tipo de ‘franquicia’, suscrito entre su representada y propietarios de farmacias y boticas independientes; celebrados en las ciudades de Quito, Guayaquil y Cuenca, correspondiente a los años 2012, 2013 y 2014 [...]”.

**6.1.4.** El abogado Wagner Mantilla Cortés, Intendente de la IIAPMAPR, mediante Memorando SCPM-IIAPAPR-2015-095-M, del 26 de febrero del 2015, dirigido al abogado Juan Emilio Montero Ramírez, Presidente de la CRPI solicita se reproduzca íntegramente su informe SCPM-IIAPMAPR-005-2015, del 13 de enero del 2015, ya que los fundamentos de hecho y de derecho que motivaron el mencionado informe no han cambiado.

## **6.2.- Fundamentos de Derecho.-**

### **6.2.1. LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO.-**

*“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. Las autoridades y servidores públicos a los que se refiere el inciso precedente están obligados a prestar su colaboración y ayuda, so pena de las sanciones previstas en la ley que regule el servicio público por el incumplimiento de sus deberes esenciales y la presente* 

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

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

*“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”*

## **SÉPTIMO.- IDENTIFICACIÓN DE LAS NORMAS O PRINCIPIOS VIOLADOS Y LOS RESPONSABLES Y CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS.-**

7.1. La Intendencia solicita, mediante providencia de 31 de marzo de 2014 a las 10h00, debidamente notificada al operador económico ECONOFARM S.A., el 31 de marzo de 2014 a las 16h15, providencia que solicita que en el término de 10 días, envíe copias certificadas de un contrato, convenio, o acuerdo tipo de “franquicia” suscrito entre ECONOFARM S.A., y propietarios de farmacias o boticas: celebrados en las ciudades de Quito, Guayaquil y Cuenca, correspondientes a los años 2012, 2013 y 2014, aclarando que ECONOFARM debía remitir un contrato por cada ciudad y por cada año. El 19 de noviembre de 2014, mediante providencia la Intendencia insiste bajo prevenciones legales para que en el término de dos días remita la documentación solicitada el 31 de marzo de 2014.

7.2. Respecto de lo manifestado, es necesario precisar que la Intendencia hace un requerimiento de carácter general, y solicita el contrato, o el convenio o el acuerdo tipo “franquicia”, al solicitar la SCPM la información, era la obligación del operador económico remitir la información de conformidad con la estructuración interna de la organización, más aún cuando el pedido fue muy abierto, y cae dentro de la generalidad de la solicitud realizada por la Intendencia, en la que, inclusive, se manifiesta en la parte pertinente como tipo “franquicia”, es decir, la Intendencia no conocía con precisión el tipo de contrato, convenio o acuerdo que tiene ECONOFARM S.A., con sus farmacias dependientes, ya que la autoridad de competencia no tiene la obligación de conocer el decantado “modelo de negocio” diseñado e implementado por el operador económico. La dinámica de relacionamiento entre la SCPM y el operador económico permitía que ECONOFARM S.A., explique a la autoridad cuál era su modelo de negocio, o en su defecto, al momento de cumplir con la solicitud de la Superintendencia, era que remita la documentación con la estructuración funcional del operador económico, explicando cuales eran los mecanismos de funcionamiento de la organización. La Intendencia nunca tuvo conocimiento, (y no tenía por qué tenerlo) que la que empresa, organización o entidad que firmaba los contratos de franquicia era FARMAGESTIÓN S.A., situación que bien pudo haber sido aclarada por el

operador económico ECONOFARM S.A., en el proceso de cumplimiento de lo solicitado por la SCPM.

7.3. ECONOFARM S.A. incumplió un total de 57 días término, contados desde el día siguiente del último plazo de vencimiento, 24 de noviembre del 2014, para entregar la información solicitada, hasta el día 12 de febrero del 2015, día en el que la CRPI, resolvió declarar el incumplimiento de la obligación contenida en el artículo 105 del Reglamento de Aplicación de la LORCPM, al operador económico ECONOFARM S.A.

7.4. El informe No. SCPM-IIAPMAPR-06-2015, informa que el volumen de negocio del operador económico ECONOFARM asciende a más de 358 millones de dólares para el ejercicio fiscal del año 2014, por lo que se considera un operador económico grande.

7.5. El Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, establece que la cuantía para el cálculo de los días de retraso en la entrega de la información requerida por la SCPM, será de 10 RBU por cada día de retraso hasta un límite de 50 días, en el que se cumple con el máximo de 500 RBU establecidas en la LORCPM, por lo que, en el presente caso se tiene la certeza que el operador económico ECONOFARM S.A., durante 57 días incumplió con la entrega de información requerida por la IIAPMAPR, siendo aplicable el máximo de la sanción prevista en la LORCPM.

7.6. El valor de la RBU para el año 2014 ascendió a 340 dólares de los Estados Unidos de América, que multiplicadas por 10 Remuneraciones Básicas Unificadas diarias, durante 50 días asciende a US\$ 170.000.00 (Ciento setenta mil dólares de los Estados Unidos de América).

**OCTAVO.- RESOLUCIÓN.-** La Comisión de Resolución de Primera Instancia en uso de sus atribuciones contenidas en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y en su Reglamento de Aplicación

**RESUELVE:**

1. Acoger el Informe No. SCPM-IIAPMAPR-2015-005, de 13 de enero de 2015, suscrito por el doctor Wilmer Campaña Chávez, Director Nacional de Investigación de Abuso del Poder de Mercado.
2. Sancionar al operador económico ECONOFARM S.A. con la imposición de una multa sancionadora de US\$ 170.000.00 (Ciento setenta mil dólares de los Estados Unidos de América) por el retardo de cincuenta y siete (57) días término en la entrega de información requerida por la IIAPMAPR.
3. Ordenar al operador económico ECONOFARM, 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 Nro. 7445261 a nombre de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Pago que deberá ser comunicado a esta Comisión.

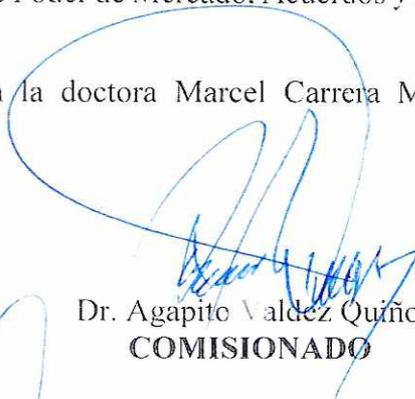
*Handwritten signature*

4. Notifíquese la presente resolución al operador económico ECONOFARM S.A. y a la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado. Acuerdos y Prácticas Restrictivas.

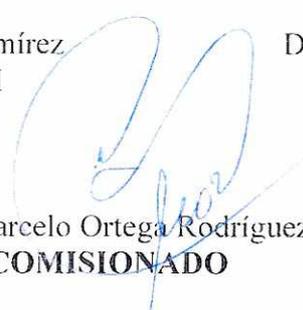
Actué en calidad de Secretaria de la Comisión la doctora Marcel Carrera Montalvo.  
**NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.-** A



Ab. Juan Emilio Montero Ramirez  
**PRESIDENTE CRPI**



Dr. Agapito Valdez Quiñonez  
**COMISIONADO**



Dr. Marcelo Ortega Rodríguez  
**COMISIONADO**

## EXPEDIENTE SCPM-CRPI-2015-007

**SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISION DE RESOLUCION DE PRIMERA INSTANCIA.-** Quito, 30 de junio de 2015, las 12h25.- **VISTOS:** El Superintendente de Control del Poder de 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. En lo principal por corresponder al estado procesal del expediente el 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 el artículo 38 numeral 2 y artículo 79 penúltimo inciso 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 como en las disposiciones constantes en la LORCPM y el Reglamento de Aplicación de la LORCPM (en adelante Reglamento de la LORCPM), con observancia de las garantías constitucionales del debido proceso y derecho de defensa, así como 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.-**

**3.1.-** Con fecha 22 de enero de 2015, el doctor Wagner Mantilla Cortés, Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, remite a esta Comisión de Resolución de Primera Instancia (CRPI en adelante) el “Informe para sanciones a los operadores económicos” contenida en el Memorando SCPM-IIAPMAPR-033-2015, dentro de la investigación señalada. Los operadores reportados son: WESTERN PHARMACEUTICAL S.A., por no haber colaborado con la obligación de entregar información con la SCPM.

**3.2.-** El 12 de febrero de 2015, la CRPI, avocó conocimiento de la presente causa y le asignó el No. SCPM-CRPI-2015-007, procediendo a correr traslado a WESTERN

PHARMACEUTICAL S.A., y a otros operadores económicos investigados y expongan sus observaciones en el término de tres días, de conformidad con el literal b) del artículo 23 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM.

**3.3.-** El 12 de febrero de 2015, la CRPI, resolvió declarar el incumplimiento de la obligación contenida en el artículo 105 del Reglamento de Aplicación de la LORCPM, al operador económico WESTERN PHARMACEUTICAL S.A.

**3.4.-** Mediante providencia de 20 de febrero de 2015, la CRPI abre el término de prueba por el término de 6 días y señala fecha y hora para una audiencia que se verificará el 26 de febrero del 2015.

**3.5.-** El abogado Wagner Mantilla Cortés, Intendente de la IIAPMAPR, mediante Memorando SCPM-IIAPAPR-2015-095-M, del 26 de febrero del 2015, se ratifica en el informe inicial.

#### **CUARTO.- ALEGACIONES ADUCIDAS POR LAS PARTES.-**

##### **4.1.- Alegaciones aducidas por el Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (IIAPMAPR).-**

El señor Intendente de IIAPMAPR, abogado Wagner Mantilla Cortés, mediante Informe SCPM-IIAPMAPR de 18 de marzo de 2015, manifiesta que el escrito y CD ingresados a la SCPM, el 20 de enero de 2015, el operador económico WESTERN PHARMACEUTICAL S.A., da cumplimiento de manera extemporánea al literal e) de la disposición sexta contenida en providencia de fecha 12 de diciembre de 2014 a las 14h00, esto es, llenando la plantilla DD conforme a las instrucciones adjuntas a la providencia del 21 de octubre de 2014 a las 10h30, pero no atiende de forma alguna el literal d) de la disposición sexta contenida en la providencia de 12 de diciembre de 2014, en el cual se dispuso completar la información de la plantilla BD con las ventas o aprovisionamientos a farmacias y botiquines realizadas en los meses de enero hasta agosto del año 2014, por lo que el incumplimiento se mantiene.

##### **4.2.- Alegaciones aducidas por el operador económico WESTERN PHARMACEUTICAL S.A.-**

En audiencia realizada ante la CRPI la abogada del operador económico WESTERN PHARMACEUTICAL S.A., manifestó que:

**4.2.1.** WESTERN PHARMACEUTICAL S.A., no recibió por parte de la CRPI el informe SCPM-IIAPMAPR-005-2015 del 13 de enero de 2015, relacionado a la falta de entrega de información de operadores económicos en el sector

farmacéutico ecuatoriano, situación que determina el estado de indefensión de WESTERN PHARMACEUTICAL S.A.

- 4.2.2. Que de conformidad con el artículo 75 de la LORCPM, los operadores económicos tienen 72 horas para presentar los descargos con los que se creyeren asistidos.
- 4.2.3. Manifiesta que la resolución de la CRPI en la que declara al operador económico WESTERN PHARMACEUTICAL S.A. incumplido, su cliente no ha conocido el contenido del informe que sustenta el pedido de sanción por parte de la Intendencia, por lo que incluso se interpuso un recurso de reposición.
- 4.2.4. Que el 21 de noviembre del 2014, WESTERN PHARMACEUTICAL S.A., ya presentó la información requerida por la Intendencia. Ante la insistencia de la Intendencia con reuniones y comunicaciones telefónicas con la IIAPMAPR, presentó nuevamente la información el 20 de enero de 2015.
- 4.2.5. Sostiene que si la Intendencia no tenía conformidad con la información remitida, debía comunicarlo a efectos de la rectificación o complemento correspondiente.
- 4.2.6. Precisa que no ha realizado transacciones de aprovisionamiento y venta a farmacias en el período comprendido entre enero del 2008 a agosto del 2014, por lo que resulta imposible cumplir con la solicitud de la Intendencia, tanto más que en las instrucciones establecidas por la Intendencia se manifiesta que se llene la información en esas casillas en el caso de existir transacciones.

#### **QUINTO.- PRUEBAS DE LOS INTERVINIENTES.-**

##### **5.1.- Prueba documental de la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas.-**

- 5.1.1. Informe SCPM-IIAPMAPR-005-2015 de 13 de enero de 2015, suscrito por el doctor Wilmer Campaña Chávez, Director Nacional de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, remitido a esta Comisión mediante memorando SCPM-IIAPMAPR-033-2015 de 22 de enero de 2015, suscrito por el doctor Wagner Mantilla Cortés, Intendente de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas. (fs. 1 a 2).
- 5.1.2. Providencia de 21 de octubre de 2014, a las 10h30, suscrita por la señorita María José Palacio, Secretaria Ad-hoc de la IIAPMAPR, mediante la cual se solicita a Western Pharmaceutical S.A. que en el término de diez (10) días ✕

*“[...] remita a esta Intendencia, en formato Excel no protegido las siguientes Plantillas a) AD- Información sobre competidores en el aprovisionamiento directo a farmacias y botiquines. b) BD- Información sobre ventas o aprovisionamientos mensuales a farmacias y botiquines, por tipo de producto, desde enero del año 2008 hasta agosto del año 2014. c) CD- Ventas o aprovisionamientos mensuales por principio activo, desde enero del 2008 hasta agosto del 2014 a farmacias y botiquines. d) DD- Ventas o aprovisionamientos anuales a farmacias y botiquines, por ubicación geográfica en el Ecuador, excluido alimentos y bebidas. Periodo 2008 al 2013 [....]”.* (fs. 40).

- 5.1.3. Providencia de 13 de noviembre de 2014, a las 12h00, suscrita por el doctor Alexis Jurado Vaca, Intendente de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (E), mediante la cual se le concede bajo prevenciones de ley el término de tres (3) días, contados a partir de la notificación de esta providencia, para que el operador económico Western Phamaceutical S.A. remita a la IIAPMAPR la información solicitada en plantillas AD, BD y DD. (fs. 19).
- 5.1.4. Providencia de 12 de diciembre de 2014, a las 14h00, suscrita por el doctor Alexis Jurado, Intendente de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (E), mediante el cual se ingresa el escrito presentado por el operador económico Western Pharmaceutical S.A., quien agrega la información solicitada por la Intendencia, constantes en las plantillas AD, BD y DD y se insiste al operador económico bajo prevenciones de ley que en el término de tres (3) días complete la información de la plantilla BD y DD conforme las instrucciones proporcionadas mediante CD. Providencia notificada el 12 de diciembre de 2015 (fs. 28 y 32).
- 5.1.5. Providencia de 12 de febrero de 2015, a las 10h45, mediante la cual esta Comisión: i) avoca conocimiento del Informe para sanciones SCPM-IIAPMAPR-005-2015, remitido por el doctor Wagner Mantilla Cortés, Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, ii) corre traslado con el informe por el término de tres días al operador económico Western Pharmaceutical para que presente sus observaciones. (fs. 51)
- 5.1.6. Oficio sin número de 12 de febrero de 2015, suscrito por la doctora Marcel Carrera Montalvo Secretaria de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, mediante el cual se notificó al operador económico Western Pharmaceutical S.A. con el contenido de la providencia de 12 de febrero de 2015, a las 10h45, y copia del informe remitido por la IIAPMAPR. (fs. 63).

5.1.7. El abogado Wagner Mantilla Cortés, Intendente de la IIAPMAPR, mediante Memorando SCPM-IIAPAPR-2015-095-M, del 26 de febrero del 2015, dirigido al abogado Juan Emilio Montero Ramírez, Presidente de la CRPI solicita se reproduzca íntegramente su informe SCPM-IIAPMAPR-005-2015, del 13 de enero del 2015, ya que los fundamentos de hecho y de derecho que motivaron el mencionado informe no han cambiado.

## **5.2.- Prueba documental presentada por el operador económico WESTERN PHARMACEUTICAL S.A.**

- 5.2.1. Escrito recibido en la Secretaría General de la SCPM el 10 de noviembre de 2014, a las 16h01, mediante el cual solicita a la IIAPMAPR una prórroga prudencial para poder entregar la información en los formatos requeridos. (fs. 34).
- 5.2.2. Escrito recibido en la Secretaría General de la SCPM el 21 de noviembre de 2014, a las 15h10, mediante el cual el operador económico adjunta un CD que contiene la información requerida por al IIAPMAPR de las plantillas AD, BD, CD y DD. (fs. 25).

## **5.3.- Valoración de la prueba presentada por los intervinientes.-**

- 5.3.1. Se constata a fojas 40 del presente expediente que la IIAPMAPR mediante providencia de 21 de octubre de 2014, a las 10h30, requirió al operador económico Western Pharmaceutical S.A. que en el término de diez (10) días remita información constante en las plantillas AD, BD, CD y DD.
- 5.3.2. Se advierte de las constancias procesales del expediente que el operador económico solicitó mediante escrito de 10 de noviembre de 2014 que la IIAPMAPR le conceda una prórroga para la entrega de la información, sin que haya argumentado que la información solicitada no la poseía por no haber tenido transacciones dentro de los periodos y segmentos de negocio requeridos. (fs. 34).
- 5.3.3. Según se desprende de fojas 19 del expediente la IIAPMAPR le concedió, bajo prevenciones de ley, una prórroga de tres (3) días al operador económico Western Pharmaceutical S.A. para que presente la información requerida en su momento mediante providencia de 21 de octubre de 2014.
- 5.3.4. Se constata que mediante providencia de 12 de diciembre de 2014 la IIAPMAPR dispuso nuevamente bajo prevenciones legales que el operador económico Western Pharmaceutical S.A. complete la información de la

plantilla BD y DD conforme las instrucciones proporcionadas mediante CD. Providencia notificada el 12 de diciembre de 2015 (fs. 28 y 32).

- 5.3.5. Finalmente, se evidencia de las constancias procesales del expediente que el operador económico hasta el 18 de diciembre de 2014, límite concedido por la IIAPMAPR para la entrega de la información requerida, no cumplió con su deber de colaboración determinado en la LORCPM y no entregó lo solicitado en forma oportuna.

## **SEXTO.- FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO DE LA RESOLUCIÓN.-**

### **6.1.- Fundamentos de hecho.-**

Con fecha 8 de octubre de 2013, la IIAPMAPR resolvió abrir de oficio la Investigación Preliminar para el expediente No. SCPM-IIAPMAPR-2103-027. El 28 de agosto de 2014, se inicia la Investigación Formal. Con fecha 22 de enero de 2015, el doctor Wagner Mantilla Cortés, Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, remite a esta Comisión el “Informe para sanciones a los operadores económicos” contenida en el Memorando SCPM-IIAPMAPR-033-2015, dentro de la investigación señalada.

Los operadores reportados son entre otros WESTERN PHARMACEUTICAL S.A., al se le solicitó que “[...] en el término de 10 días desde la notificación del requerimiento remita a la IIAPMAPM, en formato Excel no protegido, las plantillas a) Plantilla AD – Información sobre competidores en el aprovisionamiento directo a farmacias y botiquines. b) - Plantilla BD – Información sobre ventas o aprovisionamientos mensuales a farmacias y botiquines, por tipo de producto, desde enero del año 2008 hasta agosto del año 2014. c) Plantilla CD – Ventas o aprovisionamientos mensuales por principio activo, desde enero del 2008 hasta agosto del 2014 a farmacias y botiquines. d) Plantilla DD Ventas o aprovisionamientos anuales a farmacias y botiquines, por ubicación geográfica en el Ecuador, excluido alimentos y bebidas. Períodos 2008 al 2013. **CUARTO.-** (SIC) para el efecto se adjuntarán a los oficios de notificación, un disco compacto para cada operador económico con los siguientes archivos: a) Plantillas para mayoristas.xls. b) Anexo 1 – Instrucciones.doc c) Carpeta de nombre BD RegSanitario que contiene bases de datos de Registros Sanitarios, obtenidas de la página web oficial del ARCSA en el enlace: [http://www.controlsanitario.gob.ec/base-de-datos\[...\].](http://www.controlsanitario.gob.ec/base-de-datos[...].)”.

Con fecha 13 de noviembre del 2014, la IIAPMAPR, mediante providencia concede el término de tres días para que remita la información solicitada en Plantillas AD, BD, y DD. El operador económico WESTERN PHARMACEUTICAL S.A., manifiesta entregar lo solicitado con fecha 21 de noviembre a las 15h10, sin embargo **con fecha 12 de diciembre del 2014**, la IIAPMAPR, insiste al operador económico WESTERN PHARMACEUTICAL S.A., que **en el término de tres días complete la información** de las plantillas BD, DD, sin que el presente requerimiento haya sido atendido hasta el 22 de enero del 2015, fecha del Informe remitido por la IIAPMAPR a la CRPI, por lo que se inicia un expediente por no haber colaborado con la obligación de entregar información con la SCPM.

El 12 de febrero de 2015, esta Comisión avocó conocimiento de la presente causa y le asignó el No. SCPM-CRPI-2015-007, procediendo a correr traslado a algunos operadores económicos, entre otros a WESTERN PHARMACEUTICAL S.A., y expongan sus observaciones en el término de tres días, de conformidad con el literal b) del artículo 23 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM.

Adicionalmente, el 12 de febrero de 2015, esta Comisión resolvió declarar el incumplimiento de la obligación contenida en el artículo 105 del Reglamento de Aplicación de la LORCPM, al operador económico WESTERN PHARMACEUTICAL S.A., y que en el término de 5 días el operador económico WESTERN PHARMACEUTICAL S.A., remita a la CRPI “[...] 4.1. La información completa “(...) de la plantilla BD, conforme las instrucciones proporcionadas mediante CD adjunto a providencia dictada el 21 de octubre de 2014 a las 10h30. Esto es, con las ventas o aprovisionamiento a farmacias y botiquines realizadas en los meses de enero hasta agosto 2014 [...]”; y, 4.2. La información solicitada “(...) en plantilla DD, conforme las instrucciones proporcionadas mediante CD adjunto a providencia dictada el 21 de octubre de 2014 a las 10h30. Esto es llenando los campos de ventas en caso de que la(s) transacción(es) con establecimiento farmacéutico minorista involucre(n) la entrega de uno o varios productos a un precio establecido para el efecto; y, llenando los campos de aprovisionamiento en caso de que la(s) transacción(es) con el establecimiento farmacéutico minorista involucre(n) la entrega de productos, sin realizar un cobro ni establecer un precio por ello y sin incluir productos que hayan sido entregados como bonificaciones, donaciones o resultado de cualquier promoción.” [...]”

## **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 2014, 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 [...]”.*

## **SÉPTIMO.- CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS.-**

**7.1.-** La IIAPMAPR solicita, mediante providencia de 21 de octubre de 2014 a las 10h30, debidamente notificada, al operador económico WESTERN PHARMACEUTICAL S.A., que en el término de 10 días, en formato Excel no protegido, remita las plantillas a) Plantilla AD – Información sobre competidores en el aprovisionamiento directo a farmacias y botiquines. b) - Plantilla BD – Información sobre ventas o aprovisionamientos mensuales a farmacias y botiquines, por tipo de producto, desde enero del año 2008 hasta agosto del año 2014. c) Plantilla CD – Ventas o aprovisionamientos mensuales por principio activo, desde enero del 2008 hasta agosto del 2014 a farmacias y botiquines. d) Plantilla DD Ventas o aprovisionamientos anuales a farmacias y botiquines, por ubicación geográfica en el Ecuador, excluido alimentos y bebidas, del períodos 2008 al 2013. El operador económico manifiesta haber presentado lo requerido por la IIAPMAPR, en dos ocasiones, la primera el 21 de noviembre del 2014, de la cual la IIAPMAPR establece un nuevo plazo para que complete la información; y, el 20 de enero del 2015.

**7.2.-** Respecto a lo manifestado por WESTERN PHARMACEUTICAL S.A., de que no ha recibido el Informe para sanciones emitido por la IIAPMAPR, por lo que estarían en un presunto estado de indefensión, se constata que el operador económico recibió el 18 de febrero del 2015 a las 11 a.m. la providencia de la CRPI de 12 de febrero de 2015 a las 10h35, en el que se aparece el Informe antes señalado. (fs. 059) registrándose el mismo en el Boletín de Notificaciones donde se verifica que WESTERN PHARMACEUTICAL S.A., recibió en 7 fojas útiles la providencia y anexo correspondiente en el Casillero Judicial No. 1082 del Palacio de Justicia, por lo que no existe tal estado de indefensión.

**7.3.-** WESTERN PHARMACEUTICAL S.A., manifiesta que el artículo 75 de la LORCPM le otorga 72 horas para presentar los descargos con los que se creyeren asistidos, debemos aclarar que existe un error de derecho, ya que el mencionado artículo establece el término para realizar los descargos en el caso de las medidas correctivas. Sin embargo de ello, cabe señalar que en la misma providencia de la CRPI de 12 de febrero de 2105 a las 10h35, se le concedió al operador económico WESTERN PHARMACEUTICAL S.A., el término de tres (3) días para que presenten las observaciones que consideren pertinentes.

7.4.- La alegación de WESTERN PHARMACEUTICAL S.A., respecto de que la resolución de la CRPI le ha declarado como incumplido le deja en estado de indefensión porque no ha sido notificada con el contenido del informe de la Intendencia, cúmplenos aclarar que WESTERN PHARMACEUTICAL S.A., no ha sido declarado incumplido. La declaratoria de incumplimiento es respecto de la obligación de entrega de información, como condición previa para la aplicación de las multas coercitivas establecidas en el procedimiento determinado en el Reglamento para la Aplicación de la LORCPM en sus artículos 105 y subsiguientes; por lo que no es procedente esta alegación.

7.5.- WESTERN PHARMACEUTICAL S.A., manifiesta que el 21 de noviembre del 2014 a las 15h10 ha entregado la información requerida por la IIAPMAPR, sin embargo la Intendencia le otorga 3 días término adicionales para que el operador económico complete la información de la plantilla BD; y, la plantilla DD, “(...) llenando en los campos de ventas en caso de que la(s) transacción(es) con establecimiento farmacéutico minorista involucre(n) la entrega de uno o varios productos a un precio establecido para el efecto; y llenando los campos de aprovisionamiento en caso de que la(s) transacción(es) con el establecimiento farmacéutico minorista involucre(n) la entrega de productos, sin realizar un cobro ni establecer un precio por ello y sin incluir productos que hayan sido entregados como bonificaciones, donaciones o resultado de cualquier promoción”, conforme las instrucciones proporcionadas en un CD adjunto a la providencia de 21 de octubre de 2014.

Adicionalmente, en la audiencia realizada el 20 de marzo del 2015, la abogada de WESTERN PHARMACEUTICAL S.A., sostuvo que en el período entre enero del 2014 y agosto del 2014, no realizó ningún tipo de transacción con farmacias minoristas; por lo que resultaba imposible cumplir con los requerimientos de la Intendencia, es decir, no podía ni debía llenar ninguno de los campos solicitados por la IIAPMAPR, ya que sobre esta obligación pesaba una condición de que en el caso de existir transacciones estas debían ser registradas en los campos remitidos por la IIAPMAPR. En este caso, la CRPI considera que la entrega de información incluye también el reporte de la inexistencia de transacciones y no dejar los campos simplemente en blanco, por lo que era obligación del operador económico informar, en su debida oportunidad, la inexistencia de transacciones dentro de los tiempos y segmentos del negocio solicitados por la autoridad de competencia. No hacerlo es provocar el incurrir en error a la autoridad de competencia, porque la Intendencia no tenía manera de saber que en esos períodos de tiempo no se habían registrado transacciones al dejar simple y llanamente en blanco dichos campos.

Finalmente, del examen de la información contenida en el presente expediente no encuentra evidencia que esta alegación haya sido sostenida antes del tiempo de entrega de la información, por lo que la IIAPMAPR, insistió en más de una vez el cumplimiento de la misma, incurriendo en error ya que WESTERN

PHARMACEUTICAL S.A., no explicó con la debida oportunidad que no existían transacciones para las antes mencionadas plantillas, por lo que la falta de entrega de información aclaratoria a la SCPM por parte de los operadores económicos, se considera también incumplimiento en la entrega de información, por lo que WESTERN PHARMACEUTICAL S.A., está inmerso dentro de la infracción establecida en el artículo 50 en concordancia con el penúltimo inciso del artículo 79 de la LORCPM.

7.6.- WESTERN PHARMACEUTICAL S.A. fue notificado con providencia de 12 de diciembre de 2014, a las 14h00, el mismo día y al no haber entregado la información requerida por la IIAPMAPR **incumplió un total de 42 días término**, con su deber de colaboración con un órgano de la SCPM, término que se cuenta desde el lunes 15 de diciembre de 2014 hasta el 12 de febrero de 2015, día en el que esta Comisión resolvió declarar el incumplimiento de la obligación por parte del operador económico Western Pharmaceutical.

7.7.- Mediante Informe No. SCPM-IIAPMAPR-066-2015 se comunica a esta Comisión que el volumen de negocio del operador económico WESTERN PHARMACEUTICAL S.A., asciende a 3.876.384,16 dólares de los Estados Unidos de América, para el ejercicio fiscal del año 2014, por lo que se considera un operador económico grande.

7.8.- El Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, establece que la cuantía para el cálculo de los días de retraso en la entrega de la información requerida por la SCPM, será de 10 RBU por cada día de retraso hasta un límite de 50 días, en el que se cumple con el máximo de 500 RBU establecidas en la LORCPM.

7.9.- El valor de la RBU para el año 2014 es ascendió a 340 dólares de los Estados Unidos de América, que multiplicadas por 10 Remuneraciones Básicas Unificadas diarias, durante 42 días término asciende a US\$ 142.800,00 (Ciento cuarenta y dos mil ochocientos dólares de los Estados Unidos de América).

**OCTAVO.- RESOLUCIÓN.-** La Comisión de Resolución de Primera Instancia en uso de sus atribuciones contenidas en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y en su Reglamento de Aplicación

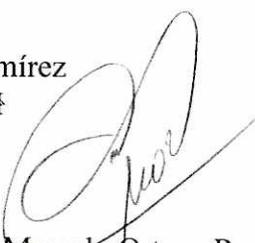
**RESUELVE:**

1. Acoger el Informe No. SCPM-IIAPMAPR-2015-005, de 13 de enero de 2015, suscrito por el doctor Wilmer Campaña Chávez, Director Nacional de Investigación de Abuso del Poder de Mercado.

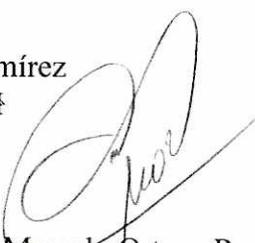
2. Por no haber entregado la información solicitada por la IIAPMAPR oportunamente, sino con un retardo de cuarenta y dos (42) días término, contados desde el 15 de diciembre de 2014 hasta el 12 de febrero de 2015, y al haber infringiendo su obligación de colaborar con los órganos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado se impone al operador económico WESTERN PHARMACEUTICAL S.A. **una multa sancionadora** de cuatrocientas veinte (420) Remuneraciones Básicas Unificadas que ascienden a un valor de **USD142.800,00** (Ciento cuarenta y dos mil ochocientos dólares de los Estados Unidos de América con 00/100).
3. Ordenar al operador económico WESTERN PHARMACEUTICAL 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 esta cantidad en la cuenta corriente No. 744561 del Banco del Pacífico, a nombre de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Pago que deberá ser comunicado a la CRPI.
4. Notifíquese la presente resolución al operador económico WESTERN PHARMACEUTICAL S.A., y a la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas.
5. Actúe en calidad de Secretario Ad-hoc de la Comisión el abogado Christian Torres Tierra.- **NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y PUBLÍQUESE.**- ✖



Ab. Juan Emilio Montero Ramírez  
**PRESIDENTE CRPI**



Dr. Agapito Valdez Quiñonez  
**COMISIONADO**



Dr. Marcelo Ortega Rodríguez  
**COMISIONADO**

