15
Quince

Superintendencia de Control del Poder de Mercado

- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Control del Poder de Mercado
- **Órgano de Sustanciación:** Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas
- **Expediente Investigación:** SCPM-IIAPMAPR-EXP-009-2016
- **Expediente Apelación:** SCPM-IIAPMAPR-009-2016-A-0022-2016-DS
- **Denunciante:** ACROMAX LABORATORIO QUIMICO FARMACEUTICO S.A
- **Denunciado:** MERCK FROSST CANADA CIA. LTDA.

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- Quito, DM, 15 de marzo de 2017, a las 10h00.- **VISTOS:** Ingeniero Christian Ruiz Hinojosa, MA., en mi calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado subrogante, conforme se desprende de la Resolución No. SCPM-DS-009-2017 de fecha 03 de marzo de 2017, cuya copia certificada se agrega al proceso, en uso de mis facultades legales, encontrándose el proceso para resolver, **SE CONSIDERA: PRIMERO.- COMPETENCIA**.- En virtud de lo dispuesto en el Art. 44 numeral 2 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), esta Autoridad es competente para conocer y resolver el Recurso de Apelación.- **SEGUNDO.- SECRETARIA.-** Siga actuando como Secretaria ad-hoc de este Recurso de Apelación, la Dra. Naraya Tobar. **TERCERO.- VALIDEZ PROCESAL**.- La tramitación del expediente en esta instancia jerárquica, no adolece de vicios de procedimiento ni se han omitido solemnidades sustanciales que puedan generar nulidad procesal, por lo que ésta Autoridad declara la validez del mismo. **CUARTO.- LEGALIDAD DEL RECURSO**.- El recurrente, señor Martín Cereijo por sus propios derechos y en calidad de Gerente General y representante legal de la compañía ACROMAX LABORATORIO QUIMICO FARMACEUTICO S.A, con fecha 30 de noviembre de 2016, ha presentado Recurso de Apelación dentro del término legal, en contra del Informe No. SCPM- DNIAPM-090-2016, de 10 de noviembre de 2016, expedido por la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, dentro del expediente No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-009-2016, cumpliendo así el principio de oportunidad garantizado en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), que en el Art. 67 dispone: ***"Recurso de Apelación o Jerárquico.-*** *Los actos administrativos emitidos en virtud de la aplicación de esta Ley podrán ser elevados al Superintendente de Control de Poder de Mercado mediante recurso de apelación, que se presentará ante éste. También serán susceptibles de recurso de apelación actos administrativos en los que se niegue el recurso ordinario y horizontal de reposición. El término para la interposición del recurso será de 20 días contados a partir del día siguiente al de la notificación del acto administrativo recurrido. Transcurrido dicho término sin haberse interpuesto el recurso, el acto administrativo será firme para todos sus efectos. El recurso se concederá solo en el efecto devolutivo. El plazo máximo para dictar y notificar la resolución será de 60 días calendario. Contra el acto o resolución que concede o niegue el recurso de apelación no cabrá ningún otro recurso en vía administrativa".* **QUINTO.- ACTO IMPUGNADO.**-El recurrente mediante escrito de fecha 30 de noviembre de 2016, impugna el Informe No.

SCPM-DNIAPM-090-2016, de 10 de noviembre de 2016, expedido por la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, por medio del cual la Intendencia dentro del expediente No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-009-2016, recomienda: *"Tras el análisis expuesto en el presente informe en base a los argumentos constantes en el escrito de denuncia de Acromax Laboratorio Químico Farmacéutico S.A. y el escrito que la completa, se recomienda no continuar con la investigación de presuntas infracciones anticompetitivas por parte del operador económico Merck Frosst Canada Co. en relación al artículo 9 de la LORCPM, ya que no se ha determinado ninguno de los supuestos establecidos en el artículo antes mencionado para el cometimiento de conductas anticompetitivas"*. **SEXTO.- FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO DEL RECURSO INTERPUESTO POR EL RECURRENTE.-** En el escrito mediante el cual se interpone el Recurso de Apelación, el recurrente sostiene: *"(...) como se indicó en el último literal de la cláusula primera sobre los antecedentes del caso en la denuncia interpuesta, la compañía Merck Frosst Canada Cia. Ltda. Interpuso una cuantiosa y millonaria demanda de daños y perjuicios contra mí Representada alegando principalmente lo siguiente "Sírvase señores jueces tomar debida atención de que la referida licencia obligatoria concedida para fabricar y más no para importar el referido principio activo ETORICOX IB (...) En virtud del Art. 357 de la Ley de Propiedad Intelectual, la interposición del recurso de reposición por parte de mi Representada SUSPENDIO los efectos de la Resolución adoptada por el Comité de Propiedad Intelectual del IEPI de fecha 4 de abril de 2014 por la cual concedió la licencia obligatoria de la patente No. PJ-99-1639 (...) me permito indicar lo siguiente, primero: alegar que la licencia obligatoria fue concedida SOLO PARA FABRICAR es un absurdo ya que se estaría atentando contra el principio y/o naturaleza de las mismas, que es la de comercializar el producto a un precio más ventajoso, en beneficio del interés público o general y segundo: el alegar que el Recurso interpuesto SUSPENDE los efectos de la Licencia es demostrar un alto desconocimiento en la materia en cuestión, lo cual resulta poco probable, por lo que podemos deducir que lo único que intenta hacer la contraparte es burlar a las autoridades competentes. Ambos supuestos alegados por la contraparte, para interponer la demanda millonaria no tienen sustento legal alguno, y de la misma manera podemos afirmar o deducir que al interponer dicha demanda únicamente intentaron causar algún tipo de intimidación, haciéndose valer de prácticas desleales y de abuso de Poder, las cuales están reguladas en nuestra Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (...) Es decir, que más claro que interponer una demanda de daños y perjuicios por ejercer un derecho LEGITIMAMENTE concedido por la Autoridad competente, de lo cual la contraparte tiene total conocimiento, ya que fue par te del proceso en sí, es lógico que mi representada comercializaría los productos bajo la licencia obligatoria que el IEPI le concedió, y el hecho de que Merck interponga una demanda evidencia una implementación injustificada de acciones legales (...)"* **SEPTIMO.- CONSTANCIAS PROCESALES.-** Una vez analizado el expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-009-2016, se verifican las siguientes constancias procesales: **1.-** ACROMAX LABORARTORIO QUÍMICO FARMACEÚTICO S.A. el 02 de marzo de 2016, presenta una denuncia en contra de la compañía MERCK FROST CANADÁ CO. *"(...) que interpuso una cuantiosa y millonaria demanda de daños y perjuicios alegando que la licencia*

16
Nueves

Superintendencia de Control del Poder de Mercado

obligatoria concedida para fabricar y más no para importar el referido principio activo ETORICOXIB"; por posible cometimiento de conductas tipificadas en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. **2.-** En providencia de 09 de marzo de 2016, a las 09h00, el Intendente de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas dispone: *" (...)* ***SEGUNDO:*** *Previo a avocar conocimiento y por cuanto la denuncia referida no reúne los requisitos contemplados en el artículo 54 literal c) de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM); de conformidad a lo establecido en el artículo 55 de la misma Ley y artículo 60 de su Reglamento de Aplicación, se concede al denunciante, el operador económico* ACROMAX LABORATORIO QUÍMICO FARMACEÚTICO S.A., *el término de tres (3) días contados a partir de la notificación con la presente providencia, a fin de que aclare la denuncia (...)".* **3.-** Mediante escrito de 23 de marzo de 2016, la compañía mercantil ACROMAX LABORATORIO QUÍMICO FARMACEÚTICO S.A., da cumplimiento a lo dispuesto mediante providencia de 09 de marzo de 2016. **4.-** En providencia de 24 de marzo de 2016, a las 09h30, el Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas dispone: *"(...) se califica la denuncia presentada por la abogada María José Zurita Luna, debidamente autorizada por el operador económico ACROMAX LABORATORIO QUÍMICO FARMACEÚTICO S.A. (...)"* y ordena *"córrase traslado con el texto de la denuncia y anexos al operador económico MERCK FROSST CANADA CÍA. LTDA. (...)".* **5.-** Mediante escrito recibido en la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 29 de marzo de 2016 a las 15:41 la abogada María José Zurita Luna, en el que indica: *"(...) La acción Legal Injustificada (CONDUCTA DENUNCIADA) sobre la cual estamos presentando la* ***DENUNCIA POR PRACTICAS DE ABUSO DE PODER DE MERCADO*** *contra Merck Frosst Canadá Co. es;* ***El Juicio de Daños y Perjuicios que sigue la compañía Merck Frosst Canadá Co. contra mi representada, Acromax Laboratorio Químico Farmacéutico S.A., por una cuantía millonaria e injustificada de $2,000.000,oo ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 1, juicio signado con el No. 2015-01930*** *(...)".* **6.-** El Dr. José Meythaler Baquero mediante escrito MZ 930-2016 recibido en la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 31 de marzo de 2016 a las 16:57 indica a esta autoridad: *"(...) Devuelvo la providencia notificada erróneamente en nuestras oficinas, pues no soy el apoderado en el Ecuador de MERCK FROSST CANADA CÍA. LTDA. No ejerzo la representación legal de la misma. De dicha empresa tengo un poder de procuración judicial para atender temas de propiedad intelectual y no he recibido al momento instrucción alguna para atender temas de competencia en general, ni la denuncia de Acromax en particular. Es decir, tampoco tengo noticias sobre si la denunciada conoce de la denuncia (i); designará abogado (ii); y, si ese abogado seré yo o cualquier otro profesional (iii). (...)".* **7.-** En providencia de 28 de junio de 2016 a las 16h27, el Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, dispone: *"**PRIMERO:** Mediante escrito y anexo de 09 de mayo de 2016 a las 15h25 (...) ACROMAX LABORATORIO QUIMICO FARMACEÚTICO S.A. dio cumplimiento a los dispuesto por esta autoridad en providencia de 03 de mayo de 2016 a la 15h30; por lo que, mediante providencia de 13 de mayo de 2016 a las 14h00, al amparo de lo dispuesto en el artículo*

56 del COGEP, como norma supletoria (...), esta autoridad dispuso al remitente: "(...) a) Realizar la citación al operador económico denunciado mediante tres publicaciones en fechas diferentes en un periódico de circulación nacional, con el extracto de la denuncia presentada y la providencia pertinente en contra del operador económico MERK FROSST CANADA CIA LTDA (...)"; en atención a lo anterior: a) En segunda insistencia, se fija el miércoles 06 de julio de 2016 a las 15h00, a fin de que el operador económico ACROMAX LABORATORIO QUÍMICO FARMACUTICO S.A., retire el extracto correspondiente para la publicación dispuesta, de la oficina de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (...) b) Una vez realizadas las publicaciones, se dispone al operador económico denunciante remitir a esta autoridad un ejemplar de cada publicación dispuesta para los fines de ley pertinentes.- (...)". **8.-** Con fecha 10 de noviembre de 2016, la servidora Maricela Mendoza V, Analista Jurídica elabora el Informe No. SCPM-DNIAPM-090-2016, el mismo que fue revisado por el Abg. Ricardo Freire, Asesor; y finalmente revisado y aprobado por el Econ. Vicente Abril K., Director Nacional de Investigación de Abuso de Poder de Mercado. **9**.- Con fecha 10 de noviembre de 2016, a las 15h57, el Intendente de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas **RESUELVE**: *"I) Acoger en su totalidad el Informe SCPM-DNIAPM-090-2016 de 10 de noviembre de 2016.- 2) Archivar sin más trámite el expediente signado con el número SCPM-IIAPMAPR-EXP-009-2016, al no encontrarse mérito para la prosecución de la instrucción del mismo".* **OCTAVO.- NORMATIVA APLICABLE.-** Para el análisis del acto materia de la impugnación, es necesario considerar lo establecido en la norma; así, la **Constitución de la República del Ecuador** prevé: "***Art. 75***.- *Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.".* Se debe señalar que, revisado el expediente, se evidencia que se ha garantizado el debido proceso y el derecho a la defensa del recurrente, por lo que no se ha afectado ningún derecho tal como indica el **Art. 76 ibídem**, que señala lo siguiente: "*En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes* (…) **3.** *(...) Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento (...)* **7.** *El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...);* ***l)*** *Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados...";* **Art. 82.-** *"El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.";*

Superintendencia de Control del Poder de Mercado

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. Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley."*; **Art. 226,** *"Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución."*; **Art. 284,** *"La política económica tendrá los siguientes objetivos: 1. Asegurar una adecuada distribución del ingreso y de la riqueza nacional. (...) 8. Propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes."*; **Art. 304,** *"La política comercial tendrá los siguientes objetivos: (...) 6. Evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados."*; **Art. 335**, *"El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos. El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal."*; **Art. 336,** *"El Estado impulsará y velará por el comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, que minimice las distorsiones de la intermediación y promueva la sustentabilidad. El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley."*; **Art. 424**, *"La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público."*; **Art. 425**, *"El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de*

la norma jerárquica superior. La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.". En concordancia la **Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado** establece, **Art. 1**, *"Objeto.- El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible."*; **Art. 2**, *"Ámbito.- Están sometidos a las disposiciones de la presente Ley todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que las agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional. Las conductas o actuaciones en que incurriere un operador económico serán imputables a él y al operador que lo controla, cuando el comportamiento del primero ha sido determinado por el segundo."*; **Art. 4**, *"Lineamientos para la regulación y principios para la aplicación.- En concordancia con la Constitución de la República y el ordenamiento jurídico vigente, los siguientes lineamientos se aplicarán para la regulación y formulación de política pública en la materia de esta Ley: **1.** El reconocimiento del ser humano como sujeto y fin del sistema económico. **2.** La defensa del interés general de la sociedad, que prevalece sobre el interés particular. (...) **4.** El fomento de la desconcentración económica, a efecto de evitar prácticas monopólicas y oligopólicas privadas contrarias al interés general, buscando la eficiencia en los mercados. (...) **6.** El establecimiento de un marco normativo que permita el ejercicio del derecho a desarrollar actividades económicas, en un sistema de libre concurrencia. (...) **10.** La necesidad de contar con mercados transparentes y eficientes. Para la aplicación de la presente Ley se observarán los principios de no discriminación, transparencia, proporcionalidad y debido proceso.".* **NOVENO.- ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO DE LA PRETENSIÓN.-** El recurrente interpone Recurso de Apelación al Informe No. SCPM-DNIAPM-090-2016, de fecha 10 de noviembre de 2016, elaborado por Maricela Mendoza V, Analista Jurídica; el mismo que fue revisado por el Abg. Ricardo Freire, Asesor; y finalmente revisado y aprobado por el Econ. Vicente Abril K., Director Nacional de Investigación de Abuso de Poder de Mercado. En este contexto se establece el análisis correspondiente a la pertinencia del recurso presentado en los siguientes términos: **1.-** El recurrente manifiesta: *"[...] como se indicó en el último literal de la cláusula primera sobre los antecedentes del caso en la denuncia interpuesta, la compañía Merck Frosst Canada Cia. Ltda. Interpuso una cuantiosa y millonaria demanda de daños y perjuicios contra mí Representada alegando principalmente lo siguiente "Sírvase señores jueces tomar debida atención de que la*

referida licencia obligatoria concedida para fabricar y más no para importar el referido principio activo ETORICOX IB (...) En virtud del Art. 357 de la Ley de Propiedad Intelectual, la interposición del recurso de reposición por parte de mi Representada SUSPENDIO los efectos de la Resolución adoptada por el Comité de Propiedad Intelectual del IEPI de fecha 4 de abril de 2014 por la cual concedió la licencia obligatoria de la patente No. PJ-99-1639 (...)" [...]". Al respecto es necesario establecer que la conducta denunciada por ACROMAX LABORATORIO QUÍMICO FARMACEÚTICO S.A., está determinada en el artículo 9 numerales 18 y 22 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, y manifiesta en general Prácticas Desleales, sin establecer cuál; en virtud de lo cual es menester establecer que para la configuración de abuso de poder de mercado por parte de un operador económico en el marco de la constitución de una práctica anticompetitiva, debe considerarse dos elementos sine qua non, el primero, **tener poder de mercado,** y el segundo, que sobre la base del poder de mercado que ostenta el operador económico por cualquier medio, impida, restrinja, falsee o distorsione la competencia, y producto de aquello afecte al interés general. En el presente caso el recurrente adjuntó varios documentos a la denuncia presentada en contra de MERCK FROSST CANADA CO., los cuales se refieren principalmente a la demanda de Daños y Perjuicios que este último operador económico presentó en contra de Acromax Laboratorio Químico Farmacéutico S.A., ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, alegación principal que a decir del recurrente desembocaría en una práctica anticompetitiva establecida en el artículo 8 numerales 18 y 22. Al respecto los numerales textualmente dicen: *"18.- La implementación injustificada de acciones legales que tenga por resultado la restricción del acceso o de la permanencia en el mercado de competidores actuales o potenciales". "22.- Aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica".* De la norma transcrita y de las prácticas denunciadas, así como de la documentación que consta en el expediente, se observa que la demanda de daños y perjuicios versa sobre la concesión de una licencia obligatoria por parte del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual –IEPI- en favor de Acromax Laboratorio Químico Farmacéutico S.A., lo cual no tiene asidero en una conducta anticompetitiva, en virtud que no cumple con los presupuestos anteriormente referidos para ser considerada como práctica de abuso de poder de mercado, es decir, no se observa una implementación injustificada para la interposición de una acción legal en contra de Acromax Laboratorio Químico Farmacéutico S.A., que haya tenido como resultado la restricción del ahora recurrente al acceso o permanencia en el mercado de competidores de fármacos específicos; en ese sentido son los Jueces del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo los competentes para dirimir dicho aspecto; por lo cual, no tiene sustento el alegato del actor en su escrito de apelación al referirse que la licencia obligatoria que fuere concedida a su nombre, absurdamente se la entiende que fue otorgada solo para fabricar, ya que atentaría con la naturaleza de la misma, en ese aspecto, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, no revisa o verifica el fondo de las licencias obligatorias o si éstas se cumplen de acuerdo a su concesión, sino que, el organismo de control pretende prevenir

y corregir alguna práctica anticompetitiva que pueda ser generada por operadores económicos que afecten al mercado y a la generalidad; si el demandante en la justicia ordinara alega que un Recurso de Revisión interpuesto en esa sede, suspende los efectos de la Licencia, simplemente es un pronunciamiento propio de las pretensiones que considera deben ser analizadas por el Tribunal Contencioso, lo cual no quiere decir que sea materia de análisis por parte de este organismo de control, si existe, a decir del recurrente una demanda millonaria sin sustento legal, tampoco se puede pretender que por el hecho de interponer una demanda de daños y perjuicios, se haya afectado a las estructuras del mercado donde se fabrican y/o comercializan ciertos medicamentos. Las Disposiciones Reformatorias y Derogatorias de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, establecen en el numeral Cuarto: *"Sustitúyase el artículo 155 de la Ley de Propiedad Intelectual por el siguiente: "A petición de parte, la Dirección Nacional de Propiedad Industrial podrá otorgar licencias obligatorias cuando se presenten prácticas que hayan sido declaradas mediante resolución de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, como contrarias a la libre competencia, en particular cuando constituyan un abuso de poder de mercado por parte del titular de la patente"*. En el presente caso si el Comité de Propiedad Intelectual del IEPI, mediante resolución No. 288-2014-CPIIS, aceptó el Recurso de Revisión presentado por Acromax Laboratorio Químico Farmacéutico S.A., cuyo efecto fue el otorgar la Licencia Obligatoria a favor del recurrente, imposibilita a esta Autoridad el cambiar, modificar, anular o vigilar del cumplimiento de dicha licencia. En tal caso, es el mismo órgano que otorgó la licencia el encargado del cumplimiento de sus resoluciones, del mismo modo, el derecho a recurrir, a presentar quejas o denuncias en la justicia ordinaria, es un derecho inherente a todas las personas naturales o jurídicas que se sientan afectadas de alguna manera por el cumplimiento o incumplimiento de una resolución administrativa o judicial, y el órgano competente para conocer estas últimas acciones son los Jueces del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. **2.-** Con respecto al numeral 22 del artículo 9 de la LORCPM, no se observa que la interposición de una demanda en materia contenciosa administrativa, impida o dificulte el acceso o permanencia del operador económico Acromax Laboratorio Químico Farmacéutico S.A., competidor actual, en el mercado farmacéutico específico. Esta Autoridad no puede pronunciarse sobre la legitimidad de la demanda de daños y perjuicios interpuesta, o si la Licencia Obligatoria fue legítimamente otorgada. **3.-** Sin perjuicio de lo expuesto, el recurrente apela el Informe No. SCPM-DNIAPM-090-2016, al respecto es necesario señalar ciertas consideraciones en relación al alcance de los términos que comúnmente se manejan en los diferentes procesos de índole administrativa y sobre todo los actos procesales que emanan de las autoridades dentro de la esfera de sus competencias, así tenemos, que dentro del marco de derecho administrativo existen declaraciones de la voluntad de la autoridad administrativa, que doctrinariamente se observan diversas clasificaciones de este actuar; así tenemos, actos administrativos, reglamentos administrativos, contratos administrativos, finalmente actos y resoluciones administrativas; respecto del acto administrativo, éste se subdivide en actos de simple administración o de mero trámite, que son aquellos que se ejecutan a fin de proseguir

Superintendencia de Control del Poder de Mercado

con la tramitación de una causa, es decir, los que no generan efecto directo sobre el administrado; y, los actos administrativos propiamente dichos, que constituyen la expresión de la voluntad de la administración, en las cuales las autoridades resuelven el tema principal, o incidental, generando un efecto directo sobre el administrado, imponiéndole un gravamen o liberándole de este; al respecto el tratadista Patricio Secaira Durango en su obra "Curso Breve de Derecho Administrativo" dice, *"(...) Es entonces siempre una declaración de voluntad que crea efectos jurídicos directos e inmediatos a terceros (...)"*: de igual forma el tratadista Andrés Serra Rojas, en su obra "Derecho Administrativo, T.I. 9ª Ed.", manifiesta; *"(...), una declaración de voluntad, de conocimiento y de juicio, unilateral, concreta y ejecutiva, que constituye una decisión ejecutoria, que emana de un sujeto; La Administración Pública, en el ejercicio de una potestad administrativa, que crea, reconoce, modifica, transmite o extingue una situación jurídica subjetiva (...)"* ; de lo expuesto y de la revisión del acto impugnado se desprende que el Informe No. SCPM-DNIAPM-090-2016 que se recurre mediante recurso de apelación, no es un acto administrativo en estricto sentido, por su naturaleza, es un acto de simple administración o de mero trámite, puesto que, por sí mismo no genera un efecto legal directo sobre los intervinientes en el proceso, no resuelve el tema principal, no establece responsabilidades, no impone medidas preventivas, correctivas, sancionatorias o libera de responsabilidad al investigado, este acto de simple administración generó conclusiones y recomendaciones, con el fin de que sean acogidas o no por el Intendente a cargo de la investigación. Atendiendo el tenor de lo establecido en el Art. 67 de la LORCPM, que dispone, *"Recurso de Apelación o Jerárquico.-* ***Los actos administrativos*** *emitidos en virtud de la aplicación de esta Ley podrán ser elevados al Superintendente de Control del Poder de Mercado mediante recurso de apelación, que se presentará ante éste. (...)"* **(el resaltado me pertenece)** concordante con lo establecido en el Art. 173 de la Constitución de la Republica que dice: *"Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial"*; las normas son claras, se refieren a la facultad potestativa que tiene como derecho cualquier persona para presentar impugnaciones respecto de los actos administrativos emanados por autoridad competente, que por su naturaleza son susceptibles de recursos, no sobre aquellos que no generan efecto respecto de los administrados. Para contextualizar de mejor manera, la Corte Constitucional mediante sentencia No. 006-09-SP-CC, de 19 de mayo de 2009, dentro del caso 0002-08-EP, Voto Salvado del doctor Roberto Bhrunis, indica: *"En general, un auto es un acto procesal de tribunal o juez plasmado en una resolución judicial fundamentada expresamente, que decide el fondo sobre incidentes o cuestiones previas según lo alegado o probado por las partes. De manera plural, la palabra "autos" significa expediente. Las (SIC) principales clases de autos son: 1.-* ***Mere interlocutoria o providencia*** *2.-* ***Auto interlocutorio simple (AIS)*** *3.-* ***Auto Interlocutorio Definitivo*** *4.-* ***Auto de vista.*** *5.-* ***Auto supremo.-*** *Mera Interlocutorio o Providencia (CPC) .270.- Acto procesal del tribunal plasmado, en una resolución judicial no fundada expresamente, que decide sobre cuestiones de mero trámite y peticiones secundarias accidentales.* ***Auto Interlocutorio. -***

Resolución que decide el fondo sobre incidentes o cuestiones previas (Auto Interlocutorio Simple) y que fundamentada expresamente (Auto Interlocutorio Definitivo) tiene fuerza de sentencia (Art. 276 CPC), por cuanto excepcionalmente, deciden o definen una situación jurídica determinada. ***Auto Interlocutorio Simple.-*** *Resolución judicial fundamentada que no afecta a lo principal de un proceso, por dictarse en un incidente que debe expedirse en 5 u 8 días desde que entra al despacho del juez. Por ejemplo auto de rechazo de demanda, auto inicial, auto de cierre de plazo probatorio, auto de concesión de libertad provisional.* ***Auto Interlocutorio Definitivo (Art. 276 C C).-****Resolución judicial que tiene fuerza de sentencia, por cuanto excepcionalmente, decide o definen una situación jurídica determinada y el auto de verbigracia que alude a una excepción perentoria, auto final de instrucción sobreseyendo al imputado, auto de deserción (...)".* En este sentido, cuando la administración pública de control manifiesta su voluntad, lo hace a través de actos administrativos, no sobre actos de simple administración como se evidencia en el caso que se analiza, que el acto impugnado refiere al Informe No. SCPM- DNIAPM-090-2016. **DÉCIMO.-** Por todas las consideraciones fácticas y legales expuestas, amparado en las disposiciones del Art. 44, numeral 2 y Art. 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta Autoridad **RESUELVE: Primero.-** NEGAR el Recurso de Apelación planteado por el señor MARTIN CEREIJO, por sus propios derechos y por los que representa en calidad de Gerente General y Representante Legal de la compañía ACROMAX LABORATORIO QUÍMICO FARMACÉUTICO S.A., por cuanto el Informe No. SCPM-DNIAPM-090-2016 que ha sido impugnado no constituye un acto administrativo. **Segundo.-** Póngase en conocimiento de lo actuado a las partes procesales y al órgano de investigación.- **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.**

Ing. Christian Ruiz Hinojosa, MA.,
SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO (s)

Dra. Naraya Tobar Mier
SECRETARIA AD-HOC