



30
TREINTA y cuatro
días

- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Control del Poder de Mercado
- **Órgano de Sustanciación:** IIAPMAPR
- **Expediente IIAPMAPR:** SCPM-IIAPMAPR-EXP-012-2014-R
- **Expediente Apelación:** SCPM-IIAPMAPR-2014-012-R-A-0019-2016-DS
- **Denunciante:** REPROCAS
- **Denunciando:** MILLENIUM Y OTROS

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- Quito, DM, 04 de enero de 2017, a las 16h00.- **VISTOS.-** En mi calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado, conforme lo acredito con el acta de posesión ante el Pleno de la Asamblea Nacional de fecha 06 de septiembre de 2012, cuya copia certificada se encuentra agregada al expediente, en uso de mis atribuciones legales, estando el proceso para resolver, **SE CONSIDERA: PRIMERO.- INCORPORACIÓN DOCUMENTAL.-** Agréguese al expediente el escrito y anexos presentados por el Dr. José Meythaler Baquero, en calidad de Apoderado Especial en el Ecuador de Millenium Pharmaceuticals Inc, de 11 de noviembre de 2016, lo cual será atendido en esta resolución, en lo que es procedente.- **SEGUNDO.- 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 interpuesto. **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 esta Autoridad declara la validez del mismo. **CUARTO.- LEGALIDAD DEL RECURSO.-** El recurrente, Ab. Mauricio Proaño Miño en representación del señor Jorge Romero López a su vez representante legal de la compañía mercantil Representaciones Romero Castillo REPROCAS CIA. LTDA., ha presentado Recurso de Apelación, mediante escrito de 27 de septiembre de 2016, es decir dentro del término legal, en contra del acto administrativo de 02 de septiembre de 2016, expedido por el Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (IIAPMAPR) en el cual se dispone el archivo del expediente; en cumpliendo al principio de oportunidad garantizado en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en el "Art. 67.- 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. 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 conceda o niegue el recurso de apelación no cabrá ningún otro recurso en vía administrativa". **CUARTO.- ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO.-** El acto administrativo impugnado es el



expedido el 02 de septiembre de 2016, por la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (IIAPMAPR), en el cual se resuelve; **PRIMERO:** *Negar el recurso de reposición interpuesto por el abogado Daniel López Suárez, en representación del señor Jorge Alex Romero López, Gerente General y representante legal del operador económico REPRESENTACIONES ROMERO CASTILLO REPROCAS CÍA. LTDA., así como cada una de las pretensiones objeto del recurso en estricto apego de lo que establece el artículo 76 y 82 de la Constitución de la República;* **SEGUNDO:** *Ratificar en todas sus partes la resolución de archivo de 22 de junio de 2016 a las 16h55, emitida por esta autoridad administrativa dentro del expediente No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-012-2014 (...).* **QUINTO.- ARGUMENTACION DEL RECURRENTE.-** El recurrente "REPROCAS", mediante escrito de 27 de septiembre de 2016, interpone Recurso de Apelación en contra de la resolución de 02 de septiembre de 2016, expedida por la IIAPMAPR, alega y solicita: *"(...) Resulta por tanto evidente que en el presente caso, para determinar el mercado relevante debe considerarse que ambos productos (VELCADE y nuestro producto Bortezomib genérico) tienen exactamente la misma finalidad, se destinan al mismo mercado geográfico y a los mismos grupos de vendedores y compradores; y, que la ARCSA ha certificado que en el mercado ecuatoriano el producto VELCADE ya no era el único para tratar la enfermedad, sino que también había sido aprobado para ser comercializado en Ecuador el producto genérico BORTEZOMIB de mi representada, confirmando el ARCSA en este certificado que ambos productos tienen "igual presentación y principio activo", certificado que constan en el expediente del proceso de la referencia y que reiteramos debe ser considerado. (...) No se puede esperar la resolución del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo dentro del caso que por supuestas violaciones de derecho marcario inició la compañía MILLENIUM PHARMACEUTICALS INC (en adelante MILLENIUM) en nuestra contra, juicio en el cual reconvenimos, pues los Jueces Contencioso Administrativos no están resolviendo el caso respecto a la violación de la Ley Orgánica de Control de Poder de Mercado(sic) por parte de las compañías MILLENIUM y GRUNENTHAL ECUATORIANA CIA. LTDA. (en adelante GRUNENTHAL), sino en base a la Ley de Propiedad Intelectual. La falta de una resolución judicial sobre la supuesta violación de derechos marcarios del medicamento VELCADE, NO imposibilita continuar la investigación y futura sanción en contra de las empresas que han infringido las normas vigentes que prohíben el abuso de poder de mercado en el Ecuador. Son dos materias distintas, que merecen investigaciones distintas, separadas e independientes por parte de las distintas Autoridades correspondientes con jurisdicción y competencia propias y especializadas en la materia. De ahí la improcedencia e inaplicabilidad del argumento de MILLENIUM del principio NON BIS IN IDEM en este caso. Esto es precisamente en base a lo cual presentamos nuestra denuncia ante la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas; y, por otro lado, presentamos una reconvenición en contra de la demanda judicial que interpuso MILLENIUM en nuestra contra.(...) Finalmente la recomendación con la que concluye el informe en el cual basa la providencia que rechaza nuestro recurso de reposición es totalmente equivocada: se establece que no se recomienda continuar con la investigación de nuestra denuncia por no cumplirse ninguno de los supuestos establecidos en el artículo 9 de la Ley Orgánica*



de Regulación y Control del Poder de Mercado, no obstante si se han cumplido estos supuestos por parte de MILLENIUM (...) Tan independiente y por cuerda separada debe llevarse nuestra denuncia ante la Intendencia de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, frente al juicio que actualmente se está conociendo ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, que la Intendencia de Prácticas Desleales de la Superintendencia de Control de (sic) Poder de Mercado ha desechado esta "argumentación" de las empresas denunciadas, y ya se han formulado cargos contra los operadores económicos GRUNNENTAL ECUATORIANA S.A. y MILLENIUM, estableciéndose además recomendaciones para proceder con la multa a imponerse a los mismos. Esto demuestra que no existe prejudicialidad en estos casos, y que no debe ni puede esperarse a una resolución judicial sobre otra materia (propiedad intelectual), que la contraparte intenta hacer parecer como un litigio sobre calidad de productos, cuando han existido actos que constituyen violaciones de la normativa sobre Abuso de Control de Poder de Mercado. Es la autoridad especializada en esta materia, la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, la que debe decidir sobre esta denuncia, y no esperar al pronunciamiento de los jueces contencioso administrativos sobre propiedad intelectual, esta es nuestra pretensión subsidiaria. (...) En el supuesto no consentido de que nuestros argumentos no sean aceptados por su autoridad, la denuncia que hemos presentado ante la Intendencia de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas no podría ser "archivada" como lo ha sido, sino en el peor de los casos podría ser suspendida, hasta contar con más elementos para decidir. En virtud de lo expuesto en el presente escrito y en la denuncia presentada, en base al artículo antes citado, presento Recurso de APELACIÓN ante su autoridad y SOLICITO que se revea la decisión del Intendente de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, contemplada en las providencias de fechas 22 de junio de 2016 y 2 de septiembre de 2016, mediante las cuales se procede con el archivo de nuestra denuncia contenida en el expediente de la referencia y desecha nuestro recurso de reposición; solicitamos que nuestra denuncia sea conocida y tramitada por parte de la Intendencia de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Desleales (...)

SEXTO.- ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO DE LA PRETENSIÓN.- Atendiendo el Recurso de Apelación interpuesto por la recurrente, se analizan las siguientes consideraciones procesales: a) Denuncia presentada por el operador REPRESENTACIONES ROMERO CASTILLO REPROCAS CÍA. LTDA., el 21 de julio de 2014, en contra de la compañía MILLENNIUM PHARMACEUTICALS INC. b) Boleta de notificación remitida a la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (IIAPMAPR) el 19 de octubre de 2015 en la cual se pone en conocimiento la Resolución de 16 de octubre de 2015, expedida por el Superintendente de Control del Poder de Mercado en la que se resuelve, "(...) Primero.- Aceptar parcialmente el Recurso de (sic) Extraordinario de Revisión interpuesto por la compañía mercantil REPRESENTACIONES ROMERO CASTILLO REPROCAS CÍA. LTDA., por lo que se revoca los actos expedidos el 27 de febrero de 2015 y el 08 de abril de 2015 por el Dr. Wagner Mantilla Cortés Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado. Precautelando el debido proceso de oficio se revoca los actos administrativos del 31 de julio de 2014, a las 12h07; 15 de agosto de 2014, a las 10h12, expedidos por el Economista Diego Mancheno Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado; y

los actos administrativos de 18 de septiembre de 2014, a las 09h30 y del 21 de octubre de 2014, a las 08h45 emitidos por el Dr. Alexis Jurado Vaca, Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, en tal virtud se deja sin efecto todo lo actuado desde fojas 20 a fojas 84 en el expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-012-2014. Segundo.- Se dispone que el Intendente de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, se (sic) dé el trámite correspondiente a la denuncia presentada por la compañía REPRESENTACIONES ROMERO CASTILLO REPROCAS CÍA. LTDA. (...). c) Providencia de 27 de octubre de 2015, mediante la cual el Intendente de Investigación 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 establecidos en el artículo 54 literales b), c), d), f) y g) de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM); de conformidad a lo establecido en el artículo 55 de la LORCPM y 60 de su Reglamento de aplicación, se concede al denunciante el término de tres (3) días contados a partir de la notificación con la presente providencia, a fin de que aclare y complete la denuncia con las siguientes puntualizaciones: (...)". d) Escrito de 30 de octubre de 2015, mediante la cual y por intermedio de su representante legal, la compañía mercantil REPROCAS, da cumplimiento a lo dispuesto mediante providencia de 27 de octubre de 2015. e) Providencia de 04 de noviembre de 2015, mediante la cual el Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas dispone: "(...) se califica la denuncia presentada por el operador económico solicitante (...)" y ordena "córrase traslado con el texto de la denuncia con sus respectivos anexos (...)". f) Escrito de 26 de noviembre de 2015 a las 15h08, presentado por el operador económico GRÜNENTHAL ECUATORIANA CÍA. LTDA, mediante el cual presenta explicaciones. g) Escrito de 26 de noviembre de 2015, presentado por el operador económico MILLENNIUM, mediante el cual se presentan las correspondientes explicaciones. h) Informe No. SCPM-DNIAPM-047-2016, respecto de la pertinencia de apertura de la etapa formal del expediente No. SCPM-IIAPMAPR-012-2014, de 22 de junio de 2016, expedido por el Eco. Vicente Abril, Director Nacional de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, en el cual concluye y recomienda, "- La falta de una resolución judicial respecto de si VELCADE y BORTEZOMIB son similares o diferentes imposibilita una adecuada definición del mercado relevante, requerimiento indispensable para poder analizar la existencia o no de poder de mercado. - La interposición de acciones legales en sede judicial no demuestra que éstas hayan sido injustificadas ni abusivas, toda vez que se encuentran pendientes de resolución por parte de la autoridad judicial.- A causa de lo anterior, no se puede establecer si dichas acciones legales interpuestas por MILLENNIUM sean tendientes a excluir de mercado a REPROCAS y su producto BORTEZOMIB.- A causa de lo anterior, no se puede establecer si las acciones legales interpuestas por MILLENNIUM configuren un abuso de un derecho de propiedad intelectual sobre REPROCAS y su producto BORTEZOMIB, ni una potencial interposición de acciones legales injustificadas. - A causa de lo anterior, no se puede establecer indicios respecto del cometimiento de infracciones a los numerales 1, 15 y 22 del artículo 9 de la LORCPM. - Respecto de las alegaciones con fundamento en los artículos 26 y 27 de la LORCPM, no es competencia de la IIAPMAPR su conocimiento; existiendo además un expediente en la IIPD al respecto. 6. RECOMENDACIONES.- Tras el análisis expuesto en el presente informe acerca de los argumentos constantes en el escrito de denuncia de REPROCAS, el escrito que la completa y en los escritos de los operadores económicos GRÜNENTHAL y MILLENNIUM, se recomienda no continuar con la investigación por el cometimiento de presuntas infracciones anticompetitivas por parte de los operadores



-32-
TREINTA 9
005 -6-6
A25

*económicos MILLENIUM, GRÜNENTHAL, TAKEDA PHARMACEUTICAL COMPANY, JOHNSON & JOHNSON PHARMACEUTICAL RESEARCH & DEVELOPMENT y JANSSEN CILAG 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. i) Resolución de 22 de junio de 2016, expedida por el Ab. Eduardo Esparza, Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, en la cual resuelve, "(...) 2) Archivar sin más trámite el expediente signado con el número SCPM-IIAPMAPR-EXP-012-2014, al no encontrarse mérito para la prosecución de la instrucción del mismo (...)" . j) Escrito de 29 de junio de 2016, suscrito por el abogado Daniel López Suárez, debidamente autorizado, en representación del señor Jorge Alex Romero López, Gerente General y representante legal, del operador económico REPRESENTACIONES ROMERO CASTILLO REPROCAS CÍA. LTDA., mediante el cual se interpone Recurso de Reposición en contra de la resolución de 22 de junio de 2016, expedida por el Intendente de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas. k) Providencia de 04 de julio de 2016, por medio de la cual el Intendente de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, avoca conocimiento del Recurso de Reposición planteado por REPROCAS, aperturando el expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-012-2014-R. l) Escrito presentado por el operador económico MILLENIUM de 08 de julio de 2016, en el cual solicita, "(...) se deseché el Recurso de Reposición deducido por el operador económico REPROCAS y se ratifique la resolución que se encuentra en la providencia de 22 de junio de 2016 a las 16H55 que resuelve sin más trámite el archivo de la denuncia presentada por REPROCAS dentro del expediente SCPM-IIAPMAPR-012-2014". m) Escrito de 08 de julio de 2016, presentado por el operador económico GRUNENTHAL, en el cual solicita "(...) solicitamos expresamente se desestime y deseché el Recurso de Reposición planteado por Reprocas (...)". n) Resolución de 02 de septiembre de 2016, en la cual el Intendente de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, atendiendo el Recurso de Reposición, resuelve, "**PRIMERO:** Negar el recurso de reposición interpuesto por el abogado Daniel López Suárez, en representación del señor Jorge Alex Romero López, Gerente General y representante legal del operador económico REPRESENTACIONES ROMERO CASTILLO REPROCAS CÍA. LTDA., así como cada una de las pretensiones objeto del recurso en estricto apego de lo que establece el artículo 76 y 82 de la Constitución de la República; **SEGUNDO:** Ratificar en todas sus partes la resolución de archivo de 22 de junio de 2016 a las 16h55, emitida por esta autoridad administrativa dentro del expediente No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-012-2014 (...)" .- 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. 76,** "En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.(...) 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."; **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



-33-
TREINTA Y
TRES
7-
Sub

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.". **Art. 5**.- "Mercado relevante.- A efecto de aplicar esta Ley la Superintendencia de Control del Poder de Mercado determinará para cada caso el mercado relevante. Para ello, considerará, al menos, el mercado del producto o servicio, el mercado geográfico y las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado. El mercado del producto o servicio comprende, al menos, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; los costos de la sustitución; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución. El mercado geográfico comprende el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, los



costos de transporte, las modalidades de venta y las barreras al comercio existentes. La determinación del mercado relevante considerará las características particulares de los vendedores y compradores que participan en dicho mercado. Los competidores de un mercado relevante deberán ser equiparables, para lo cual se considerará las características de la superficie de venta, el conjunto de bienes que se oferta, el tipo de intermediación y la diferenciación con otros canales de distribución o venta del mismo producto.”. Específicamente tratando de Poder de Mercado, la LORCPM menciona, **Art. 7.-** “Poder de mercado.- Es la capacidad de los operadores económicos para influir significativamente en el mercado. Dicha capacidad se puede alcanzar de manera individual o colectiva. Tienen poder de mercado u ostentan posición de dominio los operadores económicos que, por cualquier medio, sean capaces de actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes, proveedores, consumidores, usuarios, distribuidores u otros sujetos que participen en el mercado. La obtención o el reforzamiento del poder de mercado no atentan contra la competencia, la eficiencia económica o el bienestar general. Sin embargo, el obtener o reforzar el poder de mercado, de manera que impida, restrinja, falsee o distorsione la competencia, atente contra la eficiencia económica o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios, constituirá una conducta sujeta a control, regulación y, de ser el caso, a las sanciones establecidas en esta Ley.”; **Art. 8.-** “Determinación del Poder de Mercado.- Para determinar si un operador económico tiene poder de mercado en un mercado relevante, debe considerarse, entre otros, uno o varios de los siguientes criterios: a. Su participación en ese mercado, de forma directa o a través de personas naturales o jurídicas vinculadas, y su posibilidad de fijar precios unilateralmente o de restringir, en forma sustancial, el abastecimiento en el mercado relevante, sin que los demás agentes económicos puedan, en la actualidad o en el futuro, contrarrestar ese poder. b. La existencia de barreras a la entrada y salida, de tipo legal, contractual, económico o estratégico; y, los elementos que, previsiblemente, puedan alterar tanto esas barreras como la oferta de otros competidores. c. La existencia de competidores, clientes o proveedores y su respectiva capacidad de ejercer poder de mercado. d. Las posibilidades de acceso del operador económico y sus competidores a las fuentes de insumos, información, redes de distribución, crédito o tecnología. e. Su comportamiento reciente. f. La disputabilidad del mercado. g. Las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios; y, h. El grado en que el bien o el servicio de que se trate sea sustituible, por otro de origen nacional o extranjero, considerando las posibilidades tecnológicas y el grado en que los consumidores cuenten con sustitutos y el tiempo requerido para efectuar tal sustitución.” **Art. 9.-** “Abuso de Poder de Mercado.- Constituye infracción a la presente Ley y está prohibido el abuso de poder de mercado. Se entenderá que se produce abuso de poder de mercado cuando uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general. En particular, las conductas que constituyen abuso de poder de mercado son: 1. Las conductas de uno o varios operadores económicos que les permitan afectar, efectiva o potencialmente, la participación de otros competidores y la capacidad de entrada o expansión de estos últimos en un mercado relevante, a través de cualquier medio ajeno a su propia competitividad o eficiencia. (...)



34
TREINTA Y
CUATRO
votos

15. La implementación de prácticas exclusorias o prácticas explotativas. (...) 17. El abuso de un derecho de propiedad intelectual, según las disposiciones contenidas en instrumentos internacionales, convenios y tratados celebrados y ratificados por el Ecuador y en la ley que rige la materia. 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. (...)". **Art. 44**, "Atribuciones del Superintendente.- Son atribuciones y deberes del Superintendente, además de los determinados en esta Ley: 1. Conocer y resolver de forma de motivada en última instancia sobre las infracciones establecidas en la ley y aplicar las sanciones pertinentes. 2. Conocer y resolver de forma motivada los recursos que se interpusieren respecto de actos o resoluciones conforme lo previsto por esta Ley y su Reglamento.(...)"; **Art. 49**, "Facultad de investigación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, a través de sus órganos internos, tendrá las siguientes facultades investigativas,(...)"; **Art. 56**.- "Vencido el término (...), el órgano de sustanciación deberá pronunciarse sobre el inicio de la investigación en el término de diez días. Si estimare que existen presunciones de la existencia de alguna de las infracciones previstas en esta ley, mediante resolución motivada ordenará el inicio de la investigación, señalando el plazo de duración de la misma, plazo que podrá ser ampliado si fuere necesario (...)"; **Art. 57**, "Archivo de la denuncia.- Si el órgano de sustanciación considera satisfactorias las explicaciones del denunciado, o si concluida la investigación no existiere mérito para la prosecución de la instrucción del procedimiento, mediante resolución motivada ordenará el archivo de la denuncia". **DISPOSICIONES GENERALES, Primera.- Jerarquía.-** La presente Ley tiene el carácter de orgánica y prevalecerá sobre las normas de inferior jerarquía. De conformidad con la Constitución de la República, se aplicará sistemáticamente con las demás normas del ordenamiento jurídico, en el orden jerárquico previsto en su artículo 425. (...) En lo no previsto en esta Ley se estará a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil, Código de Procedimiento Penal, Código de Comercio, Código Civil, Código Penal, Ley Orgánica de Servicio Público y las demás leyes y regulaciones aplicables." De igual forma, el **Reglamento de Aplicación de la LORCPM** dice, Art. 4, "**Criterio general de evaluación.-** La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, para determinar el carácter restrictivo de las conductas y actuaciones de los operadores económicos, analizará su comportamiento caso por caso, evaluando si tales conductas y actuaciones, tienen por objeto o efecto, actual o potencialmente, impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o atentar contra la eficiencia económica, el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios."; **Art. 62**.- "Resolución de inicio de investigación.- Vencido el término para que el presunto o presuntos responsables presenten explicaciones, si el órgano de investigación estimare que existen presunciones de la existencia de alguna de las infracciones previstas en la Ley, emitirá, en el término de diez (10) días, una resolución debidamente motivada en la que dará por iniciada la etapa de investigación y establecerá su plazo de duración que no podrá exceder de ciento ochenta (180) días, prorrogables

hasta por ciento ochenta (180) días adicionales por una sola vez. (...)"; **Art. 63.-** "Resolución de archivo de la denuncia.- Cuando, de los hechos investigados, no existiere mérito para la prosecución de la instrucción del procedimiento, o las explicaciones presentadas por los denunciados sean satisfactorias, el órgano de investigación, mediante resolución motivada que será notificada al o los denunciados, ordenará el archivo de la denuncia." **La Ley de Propiedad Intelectual** al respecto determina, **Art. 306** "El juez ordenará la medida al avocar conocimiento de la demanda, siempre que se acompañen pruebas sobre indicios precisos y concordantes que permitan razonablemente presumir la violación actual o inminente de los derechos sobre la propiedad intelectual reconocidos en ésta Ley, o sobre información que conduzca al temor razonable y fundado sobre su violación actual o inminente, atenta la naturaleza preventiva o cautelar de la medida y la infracción de que pueda tratarse. El juez comprobará si el peticionario es titular de los derechos, a cuyo efecto se estará a las presunciones establecidas en esta Ley. En defecto de información proporcionada con la demanda que permita presumir la titularidad, bastará la declaración juramentada que al efecto se incluya en la demanda.". De la constancia procesal y la normativa legal analizada se desprende que, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM) es un organismo técnico de vigilancia, auditoría, intervención y control como lo determina el artículo 213 de la Constitución de la República; y como parte de la Función de Transparencia y Control Social, debe procurar el bienestar general de todos los actores en las relaciones comerciales, así lo prevé el Art. 1 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), por tanto para que proceda la aplicación de la norma y específicamente el Art. 9 de la Ley que rige la materia de competencia, es imperativo que concurren dos elementos sustanciales, así el operador económico de una conducta anticompetitiva en el marco del artículo mencionado, debe ostentar poder de dominio en el mercado, capaz de afectar las relaciones entre los actores de la cadena productiva, lo cual no ha sido determinado en el informe de pertinencia de apertura de la etapa formal del expediente No. SCPM-IIAPMAPR-012-2014 de 22 de junio de 2016; y, la conducta debe ser suficiente para alterar negativamente las relaciones comerciales; en el caso puntual se debe tener presente que al existir un proceso del cual se determinarán varias premisas; tales como si los productos *VELCADE* y el producto "genérico" *BORTEZOMIB* de REPROCAS son o no similares en su compuesto, motivo por el cual dicho operador ha planteado acciones legales en protección de la marca de su propiedad; o caso contrario la autoridad jurisdiccional establecerá si las acciones no tienen fundamento fáctico y legal, pero mientras ello ocurre y con procesos judiciales en marcha, la autoridad de competencia no podría pronunciarse respecto de conductas exclusorias o abuso de acciones judiciales, motivo similar por el cual el órgano de investigación no se encuentra posibilitado a determinar el mercado relevante, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 5 de LORCPM, sin embargo de ello es importante referir que la materia de competencia es exclusiva de la SCPM, la cual se encuentra plenamente facultada a instruir procedimientos de oficio, al momento de tener conocimiento de conductas anticompetitivas, que en el presente caso podrían clarificarse una vez que los procesos judiciales concluyan a fin de tener certeza del criterio de la autoridad competente. Es menester aclarar que la interposición de acciones legales en sede judicial no implica que sean tendientes a eliminar del mercado a sus competidores o que constituyan utilización abusiva e injustificada de la justicia. En cuanto a la suspensión del proceso de investigación referida por el apelante, no es procedente, puesto que ésta facultad no se encuentra reglada



Superintendencia
de Control del
Poder de Mercado

- 35 -
TRENTA Y
CINCO
7
TUERCE

en ninguna norma que rige la materia, ni atribuida a ninguna autoridad administrativa de la SCPM. Sin embargo dentro de las conclusiones del Informe SCPM-DNIAPM-047-2016, se determina que el órgano técnico de investigación ha determinado que: “ (...) *no se puede establecer indicios respecto del cometimiento de infracciones a los numerales 1, 15 y 22 del artículo 9 de la LORCPM. Respecto de las alegaciones con fundamento en los artículos 26 y 27 de la LORCPM, no es competencia de la IIAPMAPR su conocimiento; existiendo además un expediente en la IIPD al respecto.*”; por tanto y de conformidad a lo dispuesto en el Art. 57 de la LORCPM, procede disponer el archivo del expediente de investigación.

SEPTIMO.- Por todas las consideraciones fácticas y legales, 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 Ab. Mauricio Proaño Miño en representación del señor Jorge Romero López a su vez representante legal de la compañía mercantil Representaciones Romero Castillo REPROCAS CIA. LTDA., mediante escrito de 27 de septiembre de 2016, por tanto ratificar las resoluciones expedidas por el Abg. Eduardo Esparza Paula, Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas de 22 de junio de 2016 y 02 de septiembre de 2016. **Segundo.-** Póngase en conocimiento de lo actuado a las partes procesales y al órgano de sustanciación e investigación.- **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.**


Pedro Páez Pérez

SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO


Dra. Naraya Tobar

SECRETARIA AD-HOC