Superintendencia de Control del Poder de Mercado

RECOMENDACIÓN No. SCPM-DS-2022-005

Danilo Sylva Pazmiño
SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO

CONSIDERANDO:

Que el artículo 213 de la Constitución de la República del Ecuador, establece que: "*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.* (…)";

Que el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador, determina que: "*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 de los derechos reconocidos en la Constitución.*";

Que el artículo 283 de la Constitución de la República del Ecuador, señala que: "*El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir* (...)";

Que el artículo 284 de la Constitución de la República del Ecuador, establece que: "*La política económica tendrá los siguientes objetivos:* (...) *2. Incentivar la producción nacional, la productividad y competitividad sistémicas, la acumulación del conocimiento científico y tecnológico, la inserción estratégica en la economía mundial y las actividades productivas complementarias en la integración regional.* (...) *8. Propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes.* (...)";

Que el artículo 304 de la Constitución de la República del Ecuador, determina que: "*La política comercial tendrá los siguientes objetivos: 1. Desarrollar, fortalecer y dinamizar los mercados internos a partir del objetivo estratégico establecido en el Plan Nacional de Desarrollo.* (...) *3. Fortalecer el aparato productivo y la producción nacionales.* (...) *5. Impulsar el desarrollo de las economías de escala y del comercio justo. 6. Evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados.*";

Que el artículo 313 de la Constitución de la República del Ecuador, señala que: "(…) *Se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley.*";

Que el artículo 335 de la Constitución de la República del Ecuador, determina que: "*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. (...)";

Que el artículo 336 de la Constitución de la República del Ecuador, señala que: "(…) *El Estado asegurará la transparencia y eficacia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley.*";

Que el artículo 385 de la Constitución de la República del Ecuador, establece que: "*El sistema nacional de ciencia, tecnología, innovación y saberes ancestrales, en el marco del respeto al ambiente, la naturaleza, la vida, las culturas y la soberanía, tendrá como finalidad: 1. Generar, adaptar y difundir conocimientos científicos y tecnológicos. 2. Recuperar, fortalecer y potenciar los saberes ancestrales. 3. Desarrollar tecnologías e innovaciones que impulsen la producción nacional, eleven la eficiencia y productividad, mejoren la calidad de vida y contribuyan a la realización del buen vivir.* (…)";

Que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado fue creada mediante la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre de 2011, como un organismo técnico de control, con capacidad sancionatoria, de administración desconcentrada, con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, presupuestaria y organizativa;

Que el 06 de noviembre de 2018, la Asamblea Nacional de conformidad con lo dispuesto en la Constitución de la República del Ecuador y de acuerdo a la Resolución del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social No. PLE-CPCCS-T-O-163-23-10-2018, de 23 de octubre de 2018, según fe de erratas de 05 de noviembre de 2018, posesionó al doctor Danilo Sylva Pazmiño como Superintendente de Control del Poder de Mercado;

Que el artículo 1 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, establece que su objeto es: "*evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado;* (…) *buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios* (…)";

Que en el artículo 2 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, se determina que: "*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.* (…).";

Que el artículo 4 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, establece: "(…) *los siguientes lineamientos* (que) *se aplicarán para la regulación y formulación de política pública en la materia de esta Ley:* (…) *2. La defensa del interés general de la sociedad, que prevalece sobre el interés particular. 3. El reconocimiento de la heterogeneidad estructural de la economía ecuatoriana y de las diferentes formas de organización económica, incluyendo las organizaciones populares y solidarias. 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. 5. El derecho a desarrollar actividades económicas y la libre concurrencia de los operadores económicos*

al mercado. 6. El establecimiento de un marco normativo que permita el ejercicio del derecho a desarrollar actividades económicas, en un sistema de libre concurrencia. 7. El impulso y fortalecimiento del comercio justo para reducir las distorsiones de la intermediación. (…) *9. La distribución equitativa de los beneficios de desarrollo, incentivar la producción, la productividad, la competitividad, desarrollar el conocimiento científico y tecnológico; y, 10. La necesidad de contar con mercados transparentes y eficientes.*";

Que el artículo 33 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, dispone que: "(…) *las entidades públicas,* (…) *dentro de su potestad normativa,* (…) *respetarán y aplicarán los principios, derechos y obligaciones consagrados en la presente Ley.*";

Que el artículo 37 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, señala que: "*Corresponde a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado asegurar la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentar la competencia; la prevención, investigación, conocimiento, corrección, sanción y eliminación del abuso de poder de mercado* (…)";

Que el artículo 38 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, determina como atribuciones de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, que se ejercen a través de sus órganos: *"*(…) *9. Cuando lo considere pertinente, emitir opinión en materia de competencia respecto de leyes, reglamentos, circulares y actos administrativos, sin que tales opiniones tengan efecto vinculante.* (…) (y) *11. Emitir recomendaciones de carácter general o sectorial respecto a las modalidades de la competencia en los mercados.* (…)";

Que en la Disposición General Cuarta de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, se señala que: "*Regulación Sectorial.- En el ámbito de su competencia, las entidades públicas a cargo de la regulación observarán y aplicarán los preceptos y principios establecidos en la presente Ley y coadyuvarán en el fomento, promoción y preservación de las condiciones de competencia en los mercados correspondientes.*";

Que el artículo 99 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación respecto de la obligatoriedad de inscripción establece que: "*Toda transferencia, autorización de uso o licencia sobre cualquier derecho de propiedad intelectual o solicitud en trámite, deberá inscribirse ante la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales. Las transferencias, autorizaciones de uso o licencias de propiedad industrial surtirán efectos a partir de su inscripción ante la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales.*

Afín de hacer efectivas las deducciones tributarias derivadas de regalías de derechos de propiedad intelectual, se deberá acreditar el documento que sustente la materialidad de la transacción, no obstante el antedicho documento deberá estar previamente inscrito ante la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales.";

Que el artículo 493 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación sobre la transferencia o licencia de la solicitud de Derecho de Obtentor dispone que: "*Un Derecho de Obtentor o una solicitud en trámite podrá ser objeto de transferencia o licencia para la explotación de la variedad.*

Toda transferencia, autorización de uso o licencia de un Derecho de Obtentor vegetal o una solicitud en trámite de concesión, deberá constar por escrito e inscribirse ante la autoridad competente en materia de derechos intelectuales y, se perfeccionarán y surtirán efectos a partir de su inscripción.

Cualquier persona interesada podrá solicitar la inscripción de una transferencia o licencia."

Que el artículo 494 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación en relación a la inscripción de los contratos de transferencia o licencia dispone: *"La autoridad competente en materia de derechos intelectuales no inscribirá los contratos a través de los cuales un certificado de obtentor o una solicitud en trámite sea objeto de transferencia o licencia para la explotación de la variedad cuando dichos contratos no se ajusten a las disposiciones del Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías, o no se ajusten a las disposiciones comunitarias o nacionales sobre prácticas comerciales restrictivas de la libre competencia o sobre competencia desleal. Caso contrario, en lo que fuere pertinente, se estará a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y se aplicarán las sanciones previstas en la misma.*

(...)"

Que mediante Resolución No. SCPM-DS-012-2017 de 16 de marzo de 2017, se expidió el Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, y que en su artículo 44, en donde se hace referencia a la realización de informes de opinión en materia de competencia, se señala que: *"La Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia, en cumplimiento de sus atribuciones, podrá elaborar informes de opinión en materia de competencia"*; y,

Que en atención a la disposición dada por la Intendencia General Técnica, la Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia, a través de su Dirección Nacional de Promoción de la Competencia procedió con la apertura del expediente correspondiente No. SCPM-IGT-INAC-2-2022, denominado "FLORES", para desarrollar el análisis al artículo 99, en concordancia con los artículos 493 y 494 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación; y, de los resultados del análisis realizado, se concluyó que:

- El Servicio Nacional de Derechos Intelectuales como órgano rector encargado de la organización, administración y observancia en todo lo relativo en materia de propiedad intelectual, es la autoridad competente respecto de los derechos, obligaciones y procedimientos que se desprendan de la misma; y por ende, es ante quien se debe inscribir toda transferencia, autorización de uso o licencia de un derecho de obtentor vegetal o una solicitud en trámite de concesión, y precautelar que en todo momento dichas inscripciones se realicen.

- El Servicio Nacional de Derechos Intelectuales, previo a la inscripción de un instrumento que recoja una transferencia, autorización de uso o licencia de un Derecho de Obtentor vegetal o una solicitud en trámite de concesión, deberá verificar que no se contraponga a las normas recogidas en el artículo 494 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, entre ellas, a las prácticas comerciales restrictivas de libre competencia o sobre competencia desleal.

- En la misma línea, la norma vigente, al señalar que el contrato de toda transferencia, autorización de uso o licencia de un derecho de obtentor vegetal o una solicitud en trámite de concesión deba constar por escrito e inscribirse ante el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales, busca por un lado, conferir a la autoridad mayor capacidad de control respecto de las relaciones existentes entre las partes (obtentores vegetales y licenciatarios), y por otro, dotar de mayor formalidad en el sector, tomando en consideración que los contratos surtirán efectos contra terceros solamente si han sido debidamente inscritos.

- Adicionalmente, se ha podido identificar que, tomando en consideración que la inscripción puede efectuarse por cualquiera de las partes, ambas podrían obtener la respectiva utilidad de dicha inscripción.

- Al haberse identificado la falta de inscripciones contractuales sobre obtenciones vegetales ante el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales, se deduce que el Estado, en el periodo comprendido entre los años 2016 a 2021, posiblemente ha dejado de percibir un valor no menor a USD 1,46 millones por este concepto.

- En general, el desconocimiento de la norma en cuanto a aspectos como la obligatoriedad de inscripción de los contratos, los derechos que derivan de su inscripción, el valor de las tasas por dicho servicio, así como el descuento que podría aplicar, pudiese ser motivo para que, tanto obtentores vegetales y, más aún, productores florícolas, no inscriban los contratos de autorización de uso o licencia de las obtenciones vegetales ante el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales.

- Por otro lado, se identificó que para acceder a información de una obtención vegetal, el interesado debe realizar una solicitud de búsqueda de registro por cada variedad ante el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales, pagando una tasa por concepto de "Certificado de búsqueda de registro" de USD 56,00 y esperar el tiempo estimado de entrega de quince (15) días, lo cual podría representar costos y tiempos adicionales para los productores.

- Si el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales podría proveer información de fácil acceso, los floricultores tendrían la posibilidad de conocer de manera más eficiente el estado en el que se encuentran las obtenciones (en dominio público o con titular de derechos) para tomar una decisión en cuánto a qué cultivar.

- Además de la protección en materia de propiedad intelectual derivada de la inscripción del acto contractual, el artículo 99 en análisis, señala el posible otorgamiento de deducciones tributarias; sin embargo, no se identifica normativa conexa que permita aplicar este tipo de beneficios tributarios.

- Finalmente, en concordancia con lo establecido en el Convenio de París, las obtenciones vegetales podrían ser consideradas dentro de la propiedad industrial propiamente dicha, a diferencia de cómo se da en la normativa actual, donde se mostrarían como dos conceptos diferentes.

RECOMENDACIONES:

Al Servicio Nacional de Derechos Intelectuales se recomienda:

1. Que se implementen los mecanismos necesarios para que se cumpla con la obligatoriedad de inscripción recogida en el artículo 99, en concordancia con los artículos 493 y 494 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, fortaleciendo así el control preventivo determinado en la mencionada Ley ; toda vez que se llegó a conocer que a la fecha ningún operador ha cumplido con la obligación de inscribir los contratos por concepto de transferencia, autorización de uso o licencia de un Derecho de Obtentor vegetal o una solicitud en trámite de concesión. Lo cual, acarrearía que los contratos no surtan efectos contra terceros y que se dificulte tanto la regulación respecto del uso no autorizado de obtenciones vegetales, así como la identificación de posibles cláusulas anticompetitivas.

2. Considerar la pertinencia de realizar modificaciones en las tasas de inscripción de los contratos por concepto de transferencia, autorización de uso o licencia de un derecho de obtentor vegetal o una solicitud en trámite de concesión, con el objetivo de incentivar a que cualquiera de partes realice las inscripciones correspondientes.

3. Considerar la opción de coordinar con el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador para la presentación de dicha inscripción, previo a la comercialización internacional de la producción florícola respectiva, con el fin de evidenciar que esta deriva de una autorización de uso de obtención vegetal debidamente inscrita.

4. Que se lleve a cabo un proceso de capacitación al sector florícola, con énfasis en lo establecido en los artículos 99, 493 y 494 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, ya que se ha podido identificar que existe desconocimiento de la normativa, lo que podría ser una de las causas para la no inscripción de contratos.

5. Que solicite a la autoridad competente que se genere normativa conexa que permita aplicar lo establecido en el artículo 99 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, referente a las deducciones tributarias otorgadas a partir de la inscripción de autorización de uso o licencia de una obtención vegetal, a fin de que sea un medio de motivación para la inscripción.

6. Que genere un portal de búsqueda de libre acceso que permita a los productores conocer las obtenciones vegetales que son de dominio público y las que mantienen un titular de derechos, ya que para acceder a información de una obtención vegetal, actualmente se debe realizar una solicitud de búsqueda de registro por cada variedad, lo cual involucra costos y tiempos adicionales para los productores.

7. Que se analice de manera coordinada con las instituciones públicas pertinentes, la posibilidad de estructurar un procedimiento simplificado, que, previo a la inscripción de los contratos, permita identificar cláusulas que posiblemente atenten contra las buenas prácticas comerciales.

8. Que al tratar a las obtenciones vegetales, se analice si se las podría tomar como parte de propiedad industrial, en concordancia con lo establecido en el Convenio de París.

DISPOSICIONES GENERALES

PRIMERA.- Se dispone a la Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia realizar el seguimiento de las recomendaciones realizadas en el presente instrumento.

SEGUNDA.- Encárguese la Secretaría General en coordinación con la Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia de la notificación de la presente recomendación al Servicio Nacional de Derechos Intelectuales.

TERCERA.- Encárguese la Secretaría General de la publicación de la presente Recomendación en la página web e intranet institucional.

CÚMPLASE Y PUBLÍQUESE.-

Dada en Quito, Distrito Metropolitano, el 07 de octubre de 2022.

DANILO IVANOB SYLVA PAZMINO
Firmado digitalmente por DANILO IVANOB SYLVA PAZMINO
Fecha: 2022.10.07 13:06:11 -05'00'

Danilo Sylva Pazmiño
SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO

FIRMAS DE RESPONSABILIDAD		
Revisado por:	Nombre: Juan Raúl Guaña Pilataxi Cargo: **Asesor de Despacho**	Firmado electrónicamente por: **JUAN RAUL GUAÑA**
	Nombre: Elizabeth Landeta Tobar Cargo: **Intendente Nacional Jurídico**	Firmado electrónicamente por: **RUTH ELIZABETH LANDETA TOBAR**
	Nombre: Ricardo Freire Granja Cargo: **Intendente General Técnico**	Firmado electrónicamente por: **RICARDO AUGUSTO FREIRE GRANJA**
	Nombre: Daniel Granja Matovelle Cargo: **Intendente Nacional de Abogacía de la Competencia**	DANIEL ESTEBAN GRANJA MATOVELLE Firmado digitalmente por DANIEL ESTEBAN GRANJA MATOVELLE Fecha: 2022.10.07 11:45:15 -05'00'