

- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Control del Poder de Mercado
- **Órgano de Sustanciación:** INICPD
- **Expediente INICPD:** SCPM-IIPD-2018-001
- **Expediente Apelación:** SCPM-DS-INJ-RA-002-2019
- **Investigado:** FUSIÓN LATINOAMERICANA FUSLAT S.A.

**SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.-** Quito, DM, 04 de abril de 2019, a las 12h42.- **VISTOS.-** Doctor, Danilo Sylva Pazmiño, en mi calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado, conforme la acción de personal No. SCPM-INATH-328-2018 de 06 de noviembre de 2018, cuya copia certificada se encuentra agregada al expediente, en uso de mis facultades legales, en conocimiento del presente recurso y estando el proceso para resolver, considero y dispongo:

**PRIMERO.- COMPETENCIA.-** En virtud de lo dispuesto en los artículos 44 numeral 2; 65 y 67 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 planteado.-

**SEGUNDO.- 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.

**TERCERO.- LEGALIDAD DEL RECURSO.-** La señora Teresa del Rocío Pozo Paguay, en calidad de representante legal del operador económico FUSION LATINOAMERICANA FUSLAT S.A., mediante escrito 08 de enero de 2019, interpone Recurso de Apelación en contra de la Resolución de 19 de diciembre de 2018, a las 15h00, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales. El recurrente ha cumplido así, con el principio de oportunidad establecido en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), que en el artículo 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. (...)"* (las negrillas no son propias del texto).

**CUARTO.- ACTO IMPUGNADO.-** El acto impugnado por el operador económico FUSION LATINOAMERICANA FUSLAT S.A. es la Resolución de 19 de diciembre de 2018 a las 15h00, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, en la que se resuelve: *"PRIMERO.- Ordenar el inicio de la etapa de investigación en el presente expediente en consideración a lo siguiente: (i) Con fundamento en los hechos constantes en el informe de Investigación Preliminar jurídico y económico elaborado por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales y las explicaciones presentadas por el operador económico investigado FUSION LATINOAMERICANA FUSLAT S.A., conforme ha quedado expresado en la*

*parte considerativa de la presente resolución, se determina como presunto responsable al operador económico FUSION LATINOAMERICANA FUSLAT S.A., (ii) Las conductas objeto de investigación son las presuntas prácticas desleales contempladas en el artículo 27 numeral 2 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, siendo las características de los bienes y servicios las determinadas en el análisis económico preliminar de la presente resolución (...)*”

**QUINTO.- SOBRE LA PRETENSIÓN DEL RECURRENTE.-** La señora Teresa de Rocío Pozo Paraguay, en calidad de representante legal del operador económico FUSION LATINOAMERICANA FUSLAT S.A., en su escrito indica que interpone recurso de apelación: *“a fin de que aceptado este, se sirva disponer el archivo de investigación preliminar”*

**SEXTO.- CONSTANCIA PROCESAL RELEVANTE.-** De la revisión del expediente administrativo signado con el No. **SCPM-IIPD-2018-001**, se evidencian las siguientes constancias procesales relevantes: a) Resolución de 20 de febrero de 2018 a las 12h00 mediante la cual el Intendente Nacional de Investigación de Prácticas Desleales avocó conocimiento del expediente de investigación SCPM-IIPD-2018-001 y resolvió *“(...) abrir el presente expediente y conducir una investigación preliminar, la cual concluirá con un informe que no podrá ser expedido en un término mayor a ciento ochenta días (180) días”*; b) Informe de Investigación Preliminar No. SCPM-IIPD-DNIPD-17-2018 de 12 de noviembre de 2018 por medio del cual la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales manifestó que *“(...) la compañía FUSLAT S.A., que oferta en el mercado la venta directa de suplementos alimenticios, podría estar incurriendo en actos de engaño, contemplados como prácticas desleales tipificado en el artículo 27 numeral 2 de la LORCPM, por lo que esta Dirección Nacional, recomienda a la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales acoja el presente informe y se corra traslado a la referida compañía para que presente sus explicaciones y posteriormente se resuelva sobre el inicio de la investigación”*; c) Escrito de explicaciones con sus respectivos anexos presentado por el operador económico FUSION LATINOAMERICANA FUSLAT S.A. el 04 de diciembre de 2018; d) Resolución de inicio de investigación de 19 de diciembre de 2018 a las 15h00, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, en la cual se resuelve: **“PRIMERO.- Ordenar el inicio de la etapa de investigación en el presente expediente en consideración a lo siguiente: (i) Con fundamento en los hechos constantes en el informe de Investigación Preliminar jurídico y económico elaborado por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales y las explicaciones presentadas por el operador económico investigado FUSION LATINOAMERICANA FUSLAT S.A., conforme ha quedado expresado en la parte considerativa de la presente resolución, se determina como presunto responsable al operador económico FUSION LATINOAMERICANA FUSLAT S.A., (ii) Las conductas objeto de investigación son las presuntas prácticas desleales contempladas en el artículo 27 numeral 2 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, siendo las características de los bienes y servicios las determinadas en el análisis económico preliminar de la presente resolución (...)**”.

**SÉPTIMO.- 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 –CRE- 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"; "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. m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos."; "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 (...); "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 (...); "Art. 425.- (...) La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, (...)". En concordancia la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado establece, "Art. 44.- Atribuciones del Superintendente.- Son atribuciones y deberes del Superintendente, además de los determinados en esta Ley (...) 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, las mismas que se ejercerán en el marco de la Constitución, la ley y el respeto a los derechos y garantías de los ciudadanos (...); "Art. 56.- Inicio de investigación.- Vencido el término señalado en el artículo anterior, 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. 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 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 (...)" (las negrillas no son propias del texto); "**DISPOSICIONES GENERALES.- Primera.- Jerarquía.-** (...) 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.". El Código Orgánico Administrativo -COA- establece: "Art. 89.- Actividad de las Administraciones Públicas.- Las actuaciones administrativas son: 1. Acto administrativo. 2. Acto de simple

*administración. 3. Contrato administrativo. 4. Hecho administrativo. 5. Acto normativo de carácter administrativo. (...)” (las negrillas no son propias del texto); “Art. 98.- Acto administrativo. Acto administrativo es la declaración unilateral de voluntad, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales o generales, siempre que se agote con su cumplimiento y de forma directa. Se expedirá por cualquier medio documental, físico o digital y quedará constancia en el expediente administrativo.”; “Art. 120.- Acto de simple administración. Acto de simple administración es toda declaración unilateral de voluntad, interna o entre órganos de la administración, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales y de forma indirecta.”.*

#### **OCTAVO.- ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO DE LA PRETENSIÓN.-**

Si bien el literal m) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República prevé el derecho de los ciudadanos para recurrir de las actuaciones de la administración, no es menos cierto que el ejercicio de los derechos se deben realizar enmarcados dentro de los requisitos formales y sustanciales determinados en la ley, esto en armonía con lo establecido en el numeral 1 de la norma constitucional referida y en garantía del derecho a la seguridad jurídica consagrado en el artículo 82 de la Constitución. Bajo la misma línea el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador establece que las autoridades administrativas que actúan en virtud de la potestad estatal solamente ejercerán las funciones y competencias que le sean atribuidas en la constitución y la ley; el numeral 2 del artículo 44 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado ha establecido como una de las atribuciones del Superintendente de Control del Poder de Mercado, el conocer y resolver los recursos sobre los actos y resoluciones que emane la entidad; el artículo 67 ibídem, establece la posibilidad de interponer un recurso de apelación sobre los *actos administrativos* emitidos por los órganos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, en virtud de lo establecido la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado; de estas premisas se concluye que el Superintendente de Control del Poder de Mercado es competente para conocer y resolver los recursos de apelación que se interpongan en contra de los actos administrativos generados por este organismo técnico de control. Una vez que se han identificado los hechos constantes en el expediente de investigación del cual se desprende el acto impugnado, así como del recurso de apelación interpuesto por el operador económico FUSION LATINOAMERICANA FUSLAT S.A., se establece que la objeción de la accionante de este recurso de apelación recae sobre la Resolución de 19 de diciembre de 2018 a las 15h00, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales; bajo este contexto, le corresponde a esta autoridad administrativa analizar, la procedencia y pertinencia del recurso interpuesto, en este sentido, es necesario indicar que no todas las actuaciones de la administración pública se constituyen en actos administrativos propiamente dichos, la doctrina subdivide a las actuaciones de la administración en: *actos de simple administración o de mero trámite*, que son aquellos que se ejecutan a fin de proseguir con la tramitación de una causa, es decir, los que no generan efecto directo sobre el administrado, y tampoco constituyen la voluntad final de la autoridad; y, *los actos administrativos propiamente dichos*, que instituyen la expresión jurídica de la voluntad de la administración, resuelven el tema principal, o incidental, generando un efecto directo sobre el administrado, imponiéndole un gravamen o liberándolo de este; al respecto el tratadista Patricio Secaira Durango en su obra “Curso Breve de Derecho Administrativo” dice: “(...) Es entonces siempre una declaración de

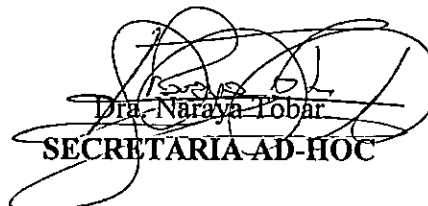
*voluntad que crea efectos jurídicos directos e inmediatos a terceros (...)*"; de igual forma el tratadista Andrés Serra Rojas, en su obra "*Derecho Administrativo, T.I. 9ª Ed.*", manifiesta; "*(...), una declaración de voluntad, de conocimiento y de juicio, unilateral, concreta y ejecutiva, que constituye 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 que hoy se recurre, 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 impone medidas preventivas, correctivas o sancionatorias, aunque si las siguiere, este acto de simple administración se expide para la prosecución del trámite*"; elementos doctrinarios que se encuentran recogidos en los artículos 98 y 120 del Código Orgánico Administrativo respecto a la definición del acto administrativo y del acto de simple administración. Bajo estas consideraciones, es necesario puntualizar que, conforme se ha indicado, si bien la Constitución de la República del Ecuador en el artículo 173 posibilita a las personas para impugnar actos administrativos, no es menos cierto que una resolución que apertura una investigación no resuelve el fondo de la investigación, no decide sobre un hecho que verse sobre la afectación de los derechos del investigado, ni causa daño irreparable, pues, la Superintendencia a través de sus órganos técnicos realiza las actividades que la Ley determina para el cumplimiento de su objeto, consecuentemente, dentro de ellas se encuentra la de investigar a operadores económicos que podrían estar incurriendo en alguna infracción establecida en la norma y en consecuencia afectar el mercado, o al interés general. Por otro lado el Código Orgánico Administrativo (norma supletoria), respecto de las actividades de las Administraciones Públicas, establece en el artículo 89 que las actuaciones son, entre otras, actos administrativos, y actos de simple administración, éstos últimos se encuentran contemplados en el artículo 120 del mismo cuerpo legal, y corresponde a toda declaración unilateral de voluntad, realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales y de forma indirecta, estos actos se efectúan de forma interna o entre órganos de la administración. Ahora bien, la Resolución de 19 de diciembre de 2018 a las 15h00, sobre la cual interpuso el operador económico FUSION LATINOAMERICANA FUSLAT S.A. el presente recurso de apelación no produce efectos jurídicos directos, constituyéndolo consecuentemente como actos de mero trámite de naturaleza no impugnables, en tal razón, el acto impugnado corresponde a actuaciones interlocutorias simples, o conocidos como actos de simple administración, que para el caso que se analiza, el mismo fue emitido en la sustanciación del procedimiento de investigación, que en esencia, no es otra cosa que, una emanación de la voluntad de la potestad pública que conlleva a un cambio de fase dentro del procedimiento administrativo, sin resolver el fondo del asunto que se investiga; por tanto, se torna importante referir que de conformidad a lo establecido en el artículo 67 de la LORCPM, las actuaciones procesales que pueden ser elevadas a conocimiento de la máxima autoridad son aquellas que configuran un acto administrativo propiamente dicho, esto en concordancia con el artículo 98 del Código Orgánico Administrativo (norma supletoria), es decir, las que manifiestan la voluntad de la administración, cuyo factor determinante es causar efectos jurídicos directos sobre el administrado, situación que no se evidencia en la Resolución de inicio de investigación de 19 de diciembre de 2018 a las 15h00, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas

Desleales; acto que demuestra la prosecución en la sustanciación de la fase siguiente en el procedimiento de investigación establecida en la norma.

**NOVENO.-** Por todo lo expuesto, y existiendo méritos suficientes para resolver, amparado en las disposiciones establecidas en los artículos 75, 76, 82 y 226 de la Constitución de la República del Ecuador, artículo 44, numeral 2 y artículo 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta Autoridad **RESUELVE:**  
**PRIMERO.-** **NEGAR** el Recurso de Apelación planteado por la señora Teresa del Rocío Pozo Paguay, en calidad de representante legal del operador económico FUSION LATINOAMERICANA FUSLAT S.A., mediante escrito de 08 de enero de 2019, en virtud que, conforme se ha fundamentado y motivado la actuación administrativa sobre la cual ha interpuesto el recurso de apelación, no constituye un acto administrativo; razón por la cual, no se cumplen los requisitos sustanciales establecidos en el artículo 67 de la LORCPM; en consecuencia, se confirma la Resolución de 19 de diciembre de 2018 a las 15h00, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales. **SEGUNDO.-** Notifíquese al operador económico FUSION LATINOAMERICANA FUSLAT S.A., al órgano de investigación y a la Intendencia General Técnica. **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.**



**Dr. Danilo Sylva Pazmiño**  
**SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO**



**Dra. Naraya Tobar**  
**SECRETARIA AD-HOC**