

- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Control del Poder de Mercado
- **Órgano de Sustanciación:** IIAPMAPR
- **Expediente IIAPMAPR:** SCPM-IIAPMAPR-2014-014
- **Expediente Apelación:** SCPM-IIAPMAPR-2014-014-A-0006-2017-DS
- **Denunciante:** Sra. Marcela Pazmiño
- **Denunciados:** INDUSTRIAS PONTESELVA S.A.; FRANCO GUERINI PUCCIARELLI

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- Quito, DM, 09 de marzo de 2016, a las 15h00.- **VISTOS.-** En mi calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado (s), conforme lo acredito con la copia certificada de la resolución No. SCPM-DS-009-2017 de 03 de marzo de 2017, que en copia certificada se agrega al proceso, en uso de mis facultades legales y estando 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 interpuesto. **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 esta Autoridad declara la validez del mismo. **TERCERO.- LEGALIDAD DEL RECURSO.-** El recurrente, Guisepe Guerini Casari, en calidad de Gerente General y representante legal del operador económico INDUSTRIAS PIOLERA PONTE SELVA S.A., interpone Recurso de Apelación mediante escrito de 09 de enero de 2017, en contra de la providencia de 29 de diciembre de 2016 de 10H07, expedida por la Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (e); y, 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.-** La providencia impugnada es la de 29 de diciembre de 2016 de 10H07, expedida por la Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (e), (IIAPMAPR), mediante la cual en el considerando PRIMERO, b) manifiesta, "b) En atención al acápite II del escrito que se agrega, se pone

fi

en conocimiento del operador económicos que conforme el inciso final de la Disposición General Primera de la LORCPM la normativa supletoria aplicable es la que se encuentre vigente al momento de suscitarse el incidente (...)”. **QUINTO.- ARGUMENTACION DEL RECURRENTE.-** El recurrente, Guiseppe Guerini Casari, en calidad de Gerente General y representante legal del operador económico INDUSTRIAS PIOLERA PONTE SELVA S.A., interpone Recurso de Apelación mediante escrito de 09 de enero de 2017, en contra de la providencia de 29 de diciembre de 2016 de 10H07, expedida por la Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (e) y alega: “(...) **V. ACTUACION DE LA IIAPMAPR.-** Mediante providencia de 08 de noviembre de 2016 la IIAPMAPR comunico a INDUSTRIA PIOLERA PONTE SELVA en el numeral primero inciso 2.2. (...) La negativa, al amparo de lo dispuesto en el artículo 289 del Código de Procedimiento Civil, que dicta: Los autos y decretos pueden aclararse, ampliarse, reforzarse o revocarse, por el mismo juez que los pronuncio, silo (sic) solicita alguna de las partes dentro del término fijado en el Art. 281, y del artículo 281 del código ut supra que dispone: El juez que dictó sentencia, no puede revocarla ni alterar sus sentido en ningún caso; pero podrá aclararla y ampliarla, si alguna de las partes lo solicitare dentro de tres días" se encuentra sustentada toda vez que la solicitud se efectuó fuera de termino, resultando improcedente su despacho y atención. De lo expuesto queda evidenciado que posterior a la entrada en vigencia del Código Orgánico General de Procesos el 22 de mayo de 2015, la Intendencia continuo dentro del expediente en referencia implementando el Código de Procedimiento Civil y a la par dentro de la misma providencia supra, dentro de la disposición primera en el numeral 1.1. hace mención al Código Orgánico General de Procesos, lo cual evidencia una violación a la Seguridad Jurídica por parte de la administración y una aplicación ARBITRARIA de la norma, lo cual genera una grave incertidumbre e indefensión a Industria Piolera Ponte Selva. (...) Estos ejes de aplicación, permite que la seguridad jurídica evoque certeza y certidumbre del derecho, cosa que en el presente caso no se cumple, en vista que dentro de una misma providencia se aplican dos cuerpos normativos que por la temporalidad de la norma no se pueden aplicar al mismo tiempo, salvo los casos establecidos en la norma vigente. **Se torna evidente el concluir y demandar ante vuestro despacho, que en la resolución apelada existe aplicación indebida y errónea interpretación de normas procesales, así como errónea interpretación de preceptos jurídicos aplicables, con lo que se ha violado el principio de seguridad jurídica a Piolera Ponte Selva.** (...)Esta labor de aplicación de derechos, se debe realizar, manteniendo una relación con otros principios fundamentales, de igual manera se debe guardar una conexión con la correcta interpretación y aplicación del derecho como actividad estrictamente racional, motivada y no arbitraria, en el presente expediente se viola estos requisitos en vista que en el acto administrativo impugnado se no se encuentra motivación, la IIAPMAPR, emite una disposición arbitraria. (...) Afirmamos la falta de conocimiento del derecho por parte de la IIAPMAPR, partiendo de lo establecido en el Artículo 7 del Código Civil y Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico General de Procesos, por cuanto el proceso tuvo su origen temporal el 27 de octubre de 2014 y se debe aplicar el Código de Procedimiento Civil y no como afirma la IIAPMAPR que la normativa supletoria aplicable es la que se encuentre vigente al momento de



suscitarse el incidente. (...) Analizadas algunas de las definiciones expuestas previamente, señor Superintendente podemos concluir preliminarmente que la doctrina ha entendido que de faltar la exposición de motivos en el propio acto, resulta imposible evaluar la razonabilidad del acto, la idoneidad de medios y la proporcionalidad del acto, triple exigencia del test constitucional de la Interdicción de la Arbitrariedad según Bacigalupo y su estudio de la doctrina del Tribunal Constitucional alemán. Es así como los autores elevan la motivación de un acto administrativo a la categoría de elemento del mismo. (...) Subsidiariamente, señor Superintendente consideramos pertinente dar a conocer a su despacho que luego de una consulta realizada por parte del operador económico, en la que solicitó se aclare y se afirme cual es la norma adjetiva (procedimental) con la cual se encuentran sustanciando el expediente en referencia, se nos aclaró y afirmó que (...) se pone en conocimiento del operador económico que la norma adjetiva o procedimental con la cual se sustancia los expedientes investigativos de la SCPM son la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado (LORCPM), Reglamento para la Aplicación de la LORCPM, la normativa secundaria emitida por la SCPM, y la normativa supletoria conforme lo establecido en el inciso final de la Disposición General Primera de la LORCPM, por lo que me permito transcribir lo establecido en el inciso final de la Disposición General Primera de la LORCPM, 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. 7, en el presente caso es imperativo la continuación de la aplicación de Código de Procedimiento Civil en vista de la temporalidad de la aplicación de la norma, tal como se establece en la Disposición Transitoria Primera del mismo COGEP. **XI. PETICIÓN CONCRETA.** Por lo expuesto, pido a Usted Señor Superintendente, en relación al AUTO ADMINISTRATIVO dictado el día 29 de diciembre del 2016 a las 10h04 (sic), dentro del procedimiento administrativo signado con No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-2014-014 acumulado el Expediente No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-013-2016 identificado la disposición SEGUNDA numeral 3 (tres), se sirva disponer la revocación y por tanto la extinción total, por razones de nulidad del acto administrativo recurrido al violar el principio rector en materia de derecho administrativo y constitucional como es la motivación, violación que ha lesionado además los derechos fundamentales de tutela efectiva, defensa y seguridad jurídica, todo lo cual provoca además la nulidad de pleno derecho del acto, por incurrir en vicios que no son susceptibles de convalidación (...) (el subrayado corresponde al texto original). **SEXTO.- ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO DE LA PRETENSIÓN.-** Atendiendo el Recurso de Apelación interpuesto por el recurrente, se realizan las siguientes consideraciones; 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: (...); h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten

en su contra. 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. 173** “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”; **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: (...) Para la aplicación de la presente Ley se observarán los principios de no discriminación, transparencia, proporcionalidad y debido proceso.”; **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. 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”, **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.” (el subrayado me pertenece). Dentro del marco de derecho administrativo se debe establecer, que dentro de las manifestaciones de la autoridad, en doctrina se ha establecido diversas clasificaciones del actuar jurídico; así tenemos, actos administrativos, reglamentos administrativos, contratos administrativos, finalmente actos y resoluciones administrativas; respecto del acto administrativo, este se subdivide en actos de simple administración o de mero trámite, que son aquellos los que se ejecutan a fin de proseguir con la tramitación, es decir, los que no generan efecto directo sobre el administrado; y, los actos administrativos propiamente dichos, que constituyen 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 la providencia 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 establece responsabilidades, ni impone medidas preventivas, correctivas o sancionatorias o libera de responsabilidad al investigado, este acto de simple administración se expide para la sustanciación del trámite, puesto que ha sido generado a consecuencia de un escrito presentado por el recurrente dentro del proceso de investigación en curso. 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 República 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”; se puede apelar, respecto de los actos administrativos, que por su naturaleza son impugnables, no sobre aquellos que no generan efecto respecto de los



administrados. **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 señor Guiseppe Guerini Casari, en calidad de Gerente General y representante legal del operador económico INDUSTRIAS PIOLERA PONTE SELVA S.A., por cuanto la providencia que ha sido impugnada no constituye un acto administrativo. **Segundo.-** Sin embargo de lo dispuesto y en virtud de que, de la revisión del expediente administrativo No. SCPM-11APMAPR-EXP-2014-014 acumulado el Expediente No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-013-2016, se verifica que el informe final correspondiente ha sido remitido por la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, a la Comisión de Resolución de Primera Instancia, para sustanciar la fase de resolución, póngase en conocimiento de dicha Comisión la presente resolución y escrito de apelación presentado por el operador económico INDUSTRIAS PIOLERA PONTE SELVA S.A, a fin de que se resguarde la correcta aplicación de la normativa de procedimiento, aplicable en la fase de investigación, respeto al debido proceso y demás garantías constitucionales. **Tercero.-** Póngase en conocimiento de lo actuado a las partes procesales y al órgano de sustanciación e investigación.- **CÚMPLASE Y NOTIFIQUESE.**

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

Dra. Naraya Tobar
SECRETARIA AD-HOC