

- Órgano de apelación: **SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.**
- Órgano de Investigación: **INTENDENCIA DE INVESTIGACIÓN DE ABUSO DEL PODER DE MERCADO, ACUERDOS Y PRÁCTICAS RESTRICTIVAS.**
- Expediente: N°. **SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-29-**
- Denunciante: **AIQUISA S.A. y otros.**
- Denunciada: **La FABRIL S.A., y otras.**

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- Quito, DM, 14 de noviembre de 2014, a las 09h45. **VISTOS.-** En mi calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado, conforme al nombramiento cuya copia certificada se dispone agregar al proceso, avoco conocimiento de este expediente en mérito al Recurso de Apelación interpuesto por AIQUISA S.A., EXTRACTORA SAN DANIEL CIA. LTDA., MOLSANDO S.A., PROCEPALMA CEBAS S.A., PALCIEN S.A., EXTRACTORA LA SEXTA S.A., AEXAV CIA. LTDA., PEXA S.A., AGROINPLA S.A., PALMERAS DEL DUANA PALDUANA S.A., EXTRACTORA QUEVEPALAMA S.A. y EXTRACTORA ATAHUALPA EXTRACATA S.A., mediante escrito del 27 de agosto de 2014. Por lo expuesto, en uso de mis atribuciones legales, dispongo las siguientes **ÓRDENES PROCESALES:**

PRIMERA.- COMPETENCIA.- En virtud de lo dispuesto en el Art. 44 numeral 2 de la Ley de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta Autoridad es competente para conocer y resolver el Recurso de Apelación interpuesto. Mediante providencia emitida por el Superintendente de Control del Poder de Mercado, de fecha 05 de noviembre de 2014, las 12H30, se acepta a trámite el Recurso interpuesto y se dispone pasen autos para Resolver.- **SEGUNDA.- VALIDEZ PROCESAL.-** Revisado el expediente de esta instancia jerárquica, no se encuentran vicios de procedimiento ni se han omitido solemnidades sustanciales que puedan generar nulidad procesal, por lo que esta Autoridad declara la validez del mismo. **TERCERA.- LEGALIDAD DEL RECURSO.-** Los impugnantes, han presentado su Recurso de Apelación dentro del término legal, cumpliendo así el principio de oportunidad garantizado en la Ley de Regulación y Control del Poder de Mercado, 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". **CUARTA.- ACTOS APELADOS POR LOS IMPUGNANTES Y PRETENSION.**- Mediante providencia emitida el 05 de agosto de 2014, las 09H00, por el Intendente de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, da formal y legal atención al escrito presentado por la parte denunciante, de fecha 22 de julio, disponiendo el cumplimiento de varias diligencias procesales, entre esas la contenida en el literal g2) "*en atención al acápite segundo los documentos referidos obren dentro del expediente a excepción de las copias notarizadas de los libros contables de las denunciadas correspondientes a los ejercicios 2010, 2011, 2012, 2013, con corte a febrero 2014, esta Autoridad dispone que se esté a lo dispuesto en la providencia dictada el 15 de julio 2014, a las 09h00, la solicitud de nulidad de lo establecido en la parte dispositiva segunda, literal a1 de la providencia en cuestión deviene de improcedente de conformidad con lo que dispone los artículos 344, 345, 346 349; y, 352 del Código de Procedimiento Civil*", la contenida en el literal g3) "*en atención al acápite tercero nuevamente se aclara al denunciante que en este proceso se asegura a los comparecientes de manera irrestricta el cumplimiento de las garantías básicas del debido proceso; y al no haberse justificado la pertinencia de la solicitud ésta Autoridad dispone que se esté a lo dispuesto el literal d) de la providencia de 15 julio de 2014, a las 09h00*"; y, la contenida en el literal g5) "*atendiendo el acápite quinto, se aclara a las denunciadas que la carga de la prueba le corresponde a ésta Autoridad y en consecuencia las preguntas que se formule, son las que éste Órgano considera oportunas por lo que el cuestionamiento de que se indique todas y cada una de las preguntas carece fundamento por lo expuesto anteriormente*". De la providencia emitida el 05 de agosto del 2014, las operadoras económicas denunciadas: AIQUISA.A., EXTRACTORA SAN DANIEL CIA. LTDA., MOLSANDO S.A., PROCEPALMA CEBAS S.A., PALCIEN S.A., EXTRACTORA LA SEXTA S.A., AEXAV CIA. LTDA., PEXA S.A., AGROIMPLA S.A., PALMERAS DEL DUANA PALMEDUANA S.A., EXTRACTORA QUEVEPALAMA S.A. y EXTRACTORA ATAHUALPA EXTRACATA S.A., mediante escrito de 27 de agosto del 2014, las 14H45, presentan el Recurso de Apelación contenido en 28 fojas útiles, concretamente se apela a los literales g2), g3) y g5) de la providencia recurrida; y, lo hacen en los siguientes términos: "TERCERO.- El acto que se recurre y fundamentos de la apelación: Señor Superintendente, de conformidad a lo establecido en el artículo 173 de la Constitución

y en el numeral 2 del artículo 44 y 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en adelante -LORCPM-, presento ante su Excelencia los antecedentes, y fundamentos de la apelación de mis representadas. El acto que se recurre expresamente son las negativas por parte de la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas contenidas en los literales g2); g3) y g5) del Acto Administrativo de 05 de agosto de 2014, a las 09h00, emitido por la Intendencia de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas dentro del proceso SCPM-EXP-2013- 029, iniciado por Denuncia por Abuso de Poder de Mercado y Abuso de Poder de Mercado en Situación de Dependencia Económica en los Mercados de Aceites y Grasas Vegetales; Fruta de Palma; Extracción del Aceite de Palma; Extracción del Aceite de Palmiste; y de la Refinación del Aceite de Palma. Es decir, en atención al escrito presentado por mis representadas, el día 22 de julio de 2014, a las 16h47 (se adjunta como Anexo 9), el Acto Administrativo de 05 de agosto de 2014, a las 09h00 (se adjunta como Anexo10)... CUARTO.- Pretensiones concretas. Su Señoría, en vista de lo expuesto en este documento: Señaladamente en los numerales 3.1; 3.2; y, 3.3 antes descritos; En la negativas injustificadas, inmotivadas y discriminatorias de la Intendencia de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas; En que en esta etapa de investigación que discurre es fundamental la obtención de todos los elementos documentales sin que se puedan aducir los denunciados reserva de ninguna naturaleza como manda la LORCPM, que permitan llegar a la verdad económica y jurídica; De conformidad a lo establecido en el Art. 173, y los literales h y m del numeral 7 Artículo 76 de la Constitución; y acorde a los señalado en el numeral 2 del Artículo 44, y Artículo 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado; Dentro del término legal, solicitamos se acepte este Recurso de Apelación de las partes **g2); g3) y g5) de la parte dispositiva SEGUNDO del Acto Administrativo de 05 de agosto 2014, a las 09h00** emitido por la Intendencia de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, dentro del proceso SCPM-EXP-2013-029, iniciado por Denuncia por Abuso de Poder de Mercado y Abuso de Poder de Mercado en Situación de Dependencia Económica en los Mercados de Aceites y Grasas Vegetales; Fruta de Palma; Extracción del Aceite de Palma; Extracción del Aceite de Palmiste; y de la Refinación del Aceite de Palma, y concretamente se solicita: 4.1.- De la parte dispositiva SEGUNDO del Acto Administrativo de 05 de agosto 2014, a las 09h00, que se revoque: "[...] **g2)** *En atención al acápite segundo los documentos referidos obren dentro del expediente a excepción de las copias notarizadas de los libros contables de las denunciadas correspondientes a los ejercicios 2010, 2011, 2012, 2013, con corte a febrero 2014, Esta Autoridad dispone que se esté a lo*

*dispuesto en la providencia dictada el 15 de julio 2014, a las 09h00 [...] Con lo anterior, la Intendencia deberá solicitar los libros contables de las denunciadas correspondientes a los ejercicios 2010, 2011, 2012, 2013, con corte a febrero 2014, donde se encuentran particularmente los libros diario y mayor, y se atienda a lo dispuesto de 22 de mayo de 2014, a las 09h00. 4.2.- De la parte dispositiva SEGUNDO del Acto Administrativo de 05 de agosto 2014, a las 09h00, que se revoque: g3) en atención al acápite tercero nuevamente se aclara al denunciante que en este proceso se asegura a los comparecientes de manera irrestricta el cumplimiento de las garantías básicas del debido proceso; y al no haberse justificado la pertinencia de la solicitud ésta Autoridad dispone que se esté a lo dispuesto el literal d) de la providencia de 15 julio de 2014, a las 09h00. [...] Con lo anterior, la Intendencia deberá requerir a todas las Extractoras denunciadas que remitan copias de todas y cada una de las liquidaciones de compra de fruta de palma, desde enero de 2009 hasta mayo de 2014. 4.3.- De la parte dispositiva SEGUNDO del Acto Administrativo de 05 de agosto 2014, a las 09h00, que se revoque: "g5) atendiendo el acápite quinto, se aclara a las denunciadas que la carga de la prueba le corresponde a ésta Autoridad y en consecuencia las preguntas que se formule, son las que éste Órgano considere oportunas por lo que el cuestionamiento de que indique todas y cada una de las preguntas carece de fundamento por lo expuesto anteriormente [...] De esta manera, la Intendencia solicitará a las Extractoras Alzamora Cordovez, Palmisa y Olearios que se responda a todas las preguntas efectuadas (no a algunas), a fin de conocer la verdad y realidad económica de este proceso de investigación (conforme al Art. 3 de la LORCPM), y el daño al mercado, y no solamente a los denunciados en este caso. Como sabemos el Derecho de Competencia tiene el objetivo de proteger al mercado y al consumidor, y por supuesto al proceso competitivo". Fundamentan su impugnación en varias normas legales y contables que demostrarían que el Intendente del proceso, estaría violando las normas del debido proceso. Al respecto se analiza: Las Normas Ecuatorianas de Contabilidad NEC diferencian lo que es el balance y los libros contables. El Art. 76, numeral 7, literal l) de la Constitución de la República del Ecuador, manda que las decisiones de los poderes públicos sean motivadas. El Art. 49 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, LORCPM, dispone examinar valores, libros, comprobantes de contabilidad cuando se investiga conductas anticompetitivas. El Art. 39 del Código de Comercio contiene los libros que obligatoriamente debe llevar y tener un comerciante: Diario, Mayor, de Inventarios y de Caja y los Arts. 40 y 42 explican su contenido. El Código de Procedimiento Civil contiene lo relacionado con los testigos y la clase de preguntas que se debe plantear a las partes o testigos, Art. 213 y Art. 221. **QUINTA.- CONSIDERACIONES DE LA SUPERINTENDENCIA***



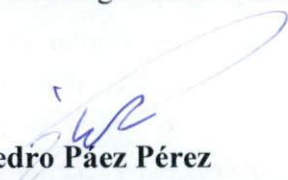
DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- Conforme lo dispone la Constitución de la República del Ecuador, las Superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoria intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico. De igual forma, se establece que las Superintendencias actuaran de oficio o por requerimiento ciudadano. En este marco de garantías y facultades, la Administración Pública se manifiesta a través de hechos, actos, contratos, resoluciones y procedimientos administrativos que producen los órganos de la administración de acuerdo con su competencia, esto es, todas las actividades que realizan en el ámbito de sus atribuciones y funciones; y, de los cuales se producen efectos jurídicos. Para determinar la impugnabilidad de los actos administrativos es importante señalar qué es un acto administrativo: Gustavo Penagos, en su obra El Acto Administrativo señala: "Acto Administrativo es la manifestación unilateral de la voluntad administrativa, a través de cualquier rama del poder público, o de los particulares, que tiene por finalidad crear, modificar o extinguir una situación jurídica". Los actos administrativos se rigen por los principios de competencia, legitimidad, ejecutividad e impugnabilidad; y se presumen que son legítimos porque han sido dictados por las autoridades y órganos competentes, y que se ha cumplido con todas las disposiciones contempladas en la normativa respectiva, sin embargo, están supeditados a los medios de impugnación, objeción o desaprobación correspondientes. El Recurso de Apelación interpuesto por las operadoras económicas denunciantes, han recurrido sobre un Acto Administrativo por sentirse inconformes con esa decisión, por lo tanto, han hecho efectivo sus derechos garantizados en la Constitución de la República del Ecuador, que en su Art. 75, establece: *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...*". Por su parte, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, ha dado fiel cumplimiento a lo estipulado en el Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador, que establece: *"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. (...) numeral 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos";* el Art. 82 del cuerpo legal antes invocado, estipula: *"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";* y, finalmente

el Art. 173 IBÍDEM, establece: *“Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los órganos correspondientes de la Función Judicial”*. La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado –en adelante LORCPM, respecto de las atribuciones de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, en su Art. 38 numeral 2 establece: *“Sustanciar los procedimientos en sede administrativa para la imposición de medidas y sanciones por incumplimiento de esta Ley”*. Entre algunas de las facultades de investigación que tiene esta Superintendencia, contempladas en la LORCPM, está la contenida en el Art. 48, inciso quinto: *“... La carga de la prueba corresponderá a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, sin perjuicio de las pruebas aportadas por el denunciante y el denunciado...”*. Es decir, según este precepto jurídico la administración tiene derecho a obtener pruebas de los administrados sobre hechos denunciados y que considere necesarios, útiles para su decisión final, sin que tal actividad se encuentre limitada para que los operadores económicos involucrados en una investigación puedan “aportar” con aquellas pruebas permitidas por ley. Art. 49.- *“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: 1. Exigir que se le presenten, para su examen, todos los valores, libros, comprobantes de contabilidad, correspondencia, registros magnéticos o informáticos, incluyendo sus medios de lectura, y cualquier otro documento relacionado con la conducta investigada o con las actividades inspeccionadas, sin que se pueda aducir reserva de ninguna naturaleza...”*; El Art. 65 de la ley citada, en su inciso segundo, estipula: *“Los actos administrativos son impugnables según dispone el artículo 173 de la Constitución de la República y están revestidos del carácter de estabilidad administrativa...”*; y, en el inciso final del artículo mencionado supra, establece: *“El Superintendente podrá revocar en cualquier momento sus actos o los actos emitidos por órganos inferiores, de gravamen o desfavorables, siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, o sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico”*. Las operadoras económicas denunciantes al considerar que se han conculcado sus derechos, argumentando que no ha existido un debido proceso, falta de motivación del acto administrativo recurrido; hacen efectivo su derecho contemplado en el Art. 67 de la LORCPM, que en su parte pertinente establece: *“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 presentarán 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...". Al respecto, el Recurso de Apelación interpuesto por los denunciantes ha sido presentado dentro de los términos legales establecidos en la LORCPM y su Reglamento, por lo tanto, fue admitido a trámite mediante providencia del 05 de noviembre de 2014. Por otro lado, en la Disposición General Primera, inciso tercero de esta Ley, dispone: "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". Al ser el Código de Procedimiento Civil norma supletoria de la LORCPM, se puede acoger a la misma para una mayor eficacia y objetividad en las sustanciaciones de procedimientos de investigación y en la gestión procesal en sede administrativa de esta Superintendencia, así, el Art. 323, dispone: "Apelación es la reclamación que alguno de los litigantes u otro interesado hace al juez o tribunal superior, para que revoque o reforme un decreto, auto o sentencia del inferior", , Art. 326.- Se puede apelar de las sentencias, de los autos y de los decretos que tienen fuerza de auto. Sin embargo, no son apelables los autos o decretos que no ocasionan gravamen irreparable en definitiva, ni aun cuando condenen en costas y multas; y, en general, toda decisión a que la ley deniegue este recurso. Tampoco son apelables las providencias sobre suspensión o prórroga de términos, las que conceden términos para pruebas, las que manden practicarlas, las que califiquen interrogatorios, las que concedan términos extraordinarios, y las demás de mero trámite", Art. 330.- "La apelación se debe interponer ante el juez de cuya resolución se apela, y para ante el superior inmediato; pero no hay necesidad de expresar cuál es el juez o tribunal para ante quien se apela". Ante las normas transcritas es evidente que la impugnabilidad, primero, es un principio y no una regla, puesto que no todos los actos y decisiones son recurribles a través de recursos verticales como el de apelación; y, segundo, cuando la impugnabilidad es una regla está escrita y solamente es impugnabile a fallos, resoluciones y decisiones que causen gravamen irreparable o decidan la causa en forma definitiva. La razón que la ley ha dispuesto que no todas las providencias sean impugnables con recursos de alzada, es porque existen otros mecanismo jurídicos procesales que las partes pueden utilizar para atacar una providencia como las aclaraciones, correcciones, ampliaciones y el recurso de reposición. La providencia dictada el día 5 de agosto del 2014, por el Intendente de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, se trata de un acto de simple administración que no causa daño irreparable porque, fundamentalmente, no resuelven el fondo de la litis, y en consecuencia no

decide sobre el destino final de los derechos de las partes. Los actos de simple administración no son apelables, empero según la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, pueden ser susceptibles de RECURSO DE REPOSICIÓN ante la misma autoridad que los emitió, en este caso, sería el Intendente mencionado, conforme el Art. 66 de la ley en referencia, que establece: “ *Los actos administrativos de los diferentes niveles administrativos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrán ser recurridos en sede administrativa mediante el recurso ordinario y horizontal de reposición...* ”. Es decir, los impugnantes pudieron haber interpuesto un recurso de reposición ante la misma autoridad investigadora para que corrija los supuestos errores en la aplicación de las normas citadas por los mismos. Solamente los actos decisorios o sentencias son recurribles en apelación y demás recursos verticales Y el auto de aceptación parcial de la prueba solicitada no es susceptible de recurso de apelación porque no es decisorio y no equivale a sentencia. **SEXTA.- RESOLUCIÓN.-** Por todo expuesto, 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:** Se inadmite el recurso vertical de apelación interpuesto, por improcedente; y **Segundo:** Devuélvase el expediente para los fines legales consiguientes.- NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-


Dr. Pedro Páez Pérez
SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL
PODER DE MERCADO


Dr. Cristian Herrera Ávila
SECRETARIO AD-HOC