



- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Control del Poder de Mercado
- **Órgano de origen:** INICPD
- **Expediente de origen:** SCPM-IGT-INICPD-015-2019
- **Expediente Apelación:** SCPM-DS-INJ-RA-004-2021
- **Investigado/Apelante:** REYLÁCTEOS

**SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.-** Quito, DM, 18 de febrero de 2021, a las 16h10.- **VISTOS.-** Doctor Danilo Sylva Pazmiño, en mi calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado, conforme la acción de personal No. SCPM-INAF-DNATH-328-2018 de 06 de noviembre de 2018, cuya copia certificada se agrega al expediente, **AVOCO** conocimiento del Recurso de Apelación interpuesto por el señor Gilberto Gutiérrez Perdomo, compareciendo a nombre y en calidad de abogado patrocinador del operador económico REYLÁCTEOS C.L., en contra de la providencia de 21 de enero de 2021, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales (INICPD), dentro del expediente administrativo No. SCPM-IGT-INICPD-015-2019; en uso de mis facultades legales, dispongo:

**PRIMERO.- COMPETENCIA.-** El artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador establece que las personas que actúan en virtud de la potestad estatal sólo ejercerán las competencias y facultades que le sean atribuidas en la Constitución y la ley; en este sentido, conforme lo previsto en el artículo 213 de la Norma Constitucional, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM) es un organismo técnico de control que pertenece a la Administración Pública, encargado de hacer cumplir los lineamientos y disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM) a través de la ejecución de los procedimientos especiales previstos en la ley, en razón de la especialidad de la materia del Derecho de Competencia. En el presente caso se observa que el objeto de la impugnación corresponde a las facultades de control de la SCPM, razón por la cual la normativa aplicable es la establecida en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado; por lo tanto, conforme el numeral 2 del artículo 42 y artículo 67 de la LORCPM, le corresponde al Superintendente de Control del Poder de Mercado, en calidad de máxima autoridad de la institución, conocer y resolver el presente Recurso de Apelación.-

**SEGUNDO.- DISPOSICIONES GENERALES.-** a) Abrir un expediente por cuerda separada para la sustanciación de la presente impugnación, el mismo que llevará su propia foliatura; b) Al presente expediente se le otorgó mediante sistema ANKU, el número SCPM-DS-INJ-RA-004-2021.-

**TERCERO.-** Agréguese al expediente el memorando SCPM-IGT-INICPD-2021-102 de 10 de febrero de 2021 suscrito electrónicamente por el abogado Carlos Andrés Álvarez, en calidad de Intendente Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales y anexos, con los que pone en conocimiento de esta autoridad: “[...] De conformidad con el artículo 52 del Instructivo de Gestión Procesal de la SCPM, remito a Usted, tanto la providencia de 10 de febrero de 2021, emitida por esta Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, que en su parte pertinente ordena poner en su conocimiento el recurso de apelación presentado por el operador económico REYLÁCTEOS C. L., cuanto el recurso presentado por el operador el 08 de febrero de 2021 con Id. 184471, dentro del proceso de investigación signado con el número SCPM-IGT-INICPD-0015-2019 [...]”, documentación que fue remitida electrónicamente el 10 de febrero de 2021 mediante trámite ID 184777 y cuyos anexos corresponden a las siguientes



actuaciones: **a)** Documento electrónico –providencia de 10 de febrero de 2021 suscrita por el abogado Carlos Andrés Álvarez Duque, en calidad de Intendente Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales; **b)** Escrito de Recurso de Apelación suscrito por el señor Gilberto Gutiérrez Perdomo quien manifiesta comparecer en calidad de abogado patrocinador del operador económico REYLÁCTEOS C.L., ingresado el 08 de febrero de 2021 a las 15h02, signado con el ID 184471.-

**CUARTO.- ADMISIBILIDAD.-** Conforme lo establecido en el numeral 2 del artículo 44 y artículo 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), en concordancia con el artículo 52 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM, corresponde analizar si el Recurso de Apelación interpuesto por el operador económico REYLÁCTEOS C.L., cumple o no, con los requisitos y condiciones establecidas la LORCPM y el referido Instructivo; de ahí que, se procederá a examinar si el Recurso de Apelación presentado por el operador económico ha sido oportunamente interpuesto; si la actuación administrativa objeto del recurso es impugnabile; y, si el recurso interpuesto ha sido debidamente fundamentado conforme lo requerido en el artículo 52 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM; requisitos que no son simples formalidades, sino que por la naturaleza del medio impugnatorio, constituyen condicionamientos de obligatorio cumplimiento, dependiendo de aquello la admisibilidad a trámite del recurso interpuesto; siendo el momento oportuno para verificar el cumplimiento de los requisitos formales y de fundamentación, en tal sentido, se analiza: **a) Oportunidad.-** El artículo 67 de la LORCPM, establece: “[...] *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. [...]*”, en el presente caso de las piezas procesales constantes en el expediente administrativo No. SCPM-IGT-INICPD-015-2019, se verifica que, la actuación administrativa impugnada, esto es, la providencia de 21 de enero de 2021, emitida por la INICPD fue notificada electrónicamente al recurrente el 22 de enero de 2021 a las 09h07; y, toda vez que el escrito que contiene el Recurso de Apelación ha sido interpuesto el 08 de febrero de 2021 a las 15h02; se constata que este ha sido presentado dentro del término legal de veinte (20) días para interponerlo; **b) Procedencia del Recurso de Apelación.-** Acorde lo establecido en los artículos 65 y 67 de la LORCPM la impugnación, y en específico el recurso de apelación, procede en contra de los “Actos Administrativos” emanados por las autoridades de la SCPM, mismos que conforme lo determinado en el artículo 98 del Código Orgánico Administrativo (COA), es la manifestación de la voluntad de la administración, cuyo factor determinante es causar efectos jurídicos individuales y directos sobre el administrado; así mismo, la jurisprudencia ha considerado: *“ELEMENTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO. Se define al acto administrativo como la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad. Se trata, en primer término, de una declaración intelectual, lo que excluye las actividades puramente materiales. Esto no obstante, por declaración no ha de entenderse únicamente la que formalmente se presenta como tal (aunque esto será lo común en la actividad administrativa como consecuencia de su procedimiento y de su expresión escrita ordinaria) o declaración expresa, sino también la que se manifiesta a través de comportamientos o conductas que revelan concluyentemente una posición intelectual previa declaración o acto tácito. La declaración puede ser de voluntad, que será lo normal, en las decisiones o resoluciones finales de los procedimientos, pero también de otros estados intelectuales: de juicio, de deseo, de conocimiento como es hoy pacíficamente admitido en la teoría general del acto administrativo. Se define Como acto tácito: según esta perspectiva, la administración pública puede manifestar su voluntad en forma expresa o tácita: expresa, cuando mediante ella quede de manifiesto directa o concretamente el objeto del acto; tácita o implícita, cuando de la declaración se puede deducir*



*inequívocamente, por vía de interpretación, el alcance de la voluntad de la Administración Pública*<sup>1</sup>; adicionalmente, sobre la naturaleza de las actuaciones administrativas impugnadas, se considera que, los actos administrativos, constituyen la expresión jurídica de la voluntad de la administración, resuelven el tema principal, generando un efecto directo sobre el administrado, imponiéndole un gravamen o liberándolo de éste; 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 [...]”; elementos doctrinarios que se encuentran recogidos en el artículo 98 del Código Orgánico Administrativo respecto a la definición del acto administrativo. Por lo que, en el presente caso es menester analizar si la actuación administrativa objeto de la impugnación, cumple con los requisitos propios de un acto administrativo; en el caso *sub judice*, el operador económico REYLÁCTEOS C.L., hace referencia en el punto I de su escrito que contiene el Recurso de Apelación a la providencia de 06 de diciembre de 2021, a las 17h09, existiendo así un error en el señalamiento de la actuación administrativa, sin embargo, de la revisión del expediente administrativo, se infiere que la actuación administrativa impugnada corresponde a la providencia de 21 de enero de 2021, emitida por la INICPD dentro del expediente administrativo No. SCPM-IGT-INICPD-015-2019, siendo el único punto controvertido el contenido en el acápite PRIMERO que dispone: “[...] Una vez revisado y analizado los argumentos esbozados en la justificación de confidencialidad de los datos (número de teléfono) de las personas que el operador encuestó, y cuya información está contenida en las fichas técnicas utilizadas para la elaboración del Estudio Situacional, esta Intendencia manifiesta lo siguiente: a) La Constitución en su artículo 66 número 19, así como la Corte Constitucional del Ecuador, propenden la protección de los datos de carácter personal, respecto de los derechos personalísimos de la libertad de una persona, siempre que estos datos se recolecten sin la autorización del titular y se vean en grave riesgo de distribución o difusión; así también, la norma conmina a que los datos número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social, sean protegidos por el estado. Ahora bien, la ley, jurisprudencia y doctrina citadas por el operador en el escrito que se despacha, resaltan lo siguiente: 1.- el derecho a la intimidad propia de las personas; 2.- la injerencia arbitraria o abusiva; y, 3.- la garantía de protección de los datos personales, a fin de que los datos no serán utilizados para fines comerciales ni de publicidad; esta Intendencia identifica que, los números de teléfono móvil, no mantienen relación con los derechos personalísimos, como son la información respecto de: identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social, económica, número de cedula o su vida privada; en tal sentido, difícilmente se podría vulnerar el derecho a la intimidad o la injerencia arbitraria o abusiva, más aún, cuando los dueños de los datos (número de teléfono móvil), habrían proporcionado de forma libre y voluntaria la información. Finalmente, es importante señalar que, la información remitida por el operador económico fue aportada dentro de un expediente de investigación, por lo que, es claro que no será utilizada para fines comerciales ni en publicidad. b). Con base en las consideraciones realizadas, este órgano de control colige que: 1.- la información no está dentro del rango de los derechos personalísimos de las personas; 2.- la recolección de los datos (número de teléfono móvil), no fue de manera arbitraria o abusiva; y, 3.-

<sup>1</sup> Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVII. No. 15. Página 5212.



la información no será utilizada con fines comerciales o publicitarios. En este orden de ideas, esta Intendencia no violenta los preceptos legales mandados en los numerales 11 y 19 del artículo 66 de la Constitución del Ecuador, así como ninguna prohibición contenida en los cuerpos normativos. Por lo mencionado, esta Autoridad niega la solicitud de confidencialidad del operador económico. [...]”; así, se observa que la actuación administrativa impugnada es de aquellas que se emiten para la tramitación del procedimiento administrativo; siendo que, dicha actuación administrativa no implica que la INICPD haya impuesto un acto de gravamen en contra del recurrente; por el contrario, la actuación impugnada responde a la sustanciación de procedimientos que son de competencia de las Intendencias Nacionales de Investigación y Control de SCPM, de conformidad con lo dispuesto en el Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la SCPM; es decir que como lo indica el tratadista Jorge Danós Ordóñez, este tipo de actuaciones “[...] son actos instrumentales para el dictado de otro acto administrativo final, al que preparan y hacen posibles; [...] sirven para impulsar el procedimiento y a diferencia de los actos definitivos no ponen término al procedimiento administrativo porque carecen de contenido decisorio y voluntad resolutoria sobre el tema de fondo. Por regla general los actos de trámite no son impugnables en forma directa o autónomamente antes que se produzca la resolución final [...]”<sup>2</sup>, criterio que ha sido recogido por los órganos jurisdiccionales, quienes en la sentencia de 05 de diciembre de 2018 dentro del proceso judicial No. 09802-2015-00319 han considerado que para que una actuación administrativa se constituya en un acto administrativo se requiere que: “[...] exteriorice la voluntad de la administración; que provenga de una declaración unilateral de la administración; que se haya emitido en ejercicio de una potestad administrativa, por parte de la administración; y, que el acto, **produzca efectos jurídicos, creando, modificando o extinguiendo un derecho para las partes [...]**” (las negrillas no son propias del texto); bajo estas premisas, se observa que la providencia de 21 de enero de 2021 de la INICPD, constituye una actuación de trámite que forma parte del procedimiento de investigación, la misma que no resuelve el fondo del asunto o un incidente, no crea, extingue o modifica derecho alguno, por lo que no se puede hablar de un acto administrativo propiamente dicho; y, en consecuencia, acorde lo resuelto por la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia<sup>3</sup>, “[...] Los actos de simple administración por su naturaleza consultiva y preparatoria a la manifestación de la voluntad administrativa no son propiamente impugnables. Ello sin perjuicio del derecho a impugnar el acto administrativo que omitió un dictamen o informe cuando ellos eran necesarios o cuando se sustentó en un informe o dictamen erróneo. [...]”, de cuyo análisis los señores Jueces del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo en el juicio No. 09802-2015-00319, afirmaron que: “[...] esta jurisprudencia, nos enseña que los actos de simple administración, que son propiamente las actuaciones administrativas previas a la voluntad de la administración (actos administrativos) no son impugnables, porque no afectan derechos del administrado, sostener lo contrario sería permitir que se impugne cada actuación de la administración, por situaciones intrascendentes que no afectan los derechos subjetivos, abarrotando de procesos al servicio judicial, cuyas decisiones serían inútiles, porque no se impugnaría la voluntad de la administración en la que se deciden sobre los derechos subjetivos, [...]”. Bajo estas consideraciones, al observarse que la actuación administrativa impugnada por parte del operador económico REYLÁCTEOS C.A., no es un acto administrativo propiamente dicho, sino que es un acto de simple administración, y que por su naturaleza, conforme lo establecido en los artículos 65 y 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y en inciso final del

<sup>2</sup> Danós Ordóñez Jorge. “La impugnación de los Actos de Trámite en el Procedimiento Administrativo y la Queja” Derecho & Sociedad No. 28. (2008). Pág. 268 Web [file:///C:/Users/maria.arevalo/Downloads/17237-Texto%20del%20art%C3%ADculo-68423-1-10-20170427%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/maria.arevalo/Downloads/17237-Texto%20del%20art%C3%ADculo-68423-1-10-20170427%20(1).pdf)

<sup>3</sup> Gaceta Judicial. Año CXIII. Serie XVIII, No. 13. Página 5603, Quito, 25 de Marzo del 2013, Juicio No. 2003-20746



artículo 217 del Código Orgánico Administrativo (norma supletoria de la LORCPM), no es objeto de impugnación a través de los recursos verticales; por tanto, no es pertinente el recurso de apelación en contra de la providencia de 21 de enero de 2021; **c) Debida fundamentación.-** Respecto de la debida fundamentación y la verificación del cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 52 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM, se considera que al haberse identificado que la actuación administrativa recurrida no es objeto de impugnación, deviene en inoficiosa la verificación del cumplimiento de los requisitos formales y de fundamentación; recordando que 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.- **DECISIÓN.-** En virtud del análisis realizado, y de conformidad con el artículo 67 de la LORCPM y el artículo 52 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM, se **INADMITE** a trámite el Recurso de Apelación interpuesto por el operador económico REYLÁCTEOS C.L., en contra de la providencia de 21 de enero de 2021, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales dentro del expediente administrativo No. SCPM-IGT-INICPD-0015-2019.-

**QUINTO.-** De conformidad con el segundo inciso del artículo 164 del Código Orgánico Administrativo en concordancia con el artículo 66 del Código Orgánico General de Procesos, y con la Disposición General Segunda de la Resolución N° SCPM-DS-2020-026 de 03 de julio de 2020, que determina: *“Para notificaciones se priorizará el uso de los correos electrónicos señalados por los operadores económicos. Los órganos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, instarán a los operadores económicos y a los ciudadanos en general a señalar correos electrónicos para notificaciones”*; además que, esta autoridad mediante Resolución No. SCPM-DS-2020-13 de 13 de marzo de 2020 ha resuelto: *“(…) Adoptar y autorizar la implementación del teletrabajo emergente en la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (...)”*; y, en razón que el peligro de contagio de COVID 19 es latente, con el objeto de evitar riesgos en la salud de las personas que intervienen en la tramitación de este expediente administrativo, notifíquese con la presente providencia: **a)** Al operador económico REYLÁCTEOS por única ocasión al casillero judicial 4778 de la oficina de casilleros judiciales de la ciudad de Quito; así como a los correos electrónicos [ggutierrez@antitrust.ec](mailto:ggutierrez@antitrust.ec) y [djaramillo@antitrust.ec](mailto:djaramillo@antitrust.ec) y; **b)** A la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales.

**SEXTO.-** Actúe en calidad de Secretaria de Sustanciación en el presente expediente, la doctora Naraya Tobar, quién acepta la designación y firma de manera conjunta.- **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.-**

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



**Superintendencia  
de Control del  
Poder de Mercado**

**Dra. Naraya Tobar  
SECRETARIA DE SUSTANCIACIÓN**