



Órgano de Resolución:	Superintendencia de Control del Poder de Mercado.
Órgano de origen:	INICAPMAPR
Expediente de origen:	SCPM-CRPI-015-2019
Expediente Apelación:	SCPM-DS-INJ-RA-005-2021
Apelante	SUMESA S.A.
Operador económico involucrado:	ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA "O.I.A."

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- Quito, DM, 02 de marzo de 2021, a las 10h20.- **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 José Alfredo González Garavito, en calidad de Procurador Judicial del operador económico SUMESA S.A., por intermedio de su abogado patrocinador, Dr. Marcelo Santiago Marín Sevilla, en contra de la Actuación Administrativa de 18 de enero de 2021 de las 12h07, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia (CRPI), dentro del expediente administrativo No. SCPM-CRPI-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-005-2021.-

TERCERO.- Agréguese al expediente la siguiente documentación: a) La copia certificada del memorando SCPM-CRPI-2021-263 de 23 de febrero de 2021, suscrito por el abogado Omar Poma García, en calidad de Secretario Ad-Hoc de la CRPI, y anexos; mediante el cual pone en conocimiento de esta autoridad que dentro del expediente administrativo No. SCPM-CRPI-015-2019, los señores Marcelo Vargas Mendoza, Jaime Lara Izurieta y Edison René Toro Calderón en calidad de Presidente y Comisionados de la CRPI emitieron la providencia de 19 de febrero



de 2021 a las 12h10, en la cual disponen: “[...] **SEGUNDO.- ELEVAR** a conocimiento del Superintendente de Control del Poder de Mercado, una vez verificado que se presentó en término, lo siguiente: i. El Recurso de Apelación del operador económico SUMESA S.A., presentado el 17 de febrero de 2021 a las 15h26, con número de trámite Id 185323. ii. El escrito y anexo de ratificación del contenido del Recurso de Apelación y autorización de abogados patrocinadores, presentados el 17 de febrero de 2021 a las 16h51, con número de trámite Id 185358. iii. El escrito y anexo de ratificación del contenido del Recurso de Apelación y autorización de abogados patrocinadores, presentados el 18 de febrero de 2021 a las 15h01, con número de trámite Id 185475”; b) El memorando SCPM-CRPI-2021-264 de 24 de febrero de 2021 suscrito por el abogado Omar Poma García, en calidad de Secretario Ad-Hoc de la CRPI mediante el cual solicita a la abogada Tatiana Dávila, en calidad de Secretaria General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado que conceda acceso del expediente administrativo No. SCPM-CRPI-015-2019 a esta autoridad.

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 SUMESA S.A., cumple o no, con los requisitos y condiciones establecidas en 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-CRPI-015-2019, se verifica que, la Actuación Administrativa de 18 de enero de 2021 de las 12h07, emitida por la CRPI fue notificada electrónicamente a las partes procesales el mismo día; y, toda vez que el Recurso de Apelación ha sido interpuesto el 17 de febrero de 2021 a las 15h26; 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”¹; 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*, es necesario precisar que la actuación administrativa impugnada por el operador económico SUMESA S.A., responde a la providencia del 18 de enero de 2021 de las 12h07, emitida por la CRPI dentro del expediente administrativo No. SCPM-CRPI-015-2019, mediante la cual se resolvió: “[...] **SEGUNDO.- RECHAZAR** conforme la parte motiva de la presente resolución los pedidos presentados por el operador económico SUMESA S. A. a través del escrito de 12 de enero de 2021 [...]”; así, de la revisión preliminar de la actuación administrativa impugnada se observa que la misma versa sobre la atención o despacho del escrito presentado por el operador económico SUMESA S.A., que fue ingresado el 12 de enero de 2021 y que ha sido signado con el número de trámite ID 181673, en el cual el operador económico en el acápite QUINTO consignó: “[...] **SOLICITUD.-** Con los antecedentes expuestos solicitamos: 5.1.- Solicitamos se dejen sin efecto la Resolución de 28 de diciembre de 2020 [...]. 5.2.- Solicitamos el Archivo del presente procedimiento.”; en este punto es importante destacar que si bien la Constitución de la República del Ecuador garantiza el derecho de los administrados a recurrir sobre las decisiones y actos administrativos, no es menos cierto que en tutela del debido procedimiento, las normas procedimentales han establecido las figuras jurídicas sobre los cuales los administrados pueden hacer valer sus derechos, en el caso en concreto se observa que la actuación administrativa impugnada versa respecto de un “petitorio” realizado por el operador económico SUMESA S.A., contenido en escrito de 12 de enero de 2021 y que ha sido signado con el número de trámite ID 181673, de cuyo texto no se evidencia que su fundamentación o el pedido concreto respondan a un “recurso administrativo horizontal o vertical” contenido en la LORCPM, ni en la normativa supletoria, por lo que el mismo se trata de un requerimiento que ha sido atendido por parte de la Comisión de Resolución de Primera Instancia en atención*

¹ Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVII. No. 15. Página 5212.



al derecho de petición del recurrente; sin que el mismo decida respecto del fondo del caso o que implique su finalización, siendo de esta manera la providencia de 18 de enero de 2021, un acto de simple administración; 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*”², 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 18 de enero de 2021, constituye una actuación de trámite que forma parte del procedimiento de investigación a cargo del órgano que la sustancia, la misma que no resuelve el fondo del asunto o un recurso administrativo previsto en la normativa aplicable, 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 Justicia³, “(.....) *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 SUMESA S.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 el inciso final del 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 18 de enero de 2021 de las 12h07; **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

² 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)

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



administrativa recurrida no es objeto de impugnación, deviene en inoficiosa la verificación del cumplimiento de los requisitos formales y de fundamentación.- **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 SUMESA S.A., en contra de la providencia de 18 de enero de 2021 de las 12h07 emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia dentro del expediente administrativo No. SCPM-CRPI-015-2019.-

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 No. 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: **1)** Al operador económico **SUMESA S.A.**, en los correos electrónicos jgonzalez@sumesa.com.ec, marinsevilla@procompetencia.ec, l.ramirez@procompetencia.ec, b.haro@procompetencia.com, f.natera@procompetencia.ec; **2)** Al operador económico **ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.”** en los correos electrónicos eesparza@pazhorowitz.com, brobayo@pazhorowitz.com, jpaz@pazhorowitz.com y legal@gruporiental.com; y, **3)** A la Comisión de Resolución de Primera Instancia.-

SEXTO.- Actúe en calidad de Secretaria de Sustanciación en el presente expediente, la abogada Belén Arévalo Alvear, quién acepta la designación y firma de manera conjunta.- **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.-**

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

Abg. Belén Arévalo Alvear
SECRETARIA DE SUSTANCIACIÓN