- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Control del Poder de Mercado
- **Órgano de Sustanciación:** Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas
- **Expediente IIAPMAPR:** SCPM-IIAPMAPR-042-2015
- **Expediente Apelación:** SCPM-IIAPMAPR-042-2015-A-005-2016-DS
- **Denunciante:** FIDERAM S.A
- **Denunciado:** INALECSA

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- Quito, DM, 28 de junio de 2016, a las 11h00.- **VISTOS**, Ingeniero Christian Ruiz Hinojosa, MA., en mi calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado Subrogante, conforme se desprende de la Resolución No. SCPM-DS-033-2016, de 24 de junio de 2016, cuya copia certificada se agrega al proceso, **AVOCO** conocimiento de este expediente, signado con el número SCPM-IIAPMAPR-042-2015-A-005-2016-DS, y se ratifica a la Secretaria ad-hoc que actúa en el presente recurso. En virtud del Recurso de Apelación interpuesto mediante escrito de 01 de abril de 2016 y estando el proceso para resolver, **SE CONSIDERA: PRIMERO.- INCORPORACIÓN DOCUMENTAL.-** Agréguese al expediente el escrito presentado por INALECSA S.A., de 20 de junio de 2016, el mismo que será atendido en la presente resolución conforme en derecho corresponda.- **SEGUNDO.- 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. **TERCERO.- 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. **CUARTO.- LEGALIDAD DEL RECURSO.-** El recurrente (FIDERAM S.A.) ha presentado Recurso de Apelación con fecha 01 de abril de 2016, en contra del acto administrativo de 01 de marzo de 2016, expedido por la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (IIAPMAPR); es decir, dentro del término legal, cumpliendo así el principio de oportunidad garantizado en la Ley Orgánica 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*". **QUINTO.- ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO.-** El acto administrativo impugnado es el expedido el 01 de marzo de 2016, por el Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, en el cual se dispuso, "*(...), por lo que en virtud de lo establecido se inadmite el recurso de reposición interpuesto a la Resolución de Inicio de Investigación de fecha 28 de enero de 2016 a las 16h30, dentro del expediente administrativo Nro. SCPM-IIAPMAPR-042-2015, por cuanto esta autoridad considera que la misma es un acto interlocutorio que no está sujeto a recurso alguno. (...)*".

SEXTO.- PRETENSIONES DEL RECURRENTE.- El recurrente FIDERAM S.A., mediante escrito de 01 de abril de 2016, interpone Recurso de Apelación en contra del acto administrativo de 01 de marzo de 2016, expedido por la IIAPMAPR y solicita: *"(...) acepte este Recurso de Apelación y en consecuencia, disponga que el Intendente de Abuso de Poder de Mercado; admita a trámite el Recurso de Reposición interpuesto por FIDERAM respecto de la Resolución de Inicio de Investigación de fecha 28 de enero de 2016 a las 16h30, emitida dentro del expediente administrativo Nro. SCPMIIAPMAPR-042-2015; y en consecuencia, se incluya dentro de este expediente administrativo la investigación de las conductas anticompetitivas en las que incurrieron DIPOR e INALECSA, tipificadas en el Art. 9 de la LORCPM."* **SEPTIMO.- ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO DE LA PRETENSIÓN.-** Atendiendo el Recurso de Apelación interpuesto por el operador económico recurrente se realizan las siguientes consideraciones procesales: **a)** Denuncia de 2 de diciembre de 2015 y anexos, presentados por FIDERAM S.A., en contra de Luis Escobar, INALECSA, Jorge Medina y DIPOR. (Fs. 1 a 597). **b)** Providencia de 16 de diciembre de 2015 expedida por el Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (IIAPMAPR), en la que se declara confidencial varios anexos de la denuncia y se solicita remitir extractos no confidenciales. (fs. 598). **c)** Providencia de 22 de diciembre de 2015, mediante la cual la IIAPMAPR corre traslado con la denuncia y los anexos no confidenciales y se concede 15 días para que INALECSA y DIPOR presenten explicaciones. (fs. 608). **d)** Escrito presentado por el operador económico DIPOR S.A., de 14 de enero de 2016, mediante el cual se da contestación a la denuncia y anexos que fueron corridos traslado. (fs. 615-656) **e)** Escrito de 14 de enero de 2016, presentado por INALECSA S.A., mediante el cual presenta explicaciones y anexos. (fs. 657-811vlta) **f)** Informe de pertinencia de apertura de etapa formal de 28 de enero de 2016, en el cual recomienda, *"1. No continuar con la investigación de presuntas infracciones anticompetitivas por parte del operador económico INDUSTRIAS ALIMENTICIAS ECUATORIANAS S.A. INALECSA, en relación a los numerales 3, 10,11,13,15,19 y 2 del artículo 9 de la LORCPM, al haberse desestimado la posibilidad de existencia de dichas infracciones. 2. No continuar con la investigación de presuntas infracciones anticompetitivas por parte del operador económico DISTRIBUIDORA IMPORTADORA DIPOR S.A., en relación a los numerales 3, 10, 13, 15 y 22 del artículo 9 de la LORCPM, al haberse desestimado la posibilidad de existencia de dichas infracciones. 3. Resolver el inicio de la etapa de investigación formal por la presunta infracción al numeral 1 del artículo 10 de la LORCPM por parte del operador económico INDUSTRIAS ALIMENTICIAS ECUATORIANAS S.A. INALECSA, a fin de confirmar o desestimar la presunción de existencia de poder de mercado relativo de este operador sobre FIDERAM S.A.; y, posteriormente, los indicios de abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica en contra del operador denunciante FIDERAM S.A"*. (fs. 830-842) **g)** Resolución de 28 de enero de 2016, mediante la cual la IIAPMAPR, dispone, *"(...) Acoger el Informe número SCPM-IIAPMAPR-17-2016 (...)* ***SEGUNDO:*** *Abstenerse de iniciar la etapa de investigación formal en contra del operador económico INDUSTRIAS ALIMENTICIAS ECUATORIANAS S.A. INALECSA en lo relativo a los numerales 3, 10, 11, 13, 15, 19 y 22 del artículo 9 de la LORCPM; y, abstenerse de iniciar la etapa de investigación formal en contra del operador económico DISTRIBUIDORA IMPORTADORA DIPOR S.A., (...)* ***TERCERO:*** *(...) se dispone la apertura del inicio de la investigación formal del expediente SCPM-IIAPMAPR-042-2015, a fin de confirmar o desestimar la existencia de abuso de poder de mercado relativo de INALECSA sobre FIDERAM (...)"* (fs. 843-845). **h)** Recurso de Reposición de 25 de febrero de 2016, interpuesto por FIDERARM S.A., y anexos adjuntos. (fs. 888-1054). **i)**

Providencia de 01 de marzo de 2016, en la cual la IIAPMAPR inadmite el Recurso de Reposición planteado por FIDERAM S.A., por considerar que la resolución de inicio de investigación es un auto interlocutorio. (fs. 1055 y 1055vlta) **j)** Informe de pertinencia de la ampliación de la investigación de 10 de marzo de 2016, en el cual recomienda no ampliar la investigación por cuanto no hay mérito para investigar. (fs. 1123-1129) **k)** Providencia de 15 de marzo de 2016 en la cual la Intendencia, dispone continuar con la investigación conforme lo resuelto. (fs. 1130-1131). Es necesario establecer que el auto 28 de enero de 2016, mediante el cual la IIAPMAPR, dispone, *"(...) Acoger el Informe número SCPM-IIAPMAPR-17-2016 (...)* ***SEGUNDO:*** *Abstenerse de iniciar la etapa de investigación formal en contra del operador económico INDUSTRIAS ALIMENTICIAS ECUATORIANAS S.A. INALECSA en lo relativo a los numerales 3, 10, 11, 13, 15, 19 y 22 del artículo 9 de la LORCPM; y, abstenerse de iniciar la etapa de investigación formal en contra del operador económico DISTRIBUIDORA IMPORTADORA DIPOR S.A., (...)* ***TERCERO:*** *(...) se dispone la apertura del inicio de la investigación formal del expediente SCPM-IIAPMAPR-042-2015, a fin de confirmar o desestimar la existencia de abuso de poder de mercado relativo de INALECSA sobre FIDERAM (...)"*, el que es el antecedente de la providencia que hoy se impugna, no es un acto administrativo en estricto sentido, por su naturaleza es un decreto, de conformidad a lo previsto en el artículo 271 del Código de Procedimiento Civil (norma supletoria vigente a la época de expedición de la providencia impugnada, de conformidad a la Disposición General Primera de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado) que a la letra dice, *"Decreto es la providencia que el juez dicta para sustanciar la causa, o en la cual ordena alguna diligencia"*. El Código Orgánico General de Procesos (COGEP) al respecto en el inciso segundo del Art. 88 prescribe, "*Art. 88.- Clases de providencias. Las o los juzgadores se pronuncian y deciden a través de sentencias y autos. (...) El auto interlocutorio es la providencia que resuelve cuestiones procesales que, no siendo materia de la sentencia, pueden afectar los derechos de las partes o la validez del procedimiento (...)"*; por tanto, la resolución de inició de investigación por sí misma no genera un efecto legal negativo sobre los intervinientes en el proceso, no resuelve el tema principal, no establece responsabilidades, ni impone medidas preventivas, correctivas o sancionatorias, este decreto de sustanciación se expide en apego al debido proceso establecido en la norma que rige a la materia de competencia a fin de sustanciar el proceso de investigación en curso, así lo dispone el inciso segundo del artículo 55 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM) que dice, "*(...) Si la denuncia cumple los requisitos establecidos en el artículo anterior, o si es aclarada o completada por el denunciante, en el término de tres días (3 días) el órgano de sustanciación correrá traslado al presunto o presuntos responsables con la denuncia para que presenten explicaciones en el término de quince (15) días (...)"*, en concordancia con los artículos 60 y 61 del Reglamento de Aplicación de la LORCPM (RLORCPM) que establecen, *"**Art. 60**.- Calificación de la denuncia.- (...) Si la denuncia cumple los requisitos establecidos en la Ley, o si es aclarada o completada, el órgano de investigación abrirá un expediente y correrá traslado al presunto o presuntos responsables con la denuncia para que presenten sus explicaciones en el término de quince (15) días.* ***Art. 61***.- *Investigación previa.- Presentada la denuncia y con anterioridad a la resolución de inicio del procedimiento, el órgano de investigación podrá realizar actuaciones previas con el fin de reunir información o identificar indicios razonables de la existencia de infracciones a la Ley."*. De la constancia procesal referida se evidencia que el órgano de investigación ha ejercido la facultad concedida en el Art. 61 del RLORCPM referido con anterioridad, resultado de esto la Dirección correspondiente, ha expedido el Informe de pertinencia de apertura de etapa formal el 28

de enero de 2016, en el cual se realiza una amplia exposición y valoración de los hechos denunciados, así como la confortación de los elementos aportados por los intervinientes y por la misma Intendencia, a fin de precisar indicios de responsabilidad en la conducta imputada y su presunto o presuntos responsables, informe que ha sido acogido por la IIAPMAPR, disponiéndose el inicio de la investigación formal por presumir que existen indicios de existencia de abuso de poder de mercado relativo, por parte de INALECSA sobre FIDERAM, informe en el cual se han desvirtuado las aseveraciones planteadas por el denunciante en contra del operador económico INDUSTRIAS ALIMENTICIAS ECUATORIANAS S.A. INALECSA en lo relativo a los numerales 3, 10, 11, 13, 15, 19 y 22 del artículo 9 de la LORCPM; y contra el operador económico DISTRIBUIDORA IMPORTADORA DIPOR S.A., en la totalidad de las presuntas conductas denunciadas, restando esclarecer la presunta conducta ya referida en contra de INALECSA, lo cual no limita el derecho del denunciante a presentar nuevos elementos que pudieran generar que la IIAPMAPR amplíe la investigación, inclusive si el órgano de investigación establece nuevos indicios podrá generar esta ampliación de conformidad a lo establecido en el tercer inciso del Art. 66 del RLORCPM, que dice, *"**Art. 66**.- Acumulación de expedientes.- (...) Asimismo, podrá ampliar la Resolución de Inicio de Investigación cuando, en el curso de la investigación se aprecie la participación de otros presuntos responsables, la presunta comisión de otras infracciones, o se presenten nuevos interesados no incluidos anteriormente (...)"*. Con respecto al acto administrativo 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 (...)"*[1] 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 (...)*[2]; En este sentido es necesario establecer que la resolución de inicio de la investigación, no es un acto administrativo per se, tiene las mismas formalidades del acto administrativo, sin embargo el efecto jurídico no es el mismo, por cuanto dicha actuación se plasma es un decreto de sustanciación, en razón de que el mismo no establece responsabilidades de ningún tipo, ya que se trata del inicio de la fase de investigación por parte de la autoridad de control; consecuentemente, este decreto de sustanciación no puede causar perjuicio o gravamen al operador económico investigado. El decreto de sustanciación no impone medidas preventivas, correctivas o sancionatorias, ni dispone realice un acto o se abstenga de hacerlo, pues constituye el inicio de la fase de investigación. Este decreto de sustanciación se expide observando el debido proceso, en concordancia el Código de Procedimiento Civil, vigente a la época de expedición del decreto (norma supletoria de conformidad a la Disposición General Primera de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado), que determina las providencias que son apelables, y nos dice, *"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."*; entonces, la providencia de fecha 01 de marzo de 2016 es un decreto de sustanciación en aplicabilidad del Art. 271 del mismo cuerpo legal que expresa: *"Decreto*

---

[1] Dr. Patricio Secaira Durango, "Curso Breve de Derecho Administrativo"

[2] Dr. Andrés Serra Rojas, "Derecho Administrativo, T.I. 9ª Edición"

es la providencia que el juez dicta para sustanciar la causa, o en la cual ordena alguna diligencia", en la esfera del derecho administrativo la providencia impugnada es un acto de simple administración ya que no decide el fondo de la Litis, en el caso que nos ocupa estamos frente a un decreto de sustanciación o de mero trámite, al respecto el Dr. Agustín Gordillo en su Tratado de Derecho Administrativo dice, *"(...), el acto "interlocutorio o de mero trámite", que a pesar de su denominación sería un acto productor de efectos jurídicos directos aunque no en cuanto al fondo de la cuestión debatida sino al trámite (...)"*. **OCTAVO.-** Por todo lo 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**.- NEGAR el Recurso de Apelación planteado por el operador económico FIDERAM S.A., mediante escrito de 01 de abril de 2016, en consecuencia ratificar los actos administrativos de 8 de enero de 2016 y 01 de marzo de 2016, expedidos por el Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, sin menoscabar el derecho del operador económico denunciante a presentar nuevos elementos de juicio que tiendan a la ampliación del proceso de investigación a otro u otros operadores económicos.- **Segundo.-** Póngase en conocimiento de lo actuado a las partes procesales y al órgano de sustanciación e investigación.- **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.**

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

Dra. Naraya Tobar
SECRETARIA AD-HOC