



- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Control del Poder de Mercado.
- **Órgano de origen:** CRPI
- **Expediente de origen:** SCPM-CRPI-008-2021
- **Expediente Apelación:** SCPM-DS-INJ-RA-010-2021
- **Apelante** REYLACTEOS C.L.
- **Operador económico involucrado:** REYLACTEOS C.L.

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- Quito, DM, 27 de mayo de 2021, a las 15h55- **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 abogado Gilberto Gutiérrez Perdomo, en calidad de Abogado Patrocinador del operador económico REYLACTEOS C.L., en contra de la Actuación Administrativa de 07 de abril de 2021, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia -CRPI-, dentro del Expediente Administrativo No. SCPM-CRPI-008-2021; una vez fenecida la suspensión de términos y plazos dispuesta en el artículo 1 de la Resolución No. SCPM-DS-2021-14, de 22 de abril de 2021¹; 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 temas propios de 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-010-2021.-

¹ Resolución No. SCPM-DS-2021-14.- *“Artículo 1.- Suspender el cómputo de los términos y plazos, tanto para los operadores económicos y ciudadanos así como para la administración, dentro de los procedimientos administrativos y procedimientos administrativos sancionadores, que se tramitan y sustancian en los distintos órganos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, desde el lunes 26 de abril hasta el jueves 20 de mayo del año en curso, inclusive.”*



TERCERO.- Agréguese al expediente el memorando SCPM-CRPI-2021-746 de 16 de abril de 2021 suscrito electrónicamente por la Mgtr. Andrea Paola Yajamín Chauca, Secretaria Ad Hoc de la Comisión Resolución Primera Instancia, y anexos, con los que pone en conocimiento de esta autoridad: “[...] *Por medio del presente, se ELEVA a su conocimiento el escrito de 13 de abril de 2021, signado con Id. 191417, para su conocimiento y resolución [...]*”, documentación que, conforme se desprende de la razón sentada por la Secretaria Ad Hoc del presente expediente administrativo, ha sido remitida con fecha 11 de mayo de 2021, con número de trámite ID 193403 y reingresados al Sistema de Gestión Procesal ANKU con los números de trámite IDs. 193496, 193497 y 193498. Los anexos corresponden a: **i.** Documento electrónico –providencia de 14 de abril de 2021 de las 11h18, suscrita por los comisionados Marcelo Vargas Mendoza, Jaime Lara Izurieta y Edison Toro Calderón; **ii.** El escrito presentado por el abogado Gilberto Gutiérrez Perdomo, a nombre del operador económico REYLACTEOS C.L., de 13 de abril de 2021 a las 12h29 con número de trámite ID. 191417.-

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 REYLACTEOS C.L., 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-008-2021, se verifica que, la actuación administrativa de 07 de abril de 2021, emitida por la CRPI fue notificada electrónicamente al apelante el mismo día; y, toda vez que el recurso de apelación ha sido interpuesto el 13 de abril de 2021 a las 12h29; 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), son 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”²; 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 Administrativo³ 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 REYLACTEOS C.L., responde a la providencia de 07 de abril de 2021, emitida por la CRPI dentro del Expediente Administrativo No. SCPM-CRPI-008-2021, mediante la cual se resolvió entre otros: “[...] **OCTAVO.- RECHAZAR** por improcedente la solicitud de abrir término probatorio, realizada por parte del operador económico REYLACTEOS, de conformidad con la parte motiva de la presente providencia.- **NOVENO.- RECHAZAR** por improcedente de conformidad con la parte motiva de la presente providencia, la solicitud realizada por parte del operador económico REYLACTEOS, de disponer a la INICPD la realización de una actuación complementaria sobre varios documentos aportados como prueba dentro del expediente de investigación. [...]”; así, de la revisión preliminar de la actuación administrativa impugnada, se observa que la misma versa sobre la decisión de no aperturar un término de prueba solicitado dentro del término legal de diez días previsto en el artículo 59 de la LORCPM para la presentación de alegatos, fundamentando la solicitud impugnatoria en el ejercicio de control de convencionalidad “[...] realizado por órganos de control tendiente a realizar un test sobre determinada norma; con el fin de asegurar la efectiva primacía del bloque de convencionalidad [...]” de una actuación administrativa que –en argumentación del propio recurrente– sin constituir un acto administrativo, debe proceder por “[...] primacía al principio pro homine, por el cual se debe*

² Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVII. No. 15. Página 5212.

³ COA.- “Art. 98.- Acto administrativo. Acto administrativo es la declaración unilateral de voluntad, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales o generales, siempre que se agote con su cumplimiento y de forma directa. Se expedirá por cualquier medio documental, físico o digital y quedará constancia en el expediente administrativo.”



acudir a la norma o interpretación extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos por los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restrictiva cuando se trata de establecer limitaciones sobre su ejercicio [...]”, señalando que, la solicitud de referido periodo de prueba a la CRPI se efectúa “[...] como parte del principio de defensa e inmediatez con la finalidad de que se pueda producir y evacuar las pruebas que fueron producidas por Reylacteos y por la Intendencia ante la CRPI, siendo éste el órgano de sustanciación y resolución quien verdaderamente debe conocer la prueba, receptarla, ordenarla, valorarla y evacuarla. A fin de emitir una resolución debidamente fundada y ajustada a ciertos parámetros de razonabilidad [...]”. De lo anterior, esta autoridad reconociendo lo imperante de los derechos humanos atados al procedimiento administrativo, con base en el derecho a la seguridad jurídica y en la obligación constitucional de ejercer las competencias y facultades atribuidas en la Constitución y la Ley, conforme los artículos 82 y 226 de la Constitución de la República del Ecuador, respectivamente, considera ineficaz la fundamentación del recurso de apelación interpuesto por no apegarse a la figura del recurso legalmente previsto, que por mandato normativo demanda como requisito de procedibilidad de la apelación, el que la misma recaiga sobre un acto administrativo entendido en los términos tratados por normas de orden legal; en tal virtud, observándose que la actuación administrativa impugnada, esto es la providencia de 07 de abril de 2021, no constituye un acto administrativo, lo cual, acorde lo ha resuelto por la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia⁴, “[...] 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 [...]”, y, sobre ello, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo⁵ ha señalado: “[...] 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 [...]”; 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 son objeto de impugnación a través de los recursos verticales; así como, dado que el fondo recursivo supone que esta autoridad ejerza un control de convencionalidad a fin de que ordene un término no previsto en la LORCPM y su reglamento de aplicación, no es operante el recurso de apelación en contra de la actuación administrativa contenida en la providencia de 07 de abril 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.- **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

⁴ Gaceta Judicial. Año CXIII. Serie XVIII, No. 13. Página 5603, Quito, 25 de Marzo del 2013, Juicio No. 2003-20746

⁵ Juicio especial No. 09802-2015-00319



Recurso de Apelación interpuesto por el operador económico REYLACTEOS C.L., en contra de la Actuación Administrativa de 07 de abril de 2021, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, dentro del Expediente Administrativo No. SCPM-CRPI-008-2021.-

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 REYLACTEOS C.L., a los correos electrónicos ggutierrez@antitrust.ec ; djaramillo@antitrust.ec y jmora@antitrust.ec ; **2)** A la Comisión de Resolución de Primera Instancia.-

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**

**Dra. Naraya Tobar
SECRETARIA DE SUSTANCIACIÓN**