

EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-078-2016

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- Quito D.M., 26 de enero de 2017, a las 08h24.- **VISTOS:** El Superintendente de Control del Poder del Mercado designó al doctor Marcelo Ortega Rodríguez, Presidente de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, al doctor Agapito Valdez Quiñonez Comisionado; y, al doctor Marcelo Diego Xavier Jiménez Borja Comisionado, mediante los actos administrativos correspondientes disponen agregar al expediente el memorando SCPM-IZ8-20-2017 M de fecha 09 de enero de 2017, suscrito por el economista Alberto David Segovia Araujo, Intendente Zonal 8 de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (en lo sucesivo SCPM), remitido a través del sistema SIGDO, constante en dos (2) páginas al que se adjunta el Informe SCPM-IZ8-7-2017 de 09 de enero de 2017, constante en dieciséis (16) páginas, relativo a la respuesta de adopción de medidas preventivas. La Comisión de Primera Instancia, por corresponder al estado procesal del expediente el resolver, para hacerlo considera:

I Que el 13 de diciembre de 2016, a las 15h41, constante en ocho (8) páginas y dos (2) anexos, el señor Segundo Manuel Carvajal Herdoiza, en su calidad de representante legal del operador económico **MACARVA CÍA. LTDA.**, presentó en la Secretaría General de la SCPM, una denuncia en contra de la empresa **LUTEXSA INDUSTRIAL COMERCIAL COMPAÑÍA LIMITADA.**

II. Que en su escrito de denuncia el compareciente básicamente sostiene lo siguiente: “[...] *Mi representada es propietaria de una estación de servicio que se dedica al expendio de combustible y que está ubicada en su domicilio legal, esto es: km.7.5 vía Daule de la ciudad de Guayaquil y debe ser provista, diariamente, de un combustible denominado “Eco y Súper” además de Diésel, los cuales son obtenidos por parte de los comercializadores en las instalaciones de Petrocomercial, para lo cual deben coordinar previamente los cupos necesarios y transporte para abastecer a sus clientes de modo oportuno y suficiente. Varias empresas se encuentran debidamente calificadas en el Ecuador para desarrollar estas labores por las que se cobra un porcentaje de utilidad calculado sobre el precio de venta al público y los rangos de utilidad tales comercializadoras raramente exceden el 10% salvo casos especiales y de excepción [...]*”.

“[...] *Las diferencias comerciales llevaron a que mi representada plantee una acción legal que culminó en base un acuerdo suscrito el 20 de julio de 2007 entre mi representada y LUTEXSA que entre otras cláusulas que establecía que asumían todas los compromisos adquiridos en contratos anteriores por parte de LYTECA, ampliándose la relación comercial 10 años más hasta el año 2017. Por esto recibí una compensación de \$.40.000 dólares y la modificación de 80% para mi representada y el 20% para la comercializadora, que seguía*

siendo, pero bajo el ofrecimiento de que finalmente se construiría en centro de distribución [...]”.

“[...] La situación de endeudamiento y la necesidad de mantenimiento de los equipos de mi representada fue aprovechada por parte de LUTEXSA para hacer suscribir un nuevo acuerdo de “alargamiento de plazo” por siete años más, es decir hasta el año 2024 y manteniendo una utilidad del 20% sobre las ventas [...]”.

“[...] El perjuicio se termina de configurar por las cláusulas de exclusividad de que se han incluido en todos los contratos de exclusividad, ya sea con LYTECA o con LUTEXSA que acarrea fuertes sanciones e indemnizaciones en caso de que mi representada se abastezca con combustible de otro comercializador. De este modo, se perfecciona el acto de abuso, pues mi representada se encuentra contractual pero ilegalmente obligada a adquirir el combustible con un porcentaje que está absolutamente fuera del mercado en niveles de evidente abuso [...]”.

III Que mediante providencia expedida el día jueves 15 de diciembre de 2016, a las 15h10, esta Comisión avocó conocimiento de la denuncia presentada por el señor Segundo Manuel Carvajal Herdoiza, en su calidad de representante legal del operador económico **MACARVA CÍA. LTDA.**, para que se adopten en contra del operador económico **LUTEXSA INDUSTRIAL COMERCIAL COMPAÑÍA LIMITADA**, signado el presente procedimiento con el número de trámite SCPM-CRPI-0078-2016 y de conformidad con lo preceptuado en los artículos 62 de la Ley Orgánica de Regulación de Control del Poder de Mercado y 74 de su Reglamento de Aplicación, se solicitó a la Intendencia Zonal 8 (Guayaquil), que en el término de quince (15) días remita a esta Comisión un informe motivado sobre la necesidad de la adopción de las medidas preventivas solicitadas por Segundo Manuel Carvajal Herdoiza, en la condición invocada.

IV Que a través del memorando SCPM-IZ8-20-2017 M de fecha 09 de enero de 2017, suscrito por el economista Alberto David Segovia Araujo, Intendente Zonal 8 de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (en lo sucesivo SCPM), se remite el Informe SCPM-IZ8-7-2017 de 09 de enero de 2017, sobre adopción de medidas preventivas, solicitadas mediante denuncia presentada por el señor Segundo Manuel Carvajal Herdoiza, en su calidad de representante legal del operador económico **MACARVA CÍA. LTDA.**, en contra de la empresa **LUTEXSA INDUSTRIAL COMERCIAL COMPAÑÍA LIMITADA**.

V Que, el artículo 87 de la Constitución de la República, respecto a las medidas cautelares señala: *“[...] Se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de un derecho [...]”.*

VI Que los tratadistas Juan Montaña Pinto y Angélica Porras Velasco, sostienen que:

“[...] las medidas cautelares sirven como una garantía que impide la generación de un daño y al mismo tiempo satisface la obtención de una providencia definitiva que cumpla con las características de consideración y ponderación necesarias para contar con una respuesta justa y efectiva en la garantía de los derechos constitucionales [...]”. Sobre el principio de la ineficacia de la decisión afirman: *“[...] una de las razones por las que se plantea la necesidad de que existan medidas cautelares, es la de evitar que la decisión definitiva resulte ineficaz, debido a que la demora en la expedición de esta, puede producir la consumación del daño irreparable, haciendo necesaria la adopción de medidas previas. Y respecto al artículo 87 de la Constitución sustentan: “[...] que las medidas cautelares procederán frente a un hecho que “amenace de modo inminente y grave con violar un derecho “asegurando además que la gravedad del daño se relaciona con la intensidad o frecuencia de dicha violación. Al respecto cabe precisar que los requisitos específicos en el artículo son, en su mayor parte, compartidos con los criterios generales de las medidas cautelares provisionales en las que deben mediar criterios de gravedad, urgencia e inminencia de un daño irreparable. [...]”.* Apuntes de Derecho Procesal Constitucional, Tomo 2, Centro de Estudios y Difusión, Quito, Ecuador 2012, Página 89 y 91.

VII Que el artículo 62 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, establece:

“[...] El órgano de sustanciación y resolución de la Superintendencia de Control del Poder Mercado, antes o en cualquier estado del procedimiento de investigación, podrá, a sugerencia del órgano de investigación o pedido de quien hubiere presentado una denuncia, adoptar medidas preventivas, tales como la orden de cese de la conducta, la imposición de condiciones, la suspensión de los efectos de actos jurídicos relacionados a la conducta prohibida, la adopción de comportamientos positivos, y aquellas que considere pertinentes con la finalidad de preservar las condiciones de competencia afectadas y evitar el daño que pudieran causar las conductas a las que el procedimiento se refiere, o asegurar la eficacia de la resolución definitiva. Las medidas preventivas no podrán consistir en la privación de la libertad, la prohibición de salida del país o el arraigo. Las medidas preventivas deberán ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades del daño que se pretenda evitar.

En igual sentido, podrá disponer, a sugerencia del órgano de investigación o a pedido de parte, la suspensión, modificación o revocación de las medidas dispuestas en virtud de circunstancias sobrevinientes o que no pudieron ser conocidas al momento de emitir la resolución.

Cuando la medida preventiva se adopte antes del inicio del procedimiento de investigación, dicha medida caducará si no se inicia el referido procedimiento en un plazo de 15 días contados a partir de la fecha de su notificación.

En caso de desacato, podrá ordenar la clausura de los establecimientos en los que se lleve a cabo la actividad objeto de la investigación hasta por noventa días [...]”.

VIII Que el artículo 73 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, al referirse a las clases de medidas preventivas prescribe: “[...] Según lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley el órgano de sustanciación y resolución podrá establecer, entre otras, las siguientes medidas preventivas tendientes a evitar una grave lesión que afecte la libre concurrencia de los operadores:

a) Ordenes de cese inmediato de la conducta en que se podrá incluir el apercibimiento de sanción de conformidad con la Ley.

b) La imposición de condiciones.

c) La suspensión de los efectos de actos jurídicos relacionados a la conducta prohibida.

d) La adopción de comportamientos positivos.

e) Las demás que considere pertinentes para preservar las condiciones de competencia afectadas para evitar el daño que pudieren causar las conductas investigadas o asegurar la eficacia de la resolución definitiva.

No se podrán dictar medidas preventivas que puedan originar daños irreparables a los presuntos responsables o que impliquen violación de derechos fundamentales.

En ningún caso la propuesta, adopción, suspensión, modificación o revocación de medidas preventivas suspenderá la tramitación del procedimiento [...]”.

IX Que el artículo 74 del Reglamento antes invocado sobre la adopción de medidas preventivas determina: “[...] El órgano de sustanciación y resolución, durante cualquier etapa del procedimiento podrá, a sugerencia del órgano de investigación o a solicitud del denunciante, dictar la adopción de medidas preventivas por el plazo que estimare conveniente.

Si las medidas preventivas hubieran sido solicitadas por el denunciado, el órgano de sustanciación y resolución enviará una consulta sobre su procedencia al órgano de investigación, quien deberá emitir su informe en el término de quince (15) días desde que la consulta fuera recibida.

El órgano de sustanciación y resolución emitirá su resolución debidamente motivada en el término de diez (10) días contados a partir de la fecha en que se hubiere recibido el informe del órgano de investigación.

La falta de pronunciamiento del órgano de sustanciación y resolución dentro del plazo establecido en el inciso anterior, no podrá ser entendida como aceptación tácita de la petición de las medidas cautelares.

Las medidas preventivas deberán ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades del daño que se pretenda evitar [...]

X Que el artículo 76 del Reglamento citado en líneas precedentes, reza: “[...] *De conformidad con la ley, el órgano de sustanciación y resolución, a sugerencia del órgano de investigación o a petición fundamentada de los interesados, y previo informe de dicho órgano, podrá ordenar en cualquier momento de la tramitación del procedimiento, la suspensión, modificación o revocatoria de las medidas preventivas debido a circunstancias sobrevinientes o desconocidas al tiempo de su adopción [...]*”.

XI Que en el análisis del Informe SCPM-IZ8-7-2017 de 09 de enero de 2017, remitido mediante memorando SCPM-IZ8-20-2017-M de fecha 09 de enero de 2017, la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, sostiene: “[...] *De lo contenido en el Expediente No. SCPM-IZ8-0009-2016, y de lo revisado en el expediente procesal se evidencia que: Mediante Oficio de fecha 27 de mayo del 2013 dirigido a LUTEXA (sic), el señor Manuel Carvajal Herdoiza en su calidad de representante de MACARVA mencionó propuso a LUTEXA (sic) extender la duración de los contratos y convenios firmados por el tiempo que convengan a ambas partes, a cambio de la cantidad de \$ 160,000. En este sentido, MACARVA y LUTEXA (sic) suscribieron un acuerdo el día 04 de febrero del 2014, en el cual ambas parte decidieron agregar al contrato las siguientes estipulaciones: Ampliar el plazo de la relación existente del 02 de julio del 2017 en que vecen los contratos previstos en los antecedentes hasta el 02 de julio del 2024, y; Establecer la proporción de los márgenes en el contrato mencionado, los cuales son de 80o/o para MACARVA y 20% para LUTEXSA [...]*”.

[...] En este sentido, de la documentación contenida en el Expediente, se evidencia que LUTEXA (sic) ha realizado diversas inversiones en las instalaciones pertenecientes a MACARVA, lo cual ha sido efectuado por acuerdo de ambas partes [...]”

[...] En esta línea de análisis el Artículo 1454 del Código Civil es claro al definir lo que es un contrato, el cual nace de la voluntad de ambas partes. Inclusive de la documentación presentada por el denunciante se puede observar que se alega la imposición de cláusulas de exclusividad y márgenes de ganancia del 20%, sin embargo la exclusividad en este sector está determinada por la Ley de Hidrocarburos, lo cual fue sujeto de análisis en la sentencia

de la Corte Constitucional antes señalada, y el porcentaje de los márgenes de ganancia fue acordado por MACARVA y LUTEXA (sic), cuando la iniciativa de prorrogar la duración del contrato en mención fue por parte de MACARVA [...]”

“[...] De la documentación e información constante en el presente proceso no se encuentran elementos suficientes que permitan la adopción de medidas preventivas [...]”.

“[...] Considerando lo antes expuesto, salvo su mejor criterio, me permito emitir las siguientes recomendaciones: Acoger el presente informe, y remitir el mismo a la Comisión de Resolución de Primera Instancia de esta Institución. No aceptar la solicitud del operador económico MACARVA de adoptar de Medidas Preventivas por el momento, sin perjuicio de que en el transcurso del presente proceso se encontrare los elementos necesarios que permitan la adopción de este tipo de medidas [...]”.

En mérito de los fundamentos que anteceden y uso de sus atribuciones legales previstas en los artículos 62 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del mercado y 74 de su Reglamento de Aplicación, esta Comisión de Resolución de Primera Instancia

RESUELVE:

1. Acoger el Informe SCPM-IZ8-7-2017 de fecha 09 de enero de 2017, remitido mediante memorando SCPM-IZ8-20-2017 M de 09 de enero de 2017, suscrito por el economista Alberto David Segovia Araujo, Intendente Zonal 8 de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado de la SCPM.
2. Negar por la petición de adopción de medidas preventivas solicitadas según denuncia presentada el 13 de diciembre de 2016, a las 15h41, por el señor Segundo Manuel Carvajal Herdoiza, en su calidad de representante legal del operador económico **MACARVA CÍA. LTDA.**, en contra de la empresa **LUTEXSA INDUSTRIAL COMERCIAL COMPAÑÍA LIMITADA.**
3. Notifíquese la presente Resolución a la Intendencia Zonal 8 de la SCPM y al operador económico **MACARVA CÍA. LTDA.**
4. Actúe en calidad de Secretario Ad-Hoc, de esta Comisión, el abogado Christian Torres Tierra.- **NOTIFIQUESE y CUMPLASE.-**

Dr. Marcelo Ortega Rodríguez
PRESIDENTE

Dr. Agapito Valdez Quiñonez
COMISIONADO

Dr. Diego X. Jiménez Borja
COMISIONADO