

EXPEDIENTE. SCPM-CRPI-0079-2016

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- Quito D.M., 31 de enero de 2017, a las 16h34.- **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 Diego Xavier Jiménez Borja Comisionado, mediante los actos administrativos correspondientes disponen: i) Agréguese al expediente el informe SCPM-IIPD-DNIPD-2-2016 de fecha 06 de enero de 2017, suscrito por el abogado Marlon Vinuesa Armijos, Intendente de Investigación de Prácticas Desleales, constante en seis páginas, remitido mediante el sistema SIGDO. La Comisión de Primera Instancia, por corresponder al estado procesal del expediente el resolver, para hacerlo considera:

PRIMERO.- COMPETENCIA.- La Comisión de Resolución de Primera Instancia es competente para resolver la petición de medidas preventivas solicitadas por el operador económico **GIOCONDA ELINA ÁLVAREZ COLL**, por mandato legal contenido en los artículos 62 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y 73 de su Reglamento de Aplicación.

SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL.- La solicitud de medidas preventivas ha sido tramitada de conformidad con las disposiciones contempladas en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y su Reglamento de Aplicación, observando para el efecto las garantías básicas del debido proceso y derecho de defensa, consagradas en el artículo 76 de la Constitución de la República, por lo tanto, no existe vicio, error o nulidad que pueda influir en la decisión del presente expediente, razón por la cual, se declara la validez procesal.

TERCERO.- ANTECEDENTES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.-

3.1.- Con fundamento en la denuncia presentada por Gioconda Elina Álvarez Coll, ingresada en la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 09 de noviembre de 2016 a las 10h07, en contra del operador económico **TRAVELNET S.A.**, representada por la señora María Isabel Cabrera Aguirre, su calidad de Gerente General luego del análisis correspondiente se procedió a abrir un expediente a efectos de evidenciar el cometimiento de presuntas prácticas desleales e iniciar un procedimiento de investigación y en caso de no existir mérito disponer su archivo.

3.2.- La adopción de medidas solicitadas consisten en: *“Se disponga de inmediato la prohibición para la compañía TRAVELNET S.A., de continuar brindando servicios y comunicando profesionalmente con los clientes que forman parte de la Cartera de Clientes, propiedad de la señora Gioconda Elina Álvarez Coll” “Se disponga de inmediato la entrega*

o consignación de los activos físicos, que constituyen propiedad de las señora Gioconda Elina Álvarez Coll, cuya relación se anexa a la presente denuncia, y que hasta la fecha ha venido utilizando ilegítimamente la Compañía TRAVELNET S.A.” “Se disponga de inmediato la devolución de las tarjetas de crédito a nombre de Gioconda Elina Álvarez Coll, de los siguientes

clientes: AZUL/MODINTER/HERBALIFE/SEGUROSCONSTITUCION/AROMCOLOR/ADRIALPE TRO/LABORATORIOS LANSEY/LAFARGE (UNACEM)” “Se disponga la prohibición de enajenar bienes de la Compañía TRAVELNET S.A.” “Se disponga la Devolución de archivos y carpetas de la Cartera de Clientes de propiedad de la señora Gioconda Elina Álvarez Coll, tal como se dispone en el Contrato de referencia”

3.3.- Mediante providencia dictada el 16 de diciembre de 2016, a las 15h06, esta Comisión avocó conocimiento de las medidas preventivas solicitadas por la señora Gioconda Elina Álvarez Coll, en contra del operador económico **TRAVELNET S.A.** representada por su Gerente General, por tanto Representante Legal la señora Isabel Cabrera Aguirre, disponiendo la Comisión a la Intendencia Investigación de Práctica Desleales, 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 requeridas por la señora Gioconda Elina Álvarez Coll, en contra del operador económico **TRAVELNET S.A.** representada por su Gerente General, por tanto Representante Legal la señora Isabel Cabrera Aguirre.

3.4.- El abogado Marlon Vinueza Armijos, Intendente de Investigación de Prácticas Desleales, remite a esta Comisión el informe SCPM-IIPD-DNIPD-2-2016 de fecha 06 de enero de 2017.

CUARTO.- FUNDAMENTOS DE HECHO.-

4.1.- Gioconda Elina Álvarez Coll, ingreso a la Secretaria General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado de fecha 09 de noviembre de 2016 a las 10:07, en contra del operador económico TRAVELNET S.A., representada por la señora María Isabel Cabrera Aguirre, su calidad de Gerente General luego del análisis correspondiente se procedió a abrir un expediente a efectos de evidenciar el cometimiento de presuntas prácticas desleales e iniciar un procedimiento de investigación y en caso de no existir mérito disponer su archivo.

4.2.- La adopción de la medida solicitada por el operador económico Gioconda Elina Álvarez Coll, consisten en: *“Se disponga de inmediato la prohibición para la compañía TRAVELNET S.A., de continuar brindando servicios y comunicando profesionalmente con los clientes que forman parte de la Cartera de Clientes, propiedad de la señora Gioconda Elina Álvarez Coll” “Se disponga de inmediato la entrega o consignación de los activos físicos, que constituyen propiedad de las señora Gioconda Elina Álvarez Coll, cuya relación se anexa a la presente denuncia, y que hasta la fecha ha venido utilizando ilegítimamente la Compañía TRAVELNET S.A.” “Se disponga de inmediato la devolución de las tarjetas de crédito a nombre de Gioconda Elina Álvarez Coll, de los siguientes* clientes: *AZUL/MODINTER/HERBALIFE/SEGUROSCONSTITUCION/AROMCOLOR/AD*

RIALPETRO/LABORATORIOS LANSEY/LAFARGE (UNACEM)” “Se disponga la prohibición de enajenar bienes de la Compañía TRAVELNET S.A.” “Se disponga la Devolución de archivos y carpetas de la Cartera de Clientes de propiedad de la señora Gioconda Elina Álvarez Coll, tal como se dispone en el Contrato de referencia”

4.3.- La Comisión de Resolución de Primera Instancia, mediante providencia dictada el 16 de diciembre de 2016, a las 15h06, avocó conocimiento de las medidas preventivas solicitadas por la señora Gioconda Elina Álvarez Coll, en contra del operador económico **TRAVELNET S.A.** representada por su Gerente General, por tanto Representante Legal la señora Isabel Cabrera Aguirre, disponiendo la Comisión a la Intendencia Investigación de Práctica Desleales, 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 requeridas por la señora Gioconda Elina Álvarez Coll, en contra del operador económico **TRAVELNET S.A.**

4.4.- La Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, remite el Informe sobre adopción de medidas preventivas signado con el No. SCPM-IIPD-DNIPD-2-2016 de fecha 06 de enero de 2017, dentro de su análisis refiere: *“Del análisis de los elementos aportados en la denuncia, así como los recabados por esta Intendencia como actuaciones previas, no se pudo evidenciar suficiente mérito para sugerir la adopción de medidas preventivas que prevengan efectos altamente nocivos para el mercado.” “En virtud de que los actos emanados por el denunciado contra el actualmente denunciante, y de la información recabada en las explicaciones, se encuentran dentro de un orden justificado de elementos jurídicos que pueden ser resueltos por el régimen del cumplimiento de las obligaciones contractuales, sin menoscabar que esta autoridad no podría ordenar la suspensión y o modificación de dichas obligaciones, so pena de la libertad de contratación establecido en el artículo 66 numeral 16 de la Constitución de la República del Ecuador y el respeto del orden jurídico privado que regula las relaciones entre pares, siendo además que dichos procesos no generan una afectación general del mercado. “En concordancia con lo establecido en la norma superior, la falta de apariencia de buen derecho (fumus bonis uiris) y en consideración a la falta del sentido de aplicación del principio de periculum in mora, por cuanto los términos legales han sido establecidos entre las partes, la adopción de medidas preventivas solicitadas por el denunciante no tienen asidero toda vez que su adopción podría generar un daño irreversible, e intromisión injustificada en la libertad de contratación, que puedan originar daños irreparables a los presuntos responsables o que impliquen violación de derechos fundamentales, esto es, la intromisión en procesos entre particulares, que por lo que no se sugiere su adopción de las medidas preventivas.”*

QUINTO.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.-

5.1.- Constitución de la República del Ecuador.-

Artículo 213 determina que una superintendencia “[...] es un organismo técnico de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general [...]”.

Artículo 335 prevé el intercambio y transacciones económicas “[...] El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privado, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal [...]”.

Artículo 336 consagra: “[...] el Estado impulsará y velará por un comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, que minimice las distorsiones de la intermediación y promueva la sustentabilidad, asegurando la transparencia y eficiencia en los mercados en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley [...]”.

Artículo 87 se refiere a las medidas cautelares.- “[...] 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 [...]”.

5.2.- Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.-

“Art. 1.- Objeto.- El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible” (El subrayado me pertenece).

“Art. 2.- Ámbito.- Están sometidos a las disposiciones de la presente Ley todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que las agrupan, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que

sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional.

Las conductas o actuaciones en que incurriere un operador económico serán imputables a él y al operador que lo controla, cuando el comportamiento del primero ha sido determinado por el segundo” (El subrayado me pertenece).

Art. 27.- Prácticas Desleales.- Entre otras, se consideran prácticas desleales, las siguientes:

1.- Actos de confusión.- Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto, real o potencial, crear confusión con la actividad, las prestaciones, los productos o el establecimiento ajenos. (...) 2.- Actos de engaño.- Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto, real o potencial, inducir a error al público, inclusive por omisión, sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad y cantidad, precio, condiciones de venta, procedencia geográfica y en general, las ventajas, los atributos, beneficios o condiciones que corresponden a los productos, servicios, establecimientos o transacciones que el operador económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o, inducir a error sobre los atributos que posee dicho operador, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial. (...) 4.- Actos de denigración.- Se considera desleal la realización, utilización o difusión de aseveraciones, indicaciones o manifestaciones sobre la actividad, el producto, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero o de sus gestores, que puedan menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes. (...) 5.- Actos de comparación.- Se considera desleal la comparación de la actividad, las prestaciones, los productos o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero, inclusive en publicidad comparativa, cuando dicha comparación se refiera a extremos que no sean análogos, relevantes ni comprobables...”.

Artículo 62.- “[...] 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 [...]”.

5.3.- Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.-

Art. 73.- Clases de medidas preventivas “[...] 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 [...]”.

Art.74.- Adopción de medidas preventivas.- “[...] 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 [...]”

Art. 75.- Caducidad de medidas preventivas.- “[...] *De conformidad con la Ley, cuando las medidas preventivas se adopten antes de iniciarse la etapa de investigación, dichas medidas caducarán si no se inicia el procedimiento de investigación en el término de quince (15) días desde su notificación [...]”.*

Art. 76.- Suspensión, modificación y revocatoria de las medidas preventivas.- “[...] *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 [...]”.*

Art. 77.- Informe de suspensión, modificación y revocatoria de las medidas preventivas.- “[...] *Si es el denunciante o denunciantes quienes solicitan fundamentadamente la suspensión, modificación o revocatoria de medidas cautelares ya adoptadas, el órgano de sustanciación y resolución enviará una consulta al órgano de investigación sobre su procedencia, quien deberá emitir su informe en el término de treinta (30) días desde recibida la consulta.*

Si es el órgano de investigación quien sugiere la suspensión, modificación o revocación de las medidas preventivas dispuestas en virtud de circunstancias sobrevinientes o que no pudieron ser conocidas al momento de emitir la resolución, deberá presentar informe motivado que justifique su solicitud [...]”.

Art. 78.- Cese de medidas preventivas.- “[...] *Las medidas preventivas cesarán en el plazo que establezca el órgano que lo disponga o cuando se adopte la resolución que ponga fin al procedimiento [...]”.*

5.4.- Según el penúltimo inciso del artículo 73 del Reglamento de Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, “(...) *no se podrán dictar medidas preventivas que puedan originar daños irreparables a los presuntos responsables o que impliquen violación de derechos fundamentales (...)*”

SEXTO.- ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS SOLICITADAS.-

6.1.- El jurista en materia de competencia Patricio Secaira Durango, sostiene: “[...] *De modo general, las medidas cautelares pueden entenderse como un conjunto de acciones anticipadas, que puede disponer el juez, para garantizar la potencialidad de la ejecución de una sentencia estimatoria, que pueda expedirse en favor de quien ha planteado un proceso principal, reclamando a otro los daños ocasionados o que se puedan ocasionar. Estas medidas tienen como fundamento de su existencia, la garantía jurisdiccional procesal, de anticipar ciertas decisiones provisionales que permiten evitar, suspender o prohibir ciertos actos que pueden poner en riesgo el cumplimiento de la decisión final que se expida en un juicio principal [...]*” Y más adelante refiere: “[...] *La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado tiene igualmente, disposiciones relacionadas con medidas cautelares que pueden adoptarse en las controversias que se suscitan por cuestiones referentes a los aspectos que regula ese ordenamiento jurídico [...]*” Y añade: “[...] *El artículo 62, establece varias medidas preventivas que puede adoptar la administración, antes o en cualquier estado del procedimiento medidas como: (i) cese de la conducta, (ii) imposición de condiciones, (iii) suspensión de los efectos de actos jurídicos relacionados a la conducta prohibida, (iv) adopción de comportamientos positivos; y otros que estime pertinentes para preservar las condiciones de competencia afectadas y evitar los potenciales daños que puedan producirse y para asegurar la eficacia de la resolución definitiva [...]*”.¹

6.2.- Los tratadistas Juan Montaña Pinto y Angélica Porras Velasco, expresan que: “[...] *las medidas cautelares sirven como una garantía que impiden la generación de un daño y al mismo tiempo satisface la obtención de una providencia definitiva que cumple con características de consideración y ponderación necesarias para contar con una respuesta justa y efectiva en la garantía de los derechos constitucionales [...]* En cuanto al principio de eficacia de la decisión sustentan: “[...] *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, pueda producir la consumación del daño irreparable, haciendo necesaria la adopción de medidas previas [...]*” Apuntes de

¹ Derecho Administrativo y Corrección Económica. Memorias Seminario Internacional, Corte Nacional de Justicia, Primera Edición, Quito D.M- Ecuador 2015, Páginas 212 y 216.

Derecho Procesal Constitucional, Tomo 2, Centro de estudios y Difusión del Derecho, Quito-Ecuador 2012, Página 89.

6.3.- “[...] En la doctrina se le considera "principio de prueba", como justificación, para evitar una predeterminación del Juez desde el inicio. Esta justificación presentada y contrastada, con el resto de la prueba a practicar, necesita una valoración por el Juez.

Este principio de prueba, se encuentra muy desarrollado, cuando se regula las medidas cautelares, en el ámbito procesal civil, con el fin de asegurar la sentencia que se dicte en su momento.

Esta apariencia de buen derecho "no puede confundirse con la razón última que permita sancionarlo, ya que la medida cautelar no ha de requerir un estudio minucioso y detallado de todos y cada uno de los elementos exigibles para decidir en último término acerca de la pretensión de la demanda, a menos de correr el riesgo de prejuzgar o anticipar el fallo...".

El solicitante debe proporcionar al órgano jurisdiccional elementos bastantes de los que resulte, al menos prima facie, la "verosímil existencia del derecho alegado", sin perjuicio de relegar al proceso principal la demostración cumplida de su realidad. Para cohonestar la exigencia de celeridad -y consecuente eficacia- con evitación de potenciales abusos, se requiere algo más que la mera alegación del derecho, suficiente, en cambio, para iniciar el proceso de declaración; y algo menos que la certeza rigurosa, necesaria, empero, para la sentencia definitiva.

La necesidad de "una justificación de que se ostenta una apariencia de derecho, un "fumus boni iuris", que permita dar crédito inicialmente a la pretensión de aseguramiento...".

Los presupuestos existentes en sede cautelar, se construye a partir de lo que es objeto de la prueba en sede cautelar [...]".²

6.4.- Apariencia de buen derecho.-

6.4.1.- “[...] En la doctrina se le considera "principio de prueba", como justificación, para evitar una predeterminación del Juez desde el inicio. Esta justificación presentada y contrastada, con el resto de la prueba a practicar, necesita una valoración por el Juez. Este principio de prueba, se encuentra muy desarrollado, cuando se regula las medidas cautelares, en el ámbito procesal civil, con el fin de asegurar la sentencia que se dicte en su momento.

2

http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUUNDUwtjtbLUouLM_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAn6ZPwzUAAAA=WKE

Esta apariencia de buen derecho "no puede confundirse con la razón última que permita sancionarlo, ya que la medida cautelar no ha de requerir un estudio minucioso y detallado de todos y cada uno de los elementos exigibles para decidir en último término acerca de la pretensión de la demanda, a menos de correr el riesgo de prejuzgar o anticipar el fallo...".

El solicitante debe proporcionar al órgano jurisdiccional elementos bastantes de los que resulte, al menos prima facie, la "verosímil existencia del derecho alegado", sin perjuicio de relegar al proceso principal la demostración cumplida de su realidad. Para cohonestar la exigencia de celeridad -y consecuente eficacia- con evitación de potenciales abusos, se requiere algo más que la mera alegación del derecho, suficiente, en cambio, para iniciar el proceso de declaración; y algo menos que la certeza rigurosa, necesaria, empero, para la sentencia definitiva.

La necesidad de "una justificación de que se ostenta una apariencia de derecho, un "fumus boni iuris", que permita dar crédito inicialmente a la pretensión de aseguramiento...". Los presupuestos existentes en sede cautelar, se construye a partir de lo que es objeto de la prueba en sede cautelar [...]".<http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es>

6.4.2.- El Peligro por la mora procesal, “[...] *El periculum in mora es el peligro de un daño jurídico urgente y marginal derivado del retraso de la resolución definitiva. En la imposibilidad práctica de acelerar el pronunciamiento de la resolución definitiva, en la "mora" en que se incurre en su pronunciamiento, encuentra justificación la medida cautelar, con la que se busca neutralizar los daños producibles anticipando provisionalmente los efectos de la resolución definitiva; tal "mora", indispensable para el cumplimiento del "iter" ordinario procesal puede hacerse prácticamente inútil la decisión judicial que de este modo llegará demasiado tarde. [...] Algunos, lo llaman peligro de fuga, otros, como es el caso de los autores del anterior concepto, lo consideran peligro de la mora; en todo caso, se trata de una precaución, para evitar la frustración de la justicia penal. [...]".* Tomado de: <https://es.scribd.com/doc/42835261/Periculum-in-Mora>

6.4.3.- En la ilustrada cita de los tratadistas Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, enseñan que: “[...] *En la sentencia Fac-tortame I de 1990 (donde eran parte, por cierto, pescadores españoles) declaró que un juez nacional podía y debía suspender cautelarmente la aplicación de una Ley cuando esta infringe el Derecho Comunitario, lo que, por cierto, ha causado una verdadera revolución constitucional en Inglaterra, y ello sobre la base del fumus boni iuris o apariencia de buen derecho y del periculum in mora, o peligro de perjuicio serio si la medida se retrasa [...]".* Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, Civitas Ediciones, Octava Edición, Madrid 2002, Página 640.

6.5.- La institución jurídica de medidas preventivas desarrollada en los artículos 62 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y 73 y siguientes de su Reglamento de Aplicación, son de naturaleza jurídica cautelar que pueden ser adoptadas dentro de un

procedimiento de investigación en curso, cuando se cumplan los requisitos exigidos por la norma legal y reglamentaria antes citadas.

6.6.- Desde el punto de vista legal y reglamentario, el objeto de las medidas preventivas es preservar las condiciones de la competencia y evitar una grave lesión o daño presunto que pudieran causar las conductas investigadas, que afecte a la libre concurrencia de los operadores económicos, el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios, lo cual se advierte en el caso sub judice.

6.7.- En la especie, conforme a lo manifestado y en observancia de los artículos 62 de la LORCPM y 74 de su Reglamento de Aplicación, las medidas preventivas pueden ser adoptadas antes o en cualquier estado del proceso de investigación, dada su naturaleza jurídica cautelar. En el presente caso constata que la señora Gioconda Elina Álvarez Coll, solicita medidas preventivas en contra del operador económico **TRAVELNET S.A.**, representada por la señora María Isabel Cabrera Aguirre, su calidad de Gerente General, por mandato legal contenido en los artículos 62 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y 73 de su Reglamento de Aplicación, avocando conocimiento de la solicitud de la adopción de medidas preventivas, en la que la señora Gioconda Elina Álvarez Coll, quien evidencia el cometimiento de presuntas prácticas desleales por parte del operador económico **TRAVELNET S.A.** con el que termino la relación contractual por incumplimiento y sigue brindando servicios y comunicando profesionalmente con los clientes que forman parte de la Cartera de Clientes, propiedad de la señora Giconda Elina Álvarez Coll”, por lo que solicita prohibición de continuar brindando este servicio e iniciar un procedimiento de investigación, y en caso de no existir mérito se disponga su archivo.

SEPTIMO.- NECESIDAD DE ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS SOLICITADAS POR EL ORGANO DE INVESTIGACIÓN.-

7.1.- Según el Informe SCPM-IIPD-DNIPD-2-2016 de fecha 06 de enero de 2017, se desprende que “(...) de los elementos aportados en la denuncia, así como los recabados por esta Intendencia como actuaciones previas, no se pudo evidenciar suficiente mérito para sugerir la adopción de medidas preventivas que prevengan efectos altamente nocivos para el mercado.” “En virtud de que los actos emanados por el denunciado contra el actualmente denunciante, y de la información recabada en las explicaciones, se encuentran dentro de un orden justificado de elementos jurídicos que pueden ser resueltos por el régimen del cumplimiento de las obligaciones contractuales, sin menoscabar que esta autoridad no podría ordenar la suspensión y o modificación de dichas obligaciones, so pena de la libertad de contratación establecido en el artículo 66 numeral 16 de la Constitución de la República del Ecuador y el respeto del orden jurídico privado que regula las relaciones entre pares, siendo además que dichos procesos no generan una afectación general del

7.2.- Sostiene el Informe antes citado que: “(...)” *“En concordancia con lo establecido en la norma superior, la falta de apariencia de buen derecho (fumus bonis uiris) y en consideración a la falta del sentido de aplicación del principio de periculum in mora, por cuanto los términos legales han sido establecidos entre las partes, la adopción de medidas preventivas solicitadas por el denunciante no tienen asidero toda vez que su adopción podría generar un daño irreversible, e intromisión injustificada en la libertad de contratación, que puedan originar daños irreparables a los presuntos responsables o que impliquen violación de derechos fundamentales, esto es, la intromisión en procesos entre particulares, que por lo que no se sugiere su adopción de las medidas preventivas.”*

7.3.- Las medidas preventivas nacen de lo que determinan los artículos 62 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, 73 y siguientes de su Reglamento de Aplicación, y son de naturaleza jurídica cautelar que pueden ser adoptadas dentro de un procedimiento de investigación en curso, cuando se cumplan los requisitos exigidos por la norma legal y reglamentaria antes citadas.

7.4.- Desde el punto de vista legal y reglamentario, el objeto de las medidas preventivas es preservar las condiciones de la competencia y evitar una grave lesión o daño que pudieran causar las conductas investigadas, que afecte a la libre concurrencia de los operadores económicos, el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios, lo cual no se advierte en el caso sub judice.

OCTAVO- RESOLUCIÓN.- Por lo expuesto y en atención a las reflexiones de orden jurídico que anteceden y con sujeción a la normatividad antes invocada, la Comisión de Resolución de Primera Instancia.:

RESUELVE:

- 1.-** Acoger el informe No. SCPM-IIPD-DNIPD-2-2016 de fecha 06 de enero de 2017, remitido a esta Comisión por el abogado Marlon Vinuesa Armijos, Intendente de Investigación de Prácticas Desleales.
- 2.** Negar la petición de adopción de medidas preventivas solicitadas por Gioconda Elina Álvarez Coll, en contra del operador económico **TRAVELNET S.A.** representada por su Gerente General, por tanto Representante Legal la señora Isabel Cabrera Aguirre.
- 3.** Notifíquese la presente Resolución a la señora Gioconda Elina Álvarez Coll y a la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales.
- 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