

EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-044-2017

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISION DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- Quito, DM., 14 de septiembre de 2017, a las 11h39.- **VISTOS:** El Superintendente de Control del Poder de Mercado (en adelante SCPM) designó al doctor Marcelo Ortega Rodríguez, Presidente de la Comisión de Resolución de Primera Instancia (en adelante CRPI), al doctor Agapito Valdez Quiñonez, Comisionado y al doctor Diego Xavier Jiménez Borja, Comisionado, mediante los actos administrativos correspondientes, quienes en uso de sus atribuciones legales disponen: **i)** Agregar al expediente el memorando No.SCPM-386-2017-M de 31 de agosto de 2017, suscrito por el Economista Alberto David Segovia Araujo, Intendente Zonal 8 de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (en adelante SCPM) remitido a través del sistema **SIGDO**, constante en una (1) página, al que se adjunta el informe **No.SCPM-IZ8-58-2017** de 28 de agosto de 2017, elaborado por los señores: Economista José Leonardo Matías Sánchez y Abogado Carlos Eduardo Muñoz Montesdeoca, constante en cincuenta y siete (57) páginas. **ii)** incorporar el escrito presentado por el señor Segundo Manuel Carvajal Herdoiza, por los derechos que representa de la compañía **MACARVA CIA. LTDA.**, recibido en la Secretaría General de la SCPM, el 05 de septiembre de 2017, a las 16h32, constante en dos (2) páginas. **iii)** Agregar al expediente el escrito presentado por el señor Segundo Manuel Carvajal Herdoiza, por los derechos que representa del operador económico **MACARVA CIA LTDA**, recibido en la Secretaría General de la SCPM, el 13 de septiembre de 2017, a las 09h33, constante en dos (2) páginas, mediante el cual solicita que se le confiera copia de todo el expediente. Por corresponder al estado procesal del presente procedimiento administrativo el de resolver sobre la petición de medidas preventivas solicitadas por el órgano de investigación antes citado, para hacerlo considera:

PRIMERO.- COMPETENCIA.- La Comisión de Resolución de Primera Instancia es competente para resolver la petición de adopción de medidas preventivas solicitadas por el denunciante Segundo Manuel Carvajal Herdoiza, por los derechos que representa del operador económico **MACARVA CIA. LTDA.**, acción dirigida en contra de la empresa **LUTEXSA INDUSTRIAL COMERCIAL COMPAÑÍA LIMITADA**, 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 DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.- 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 trámite, razón por la cual, se declara la validez procesal.

TERCERO.- ANTECEDENTES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.-

3.1.- El 28 de julio de 2017, a las 11h37, constante en ocho (8) páginas y un (1) anexo, el señor Segundo Manuel Carvajal Herdoiza, por los derechos que representa 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.**

3.2.- En su escrito de denuncia interpuesto por el señor Segundo Manuel Carvajal Herdoiza, básicamente sostiene lo siguiente:

Manifiesta: “(...) 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 (...)”.

Señala: “(...) Mi representada mantuvo una larga y accidentada relación comercial con la Compañía LUBRICANTES Y TAMBORES DEL ECUADOR C.A LYTECA (en un tiempo conocida como LYTECA-TEXACO y en otro como CEHVRON-TEXACO) desde el 14 de mayo de 1995 hasta el 29 de noviembre del 2005 en que se realizó la última compra de combustibles a dicha empresa. Con fecha 14 de diciembre de 2006 el ingeniero Didier Builes, Director General de LUTEXSA INDUSTRIAL COMERCIAL COMPAÑÍA LIMITADA, me hizo conocer que dicha empresa era nueva titular de los derechos que pertenecían a la Compañía LUBRICANTES TAMBORES DEL ECUADOR C.A.(en adelante “LYTECA”), por cuanto esta última había cedido los contratos de suministro de combustibles a la compañía LUTEXSA INDUSTRIAL COMERCIAL COMPAÑÍA LIMITADA(en adelante LUTEXSA) y que por tal se trabajaría con la empresa de origen colombiano TERPEL S.A. Todo sin el consentimiento ni aprobación de mi representada (...)”.

Sostiene: “(...) Uno de los pilares de la negociación generada con LYTECA fue el compromiso contractual contemplado en el contrato suscrito entre dicha compañía y mi representada el 16 de agosto de 1996 de construir una Terminal de Suministro de combustibles de una marca para nuestro abastecimiento que supuestamente implicaría una inversión millonaria para LYTECA, por lo cual se aceptó en los contratos establecer un margen de 69% para el distribuidor y el 31% para ellos como comercializadora (que incluso en algún momento llegó hasta el 41%) porcentaje que jamás habíamos aceptado en otro tipo de condiciones. Valga anotar que dicha terminal de suministros jamás fue construida ni por LYTECA ni por su sucesora LUTEXSA (...)”.

Indica: “(...) 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 (...)"

Sustenta: "(...) 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 que había fijado de modo arbitrario desde el año 2007 y con ellos nos daba como "beneficio" una prima por US\$ 135,000.000 de los cuales US\$.95,000 sirvieron para pagarles a ellos mismos por facturas adeudadas y por la supuesta inversión de US\$.120.000.00 en el cambio y mantenimiento de equipos (...)"

Declara: "(...) 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 (...)"

Petición: "(...) se ordene la inmediata suspensión de los efectos de los contratos de combustible vigentes entre mi representada y la compañía LUTEXSA, a fin de que mi representada pueda proveerse de combustible con la misma distribuidora (y si aquello no fuera posible, con cualquier otra) de tal modo que mi representada pueda obtener como mínimo un porcentaje del 90% que es lo que se ajusta al mercado (...)"

CUARTO.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.-

4.1.- Disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias.

4.1.1.- Constitución de la República del Ecuador.-

El artículo 11 numerales 3, 5 y 9 respecto a los principios para el ejercicio de los derechos nos dice: "(...) Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte". "(...) En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia (...)" "(...) El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución (...)"

El artículo 52 estipula el derecho que tienen las personas a disponer de bienes y servicios de óptima calidad cuando indica: "(...) Las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características.

La ley establecerá los mecanismos de control de calidad y los procedimientos de defensa de los consumidores y consumidoras; y las sanciones por vulneración de estos derechos, la reparación e indemnización por deficiencias, daños o mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos que no fuera ocasionada por caso fortuito o fuerza mayor (...)

El artículo 66 en sus numerales 15, 25 y 26, respecto a los derechos de libertad señala: “(...) el derecho a desarrollar actividades económicas, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental (...) el derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características (...) el derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental (...)”.

El artículo 76.- Sobre las garantías básicas del derecho al debido proceso dice: “(...) En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.
2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.
7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:
 - a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.
 - b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.
 - c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.
 - h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.
 - j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.
 - k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.
 - l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos (...)

El artículo 82 se refiere al derecho a la seguridad jurídica y al respecto precisa: “(...) El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por la autoridades competentes (...)”.

El 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 (...)”.

El artículo 169 consagra el sistema procesal cuando manifiesta que: “(...) El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades (...)”.

El artículo 213 consigna lo que son las Superintendencias al expresar: “(...) Las superintendencias son organismos técnicos 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 (...)”.

El artículo 284 numeral 8 en cuanto a los objetivos de la política económica prescribe: “(...) Propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes (...)”.

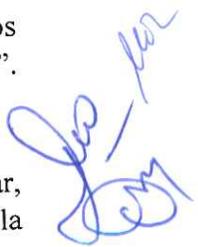
El artículo 326 consagra los principios en que se sustenta el derecho al trabajo y en el numeral 15 se encuentra la siguiente prohibición: “(...) Se prohíbe la paralización de los servicios públicos de salud y saneamiento ambiental, educación, justicia, bomberos, seguridad social, energía eléctrica, agua potable y alcantarillado, producción hidrocarburífera, procesamiento, transporte y distribución de combustibles, transportación pública, correos y telecomunicaciones. (...)”

El artículo 335 prevé el intercambio y transacciones económicas al expresar: “(...) 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 (...)”.

El 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 (...)”.

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

El artículo 1 se refiere al objeto de la Ley: “(...) El objeto de la presente Ley es evitar, 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 (...)

En artículo 2 trata del ámbito de la Ley: “(...) Están sometidos a las disposiciones de la presente Ley todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o 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 agrupen, 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.

La presente Ley incluye la regulación de las distorsiones de mercado originadas en restricciones geográficas y logísticas, así como también aquellas que resultan de las asimetrías productivas entre operadores económicos (...)

En artículo 3 contempla el principio de la primacía de la realidad: “(...) Para la aplicación de esta Ley la autoridad administrativa determinará la naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a su realidad y efecto económico. La forma de los actos jurídicos utilizados por los operadores económicos no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos.

La costumbre o la costumbre mercantil no podrán ser invocadas o aplicadas para exonerar o eximir las conductas contrarias a esta Ley o la responsabilidad del operador económico (...)

El artículo 4 se refiere a los lineamientos para la regulación y principios para la aplicación: “(...) En concordancia con la Constitución de la República y el ordenamiento jurídico vigente, los siguientes lineamientos se aplicarán para la regulación y formulación de política pública en la materia de esta Ley:

1. El reconocimiento del ser humano como sujeto y fin del sistema económico.
2. La defensa del interés general de la sociedad, que prevalece sobre el interés particular.
4. El fomento de la desconcentración económica, a efecto de evitar prácticas monopólicas y oligopólicas privadas contrarias al interés general, buscando la eficiencia en los mercados.
5. El derecho a desarrollar actividades económicas y la libre concurrencia de los operadores económicos al mercado.
7. El impulso y fortalecimiento del comercio justo para reducir las distorsiones de la intermediación.

10. La necesidad de contar con mercados transparentes y eficientes.

Para la aplicación de la presente Ley se observarán los principios de no discriminación, transparencia, proporcionalidad y debido proceso (...)

El artículo 38 contempla las atribuciones de la Superintendencia: “(...) La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, a través de sus órganos, ejercerá las siguientes atribuciones: 2. Sustanciar los procedimientos en sede administrativa para la imposición de medidas y sanciones por incumplimiento de esta Ley (...)”

El artículo 53 sobre el inicio del procedimiento nos dice: “(...) El procedimiento se iniciará de oficio, a solicitud de otro órgano de la Administración Pública, por denuncia formulada por el agraviado, o por cualquier persona natural o jurídica, pública o privada que demuestre tener un interés legítimo (...)”.

El artículo 62.- se refiere a las medidas preventivas: “(...) 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 (...)

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

El artículo 54 en lo que se refiere al inicio del procedimiento prescribe: “(...) Conforme a lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley, el procedimiento se iniciará de oficio, a solicitud de otro órgano de la Administración Pública, o por denuncia (...)”.



El artículo 73.- establece la 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 (...).”

El artículo.74.- ilustra sobre la adopción de las 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 (...).”

El artículo 75 en cuanto a la caducidad de medidas preventivas nos dice: “(...) 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 (...).”

El art 76 se refiere a la modificación y revocatoria de las medidas preventivas y al respecto estatuye: “(...) 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 (...)”.

El artículo 77 trata sobre el informe de suspensión, modificación y revocatoria de las medidas Preventivas y prescribe: “(...) Si es el denunciante o denunciante 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 (...)”.

El artículo 78 consagra el cese de medidas preventivas cuando determina que: “(...) 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 (...)”.

4.2.- Jurisprudenciales.-

4.2.1.- Constitución garantista.- (...) *El texto de la nueva Constitución, aprobada en referéndum del 28 de septiembre del 2008, en su artículo primero, establece el tránsito del Estado social de derecho a un Estado constitucional de derechos y justicia; esta particularidad ha permitido que algunos estudios la hayan catalogado como una Constitución “garantista”, esto es, el extraordinario peso que el texto de la Constitución concede a los derechos; que no se limita a declarar su existencia: abre cauces, establece procedimientos, concreta exigencias y prevé mecanismos para garantizar su cumplimiento(...)*” Sentencia No.012-11-SCN-CC CASO No.0014-11-CN 24 de noviembre del 2011.

4.2.2.- La Corte Constitucional del Ecuador enseña: “(...) *la seguridad jurídica es un valor jurídico implícito en nuestro orden constitucional y legal vigente, en virtud del cual el estado provee a los individuos del conocimiento de las conductas que son permitidas, y dentro de las cuales las personas pueden actuar. Si no existiera este principio en una sociedad las personas no pudieran establecer un conocimiento certero de las actuaciones permitidas, puesto que al interpretarse y aplicarse el texto de la ley, de forma distinta y arbitraria, “se impediría el libre actuar de las personas” (...)*” Sentencia 125-12-SEP.CC.Caso.No.0361-10-EP (R.O S.No.724 de 14 de junio 2012)

4.2.3.- En otro de sus fallos la Corte Constitucional ilustra: “(...) *cuando la administración pública, en el ejercicio de sus competencias, expide un acto administrativo,*



este se impone obligatoriamente a sus destinatarios, que constituye en uno de los elementos importantes del acto administrativo Y añade "(...) En este orden y toda vez que la administración debe buscar defender la legalidad administrativa y proteger los derechos de los administrados, la administración goza del privilegio de la ejecutoriedad que le habilita a "obtener el cumplimiento de sus actos, sin necesidad de que el órgano judicial reconozca ese derecho y la habilite a ejecutarlos" (...)". Sentencia No.156-12-SEP-CC. Caso No.0556-10-EP (R.O.S.743 de 11 de julio de 2012)

QUINTO.- ANÁLISIS DOCTRINARIO DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS.-

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

5.2.- Apariencia de buen derecho.- *"(...) 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 (...)". <http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es>

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.

5.3.- 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>.

5.4.- En la opinión de los jurisconsultos Juan Montaña Pinto y Angélica Porras Velasco, *"(...) 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 cumple con las características de consideración y ponderación necesaria para contar con una respuesta justa y efectiva en la garantía de los derechos constitucionales (...)".* Y agrega *"(...) Ahora bien, el artículo 87 de la Constitución de la República dispone que las medidas cautelares procederán frente a un hecho que "amaneces de modo inminente y grave con violar un derecho o viole 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 especificados en el artículo son, en su mayor parte, compartidos con los criterios generales de las medidas cautelares o 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. Páginas 89 y 91.

5.5.- 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.



SEXTO.- IMPROCEDENCIA DE ADOPCIÓN DE MEDIDAS PREVENTIVAS SOLICITADAS POR EL DENUNCIANTE.-

6.1.- 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 se constata que el Economista Alberto David Segovia Araujo, Intendente Zonal 8 de la SCPM, mediante informe No.SCPM-IZ8-58-de 28 de agosto de 2017, suscrito por los señores: Economista José Leonardo Matías Sánchez y Abogado Carlos Eduardo Muñoz Montesdeoca, solicita la no adopción de medidas preventivas pedidas por el denunciante, dictamen en el cual se concluye lo siguiente: "(...) *El operador económico LUTEXA pertenece al grupo de operadores económicos que concentra el mercado de comercialización de combustibles para el segmento automotriz en la ciudad de Guayaquil, provincia del Guayas. Los contratos suscritos entre las comercializadoras y distribuidoras de combustibles para el segmento vehicular incluyen cláusulas de exclusividad de conformidad con lo estipulado en el Artículo 69 de la Ley de Hidrocarburos, y generalmente tienen un plazo de vigencia extenso (más de cinco años), especialmente cuando existen inversiones por parte de la comercializadora de combustible. LUTEXA INDUSTRIAL COMERCIAL CIA. LTDA seguida de EXXONMOBILE ECUADOR CIA. LTDA poseen los plazos de vigencia de sus contratos más extensos que las demás comercializadoras de combustibles; los márgenes de ganancia de las comercializadoras y las distribuidoras de combustibles estipulados en los citados contratos son acordadas entre las partes suscribientes; y pueden cambiarse de mutuo acuerdo de conformidad a las cláusulas contractuales pactadas. MACARVA suscribió un contrato de distribución donde se estipulan los márgenes de ganancia de su comercializadora (LUTEXA). Los márgenes de ganancia que perciben las comercializadoras de combustibles para el segmento automotriz se encuentran directamente relacionados con las inversiones que realizan dichas comercializadoras en sus distribuidoras filiales, es decir, mientras mayor sea la inversión efectuada, mayor es el margen percibido por la comercializadora. EXXONMOBILE ECUADOR CIA. LTDA y LUTEXSA INDUSTRIAL (sin contar el operador PRIMAX COMERCIAL DEL ECUADOR S.A) son los operadores económicos que más invierten en sus distribuidoras filiales, al punto de concentrar aproximadamente el 88% de las inversiones en el mercado citado. Las inversiones realizadas por las comercializadoras de combustibles en sus distribuidoras filiales, en el tiempo ha ido disminuyendo paulatinamente. En este sentido, se realizó una proyección estadística utilizando el sistema E-views con la finalidad de modelar en cuanto tiempo y cuanto sería el margen de ganancia que las comercializadoras percibirían en un futuro, en el eventual caso que sus inversiones disminuyeran a cero; y en ese tiempo cuanto sería el margen que percibirían las comercializadoras que no invierten en sus distribuidoras filiales, obteniendo como resultado que: o Con respecto a las inversiones significativas realizada por el operador económico LUTEXA, cabe mencionar que en mayo de 2023 de acuerdo a las estimaciones planteadas, la inversión caería a OCHENTA Y TRES DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON OCHENTA Y TRES CENTAVOS (USD\$83,83). Asimismo, el margen en el producto diésel sería de 2,35%, tomando en cuenta que en diciembre de 2016 el margen se*

situó en los 2,93%. En mayo de 2023 de acuerdo a las estimaciones planteadas, la inversión caería a OCHENTA Y TRES DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON OCHENTA Y TRES CENTAVOS (USD\$83,83). Asimismo, el margen en el producto extra sería de 1,96%, tomando en cuenta que en diciembre de 2016 el margen se situó en los 2,43%. En mayo de 2023 de acuerdo a las estimaciones planteadas, la inversión caería a OCHENTA Y TRES DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON OCHENTA Y TRES CENTAVOS (USD\$83,83). Asimismo, el margen en el producto ecopaís sería de 3,86%, tomando en cuenta que en diciembre de 2016 el margen se situó en los 2,82%. En mayo de 2023 de acuerdo a las estimaciones planteadas, la inversión caería a OCHENTA Y TRES DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON OCHENTA Y TRES CENTAVOS (USD\$83,83). Asimismo, el margen en el producto súper sería de 6,73%, tomando en cuenta que en diciembre de 2016 el margen se situó en los 6,73%, lo cual no representó variación alguna. o Con respecto a las inversiones significativas realizadas por el operador económico EXXONMOBIL, cabe mencionar que las inversiones han ido cayendo paulatinamente a través tiempo, es decir a mediados del 2014 las inversiones tendieron a cero, por lo cual no es necesario realizar la respectiva proyección, sin embargo se tomará como referencia el límite de tiempo del caso anterior, es decir diciembre del 2019. En diciembre de 2019 de acuerdo a las estimaciones planteadas el margen en el producto diésel sería de 1,72%, tomando en cuenta que en diciembre del 2016 el margen se situó en los 2,59%. En diciembre de 2019 de acuerdo a las estimaciones planteadas el margen en el producto extra sería de 1,23%, tomando en cuenta que en diciembre del 2016 el margen se situó en los 2,49%. En diciembre de 2019 de acuerdo a las estimaciones planteadas el margen en el producto ecopaís sería de 2,29%, tomando en cuenta que en diciembre del 2016 el margen se situó en los 2,58%. En diciembre de 2019 de acuerdo a las estimaciones planteadas el margen en el producto súper sería de 5,45%, tomando en cuenta que en diciembre de 2016 el margen se situó en los 7,12%. o Con respecto a las inversiones poco significativas realizadas por las demás comercializadoras de combustibles, cabe mencionar que para la comercializadora CLEAN SERVICES en mayo de 2023 de acuerdo a las estimaciones planteadas el margen en el producto diésel sería de 1,28%, tomando en cuenta que en diciembre de 2016 el margen se situó en el 1,26%. En el caso de gasolina extra la serie real es constante por lo cual no se obtendría mayores resultados, aunque muestra un comportamiento creciente no significativo. En el caso de gasolina ecopaís la serie real es constante por lo cual no se obtendría mayores resultados. En el caso de gasolina súper la serie real es constante por lo cual no se obtendría mayores resultados, aunque muestra un comportamiento creciente no significativo.

6.2.- En mérito de los elementos aportados en la denuncia y en el informe referidos en esta resolución, la Comisión considera que las medidas preventivas solicitadas por el denunciante Segundo Manuel Carvajal Herdoiza, por los derechos que representa del operador económico **MACARVA CÍA. LTDA.**, en contra de la empresa **LUTEXSA INDUSTRIAL COMERCIAL COMPAÑÍA LIMITADA.**, no cumple con los dos requisitos analizados anteriormente y que jurídicamente se exigen para su procedencia, esto es, presencia de un interés jurídico que surge de la necesidad del periculum in mora (peligro de la demora) y la verosímil existencia del derecho alegado, es decir, una justificación de que ostenta apariencia

de buen derecho (fumus boni juris) y que permite dar crédito a la pretensión de aseguramiento.

SEPTIMO.- RESOLUCIÓN.- En mérito de las consideraciones y los fundamentos de orden técnico y jurídico que anteceden, al tenor de lo previsto en el artículos 74 del Reglamento de Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, la Comisión de Resolución de Primera Instancia.

RESUELVE

1. **ACOGER** la segunda recomendación constante en el informe No.SCPM-IZ8-58 de fecha 28 de agosto de 2017, suscrito por los señores Economista José Leonardo Matías Sánchez y Abogado Carlos Eduardo Muñoz Montesdeoca, dictamen remitido mediante memorando No.SCPM-386-2017-M de 31 de agosto de 2017, firmado por el Economista Alberto David Segovia Araujo, Intendente Zonal 8, mediante el cual, solicita que no se adopten las medidas preventivas pedidas por el denunciante señor Segundo Manuel Carvajal Herdoiza, por los derechos que representa del operador económico **MACARVA CÍA. LTDA.**, en contra del operador económico **LUTEXSA INDUSTRIAL COMERCIAL COMPAÑÍA LIMITADA.**
2. **NO ADOPTAR** las medidas preventivas solicitadas por el denunciante señor Segundo Manuel Carvajal Herdoiza, por los derechos que representa del operador económico **MACARVA CIA. LTDA.**, en contra del operador económico **LUTEXSA INDUSTRIAL COMERCIAL COMPAÑÍA LIMITADA.**
3. **NOTIFICAR** con la presente decisión al señor Segundo Manuel Carvajal Herdoiza, por los derechos que representa del operador económico **MACARVA CIA. LTDA.** y a la Intendencia Zonal 8 de la SCPM.
4. **DISPONER** que por Secretaría de esta Comisión, a costa del señor Segundo Manuel Carvajal Herdoiza, por los derechos que representa del operador económico **MACARVA CIA.LTDA**, se le confieran copias simples de todo lo actuado en el presente expediente administrativo.
5. Actué en calidad de Secretario Ad-hoc de la Comisión el abogado Christian Torres Tierra. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Dr. Marcelo Ortega Rodríguez
PRESIDENTE

Dr. Agapito Valdez Quiñonez
COMISIONADO

Dr. Diego X. Jiménez Borja
COMISIONADO