



EXPEDIENTE No. SCE-CRPI-31-2024

SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA.- COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- D.M. Quito, 29 de octubre de 2024, 15h40.

Comisionado Sustanciador: Dra. Ingeed Cajas Torres

VISTOS.-

- [1] La Resolución de SCE-DS-2024-36 de 05 septiembre de 2024, en la cual el Magister Hans Willi Ehmig Dillon, Superintendente de Competencia Económica, dispuso:

“Artículo 1.- Designar como miembros de la Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Competencia Económica, a los siguientes funcionarios: doctores Marcelo Ortega Rodríguez, Ingeed Cajas Torres, y Marco Landázuri Álvarez.

Artículo 2.- Designar al doctor Marcelo Ortega Rodríguez, como Presidente de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, a partir del 05 de septiembre de 2024.”

- [2] La resolución SCE-DS-2024-51 de 22 de octubre de 2024, mediante el cual el señor Superintendente de Competencia Económica resolvió lo siguiente:

“Artículo Único. - Designar al Intendente Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales; y, al Intendente Nacional de Control de Concentraciones Económicas, como comisionados adicionales para conformar la Comisión de Resolución de Primera Instancia, con la finalidad de proceder con el avoco del nuevo expediente, remitido a través de memorando Nro. SCE-INICAPMAPR-DNICAPM-2024-120, de 17 de octubre de 2024.”

- [3] El acta de la sesión ordinaria del pleno de la Comisión de Resolución de Primera Instancia (en adelante CRPI) de 03 de enero de 2024, mediante la cual se deja constancia de que la CRPI designó a la abogada Verónica Vaca Cifuentes como secretaria Ad-hoc de la CRPI.

- [4] La Comisión de Resolución de Primera Instancia en uso de sus atribuciones legales para resolver, considera:

1. AUTORIDAD COMPETENTE. -

- [5] La CRPI es competente para conocer y resolver las solicitudes de medidas preventivas, conforme a lo señalado en el artículo 62 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante “LORCPM”), en concordancia con lo dispuesto en los artículos 73 y 74 del Reglamento para la aplicación de la LORCPM (en adelante “RLORCPM”), y lo determinado en los artículos 55 al 57 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa (en adelante “IGPA”) de la Superintendencia de Competencia Económica (en adelante “SCE”).

2. IDENTIFICACIÓN DE LOS OPERADORES ECONÓMICOS INVOLUCRADOS. -

2.1. Denunciante y solicitante de las medidas preventivas:

[6] Como denunciante actúa Joselyn Natali Sánchez Barrera, persona natural con los siguientes datos:

- Registro Único de Contribuyentes: 1805037130001
- Actividad económica principal: “*VENTA AL POR MAYOR DE COMBUSTIBLES: GASES LICUADOS DE PETRÓLEO, BUTANO Y PROPANO.*”¹
- Domicilio: Cantón Píllaro, parroquia Marcos Espinel, sector la Pampamia, provincia de Tungurahua
- Correos Electrónicos: natalisanchez25101998@gmail.com y felipe@torrescobo.com

2.2. Operador económico denunciado y cuyo presunto accionar es objeto de las medidas preventivas solicitadas:

[7] El operador económico ENI ECUADOR S.A. (en adelante también ENI), con los siguientes datos:

- Representante Legal: Giovanni Sabatini
- Registro Único de Contribuyentes: 1790540626001
- Actividad económica principal: “*VENTA AL POR MAYOR DE COMBUSTIBLES: GASES LICUADOS DE PETRÓLEO, BUTANO Y PROPANO.*”
- Domicilio: Ciudad de Quito, provincia de Pichincha, avenida Amazonas, calle Patria, barrio La Mariscal, edificio COFIEC, E4-69, piso 9, frente al Hotel Hilton Colon.
- Correos electrónicos: abrown@almeidaguzman.com, jurizar@almeidaguzman.com, jvallejo@almeidaguzman.com

3. ANTECEDENTES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. -

3.1 Del Expediente SCE-IGT-INICAPMAPR-16-2024

[8] Mediante escrito de denuncia y anexos, ingresados en la ventanilla virtual de la SCE el 05 de septiembre de 2024, a las 15h24, signado con el número de trámite ID 202417154, suscrito por Joselyn Natali Sánchez Barrera, solicitó en el ordinal V, que se imponga medidas preventivas al operador económico ENI ECUADOR S.A.

¹ Portal de información del Servicio de Rentas Internas - SRI en línea. Consulta de RUC No. 1805037130001, consultado desde la dirección: <https://srienlinea.sri.gob.ec/sri-en-linea/SriRucWeb/ConsultaRuc/Consultas/consultaRuc>





- [9] Mediante providencia de 19 de septiembre de 2024, a las 17h09, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (en adelante también INICAPMAPR o Intendencia), en lo principal dispuso:

“1.3. En relación con lo solicitado en el ordinal V, del escrito que se agrega, se atenderá, de considerarlo pertinente, en el momento procesal oportuno.

***SEGUNDO.-** Del análisis realizado, esta Autoridad determina que la denuncia presentada por Joselyn Natali Sánchez Barrera, **NO CUMPLE** con los requisitos establecidos en el artículo 54 de la LORCPM. Por tanto, conforme lo dispuesto en el artículo 55 de la LORCPM, se otorga al denunciante el término de **tres (3) días**, contados a partir de la notificación con la presente providencia, a fin de que aclare y complete la denuncia según lo indicado en el ordinal **PRIMERO, 1.1**, literales c), d) y f).”*

- [10] Mediante escrito ingresado en la Ventanilla Virtual de la SCE el 24 de septiembre de 2024, a las 16h56, signado con el número de trámite ID 202418166, suscrito por Joselyn Natali Sánchez Barrera y el Abg. Felipe Fernando Torres Cobo, remite la compleción de la denuncia.

- [11] La providencia de 26 de septiembre de 2024, a las 12h18, en la cual la Intendencia dispuso:

*“CUARTO.- Conforme lo expuesto en el ordinal **TERCERO** que precede, esta Intendencia considera que la denuncia fue **ACLARADA Y COMPLETADA** conforme lo dispuesto en providencia de 19 de septiembre de 2024, a las 17h09.*

*En consecuencia, una vez que la denunciante ha aclarado y completado, la denuncia presentada en contra del operador económico ENI ECUADOR S.A., se determina que cumple con los requisitos estipulados en el artículo 54 de la LORCPM; dentro del término legal establecido en el artículo 55 del mismo cuerpo legal; por lo tanto, se procede a **CALIFICAR LA DENUNCIA** presentada por Joselyn Natali Sánchez Barrera.”*

3.2.- Del Expediente SCE-CRPI-31-2024

- [12] El memorando SCE-INICAPMAPR-DNICAPM-2024-120 ingresado el 17 de octubre de 2024, las 16:50, suscrito por la funcionaria Arleth Katherine Duque Laguna, Asistente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado Dirección Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, mediante el cual notificó la providencia de 16 de octubre de 2024 a las 15h06, emitida en el expediente SCE-IGT-INICAPMAPR-16-2024 y remitió el Informe SCE-IGT-INICAPMAPR-2024-015 de 16 de octubre de 2024, respecto de las medidas preventivas solicitadas por Joselyn Natali Sánchez Barrera.

- [13] La providencia de 16 de octubre de 2024 a las 15h06, emitida en el expediente SCE-IGT-INICAPMAPR-16-2024, en la cual el Intendente Nacional de Investigación y Control de Abuso

del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (en adelante también INICAPMAPR), dispuso:

“[...] SEGUNDO.-Agréguese al expediente y tómesese en cuenta, el Informe SCE-IGTINICAPMAPR-2024-015, de 16 de octubre de 2024, sobre la Procedencia de la Solicitud de Medidas Preventivas, realizada por Joselyn Natali Sánchez Barrera, suscrito por el Doctor Ángel Gonzalo Núñez López, Intendente Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, signado con el número de trámite ID 202419497, en virtud del mismo dispongo:

2.1. De conformidad con lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 56 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCE, que manda lo siguiente:

“El denunciante podrá presentar ante el órgano de investigación la solicitud de medidas preventivas una vez que la denuncia haya sido calificada de clara y completa conforme lo establecido en el artículo 55 de la LORCPM. Presentadas las medidas preventivas el órgano de investigación en el término de quince (15) días remitirá a la CRPI, un informe respecto de la procedencia de las medidas solicitadas. En el caso de que la solicitud de medidas preventivas sea presentada conjuntamente con la denuncia o antes de que sea calificada de clara y completa, el órgano de investigación se abstendrá de tramitarla hasta que la denuncia cumpla con el presupuesto establecido en el artículo precitado.”

Mediante memorando elévese para conocimiento de la CRPI, el Informe Nro. SCE-IGTINICAPMAPR-2024-015, de 16 de octubre de 2024, para que actúe conforme sus atribuciones legales y administrativas.[...]”

[14] El Informe SCE-IGT-INICAPMAPR-2024-015 de 16 de octubre de 2024, respecto de las medidas preventivas solicitadas por Joselyn Natali Sánchez Barrera.

[15] La providencia de 22 de octubre de 2024, a las 15h45, en la cual la CRPI dispuso:

“PRIMERO.- AVOCAR conocimiento del expediente SCE-CRPI-31-2024.

SEGUNDO.- AGREGAR al presente expediente:

- El memorando SCE-INICAPMAPR-DNICAPM-2024-120 y su anexo ingresados el 17 de octubre de 2024, las 16:50, mediante el cual fue remitido el Informe SCE-IGT-INICAPMAPR-2024-015 de 16 de octubre de 2024, respecto de las medidas preventivas solicitadas por Joselyn Natali Sánchez Barrera, signados con ID: 202419711.”*





- [16] El escrito presentado por el operador económico Eni Ecuador S.A. y su anexo, el 23 de octubre de 2024, a las 11h28, suscrito por el Doctor Alberto Brown, en calidad de abogado autorizado, en el cual en lo principal indicó:

“Como ya se señaló, la denegación de las medidas preventivas solicitadas no tendría ningún efecto en el status quo del mercado. Esto, sumado a la inherente falta de potencialidad de la conducta denunciada de distorsionar la competencia, vuelven claro el hecho de que la negativa de tales medidas no puede impedir o incrementar la probabilidad de daño antijurídico alguno.”

- [17] La providencia de 25 de octubre de 2024, en la cual la CRPI dispuso:

“SEGUNDO.- INDICAR al operador económico ENI Ecuador S.A. que el escrito de 23 de octubre de 2024, a las 11h28 se tomará en consideración en caso de ser pertinente para la resolución.

TERCERO.- HACER constar que el operador económico ENI Ecuador S.A no tiene calidad de parte procesal en el presente expediente, dado que su naturaleza es de medida preventiva.”

4. VALIDEZ DEL PROCEDIMIENTO.-

- [18] La solicitud de medidas preventivas presentadas mediante el escrito de denuncia y anexos de 05 de septiembre de 2024, fue calificada por la INICAPMAPR como “*ACLARADA Y COMPLETADA*”. En consecuencia, de acuerdo con el segundo inciso del artículo 56 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de esta Superintendencia, tanto las medidas preventivas como el Informe No. SCE-IGT-INICAPMAPR-2024-015 han cumplido con el plazo legal establecido.
- [19] A lo largo del procedimiento administrativo, en la fase de resolución tramitada por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, se respetó los derechos y garantías constitucionales contempladas en el artículo 82 que trata sobre la seguridad jurídica, así también en la parte procesal, incluyendo el derecho al debido proceso, que es un conjunto de reglas fundamentales a favor de los administrados, mediante las cuales, en todo proceso, se asume el compromiso de observar, aplicar y respetar las garantías contenidas en el Art 76 de la Constitución de la República del Ecuador. Y se actuó conforme lo dispuesto en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante también: LORCPM), el Reglamento para su aplicación (en adelante también: RLORCPM) y el Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Competencia Económica (en adelante también: IGPA).
- [20] Por lo que en el presente expediente no existen actuaciones o circunstancias que vicien la legalidad del presente procedimiento administrativo.

5. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA RESOLUCIÓN. -

5.1. Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado:

- [21] El artículo 62 de la LORCPM consagra la figura de las medidas preventivas e indica, a manera ejemplificativa, algunas que se podrían adoptar, así:

“Art. 62.- Medidas preventivas.- El órgano de sustanciación de la Superintendencia de Control del Poder de 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 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.”

5.2 Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

- [22] Los artículos 73 a 78 del RLORCPM establecen el procedimiento para la aplicación de medidas preventivas (sección 3). En relación con su adopción, los artículos 73 y 74 establecen una lista no taxativa de las medidas a imponerse, así como ciertas reglas básicas de procedimiento, así:

“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 pertinente para preservar las condiciones de competencia afectadas y 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 denunciante, 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.”

5.3 Instructivo de Gestión Procesal Administrativa

- [23] La primera sección del capítulo X del Instructivo regula el procedimiento de aplicación y gestión de las medidas preventivas (artículo 55 al 62). Los artículos 55, 56 y 57 determinan el procedimiento para su adopción, así:

“Primera Sección

PROCEDIMIENTO DE APLICACIÓN Y GESTIÓN DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS

Art. 55.- CLASES DE MEDIDAS PREVENTIVAS.- La CRPI, antes o en cualquier estado del procedimiento de investigación hasta antes de emitir la resolución que ponga fin al procedimiento investigativo sancionador, podrá, a sugerencia de la Intendencia respectiva o pedido de quien hubiere presentado una denuncia, adoptar mediante resolución motivada las medidas preventivas previstas en los artículos 62 de la LORCPM y 73 del RLORCPM.

Art. 56.- SUGERENCIA O SOLICITUD.- El Intendente competente, antes o en cualquier etapa del procedimiento de investigación, podrá sugerir a la CRPI, mediante

informe motivado, la adopción de medidas preventivas destinadas a alcanzar las finalidades de la Ley. La sugerencia de medidas preventivas podrá estar fundamentada en toda clase de indicios que justifique legal y razonadamente la aplicación de estas.

El denunciante podrá presentar ante el órgano de investigación la solicitud de medidas preventivas una vez que la denuncia haya sido calificada de clara y completa conforme lo establecido en el artículo 55 de la LORCPM. Presentadas las medidas preventivas el órgano de investigación en el término de quince (15) días remitirá a la CRPI, un informe respecto de la procedencia de las medidas solicitadas. En el caso de que la solicitud de medidas preventivas sea presentada conjuntamente con la denuncia o antes de que sea calificada de clara y completa, el órgano de investigación se abstendrá de tramitarla hasta que la denuncia cumpla con el presupuesto establecido en el artículo precitado.

Si el denunciante presenta la solicitud de medidas preventivas ante la CRPI, en el término de tres (3) días contados a partir de la recepción de la solicitud, la CRPI requerirá a la Intendencia competente que emita un informe respecto de la procedencia de las medidas solicitadas, concediéndole para el efecto el término de quince (15) días. En el caso de que la denuncia aún no haya sido calificada de clara y completa, el término de quince (15) días empezará a correr a partir de la fecha en que se realice dicha calificación.

Art. 57.- ADOPCIÓN DE MEDIDAS PREVENTIVAS.- *Una vez recibido el informe remitido por la Intendencia respectiva, la CRPI, tendrá el término de diez (10) días para resolver respecto de las medidas preventivas sugeridas o solicitadas. La resolución motivada, entre otros, contendrá los siguientes elementos:*

- a. Identidad completa del operador económico;*
- b. Nombres y apellidos del o los representantes legales;*
- c. Dirección que incluirá números telefónicos y correos electrónicos, de tenerlos;*
- d. La determinación clara, objetiva y concreta de las medidas preventivas;*
- e. La disposición a la Intendencia para que realice el seguimiento de la aplicación y cumplimiento de las medidas preventivas, con instrucciones claras y precisas de la forma y periodicidad en la que se debe realizar este seguimiento;*
- f. Prevención legal de que en caso de desacato, de ser procedente, se podrá ordenar la clausura de uno o varios establecimientos en los que se llevó a cabo la actividad objeto de la investigación, sin perjuicio de otras sanciones administrativas;*
- g. Los demás que sean pertinentes.*

Emitida la resolución de adopción de medidas preventivas, la Intendencia competente deberá iniciar el procedimiento investigativo en el plazo previsto en el inciso tercero del artículo 62 de la LORCPM, caso contrario las medidas caducarán.”

6. DETERMINACIÓN CLARA, OBJETIVA Y CONCRETA DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS.-

[24] Según el Informe No. SCE-IGT-INICAPMAPR-2024-015, emitido el 16 de octubre de 2024, y la solicitud de medidas preventivas presentada por Joselyn Natali Sánchez Barrera a través de un



escrito el 5 de septiembre de 2024, a las 15h24, con el número de trámite ID 202417154, se solicita en el ordinal V lo siguiente:

“(...) De conformidad con lo establecido en el artículo 62 de la LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO, solicito que como medida preventiva se ordene a ENI ECUADOR S.A. que abastezca de su gas envasado al centro de acopio de mi propiedad, beneficiando así a consumidores de gas comercial y doméstico de la zona.” (Énfasis me pertenece)

7. INFORME NO. SCE-IGT-INICAPMAPR-2024-015 DE 16 DE OCTUBRE DE 2024 EMITIDO POR LA INTENDENCIA NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE ABUSO DEL PODER DE MERCADO, ACUERDOS Y PRÁCTICAS RESTRICTIVAS

[25] La INICAPMAPR mediante Informe No. SCE-IGT-INICAPMAPR-2024-015 de 16 de octubre de 2024, concluyó y recomendó lo siguiente:

“7. CONCLUSIONES.-

JOSELYN NATALI SÁNCHEZ BARRERA en su requerimiento de medidas preventivas realizado mediante escrito de 05 de septiembre de 2024, a las 15h24, signado con número de trámite ID 202417154, no ha expuesto o demostrado los requisitos mínimos que debe reunir cualquier solicitud de medidas preventivas, como son: el peligro en la demora o la apariencia de buen derecho.

JOSELYN NATALI SÁNCHEZ BARRERA, en su denuncia y, compleción de la misma, no ha logrado justificar motivadamente, la razón de adopción de la medida preventiva solicitada, ni como buscaría preservar las condiciones de competencia afectadas, evitar ocasionar un daño a la competencia, o asegurar la resolución definitiva.

8. RECOMENDACIONES.-

En mérito del análisis realizado en el presente Informe, en el momento procesal, la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas recomienda a la Comisión de Resolución de Primera Instancia NO CONCEDER las medidas preventivas solicitadas por la requirente.”

8. CONSIDERACIONES Y ANÁLISIS DE LA SOLICITUD DE MEDIDAS PREVENTIVAS.

[26] La CRPI basará su decisión en las siguientes consideraciones:



8.1 Presupuestos para la adopción de medidas preventivas

- [27] La CRPI ha adoptado en sus resoluciones dos presupuestos clásicos y fundamentales para la adopción de medidas preventivas:

8.1.1. Apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*).

- [28] La CRPI ha indicado reiteradamente, basándose en el trabajo de Calamandrei², que este presupuesto se presenta cuando existe “*cierto grado de verosimilitud del derecho, por medio del cual la administración no requerirá una demostración plena de veracidad de los hechos, sino únicamente bases razonables para suponer que lo alegado puede ser verdadero.*”
- [29] A través de indicios razonables el derecho controvertido debe obrar como verosímil. Por “indicio razonable” se debe entender todo hecho, acto u omisión del que, por vía de inferencia, pueda generar una gran probabilidad de la existencia del derecho controvertido. Esto quiere decir que el derecho controvertido, *prima facie*, se debe desprender de elementos que obren en el expediente sin realizar análisis probatorios complejos, lo que sí debe hacerse al emitir la resolución final. Por lo tanto, el análisis que se debe hacer en estos casos no es de certeza, sino simplemente de apariencia de veracidad. En este sentido, al decretarse una medida cautelar no se está prejuzgando sino protegiendo un derecho que “podría” verse conculcado en extremo. Sobre esto la doctrina especializada ha dicho lo siguiente:

“Fumus boni iuris: en segundo lugar, quien solicita la medida cautelar debe aportar una justificación inicial de su derecho. Este requisito supone que la existencia del derecho controvertido ha de parecer verosímil, es decir, suficiente para que según un cálculo de probabilidades quepa prever que la resolución principal estimará la pretensión del que solicita la medida cautelar. Como ha expuesto parte de la doctrina, para apreciar la existencia del fumus boni iuris «hace falta algo más que la posibilidad y algo menos que la certeza».

(...)

... Sin embargo, para la adopción de la medida cautelar basta la aportación de un principio de prueba, y no de una prueba completa, pues si se exigiese prueba plena el proceso cautelar sustituiría al procedimiento principal.”³

- [30] En la doctrina nacional también se sigue la misma línea:

“fumus boni iuris, (humo – apariencia del buen derecho), que en materia de competencia desleal se explica por las pruebas preliminares que se entregan en la demanda de las cuales se infieran, sin que ello signifique un adelantamiento de opinión judicial,

² La CRPI en las Resoluciones mencionadas en el pie de página anterior, citando a Calamandrei, indica lo siguiente: “*Al respecto, Piero Calamandrei sostiene “(...) la cognición cautelar se limita en todos los casos a un juicio de probabilidad y verosimilitud. Declarar la certeza de la existencia del derecho en función de la sentencia principal; en sede cautelar vasta que el derecho aparezca verosímil (...). Introducción al Estudio Sistemático de las Medidas Cautelares. Ref: Buenos Aires 1996. Página 77.*”

³ FOLGUER CRESPO, Jaime y otros. *Las Normas de Defensa de la Competencia: Medidas Cautelares en su aplicación Judicial Directa*. Publicado en Derecho de la Competencia y los Jueces. Págs 254 a 255. En https://espacioinvestiga.org/wp-content/uploads/2015/09/DE005-13_Las_normas_defensa_competencia-Varios_autores1.pdf. Consultado el 16/02/2020.



elementos suficientes para que precautelen bienes, se eviten nuevos actos, se suspendan los que están en ejecución o se prohíban aquellos que potencialmente se produzcan, para de esta manera proteger los daños a los operadores económicos, a los consumidores y el interés público (...)”.

- [31] Una vez se pueda constatar la apariencia de buen derecho, se pasará a determinar el segundo presupuesto conocido por el peligro en la demora.

8.1.2 Peligro en la demora (Periculum in mora).

- [32] Es el daño irreparable o de difícil reparación que se produciría o se incrementaría si la medida preventiva no fuera adoptada. El tiempo que transcurre entre la solicitud y la resolución final, de conformidad con la naturaleza del asunto, debe entrañar un riesgo real en la generación o ahondamiento del daño que se pretendería evitar con las medidas. Para evaluar la existencia del mencionado presupuesto, se debe atender a la finalidad de las medidas cautelares, de conformidad con el artículo 62 de la LORCPM: (i) preservar las condiciones de competencia afectadas; (ii) evitar el daño que pudieran causar las conductas a las que el procedimiento se refiere; y (iii) asegurar la eficacia de la resolución definitiva.
- [33] Este presupuesto es fundamental para dictar las medidas preventivas y da razón de la propia existencia de las mismas, ya que se basa en la prevención y en la urgencia como dinamizadores de su adopción.

8.1.3 Características de las medidas preventivas.

- [34] El artículo 62 de la LORCPM establece dos características que deben tener las medidas preventivas, a saber:

8.1.3.1 Necesidad

- [35] Las medidas preventivas deben ser la vía adecuada para evitar el daño, su ahondamiento, preservar las condiciones de competencia, o asegurar la eficacia de la resolución definitiva. Deben dictarse si no existe otra medida que pudiere alcanzar dicha finalidad, es decir, si no se presenta otra alternativa eficaz de conformidad con la naturaleza del asunto.

8.1.3.2 Proporcionalidad

- [36] Las medidas preventivas deben adoptarse teniendo en cuenta la importancia, la naturaleza, la intensidad y el grado de los intereses que se pretenden precautelar. No pueden ser excesivas o generar perjuicios injustificados al administrado. En pocas palabras, debe existir un adecuado balanceo entre la medida a imponer y el perjuicio que se pretende evitar. En este sentido, el inciso 3 del artículo 73 del RLORCPM prevé que: *“No se podrán dictar medidas que puedan originar daños irreparables a los presuntos responsables o que impliquen violación de derechos fundamentales”*

8.2 Informe de la INICAPMAPR

8.2.1 Respecto a la Apariencia de buen derecho (fumus boni iuris)



[37] Sobre la existencia de apariencia de buen derecho la INICAPMAPR indicó lo siguiente:

“Por tanto, a criterio de esta Autoridad, la medida preventiva requerida por JOSELYN NATALI SÁNCHEZ BARRERA, no buscaría preservar el proceso competitivo, sino buscaría lo siguiente:

“[...] se ordene a ENI ECUADOR S.A. que abastezca de su gas envasado al centro de acopio de mi propiedad, beneficiando así a consumidores de gas comercial y doméstico de la zona”.

Es decir, el fin ulterior de cualquier medida preventiva es: i) preservar las condiciones de competencia afectadas; ii) evitar el daño que pudiesen ocasionar las conductas; o, iii) asegurar la resolución definitiva.

En consecuencia, la denunciante JOSELYN NATALI SÁNCHEZ BARRERA, en sus escritos de denuncia y, compleción de la misma, no ha logrado justificar motivadamente, la medida preventiva solicitada.

*Adicionalmente la usuaria solicitante tampoco ha argumentado su petición conforme la apariencia del buen derecho *fumus boni iuris*, por lo tanto, a criterio de esta Autoridad no existiría apariencia de buen derecho en la petición analizada, fundamentada en preservar las condiciones de competencia afectadas, evitar ocasionar un daño a la competencia, o asegurar la resolución definitiva.” (Énfasis me pertenece).*

Análisis CRPI

- [38] La INICAPMAPR sobre la existencia de la apariencia de buen derecho en la solicitud de medidas preventivas presentada por Joselyn Natali Sánchez Barrera, no cumple con los fines establecidos en el derecho de competencia, ya que no está orientada a preservar el proceso competitivo, evitar daños a la competencia o asegurar una resolución definitiva, que son los objetivos fundamentales de las medidas cautelares.
- [39] La Comisión de Resolución de Primera Instancia, en su análisis de la apariencia de buen derecho, debe considerar varios aspectos claves para determinar si es procedente conceder medidas preventivas en este caso. Uno de los aspectos claves a considerar es si existen indicios razonables de una conducta que afecte la competencia. En este caso, la medida solicitada, que exige el abastecimiento de gas por parte de ENI ECUADOR S.A. al centro de acopio de la denunciante, lo cual parece estar enfocada más en un beneficio particular que en proteger las condiciones del mercado. Esto desvirtúa el propósito de las medidas preventivas, que deben orientarse a evitar daños graves e inminentes al mercado competitivo, no a favorecer intereses privados.
- [40] La solicitud no ha presentado evidencia convincente de que las acciones denunciadas constituyan abuso de poder de mercado que afecten significativamente el mercado relevante. Por tanto, no se ha demostrado el riesgo necesario para justificar la imposición de una medida cautelar.
- [41] Para que la CRPI pueda conceder una medida preventiva, es necesario que exista un indicio claro de una posible afectación a la competencia. En este caso, los elementos aportados no cumplen con este requisito. Hasta que se realice una investigación más profunda que recabe la información necesaria, imponer medidas preventivas sería innecesario, y no proporcional.



8.4 Respecto al Peligro en la demora y análisis de necesidad y proporcionalidad de las medidas

- [42] Dado que no se logró establecer la existencia de *fumus boni iuris*, la CRPI estima innecesario proceder con el análisis sobre el *periculum in mora* o evaluar los demás requisitos para la adopción de medidas preventivas.

En mérito de lo expuesto, la Comisión de Resolución de Primera Instancia:

DISPONE:

PRIMERO.- RECHAZAR la solicitud de medidas preventivas presentada por la señora Joselyn Natali Sánchez Barrera de conformidad con la parte motiva de la presente resolución.

SEGUNDO.- NOTIFICAR la presente resolución a la señora Joselyn Natali Sánchez Barrera, así como a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas en el expediente SCE-IGT-INICAPMAPR-16-2024.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.-

Abg. Dominique Benalcázar Palacios
COMISIONADA

Abg. David Ponce Gómez De La Torre
COMISIONADO

Dra. Ingeed Cajas Torres
COMISIONADA

Dr. Marco Landázuri Álvarez
COMISIONADO

Dr. Marcelo Ortega Rodríguez
**PRESIDENTE DE LA COMISIÓN
DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

