



EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-030-2021

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- D.M. Quito, 22 de septiembre de 2021, 9h42.-

Comisionado Sustanciador: Marcelo Vargas Mendoza

VISTOS

- [1] La Resolución No. SCPM-DS-2020-51 de 10 de diciembre de 2020, mediante la cual el Superintendente de Control del Poder de Mercado resolvió lo siguiente:

“Artículo único.- Reformar el artículo 1 de la Resolución No. SCPM-DS-2019-40 de 13 de agosto de 2019, el cual establece la conformación de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, por la siguiente:

Formarán parte de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, los siguientes servidores designados:

- *Doctor Marcelo Vargas Mendoza;*
- *Economista Jaime Lara Izurieta; y,*
- *Doctor Edison René Toro Calderón.”*

- [2] Las acciones de personal Nos. SCPM-INAF-DNATH-300-2019-A, SCPM-INAF-DNATH-299-2019-A y SCPM-INAF-DNATH-2020-374-A, correspondientes a Marcelo Vargas Mendoza, Presidente de la Comisión, Jaime Lara Izurieta, Comisionado, y Édison Toro Calderón, Comisionado, respectivamente.
- [3] El acta de la sesión extraordinaria del pleno de la Comisión de Resolución de Primera Instancia de 01 de marzo de 2021, mediante la cual se dejó constancia de que la CRPI designó a la abogada Andrea Paola Yajamín Chauca secretaria Ad-hoc de la CRPI.

CONSIDERANDO

- [4] Que 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 Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante “RLORCPM”), y lo determinado en los artículos 65 a 67 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM (en adelante “IGPA”).

2. IDENTIFICACIÓN DE LOS OPERADORES ECONÓMICOS INVOLUCRADOS.

2.1. Denunciante y solicitante de las medidas preventivas

- [6] Como denunciante actúa la señora **BETTY ENID ANDRANGO USHIÑA**, identificada con cédula de ciudadanía 1500967771.

2.2. Operador económico denunciado y sobre el cual se está adelantando la investigación

- [7] El operador económico denunciado y sobre el cual se está adelantando la investigación es **CÉSAR HENÁN POLANCO ENDARA**, identificado con RUC 1714005525001 y quien actúa con el nombre comercial **CONSTRUCTORES EC**. Se dedica a las siguientes actividades: “*Intermediación en la compra, venta y alquiler de bienes inmuebles a cambio de una retribución o por contrato.*”¹

3. ANTECEDENTES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

3.1. Expediente SCPM-IGT-INICPD-010-2021

- [8] Mediante escrito y anexos presentados el 09 de junio de 2021, signados con Id 196092, la señora **BETTY ENID ANDRANGO USHIÑA** denunció a los operadores económicos **CÉSAR HENÁN POLANCO ENDARA** y **CORPORACIÓN CONSTRUCCOMMERCE S.A.** (en adelante **CONSTRUCCOMMERCE**), por el presunto cometimiento de prácticas desleales bajo la modalidad de actos de confusión, engaño, violación de normas y prácticas agresivas de acoso, coacción e influencia indebida contra los consumidores, de conformidad con lo previsto en los numerales 1, 2, 9, 10.a y 10.e del artículo 27 de la LORCPM.
- [9] Mediante providencia de 21 de junio de 2021, la INICPD dispuso conceder a la denunciante tres (3) días para que aclare y complete la denuncia,
- [10] Mediante escrito de 25 de junio de 2021, signado con Id. 156628, la señora **BETTY ENID ANDRANGO USHIÑA** completó y aclaró su denuncia.

¹ <https://srienlinea.sri.gob.ec/sri-en-linea/SriRucWeb/ConsultaRuc/Consultas/consultaRuc>



- [11] Mediante providencia de 30 de junio de 2021, la INICPD avocó conocimiento de la denuncia, abrió el expediente y le dio traslado de la denuncia a los denunciados.
- [12] Mediante resolución de 6 de agosto de 2021 la INICPD resolvió archivar la denuncia contra el operador económico **CONSTRUCCOMMERCE** e iniciar la investigación contra **CÉSAR HENÁN POLANCO ENDARA**.
- [13] Mediante escrito de 18 de agosto de 2021, signado con Id. 204528, la señora **BETTY ENID ANDRANGO USHIÑA** solicitó la adopción de las medidas preventivas.

3.2. Expediente SCPM-CRPI-030-2021

- [14] Mediante memorando SCPM-IGT-INICPD-217-2021-M de 8 de septiembre de 2021 y anexos, signado con Id. 206705, mediante el cual la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales (en adelante INICPD), remitió el informe de medidas preventivas No. SCPM-IGT-INICPD-2021-055-I.
- [15] Mediante providencia de 10 de septiembre de 2021 expedida a las 10h56, la CRPI dispuso avocar conocimiento del expediente SCPM-CRPI-030-2021, agregar al expediente el memorando SCPM-IGT-INICPD-217-2021-M de 8 de septiembre de 2021 y anexos, signado con Id. 206705, y trasladarlo a la señora **BETTY ENID ANDRANGO USHIÑA** para que, en el término de tres (3) días, manifestara lo que considerara pertinente.
- [16] Mediante correo electrónico de 10 de septiembre de 2021 se notificó la providencia a la señora **BETTY ENID ANDRANGO USHIÑA**, pero hasta la fecha no se ha recibido ningún escrito de su parte.

4. FUNDAMENTOS DE DERECHO

4.1. LORCPM.

- [17] 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 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.

4.2. RLORCPM

[18] 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.”

4.3. IGPA

- [19] La primera sección del capítulo X del Instructivo regula el procedimiento de aplicación y gestión de las medidas preventivas (artículos 63 a 72). Los artículos 65, 66 y 67 determinan el procedimiento para su adopción, así:

***“Primera Sección
PROCEDIMIENTO DE APLICACION Y GESTION DE LAS MEDIDAS
PREVENTIVAS***

Art. 65.- 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 proceso 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. 66.- SUGERENCIA O SOLICITUD.- *El Intendente competente, antes o en cualquier etapa del procedimiento de investigación, podrá sugerir a la*



Comisión de Resolución de Primera Instancia, 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 Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Presentadas las medidas preventivas el órgano de investigación en el término de quince (15) días remitirá a la Comisión de Resolución de Primera Instancia, 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 Comisión de Resolución de Primera Instancia, en el término de tres (3) días contados a partir de la recepción de la solicitud, la Comisión de Resolución de Primera Instancia 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. 67.- ADOPCIÓN DE MEDIDAS PREVENTIVAS. - *Una vez recibido el informe remitido por la Intendencia respectiva, la Comisión de Resolución de Primera Instancia, 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 Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, caso contrario las medidas caducarán.”

5. DETERMINACIÓN CLARA, OBJETIVA Y CONCRETA DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS

[20] La señora **BETTY ENID ANDRANGO USHIÑA** solicitó de manera clara, objetiva y concreta las siguientes medidas preventivas:

“1. Que se ordene a los denunciados que cesen la conducta desleal, dejando de publicitar que los 1.000 dólares corresponden a entrada y que digan la verdad, que son para gastos administrativos.

2. Que se ordene a los denunciados que dejen de publicitar que venden lotes de terrenos, y que digan la verdad, que solo se venden porcentajes de un terreno si dividir legalmente.

3. Que se ordene la suspensión de los efectos jurídicos de los contratos de adhesión suscritos en los que en lugar de convenir que los mil dólares correspondan a la entrada del terreno, y que en lugar de eso corresponderían a servicios. Entre ellos se encuentra el contrato suscrito con mi persona y que entregué a su autoridad como prueba.

4. Que se ordene la adopción de comportamientos positivos a los denunciados, esto es, por cada contrato de adhesión suscrito, que efectúe la consignación de los valores correspondientes a los mil dólares a un fideicomiso o pago por consignación en el juzgado, o carta de garantía bancaria, o la figura que su autoridad considere oportuna, para evitar el daño que pudieran causar las conductas denunciadas, en caso de que los denunciados, con tantas causas en su contra en la Fiscalía y en el Satje disuelvan la compañía o dejen de comparecer en todos los procedimientos en los que son requeridos por la justicia.”

6. INFORME SCPM-IGT-INICPD-2021-055-I DE 08 DE SEPTIEMBRE DE 2021, EMITIDO POR INICPD.

[21] La INICPD mediante el Informe No. SCPM-IGT-INICPD-2021-055-I de 8 de septiembre de 2021 concluyó y recomendó lo siguiente:

“7. CONCLUSIONES



En virtud de lo anteriormente expuesto y en consideración del análisis previamente detallado, se concluye lo siguiente:

- *No existe apariencia de buen derecho, por el momento, sobre el cometimiento de prácticas desleales de engaño por parte del operador económico César Hernán Polanco Endara (CONSTRUCTORES EC), con afectación al interés general al menos de la documentación que obra del expediente, así como de las afirmaciones realizadas por el solicitante.*
- *Con relación al peligro en la demora, la denunciante no aportó elementos que permitan presumir que la demora en la tramitación del procedimiento cause un daño grave e irreparable.*
- *No se realiza el análisis de necesidad, intensidad y proporcionalidad de las medidas solicitadas por el denunciante, toda vez que del análisis expuesto no se desprende que exista apariencia de buen derecho ni peligro en la demora para su adopción, de ahí que resulta no solo inoportuno, sino inoficioso que se realice un análisis adicional.*
- *En este contexto, esta Intendencia considera que la adopción de medidas preventivas no reúne los requisitos de apariencia de buen derecho y peligro en la demora, es decir, no sería procedente dada la etapa procesal del expediente, y la información que consta en el mismo.*

8- RECOMENDACIONES

Del análisis elaborado por esta Intendencia se recomienda a la Comisión de Resolución de Primera Instancia considerar el contenido del presente informe, sin que el mismo constituya un criterio vinculante para la adopción de su eventual resolución, y en consecuencia descartar la adopción de las medidas preventivas solicitadas por la denunciante, o cualquier otra, por el momento, toda vez que de momento no existe apariencia de buen derecho ni peligro en la demora.

Además, esta Intendencia pone en conocimiento de la CRPI que la información referida en el presente informe no tiene el carácter confidencial.”

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

[22] Que, la CRPI basará su decisión en las siguientes consideraciones:



7.1 Presupuestos para la adopción de medidas preventivas

- [23] La CRPI ha adoptado en sus resoluciones dos presupuestos clásicos y fundamentales para la adopción de medidas preventivas²:

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

- [24] La CRPI ha indicado reiteradamente, basándose en el trabajo de Calamandrei³, que esté 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.*”
- [25] 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».

(...)

² Sobre esto se pueden ver las siguientes resoluciones expedidas por la CRPI: de 08 de febrero de 2019 a las 12h24; de 11 de marzo de 2019 a las 16h45; de 12 de julio de 2019 a las 08h50.

³ 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.*”



... 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.”⁴

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

*“fumus boni juris, (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, 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 (...).”*⁵

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

7.1.2. Peligro en la demora (*Periculum in mora*).

[28] 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.

[29] 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.⁶

⁴ 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.

⁵ Secaira Durango, Patricio. *Derecho Administrativo y Corrección Económica*. Memorias Seminario Internacional. Corte Nacional de Justicia. Primera Edición. Quito – Ecuador 16 a 19 de noviembre de 2015. Pág. 212.

⁶ Sobre esto se puede ver: CALAMANDREI, Piero. *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*. Editorial Bibliográfica Argentina. 1945. Págs. 40 a 43.



7.2. Características de las medidas preventivas

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

7.2.1. Necesidad

- [31] Las medidas cautelares 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 pudiese alcanzar dicha finalidad, es decir, si no se presenta otra alternativa eficaz de conformidad con la naturaleza del asunto.

7.2.2. Proporcionalidad

- [32] Las medidas cautelares 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”*.⁷

7.3. Análisis de la adopción de las medidas preventivas en el caso concreto

7.3.1. Existencia de la apariencia de buen derecho

7.3.1.1. Escrito de medidas preventivas

- [33] La señora **BETTY ENID ANDRANGO USHIÑA** sustentó la existencia de buen derecho así:

“(…)

Esta vez ha publicado el proyecto “Valle Encantado II”, en la página de Facebook el 27 de julio de 2021.

⁷ Sobre esto se puede ver CASES PALLARES, Lluís. Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia. Marcial Pons, Madrid, 1995. pág. 129.



Al igual que la publicidad que denuncié en un inicio, en esta ocasión “CONSTRUCTORES EC”, continúa engañando a la gente diciendo que el valor de \$1.000, mil dólares, es por concepto de entrada del terreno, cuando en realidad hacen firmar a los consumidores contratos de prestación de servicios (inexistentes).

Por esta razón es necesario que la Superintendencia continúe actuando en forma prolija y adopte medidas cautelares o preventivas para evitar que los denunciados continúen causando daño a la gente, vendiéndoles terrenos sin individualizar legalmente y cobrándoles 1.000 dólares por supuestos servicios que en la publicidad dice que es por concepto de entrada.

De no adoptarse medidas cautelares, mucha gente se verá engañada y los denunciado (sic) seguirán lucrando con sus actos de engaño, pues hasta el momento no existen medidas que le prohíban seguir engañando a la gente. Con este argumento justifico el peligro en la demora.

La petición de medidas cautelares o preventivas también tiene humo de buen derecho, pues de no ser así, no se habría calificado la denuncia.

Cumplidos que han sido estos requisitos, solicito que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado implemente las siguientes medidas preventivas, sin embargo, de que aplique otras que considere oportunas:

(...)”

7.3.1.2. Informe de la INICPD



[34] Sobre la existencia de apariencia de buen derecho la INICPD indicó lo siguiente:

“(…)

En el presente caso, esta Intendencia observó que la denunciante, en su escrito de petición de medidas preventivas, señaló que existe apariencia de buen derecho por el hecho de que la Intendencia ha calificado la denuncia del operador. Asimismo, el operador indicó que el operador económico César Hernán Polanco Endara CONSTRUCTORES EC continua engañando a los consumidores en su publicidad, pues seguiría publicitando que comercializa lotes de terreno a USD. \$5500,00, con un valor de entrada de USD. \$1000,00, siendo que en realidad el contrato de adhesión que suscriben las partes, establece que este último valor corresponde a la prestación de servicios jurídicos, administrativos, entre otros.

Ahora bien, es importante señalar que esta Intendencia consideró que los hechos descritos en la denuncia de la señora Betty Enid Andrango podrían subsumirse a la conducta de actos de engaño, por lo cual, en el ámbito de sus competencias esta Autoridad resolvió el inicio de una investigación para verificar la existencia o no de dicha conducta.

En ese orden de ideas, cabe indicar que no es suficiente que ciertos hechos, a priori, puedan subsumirse al tipo administrativo descrito en la norma para la configuración de la apariencia de buen derecho, pues, conforme la legislación ecuatoriana para que se configure la existencia de prácticas desleales deben concurrir los siguientes elementos:

- a) La existencia de una conducta que, sin importar su expresión o forma, resulte contraria a las costumbres o usos honestos;*
- b) La conducta sea realizada en el desarrollo de actividades económicas; y,*
- c) Que el acto tenga efectos reales o potenciales respecto del orden público económico, es decir, pueda impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, atentar contra la eficiencia económica, el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios.*

En ese sentido, si bien esta Autoridad consideró que los hechos descritos en la denuncia podrían subsumirse en la conducta de actos de engaño, no cuenta con elementos que permitan presumir que las conductas denunciadas por Betty Enid Andrango Ushiña pudieran tener, por el momento, una afectación real o potencial al mercado, al bienestar general y de los consumidores; ya que conforme el análisis económico del presente informe, el denunciado no habría obtenido ingresos durante el año 2019, por lo que esta Autoridad considera, que no se configura el requisito fumus boni iuris.



(...)”

7.3.1.3. Análisis de la CRPI

[35] El artículo 5 de la LORCPM establece lo siguiente:

Art. 5.- Mercado relevante.- A efecto de aplicar esta Ley la Superintendencia de Control del Poder de Mercado determinará para cada caso el mercado relevante. Para ello, considerará, al menos, el mercado del producto o servicio, el mercado geográfico y las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado.

[36] El artículo 26 de la LORCP establece lo siguiente:

“Art. 26.- Prohibición.- Quedan prohibidos y serán sancionados en los términos de la presente Ley, los hechos, actos o prácticas desleales, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea la actividad económica en que se manifiesten, cuando impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios.”

[37] De una lectura conjunta de las dos normas encontraríamos que, para que una conducta desleal sea sancionada, se deben cumplir los siguientes requisitos:

- (i) Existencia del acto o práctica desleal.
- (ii) Que dicho acto o práctica desleal ponga en riesgo a la competencia, la eficiencia económica, el bienestar general o los derechos de los consumidores y usuarios, en el marco del mercado relevante pertinente.

[38] La INICPD identificó, de manera preliminar, el mercado relevante así:

“(…)”

En tal sentido, de manera preliminar, esta Intendencia identificó como el producto objeto de investigación a los terrenos urbanizados, los cuales pueden ser definidos de la siguiente manera:

LOTE/PREDIO: Terreno limitado por propiedades vecinas con acceso a una o más áreas de uso público, que deberán cumplir con ciertas dimensiones y condiciones de edificabilidad establecidas por la zonificación del sector para la implantación de construcciones.



En este orden de ideas, los terrenos urbanizados, objeto de la presente investigación, se encuentran en la parroquia de Alangasí perteneciente al Distrito Metropolitano de Quito. En tal virtud, esta Intendencia consideró pertinente establecer, a priori, como el ámbito geográfico de la presente investigación a nivel local.

Asimismo, a partir de la delimitación preliminar del producto objeto de investigación y el ámbito geográfico en la cual se enmarcan las prácticas desleales investigadas en el expediente N° SCPM-IGTINICPD-010-2021, la INICPD identificó como principales participantes de este mercado, a las empresas dedicadas a la “Intermediación en la compra, venta y alquiler de bienes inmuebles a cambio de una retribución o por contrato” localizadas en la provincia de Pichincha.

(...)”

[39] Por la información obrante en el expediente, la CRPI considera que la delimitación preliminar del mercado relevante que realizó la INICPD es correcta. Por tal razón, al analizar el requisito de la apariencia de buen derecho se debe establecer, además de la probable existencia del acto de competencia desleal, si de los indicios que obran en el expediente se podría desprender claramente una posible afectación al mercado relevante indicado, lo que implicaría un riesgo a la competencia, la eficiencia económica, el bienestar general o a los derechos de los consumidores y usuarios.

[40] La denunciante soporta su denuncia indicando lo siguiente:

- (i) El operador económico **CÉSAR HERNÁN POLANCO ENDARA** promocionó en facebook la venta de lotes de terrenos urbanizados y con servicios básicos en el sector de Alangasí, con valor desde USD \$ 5000, con crédito directo y entrada de USD \$ 1000.
- (ii) Mantuvo conversaciones con un agente inmobiliario con el objeto de que le explicara la oferta publicada.
- (iii) Firmó un contrato para la prestación de servicios inmobiliarios y de inscripción.
- (iv) El denunciado realizó publicidad engañosa ya que los USD \$ 1000 dólares no corresponden a la “entrada” correspondiente a parte del valor del lote de terreno, sino a servicios administrativos y de inscripción.
- (v) El denunciado induce en error a los usuarios sobre la procedencia del servicio, ya que emite facturas con los datos del operador económico **CONSTRUCCOMMERCE**. También indica un número de cuenta del mencionado operador económico.

- (vi) Al pedir la devolución del dinero, el denunciado hizo una liquidación donde constan los mencionados gastos administrativos que no fueron prestados. Es decir, no devolvió el dinero.
 - (vii) También induce en error a los consumidores al ofertar un predio como cuerpo cierto, cuando en realidad está como derechos y acciones. No se pidió la autorización del fraccionamiento al GAD de Quito.
- [41] Una vez analizados el escrito de solicitud de medidas preventivas, la denuncia y el Informe de la INICPD, la CRPI encuentra los siguientes indicios relevantes:
- (i) Publicidad del operador económico denunciado en facebook, donde promociona terrenos urbanizados y con servicios básicos en el sector de Alangasí, con valor desde USD \$ 5000, con crédito directo y entrada de USD \$ 1000:



- (ii) Conversaciones con un agente inmobiliario.
- (iii) Un contrato con el denunciado, que la denunciante califica de adhesión y que tiene como objeto la prestación de servicios inmobiliarios y de inscripción así:

“CLÁUSULA SEGUNDA: OBJETO Y PLAZO.- Con los antecedentes expuestos: La PROMOTORA otorga a LA CONTRATANTE, mediante este instrumento legal, los servicios inmobiliarios y la inscripción para la COMPRA de un bien inmueble. El CONTRATANTE, declara y acepta que el objeto del presente contrato, es la inscripción, misma que consiste en la presentación de los servicios inmobiliarios: servicios y gastos administrativos; servicios y gastos jurídicos; las visitas ilimitadas a todos los proyectos de la PROMOTORA presentes y futuros por un lapso de 1 año; el asesoramiento financiero para la obtención de créditos; (si aplica: el diseño arquitectónico del bien inmueble); el asesoramiento jurídico para todo el



proceso de adquisición del bien; la asesoría comercial para la obtención del bien inmueble que requiere el CONTRATANTE, y la entrega al CONTRATANTE de cualquier producto promocional a la suscripción del presente contrato.

CLÁUSULA TERCERA: PRECIO. – El (a) CONTRATANTE, cancela el valor equivalente a UN MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$1000,00) a favor de la PROMOTORA, por concepto de INSCRIPCIÓN ÚNICA y servicios inmobiliarios, para la COMPRA de un bien inmueble. El CONTRATANTE declara y acepta que el valor cubre estrictamente lo establecido en la cláusula segunda de este instrumento legal.”

- (iv) Una factura del operador económico **CONSTRUCCOMMERCE**.
- (v) Una liquidación en 0 de la devolución del valor entregado.

- [42] Al analizar la estructura del mercado, la INICPD encontró que: (i) el 65% de los participantes del mismo posee una cuota menor al 1%; (ii) las dos empresas más grandes tienen una participación de 9% y 8%; y (iii) Dentro de los operadores con cuotas de más de 2% no se encuentra el denunciado.
- [43] Además de lo anterior, la INICPD indicó que, de conformidad con la información recaudada del SRI, el denunciado no registró ingresos en el año 2019.
- [44] De conformidad con lo anterior, la CRPI concuerda con la INICPD en que no se encuentran indicios suficientes que muestren la gran probabilidad de que los supuestos actos denunciados encajen en las previsiones de los artículos 26 y 27, numerales 1, 2, 9, 10.a y 10.e, de la LORCPM.
- [45] Si no hay datos que indiquen la participación del denunciado en el mercado, su grado de influencia en el público consumidor, información sobre los contratos suscritos con otras personas, denuncias de otros usuarios, publicaciones de amplio espectro y penetración, pues la CRPI no puede inferir la posibilidad del cometimiento del acto desleal y la afectación al mercado.
- [46] El hecho de que la INICPD haya calificado la denuncia e iniciado la investigación, no es un sustento adecuado del requisito de apariencia de buen derecho. La Intendencia debe investigar la conducta y recabar la información pertinente, pero lo cierto procesalmente hablando, es que no se encuentran los indicios necesarios que soporten la imposición de medidas preventivas.

7.3.2. Peligro en la demora y análisis de necesidad y proporcionalidad de las medidas.



- [47] Tal y como se presentó el asunto por la denunciante y teniendo en cuenta que no se pudo establecer la existencia de *fumus boni iuris*, la CRPI considera que no es necesario determinar la existencia del *periculum in mora*.
- [48] A falta del primer requisito y atendiendo a que el denunciante no argumentó o demostró el daño irreparable o de difícil reparación que podría causar la supuesta conducta, pues no es imperioso ahondar en este análisis. Además, indicar que mucha gente se vería engañada no es un parámetro para sustentar el peligro en la demora.
- [49] Por último, es importante resaltar que mediante providencia de 10 de septiembre de 2021 expedida a las 10h56, la CRPI dispuso trasladar a la señora **BETTY ENID ANDRANGO USHIÑA** el memorando SCPM-IGT-INICPD-217-2021-M de 8 de septiembre de 2021 y anexos, signado con Id. 206705, para que en el término de tres (3) días manifestara lo que considerara pertinente, sin que haya presentado escrito alguno.

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

RESUELVE

PRIMERO.- RECHAZAR la solicitud de medidas preventivas presentada por la señora **BETTY ENID ANDRANGO USHIÑA**.

SEGUNDO.- NOTIFICAR la presente resolución a **BETTY ENID ANDRANGO USHIÑ**, **CÉSAR HENÁN POLANCO ENDARA**, a la **IGT** y a la **INICPD**.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Édison Toro Calderón
COMISIONADO

Jaime Lara Izurieta
COMISIONADO

Marcelo Vargas Mendoza
PRESIDENTE