



-12-
Ave

- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Control del Poder de Mercado
- **Órgano de Sustanciación:** Intendencia Investigación Prácticas Desleales
- **Expediente IIPD:** SCPM-IIPD-2016-0059
- **Expediente Apelación:** SCPM-IIPD-2016-0059-A-0011-2017-DS
- **Denunciante:** DRA. MIRIAN DEL CARMEN TORO ALBUJA
- **Denunciado:** GÉNESIS ADMINISTRADORA DE FONDOS

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- Quito, DM, 22 de mayo de 2017, a las 16h30.- **VISTOS:** Dentro del presente expediente administrativo, en mi calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado, conforme el acta de posesión ante el Pleno de la Asamblea Nacional, de fecha 06 de septiembre de 2012 cuya copia certificada consta en el expediente, en uso de mis facultades legales estando el proceso para resolver, **SE CONSIDERA: PRIMERO.- COMPETENCIA.-** En virtud de lo dispuesto en los artículos 44 numeral 2; 65 y 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), esta Autoridad es competente para conocer y resolver el Recurso de Apelación planteado.- **SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL.-** La tramitación del expediente en esta instancia jerárquica, no adolece de vicios de procedimiento ni se han omitido solemnidades sustanciales que puedan generar nulidad procesal, por lo que ésta Autoridad declara la validez del mismo. **TERCERO.- LEGALIDAD DEL RECURSO.-** La recurrente SRA. MIRIAN DEL CARMEN TORO ALBUJA, con fecha 07 de marzo de 2017, ha presentado Recurso de Apelación dentro del término legal, en contra de la Resolución de 07 de febrero de 2017, expedida por la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales dentro del expediente No. SCPM-IIPD-2016-0059, cumpliendo así el principio de oportunidad establecido en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado en (LORCPM), el Art. 67 dispone: ***"Recurso de Apelación o Jerárquico.-"** "Los actos administrativos emitidos en virtud de la aplicación de esta Ley podrán ser elevados al Superintendente de Control de Poder de Mercado mediante recurso de apelación, que se presentará ante éste. También serán susceptibles de recurso de apelación actos administrativos en los que se niegue el recurso ordinario y horizontal de reposición. El término para la interposición del recurso será de 20 días contados a partir del día siguiente al de la notificación del acto administrativo recurrido. Transcurrido dicho término sin haberse interpuesto el recurso, el acto administrativo será firme para todos sus efectos. El recurso se concederá solo en el efecto devolutivo. El plazo máximo para dictar y notificar la resolución será de 60 días calendario. Contra el acto o resolución que concede o niegue el recurso de apelación no cabrá ningún otro recurso en vía administrativa. CUARTO.- PROVIDENCIA IMPUGNADA.-* El recurrente mediante escrito de fecha 07 de marzo de



2017, impugna la Resolución de 07 de febrero de 2017, por medio de la cual la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales dentro del expediente No. SCPM-IIPD-2016-0059, dispone ordenar el archivo del expediente por no existir mérito para la prosecución de la instrucción del procedimiento, conforme a lo previsto en el artículo 57 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. **QUINTO.- FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO DEL RECURSO INTERPUESTO POR EL RECURRENTE.-** En el escrito mediante el cual se interpone el Recurso de Apelación, la recurrente, hace constar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan su petición, cuya parte pertinente se transcribe: "**DRA., MIRIAN DEL CARMEN TORO ALBUJA**, dentro de la denuncia presentada en contra de **GÉNESIS ADMINISTRADORA DE FONDOS**, me permito dirigirme a usted Señor Superintendente con la finalidad de **INTERPONER RECURSO DE APELACION** de la Resolución dictada el 7 de febrero 2017 las 17h00, dentro del expediente **SCPM-IIPD-2016-0059** por prácticas legales (...). Una vez que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (...) dio trámite a mi denuncia en contra de **GENESIS ADMINISTRADORA DE FONDOS**, por realizar prácticas desleales de las previstas en el Artículo 27 numerales 1 y 2 de la LORCPM, que afectan a mis intereses, soy notificada con la Resolución SCPMIIPD-2016-059, de fecha 7 de Febrero de 2017, a las 17h00 misma que no hace Justicia y que más bien protege a la empresa GÉNESIS, al indicar que nunca se me ofertó un fondo de jubilación, sino que se trataba de una leyenda que aparecía en los formatos de los Estados de Cuenta, que recibí por cada (sic) 20 años, como Anticipo Fondo de Jubilación, pero que no era tal sino una publicidad que no refleja lo contratado, y más bien se quiere hacer aparecer como un fondo de inversión cesantía. Justamente de eso se trata el tema de **ENGÑO AL USUARIO**, pues esa publicidad es la que hace creer a todos los usuarios y clientes de Génesis, que habíamos contratado un fondo de jubilación pero que resulta ser un fondo de ahorros como si fuera una cooperativa de ahorro (...). Tan es cierto aquello que cuando ya se les reclama porque no otorgan la jubilación que el fondo de jubilación ofrece, cambian el nombre a fondo horizonte, pretendiendo con este maquillaje deslindar su directa responsabilidad y no pagar el fondo de jubilación para el cual yo y muchos cientos o miles de personas más hemos depositado con este fin dineros en GENESIS. No puede ser que la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, para proteger a Génesis indique que una cosa es la publicidad y otra cosa es el estado de cuenta de los clientes y ese argumento que en "el estado de cuenta diga que es un fondo de jubilación no implica que se trata de publicidad engañosa", es un descriterio (sic) de los analistas de la Superintendencia de Control de Poder del Mercado. Otra manera de engaño de GENESIS (...) es indicar que a los clientes si se les ha notificado con una copia del reglamento interno de la empresa Génesis, nada más alejado de la verdad, pues dicho documento no los recibí e incluso en el evento de que el referido reglamento existiese no puede irse contra la Constitución y contra la Ley Orgánica de Control de Poder de Mercado, que expresamente prohíben toda práctica empresarial que tienda a engañar a los usuarios y clientes como en el presente caso. (...) Por lo expuesto dentro del término legal **INTERPONGO RECURSO DE APELACION** para que la Superintendencia de Control de Poder de Mercado en un acto



-13-
frec

de JUSTICIA Y LEGALIDAD proceda a dejar sin efecto la Resolución (sic) SCPMIIPD-2016-059 y al contrario se ordene a la referida Administradora de Fondos GENESIS, dé cumplimiento a lo ofertado en el fondo de jubilación que he venido aportando desde el año 2007, y no se permita que se vulneren derechos adquiridos ni burlas por parte de entidades como ésta con respecto a las personas." (...) **SEXTO.- PETICIÓN DEL RECURRENTE EN EL RECURSO INTERPUESTO.-**

"Que la Superintendencia de Control de Poder de Mercado en un acto de JUSTICIA Y LEGALIDAD proceda a dejar sin efecto la Resolución SCPM-IIPD-2016-059 (sic) y al contrario se ordene a la referida Administradora de Fondos GENESIS, dé cumplimiento a lo ofertado en el fondo de jubilación que he venido aportando desde el año 2007, y no se permita que se vulneren derechos adquiridos ni burlas por parte de entidades como ésta con respecto a las personas. (...) **SÉPTIMO. – CONSTANCIAS PROCESALES.-**

Una vez analizado el expediente No. SCPM-IIPD-2016-0059, se verifican las siguientes constancias procesales: **1.-** Denuncia presentada por la Sra. Mirian del Carmen Toro Albuja el 16 de diciembre de 2016; que en su parte medular indica lo siguiente: "denuncio a la empresa Administrador de Fondos GENESIS para que la Superintendencia de Control del Poder del Mercado proceda a la revisión del objeto de mi afiliación desde el año 2007 como un fondo de jubilación, y que sin mi autorización y con engaño cambiándolo de nombre a partir de enero de 2015, como Fondo Horizonte, pues de los anexos que se adjunta se demuestra que lo que siempre contraté fue un FONDO DE JUBILACION y así reza en los estados de cuenta que cada cuatro meses he ido recibiendo con una foto de una persona de edad lista para su jubilación que dice "NO PERMITA QUE SU FUTURO SEA INCIERTO" "Lo invitamos a revisar su proyección de aporte: Incluyendo su saldo actual (a la fecha de corte de este estado de cuenta) usted acumulará en: ..." (...) " La denunciante solicita además que se sirva disponer a Génesis Administradora de Fondos, remita a la SCPM copias certificadas de todos sus aportes y contratos desde el año 2007 a la fecha; copias certificadas de todos los aportes y contratos que todas las personas en Ecuador hayan aportado a dicha Administradora de Fondos desde octubre de 2011; solicita además, se notifique a la Fiscalía General del Estado debido a los miles de perjudicados que existen en el caso denunciado, del mismo modo solicita se multe a GENESIS con el 10% de sus ingresos totales en el último año, conforme lo señala la LORCPM; se disponga como medida preventiva, la reparación integral de los perjuicios que conlleva el pago íntegro de lo ofertado, es decir de su fondo de jubilación conforme los aportes realizados con todos los intereses que se generen desde la fecha en que fue exigible. **2.-** El 29 de diciembre de 2016, el Intendente de Prácticas Desleales, mediante providencia dispone: "PRIMERO.- Abrir el presente expediente y correr traslado con la denuncia propuesta y anexo a la misma, al operado económico denunciado CARLOS LUIS LECARO VÉLE, (sic) Gerente General legal de la compañía GÉNESIS ADMINISTRADORA DE FONDOS, y, de conformidad con el artículo 55 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, se concede el término de quince (15) días contados a partir de la notificación con la presente providencia, para que el operador económico denunciado presente sus explicaciones (...)". **3.-** El 03 de enero de 2017, el Secretario de Sustanciación, notifica con la providencia que antecede a la compañía

GÉNESIS ADMINISTRADORA DE FONDOS, para que en el término de quince (15) días presente sus explicaciones. 4.- El 4 de enero de 2017 el Intendente de Prácticas Desleales, mediante providencia dispone: *“PRIMERO: De conformidad con los artículos 49, 50 y 79 de la LORCPM, (...) se requiere la colaboración del operador económico GÉNESIS ADMINISTRADORA DE FONDOS con la finalidad que presten su colaboración y remitan a la Intendencia en el término de 3 días contados a partir de la notificación con la presente providencia, la información contenida en el Cuestionario I en formato digital sin ninguna restricción, mismo que se adjunta a la presente. SEGUNDO.- (...) remítase atento oficio a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros con la finalidad que preste su colaboración y remitan a la Intendencia en el término de 3 días contados a partir de la notificación con la presente providencia, la información contenida en el Cuestionario II en formato digital sin ninguna restricción (...)”*. 5.- El 10 de enero de 2017 AFP GÉNESIS ADMINISTRADORA DE FONDOS Y FIDEICOMISOS S.A., en atención a la providencia de 4 de enero de 2017 remite la información solicitada respecto al “Cuestionario I”. 6.- El 12 de enero de 2017 el Intendente de Prácticas Desleales Subrogante, mediante providencia dispone: *“PRIMERO: (...)se declara confidencial los anexos adjuntos al escrito que se despacha y se dispone que el operador económico GENESIS S.A. en el término de tres (3) días contados desde la notificación con la presente providencia remita a este organismo técnico de control el extracto no confidencial correspondiente. SEGUNDO: (...)remítase atento oficio a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, a fin de que en el término de tres (3) días contados desde la notificación con la presente providencia, presente la información contenida en el Cuestionario II, en formato digital sin ninguna restricción de acuerdo a lo dispuesto mediante providencia de 04 de enero de 2017”*. 7.- El 16 de enero de 2017 AFP GÉNESIS ADMINISTRADORA DE FONDOS Y FIDEICOMISOS S.A., en atención a la providencia de 12 de enero de 2017 remite el extracto no confidencial de la información solicitada por la SCPM. 8.- El 13 de enero de 2017, la SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS en atención a la providencia de 12 de enero de 2017 proporciona la información solicitada en el Cuestionario II. 9.- El 25 de enero de 2017 la Intendenta de Prácticas Desleales Subrogante, mediante providencia dispone: *“(...) remitan a la Intendencia en el término de 1 día contado a partir de la notificación con la presente providencia, el contrato y toda la documentación referente a la Dra. MIRIAN DEL CARMEN TORO ALBUJA, misma que reposa en los archivos de su compañía. SEXTO.- (...) se requiere la colaboración del operador económico NORLOP THOMPSOM ASOCIADOS S.A., con la finalidad que presten su colaboración y remita en formato digital a esta Intendencia, en el término de 3 día (sic) contado (sic) a partir de la notificación con la presente providencia, toda la publicidad (visual y auditiva) incluidos los artes, que generaron para el operador económico GÉNESIS ADMINISTRADORA DE FONDOS, desde el año 2014 hasta la actualidad (...)”* 10.- El 24 de enero de 2017 GÉNESIS ADMINISTRADORA DE FONDOS, presenta las explicaciones requeridas por la SCPM, en atención a la providencia de 29 de diciembre de 2016 y en su parte pertinente solicita lo siguiente: *“se ordene el archivo del presente expediente de investigación preliminar,*



- 144 -
Cotone

conforme manda el artículo 57 de la LORCPM, al encontrarse que las explicaciones son satisfactorias". **11.-** El 26 de enero de 2017 GÉNESIS ADMINISTRADORA DE FONDOS, en atención a la providencia de 25 de enero de 2017 presenta un escrito adjuntando toda la información referente a la Dra. MIRIAN DEL CARMEN TORO ALBUJA que reposa en sus archivos. **12.-** El 31 de enero de 2017 Norlop Thompson Asociados S.A., en atención a la providencia de 25 de enero de 2017 presentó los documentos que tienen relación con la prestación de servicios publicitarios otorgados a AFP GÉNESIS ADMINISTRADORA DE FONDOS Y FIDEICOMISOS S.A. **13.-** El 07 de febrero de 2017 mediante providencia, la Intendente de Investigación de Prácticas Desleales (s), resuelve: "**PRIMERO:** Ordenar el archivo del presente expediente por no existir mérito para la prosecución de la instrucción del procedimiento, conforme a lo previsto en el artículo 57 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado", la misma que es notificada el 08 de febrero de 2016. **14.-** El 07 de marzo de 2017 la Sra. Mirian del Carmen Toro Albuja interpone RECURSO DE APELACIÓN en contra de la Resolución de 07 de febrero de 2017 dentro del expediente SCPM-IIPD-2016-0059. **OCTAVO.- NORMATIVA APLICABLE.-** Para el análisis del acto materia de la impugnación, es necesario considerar lo establecido en la norma; así, la **Constitución de la República del Ecuador** prevé: "**Art. 75.-** Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley." Se debe señalar que, revisado el expediente, se evidencia que se ha garantizado el debido proceso y el derecho a la defensa del recurrente, por lo que no se ha afectado ningún derecho tal como indica el Art. 76 ibídem, que señala lo siguiente: "**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.(...) 3. (...) Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...); 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. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados...."; **Art. 82.-** "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 las autoridades competentes."; **Art. 213,** "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. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano. Las facultades específicas de las superintendencias y

las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley.”; **Art. 226**, “Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.”; **Art. 284**, “La política económica tendrá los siguientes objetivos: 1. Asegurar una adecuada distribución del ingreso y de la riqueza nacional. (...) 8. Propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes.”; **Art. 304**, “La política comercial tendrá los siguientes objetivos: (...) 6. Evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados.”; **Art. 335**, “El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos. 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 privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal.”; **Art. 336**, “El Estado impulsará y velará por el comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, que minimice las distorsiones de la intermediación y promueva la sustentabilidad. El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley.”; **Art. 424**, “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.”; **Art. 425**, “El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior. La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.”. En concordancia la **Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado** establece, **Art. 1**, “Objeto.- El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras



-15-
guice

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.”; **Art. 2**, “Ámbito.- Están sometidos a las disposiciones de la presente Ley todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que las 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.”; **Art. 4**, “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. (...) 6. El establecimiento de un marco normativo que permita el ejercicio del derecho a desarrollar actividades económicas, en un sistema de libre competencia. (...) 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”. En el presente caso, en la providencia de 07 de febrero de 2017, en la que la Intendenta de Prácticas Desleales (s), resuelve ordenar el archivo de la denuncia de conformidad con el **artículo 57** de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, que señala “Archivo de la denuncia.- Si el órgano de sustanciación considera satisfactorias las explicaciones del denunciado, o si concluida la investigación no existiere mérito para la prosecución de la instrucción del procedimiento, mediante resolución motivada ordenará el archivo de la denuncia”. El **Art. 25** de la LORCPM, establece: “Se considera desleal a todo hecho, acto o práctica contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas, incluyendo aquellas conductas realizadas en o a través de la actividad publicitaria. La expresión actividades económicas se entenderá en sentido amplio, que abarque actividades de comercio, profesionales, de servicio y otras”. El numeral **1 y 2** del **Art. 27** de la LORCPM establece: “Entre otras, se consideran prácticas desleales, las siguientes: **1.- Actos de confusión.-** Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto, real o potencial, crear confusión con la actividad, las prestaciones, los productos o el establecimiento ajenos. En particular, se reputa desleal el empleo o imitación de signos distintivos ajenos, así como el empleo de etiquetas, envases, recipientes u otros medios de identificación que en el mercado se asocien a un tercero. **2.- Actos de engaño.-**

Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto, real o potencial, inducir a error al público, inclusive por omisión, sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad y cantidad, precio, condiciones de venta, procedencia geográfica y en general, las ventajas, los atributos, beneficios o condiciones que corresponden a los productos, servicios, establecimientos o transacciones que el operador económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o, inducir a error sobre los atributos que posee dicho operador, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial. Configura acto de engaño la difusión en la publicidad de afirmaciones sobre productos o servicios que no fuesen veraces y exactos. La carga de acreditar la veracidad y exactitud de las afirmaciones en la publicidad corresponde a quien las haya comunicado en su calidad de anunciante. En particular, para la difusión de cualquier mensaje referido a características comprobables de un producto o servicio anunciado, el anunciante debe contar con las pruebas que sustenten la veracidad de dicho mensaje.

NOVENO.- ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO DE LA PRETENSIÓN.- La recurrente interpone Recurso de Apelación a la resolución emitida el 07 de febrero de 2017 por la Abg. María Luisa Alvear, Intendente de Investigación de Prácticas Desleales (s) de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, dentro del expediente No. SCPM-IIPD-2016-0059 por supuestas prácticas desleales cometidas por el operador económico GÉNESIS ADMINISTRADORA DE FONDOS S.A., en el escrito de apelación presentado por la recurrente en resumen se manifiestan los siguientes argumentos: ***"I.- La leyenda que aparece en el formato de los estados de cuenta constituye publicidad engañosa conforme al artículo 27 numeral uno y dos de la LORCPM.- (...)** de los anexos que se adjunta (sic) se demuestra que lo que siempre contraté fue un **FONDO DE JUBILACIÓN** y así reza en los estados de cuenta que cada cuatro meses he ido recibiendo con una foto de una persona de edad lista para su jubilación que dice **"NO PERMITA QUE SU FUTURO SEA INCIERTO"** (...)"* para certificar la mencionada información, la recurrente adjunta a la denuncia, los estados de cuenta emitidos por el operador económico debidamente notariados y en su parte pertinente resalta: ***"Detalle de Movimiento (...)** **"Anticipo Fondo de Jubilación"**"* de igual forma, la recurrente adjunta varios estados de cuenta que en su parte pertinente se lee: ***"Mantenga sus ahorros en génesis, su fondo para retiro laboral le permitirá contar con un respaldo económico para cuando llegue su jubilación (...)"***. Al respecto, el operador económico GÉNESIS S.A., en las explicaciones presentadas a la SCPM mediante escrito de 24 de enero de 2017 manifiesta lo siguiente: ***"1. En el año 1995 Génesis constituyó el Fondo Administrado de Inversión Cesantía (el "Fondo Cesantía" o el "Fondo"), que fue aprobado mediante Resolución de la Superintendencia de Compañías No. 95-2-5-1-001579 con fecha 28 de febrero 1995 (...). El espíritu del Fondo es que el ahorro efectuado, y su rendimiento (variable), mitiguen al aportante los efectos económicos negativos de una desvinculación laboral. Por ello, el aportante, demostrada su cesantía, puede en cualquier momento retirar el 100% del saldo de su ahorro, sin comisión de salida y sin necesidad de que concluya el ciclo. 2. En el año 2014, Génesis cambió el nombre del Fondo Cesantía por Fondo de Inversión Horizonte ("Fondo Horizonte"), cambio que fue aprobado mediante***



Resolución de la Superintendencia de Compañías SCV-INMV-DNAR-14-0030337, de 27 de noviembre de 2014 (...). Tal reforma fue debidamente notificada a todos los aportantes conforme el procedimiento establecido en el artículo 28, Sección octava, Capítulo I del Título IV de la Codificación de Resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Valores. **El cambio de denominación no implicó ningún cambio respecto de las características del Fondo dentro del reglamento interno.** El operador económico GÉNESIS S.A., adjunta al escrito de explicaciones entre otras pruebas, las siguientes: **a)** La Resolución No. 95-2-5-1-001579 aprobado por la Superintendencia de Compañías de Guayaquil el 26 de febrero de 1995, que manifiesta: “ARTICULO PRIMERO.- APROBAR el Reglamento Interno y Contrato de incorporación del Fondo de Inversión Administrado de Renta Variable CESANTÍA. ARTÍCULO SEGUNDO.- APROBAR el contenido del prospecto y autorizar la oferta pública de las unidades de participación del Fondo de Inversión Administrado de Renta Variable CESANTÍA.” (el subrayado me pertenece) **b)** Copia de la Escritura Pública del Reglamento Interno y Contrato de fondo Cesantía vigente desde 1995.- De la escritura pública presentada como anexo por parte del operador económico se desprende: **b.1)** El Reglamento Interno del FONDO ADMINISTRADO DE INVERSIONES (ANEXO 3).- Que en su parte inicial señala: “El presente documento contiene el reglamento interno que regirá (sic) las relaciones del Fondo Administrado de Inversiones denominada Cesantía, con los aportantes y con AFP Génesis Administradora de Fondos S.A” (el subrayado me pertenece). Posteriormente, en el numeral uno del Objeto del Fondo se establece que: “EL FONDO ADMINISTRADO DE INVERSIONES CESANTÍA es un fondo de renta variable, o simplemente FONDO CESANTÍA, tiene como objeto invertir los aportes de dinero por cuenta y riesgo de los aportantes, en valores de rentas variables y de renta fija de alta liquidez en el mercado”. **b.2)** Contrato de incorporación del Fondo Administrado de Inversión Cesantía.- De la parte inicial del mismo se lee: “mediante el presente documento, los comparecientes celebramos el contrato de incorporación al fondo administrado de inversión CESANTÍA” (el subrayado me pertenece). En la cláusula tercera del mencionado contrato se establece: “el aportante, se obliga a entregar a AFP GENESIS ADMINISTRADO DE FONDOS S.A. en forma mensual la cantidad de (...) con el objeto de que AFP GENESIS ADMINISTRADO DE FONDOS S.A. administre dichos fondos, en los términos y condiciones establecidas en el Reglamento de Fondo Administrado de Inversión Cesantía. Por otro lado, en la cláusula quinta del contrato en mención respecto al carácter de las obligaciones se determina que “la sociedad tiene el deber primordial de administrar los fondos de manera prudente y diligente, de inversión los dineros integrados al fondo de manera que produzcan el mejor rendimiento que pudieren con la obligación de entregar al aportante lo que haya generado su aporte, una vez deducida los gastos, costos, comisiones, y honorarios estipulados en el reglamento interno (...)”(el subrayado me pertenece). **c)** Copia de la Escritura Pública de la Reforma al Contrato de Incorporación del Fondo Administrado de Inversión Cesantía, y cambio de denominación de Fondo Administrado de Inversión Cesantía a Fondo de Inversión Administrado Horizonte (ANEXO 5). En la cláusula quinta de la mencionada escritura respecto a las declaraciones se evidencia que “El señor Carlos Luis”

Lecaro Vélez por los derechos que representa de AFP GÉNESIS ADMINISTRADORA DE FONDOS Y FIDEICOMISOS S.A. en su calidad de Gerente General declara: "(...) b) Que se cambia la denominación del Fondo Administrado de Inversión Cesantía por Fondo de Inversión Administrado Horizonte, y que las estipulaciones del Reglamento Interno del Fondo y del Contrato de Incorporación continúan vigentes (...)". De la escritura pública presentada como anexo por parte del operador económico se desprende el reglamento interno modificado y respectivamente aprobado por la Superintendencia de Compañías que en la parte pertinente del Objeto del Fondo se determina: "EL FONDO DE INVERSIÓN ADMINISTRADO HORIZONTE, es un fondo de renta fija de largo plazo, que tiene como objeto invertir los aportes de dinero de los partícipes en valores de renta fija de alta liquidez en el mercado. El fondo está concebido sustancialmente para que los partícipes realicen aportes periódicos con partes de sus ingresos obtenidos en sus actividades laborales". d) Copia certificada del contrato de Incorporación al Fondo Administrado de Inversión Cesantía (ahora Fondo de Inversión Administrado Horizonte) de la Sra. Mirian del Carmen Toro Albuja, firmado el 17 de marzo de 1997. La denuncia presentada por la Sra. Mirian del Carmen Toro Albuja en contra del operador económico GÉNESIS S.A., tiene su origen en la presunta contratación de un servicio de "fondo de jubilación" y no de un "fondo de cesantía" ahora llamado "fondo horizonte". De la revisión del expediente y de las pruebas aportadas oportunamente por las partes involucradas en el proceso se concluye que: 1.1.- La Sra. Mirian del Carmen Toro Albuja contrató un "Fondo de Inversión Administrado de Renta Variable Cesantía", y no un "Fondo de Jubilación".- Desde la constitución y operatividad de la compañía GÉNESIS S.A., dentro de su cartera de servicios ofertó a sus clientes un fondo denominado "Fondo de Inversión Administrado de Renta Variable Cesantía", así se desprende de la Resolución No. 95-2-5-1-001579 que fue aprobada por la Superintendencia de Compañías de Guayaquil el 26 de febrero de 1995. Y fue justamente este servicio el que contrató la Sra. Mirian del Carmen Toro Albuja según se desprende del contrato que firmó con GÉNESIS S.A., el 17 de marzo de 1997. El artículo 1453 del Código Civil determina las fuentes de las obligaciones; siendo el contrato uno de ellos, los derechos y obligaciones que corresponden a la Sra. Mirian del Carmen Toro Albuja y GÉNESIS S.A., se encuentran establecidos en el mencionado instrumento y no fuera de él. En concordancia con la disposición citada en el artículo 1561 del Código Civil establece que "todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales". En este contexto resulta erróneo que la usuaria del servicio contratado alegue que, contrató un "fondo de jubilación" cuando del contrato se evidencia claramente que se contrató un "Fondo de Inversión Administrado de Renta Variable Cesantía" hoy "Fondo de inversión administrado horizonte". En este punto, resulta imperante esclarecer en qué consiste un fondo de jubilación y un fondo de cesantía. Conforme a lo establecido en el artículo 283 de la Ley para el Pago Mensual del Fondo de Reserva y Régimen Solidario de Cesantía; la prestación por cesantía consiste "en la entrega de dinero al afiliado/da, por parte del IESS en los casos en los que éste lo requiera por encontrarse en situación de desempleo." Por otro lado, la jubilación conforme al artículo 184



de la Ley de Seguridad Social se segmenta en tres tipos de prestaciones: a) jubilación ordinaria de vejez; b) jubilación por invalidez; y, c) jubilación por edad avanzada. Como se evidencia de los conceptos expuestos, el fondo de cesantía y el fondo de jubilación cumplen finalidades distintas y se aplican en distintas circunstancias. Por lo cual, no pueden confundirse los conceptos antes referidos, ya que tienen naturaleza distinta. Así pues, queda en evidencia que lo que contrató la Sra. Mirian del Carmen Toro Albuja fue un **"Fondo de Inversión Administrado de Renta Variable Cesantía"** conforme consta del texto preliminar del contrato suscrito. Del contrato en mención consta además en la cláusula QUINTA: *"La Sociedad tiene el deber primordial de administrar los fondos de manera prudente y diligente"* de lo cual se colige que GÉNESIS S.A., actuaba como una administradora de los fondos aportados por la Sra. Mirian del Carmen Toro Albuja. Dichos fondos conforme consta del artículo séptimo del contrato en cuestión provenían del *"ahorro que se realiza en forma mensual"* y podían ser retirados de acuerdo a las normas establecidas en el Reglamento Interno para el Rescate de las Unidades y Rescate Anticipado. **1.2.- GÉNESIS S.A no incurrió en actos de confusión o engaño conforme al artículo 27 de la LORCPM.** La Sra. Mirian del Carmen Toro Albuja señala en la denuncia presentada el 16 de diciembre del 2016 ante la SCPM que lo que siempre contrató fue un **"fondo de jubilación"** y no una **"fondo de ahorros"** adjuntando como pruebas de su denuncia varios estados de cuenta, donde a criterio de la denunciante la publicidad generada por GENESIS S.A., era engañosa y confundía sobre la prestación del servicio, así pues la Sra. Mirian del Carmen Toro Albuja en la denuncia presentada alega: *"Igualmente, en los estados de cuenta, GENESIS señaló en abril de 2012 lo siguiente: "Mantenga sus ahorros en génesis, su fondo para retiro laboral le permitirá contar con un respaldo económico para cuando llegue su jubilación"(...) "La proyección de su aporte"..."*. Es fundamental en este punto determinar a la luz de la doctrina que se entiende por publicidad; ya que, a consideración de la denunciante la leyenda que consta en los estados de cuenta que emite GENESIS S.A., constituye una publicidad que induce al error. Julio Alvarez Rubio en su libro Estudios del Derecho Español y Europeo señala que publicidad en su acepción más común, consiste en *"toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones"*. Por estado de cuenta en cambio se entiende a *"todo documento contable oficial por medio del cual una entidad financiera envía al titular de una cuenta bancaria, la descripción de todas las operaciones realizadas"*. De los conceptos aludidos se evidencia que la publicidad y los estados de cuentas, cumplen distintas finalidades. Así pues, la primera buscar atraer nuevos clientes y el segundo cumple finalidades informativas respecto de los movimientos bancarios. En el mismo sentido, se debe entender que en materia de derecho de competencia para que se configure un acto anticompetitivo de publicidad engañosa, debe darse en la difusión en la publicidad, frases afirmativas sobre productos o servicios que no fuesen veraces y exactos; situación que no se evidencia en el expediente que se analiza; del mismo modo, la carga de acreditar la veracidad y exactitud de las afirmaciones en la

publicidad corresponde a quien las haya comunicado en su calidad de anunciante, en ese sentido, en la publicidad que genera el operador económico GENESIS S.A. la empresa no confunde, engaña o utiliza un lenguaje disuasivo sobre lo que oferta. En conclusión la Sra. Mirian del Carmen Toro Albuja celebró un contrato de ***"Fondo de Inversión Administrado de Renta Variable Cesantía"*** con GENESIS S.A., el 17 de marzo de 1997 y no un contrato de ***"Fondo de Jubilación"*** así lo determinan las pruebas que constan en el expediente SCPM-IIPD-2016-0059. En este contexto, resulta equivoco pensar que la leyenda que constaba en los estados de cuenta entregados con posterioridad a la celebración del contrato, podrían cambiar el objeto de la contratación y alterar inclusive lo que determina el artículo 6 del Reglamento para los Fondos de Inversión de Administradoras que dice: *"Los fondos administrados de inversión pueden ser, según su objetivo, educacionales, de vivienda, pensiones, cesantía y otros que sean autorizados por el CNV mediante resolución. Fondos de inversión educacionales, de vivienda, pensiones, cesantía y otros similares que sean autorizados por el CNV, tendrán como característica principal invertir en activos y valores, de acuerdo al artículo 87 de la Ley de Mercado de Valores."* El reglamento en mención no contempla un fondo de jubilación, por lo cual, mal podría el operador económico ofrecer un fondo de inversión fuera de lo autorizado por la Ley. GENESIS S.A., cumplió con los requisitos de Constitución y Autorización para el funcionamiento de los fondos señalados en el artículo 20 del Reglamento para los Fondos de Inversión de Administradoras conforme consta de la Resolución No. 95-2-5-1-001579 emitida por la Superintendencia de Compañías con fecha 28 de febrero 1995. Hay que destacar que uno de los principios básicos del negocio jurídico consiste en que los actos jurídicos deben ser cumplidos de *buena fe*; vale decir, con entera lealtad, con intención recta y positiva, para que así pueda realizarse cabal y satisfactoriamente la finalidad social y privada a que obedece su celebración. En este sentido los derechos y obligaciones que se muestran exigibles para cada parte son aquellos que derivan exclusivamente del contrato que fue celebrado por las partes el 17 de marzo de 1997.

II.- El cambio de nombre de Fondo Administrado de Inversiones Cesantía a Fondo de Inversión Administrada Horizonte evidencia la intención del operador económico de engañar a sus usuarios. La Sra. Mirian del Carmen Toro Albuja en el escrito de denuncia presentada ante la SCPM señala: *"denuncio a la empresa Administrador de Fondos GENESIS para que la Superintendencia de Control del Poder del Mercado proceda a la revisión del objeto de mi afiliación desde el año 2007 como un fondo de jubilación, y que sin mi autorización y con engaño cambiándolo de nombre a partir de enero de 2015, como Fondo Horizonte"*. De los documentos que reposan en el expediente SCPM-IIPD-2016-0059 no se ha podido determinar que el cambio de denominación de *"Fondo Administrado de Inversiones Cesantía"* a *"Fondo de Inversión Administrada Horizonte"* constituya un acto de engaño a los usuarios ya que GENESIS S.A., solicitó la autorización de la reforma al contrato de incorporación y cambio de denominación del "Fondo Administrado de Inversiones Cesantía" por "Fondo de Inversión Administrada Horizonte" en los términos de las publicaciones realizadas el 3 de junio y 7 de octubre de 2014, en su orden en el Diario "El Telégrafo". Misma que fue aprobada mediante Resolución No. SCV.INMV.DNAR.14 -



-18-
dictado

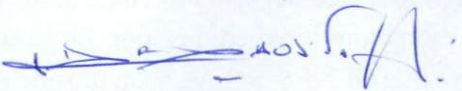
0030337 de la Intendencia Nacional de Mercado de Valores el 27 de noviembre de 2014. Se debe destacar que los partícipes del “Fondo Administrado de Inversión Cesantía” fueron notificados oportunamente y no se opusieron a la reforma, según consta en la certificación de no oposición suscrita el 28 de octubre de 2014 por el Sr. Carlos Luis Lecaro Velez, Gerente General de AFP GENESIS ADMINISTRADORA DE FONDOS Y FIDEICOMISOS S.A., quienes tenían derecho a oponerse dentro del término de trece días desde las publicaciones efectuadas el 3 de junio y 7 de octubre de 2014, en el Diario “EL TELEGRAFO”, acorde con lo previsto en el segundo inciso del artículo 28 de la Sección VIII, Capítulo I, Título IV de la Codificación de Resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Valores. Por lo expuesto, se concluye que GENESIS S.A., no actuó con engaño y que notificó oportunamente por medio de la prensa a los usuarios del Fondo Administrado de Inversiones Cesantía con el cambio de denominación a realizarse. **III.- Que la usuaria jamás recibió una copia del Reglamento Interno del Fondo Administrado de Inversiones Cesantía.-** La Sra. Mirian del Carmen Toro Albuja en el escrito de apelación presentado ante la SCPM el 07 de marzo de 2017 señala: *“Otra manera de engaño de GENESIS (...) es indicar que a los clientes si se les ha notificado con una copia del reglamento interno de la empresa Génesis, nada más alejado de la verdad, pues dicho documento (sic) no los recibí e incluso en el evento de que el referido reglamento existiese no puede irse contra la Constitución y contra la Ley Orgánica de (sic) Control de Poder de Mercado, que expresamente prohíben toda práctica empresarial que tienda a engañar a los usuarios y clientes como en el presente caso.”* En este punto es importante establecer que no es competencia de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado certificar la entrega o no del reglamento interno, en virtud que, la entrega o no del reglamento interno, no constituye una práctica de engaño, consecuentemente, para la configuración de ésta, se debe afectar al mercado y/o al bienestar general. La obtención del reglamento, recae directamente en la intencionalidad del peticionario ante el órgano que efectivamente tiene el documento, lo que no implica que la SCPM, tenga facultad para exigir la entrega o no de un reglamento que tiene carácter de interno, es decir que rige las negociaciones y actuaciones del operador económico respecto de sus afiliados y no de las reglas del mercado en general; sin embargo, vale destacar que del contrato firmado por la Sra. Mirian del Carmen Toro Albuja con GÉNESIS S.A., se evidencia que efectivamente recibió el reglamento interno, pues en el artículo sexto del mencionado contrato se establece que *“el aportante declara haber recibido una copia del Reglamento Interno del Fondo de Administración de Inversión Cesantía y estar de acuerdo con su contenido, por lo que sus relaciones quedan sujetas al texto del mismo”*. **DÉCIMO.-** Por todo lo expuesto, y existiendo méritos suficientes para resolver, amparado en las disposiciones del Art. 44, numeral 2 y Art. 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta Autoridad. **RESUELVE: Primero.-** NEGAR el Recurso de Apelación interpuesto por la señora Mirian del Carmen Toro Albuja, presentado a la SCPM con fecha 07 de marzo de 2017 por cuanto no se ha comprobado el presunto cometimiento de prácticas desleales conforme al artículo 27 numeral 1 y 2 de la LORCPM, consecuentemente, se ratifica el archivo del expediente de investigación. **Segundo.-** Póngase

en conocimiento de lo actuado a las partes procesales y al órgano de sustanciación e investigación.- **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.-**



Pedro Páez Pérez

SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO



Dr. Daniel Vásconez
SECRETARIO AD-HOC