

EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-020-2020

**SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.-
COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.-** D.M. Quito, 17 de
noviembre de 2020 a las 12h55.

Comisionado Sustanciador: José Cartagena Pozo

VISTOS

- [1] La Resolución No. SCPM-DS-2019-040 mediante la cual el Superintendente de Control del Poder de Mercado designó al Mgs. Marcelo Vargas Mendoza Presidente de la Comisión, al Mgs. Jaime Lara Izurieta Comisionado, y al Mgs. José Cartagena Pozo Comisionado.
- [2] Las acciones de personal Nos. SCPM-INAF-DNATH-300-2019-A, SCPM-INAF-DNATH-299-2019-A y SCPM-INAF-DNATH-295-2019-A, correspondientes al Mgs. Marcelo Vargas Mendoza Presidente de la Comisión, al Mgs. Jaime Lara Izurieta Comisionado, y al Mgs. José Cartagena Pozo Comisionado, respectivamente.
- [3] El acta de la sesión extraordinaria del pleno de la Comisión de Resolución de Primera Instancia (en adelante “CRPI”) de 05 de junio de 2020, mediante la cual se deja constancia de que la CRPI designó al abogado Omar Poma secretario Ad-hoc de la CRPI.
- [4] El escrito presentado por el operador económico **BANCO DE LA PRODUCCIÓN S.A. PRODUBANCO**, ingresado por Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 12 de noviembre de 2020.
- [5] La Comisión de Resolución de Primera Instancia en uso de sus atribuciones legales para resolver, considera:

1. AUTORIDAD COMPETENTE

- [6] 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 y 66 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM (en adelante “IGPA”).

2. SOLICITANTE DE LA MEDIDA PREVENTIVA

- [7] Mediante memorando SCPM-IGT-INICPD-093-2020-M, remitido a la CRPI el 30 de octubre de 2020, signado con Id. 175237, la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales (en adelante “INICPD”) presenta el informe de análisis de medidas No.

SCPM-IGT-INICPD-2020-036-I respecto a la solicitud de las medidas preventivas requeridas por el operador **BANCO DE LA PRODUCCIÓN S.A. PRODUBANCO** dentro del expediente SCPM-IGT-INICPD-018-2020.

3. IDENTIFICACIÓN DE LOS OPERADORES ECONÓMICOS INVOLUCRADOS

3.1 Operador económico denunciante y solicitante de las medidas preventivas.

- [8] El operador económico denunciante (expediente administrativo SCPM-IGT-INICPD-018-2020), es el operador económico **PRODUBANCO**, persona jurídica de derecho privado, institución del sistema financiero ecuatoriano bajo el control y vigilancia de la Superintendencia de Bancos, identificada con Registro Único de Contribuyentes No. 1790368718001, representada legalmente por la señora Martha Cecilia Paredes Díaz, y domiciliada en Centro Corporativo Ekopark, Torre Uno, Avenida Simón Bolívar y Vía a Nayón, cantón Quito. Teléfono: 2563-900. Actúa como su abogado patrocinador el Dr. Jorge Iván Alvarado Carrera, quien indica que recibirá notificaciones en el correo electrónico: alvaradoji@produbanco.com.
- [9] Su actividad económica es: “*actividades de intermediación monetaria realizada por la banca comercial.*”¹

3.2 Operador económico denunciado y cuyo accionar es objeto de las medidas preventivas solicitadas

- [10] El operador económico cuyo accionar es objeto de las medidas preventivas es: **COOPERATIVA FINANCIERA PRODUBAN** (en adelante “**PRODUBAN**”), operador económico que no consta en los registros de las bases de datos públicas del Servicio de Rentas Internas; Superintendencia de Bancos; Superintendencia de Economía Popular y Solidaria; y, Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. Se toma en cuenta para fines de notificación la dirección de correo electrónico: produbanestacontigo@gmail.com, señalada por la INICPD.
- [11] Al no contar con información, su actividad económica al momento es indeterminada. Sin embargo, ésta estaría relacionada a la intermediación financiera, tal como la INICPD señala en su informe de la siguiente manera es: “*En tal sentido, es importante que dentro de la investigación se identifique la actividad económica, los servicios y los ingresos percibidos por el operador económico denunciado, y con esto identificar su tamaño e incidencia en el mercado de servicios financieros.*”²

4. ANTECEDENTES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

¹ Datos tomados del Portal en Línea del Servicio de Rentas Internas, Consulta de RUC. <https://srienlinea.sri.gob.ec/sri-en-linea/SriRucWeb/ConsultaRuc/Consultas/consultaRuc>. Consultado el 11/11/2020.

² Informe de Medidas Preventivas N.º SCPM-IGT-INICPD-2020-036-I de 30 de octubre de 2020.

- [12] Mediante escrito presentado el 24 de septiembre de 2020, a las 17h29, signado con Id. 171524, el operador económico **PRODUBANCO** presentó denuncia en contra del operador económico **PRODUBAN**, por el supuesto cometimiento de conductas que constituyen prácticas desleales, de conformidad con los numerales 1, 3 y 6 del artículo 27 de la LORCPM y solicitó la adopción de medidas preventivas. Procedimiento en trámite de la INICPD dentro del expediente No. SCPM-IGT-INICPD-018-2020.

4.1. Expediente Administrativo SCPM-CRPI-020-2020

- [13] Mediante memorando SCPM-IGT-INICPD-093-2020-M remitido a la CRPI el 30 de octubre de 2020, signado con Id. 175237, la INICPD presenta el informe de análisis de medidas No. SCPM-IGT-INICPD-2020-036-I y anexos, respecto a la solicitud de las medidas preventivas requeridas por el operador **PRODUBANCO** dentro del expediente SCPM-IGT-INICPD-018-2020.
- [14] Mediante el Informe No. SCPM-IGT-INICPD-2020-036-I (en adelante “el informe”), la INICPD recomienda a la CRPI considerar el contenido del mismo en la resolución de la adopción de las medidas preventivas solicitadas por el operador económico **PRODUBANCO**. De igual forma comunicó a la CRPI que la información contenida en el informe no tiene el carácter confidencial.
- [15] La CRPI, mediante providencia de 09 de noviembre de 2020, dispone avocar conocimiento del expediente No. SCPM-CRPI-020-2020, agregar al expediente el Informe No. SCPM-IGT-INICPD-2020-036-I y trasladar el mismo al operador económico **PRODUBANCO**.
- [16] El escrito presentado por el operador económico **BANCO DE LA PRODUCCIÓN S.A. PRODUBANCO**, ingresado por Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 12 de noviembre de 2020.

5. FUNDAMENTOS DE DERECHO

5.1. LORPCM

- [17] El artículo 27 de la LORCPM establece los actos de competencia desleal, así

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

1.- Actos de confusión.- Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto, real o potencial, crear confusión con la actividad, las prestaciones, los productos o el establecimiento ajenos.

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.

(...)

3.- Actos de Imitación.- Particularmente, se considerarán prácticas desleales:

a) La imitación que infrinja o lesione un derecho de propiedad intelectual reconocido por la ley.

b) La imitación de prestaciones o iniciativas empresariales de un tercero cuando resulte idónea para generar confusión por parte de los consumidores respecto a la procedencia empresarial de la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno. Las iniciativas empresariales imitadas podrán consistir, entre otras, en el esquema general, el texto, el eslogan, la presentación visual, la música o efectos sonoros de un anuncio de un tercero.

c) La imitación sistemática de las prestaciones o iniciativas empresariales de un tercero cuando dicha estrategia se halle directamente encaminada a impedir u obstaculizar su afirmación en el mercado y exceda de lo que, según sus características, pueda reputarse como una respuesta natural a aquél.

6.- Explotación de la reputación ajena.- Se considera desleal el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado.”

[18] 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.”

5.2. RLORPCM

- [19] Los artículos 73 a 78 del RLORPCM 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. 62.- 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 denunciado, el órgano de sustanciación y resolución enviará una consulta sobre su

procedencia al órgano de investigación, quien deberá emitir su informe en el término de quince (15) días desde que la consulta fuera recibida.

El órgano de sustanciación y resolución emitirá su resolución debidamente motivada en el término de diez (10) días contados a partir de la fecha en que se hubiere recibido el informe del órgano de investigación.

La falta de pronunciamiento del órgano de sustanciación y resolución dentro del plazo establecido en el inciso anterior, no podrá ser entendida como aceptación tácita de la petición de las medidas cautelares.

Las medidas preventivas deberán ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades del daño que se pretenda evitar.”

5.3. IGPA

- [20] 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.”

6. DETERMINACIÓN CLARA OBJETIVA Y CONCRETA DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS

- [21] El operador **PRODUBANCO** solicitó de manera clara, objetiva y concreta las siguientes medidas preventivas:

“Acorde a lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado solicito de manera urgente que disponga el cese de actividades de PRODUBAN hasta la finalización del presente proceso investigativo, por cuanto, si el DENUNCIADO prosigue normalmente con sus operaciones se podría afectar de manera irreparable la reputación y como consecuencia el giro de negocio de PRODUBANCO por tratarse de una competencia desleal.”

7. DEL INFORME No. SCPM-IGT-INICPD-2020-036-I DE 30 DE OCTUBRE DE 2020, EMITIDO POR LA INICPD

[22] El Informe No. SCPM-IGT-INICPD-2020-036-I de 30 de octubre de 2020, concluyó lo siguiente:

“• La medida solicitada por PRODUBANCO, no reúne los requisitos necesarios establecidos en los artículos 62 de la LORCPM y 74 del RLORCPM, en cuanto a la proporcionalidad, así como el peligro en la demora.

• Finalmente, a criterio de esta Intendencia, el avalúo del impacto de la medida preventiva solicitada por PRODUBANCO, requiere de otros elementos probatorios que coadyuven a determinar el daño inminente que se pretende evitar y el presunto efecto al mercado, bienestar general, de los consumidores y/o usuarios.”

[23] Dentro del mismo informe la Intendencia realiza las siguientes 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 constituye (SIC) un criterio vinculante para la adopción de su eventual resolución.

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

[24] El informe de la INICPD señala respecto a la estructura de mercado lo siguiente:

“De manera preliminar, esta Intendencia considera que el mercado se encuentra definido por: otorgamiento de créditos, realizados por entidades financieras autorizadas, a nivel local específicamente en la ciudad de Quito y con una temporalidad aproximada desde el septiembre de 2020 hasta la actualidad.

(...)

Ahora bien, en cuanto al denunciado, el operador COOPERATIVA FINANCIERA PRODUBAN no constaría con esa denominación en las bases

públicas de acceso de información del Servicio Rentas Internas, Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, Superintendencia de Economía Popular y Solidaria y Superintendencia de Bancos. En tal sentido, es importante que dentro de la investigación se identifique la actividad económica, los servicios y los ingresos percibidos por el operador económico denunciado, y con esto identificar su tamaño e incidencia en el mercado de servicios financieros.”

[25] Al respecto el solicitante menciona:

Si bien se menciona de manera clara e inequívoca en el informe los riesgos a los que PRODUBANCO se encuentra expuesto por el ilegítimo actuar del DENUNCIADO, concluye de manera inesperada que no se deben adoptar las medidas solicitadas. Las pruebas aportadas en el escrito de denuncia, como los argumentos allí expresados y en la aclaración solicitada, muestran que las medidas son necesarias y proporcionales atendiendo a un daño real, concreto, intenso y directo.

(...)

Aún más grave, los consumidores podrían ser víctimas de prácticas ilegítimas e ilegales al contratar un servicio aparentemente financiero, con procedencia confusa, que el mismo informe reconoce que se trata de una entidad no registrada ante las autoridades de control del país, depositando su confianza en un agente económico que no consta en los catastros públicos de compañías o entidades autorizadas para prestar dichos servicios. Nos extraña de sobre manera la conclusión del informe, sin relacionar los hechos establecidos en el mismo, ya que la denunciada, al no estar autorizada para brindar los servicios materia de la denuncia, pone en situación de riesgo a los consumidores ya que las contraprestaciones ofertadas puede que no sean cumplidas, o ser víctimas de abuso y posiblemente otras prácticas prohibidas tales como usura, anatocismo, exigir encaje previo el desembolso, entre otras contrarias al ordenamiento jurídico ecuatoriano, que al menos deberían ser investigadas por su Autoridad.

(...)

Adicionalmente, conforme lo expresado en líneas previas, no se está tomando en cuenta la gravedad de la utilización deliberada y dolosa de una marca ajena. La documentación presentada en el escrito de denuncia, prueba de manera concluyente que las marcas registradas por PRODUBANCO se ven gravemente afectadas por el uso ilegítimo del DENUNCIADO. Como es fácil notar, el DENUNCIADO utiliza una denominación exactamente igual la denominación de titularidad de PRODUBANCO con excepción de dos letras (SIC). Es más, utiliza el mismo color y tipo de letra y las palabras “Grupo Promerica”. El grupo regional Promerica Financial Corporation (PFC) es un grupo

financiero con una trayectoria de casi treinta años con presencia en Guatemala, El Salvador, Nicaragua, Honduras, Costa Rica, Panamá, Islas Caimán, República Dominicana y Ecuador. PCF es caracterizado por su innovación, apoyo a personas y empresas que desean alcanzar el éxito y sobretodo el desarrollo de relaciones con sus clientes. PRODUBANCO, orgullosamente parte de este Grupo, pone en suma alerta a su autoridad que el DENUNCIADO este utilizando el nombre de un grupo del que nunca fue parte causando un daño real y posiblemente irreparable. Por todo lo expuesto, podemos concluir que a pesar que se desconoce el afán del DENUNCIADO para con sus consumidores, los actos de confusión y engaño intentados por el DENUNCIADO son innegables, ciertos y con alta intensidad.”

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

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

- [26] 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

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.

[27] 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 (...).”⁴

[28] Se desprende del expediente que el 24 de septiembre de 2020 el operador económico **PRODUBANCO** presentó denuncia en contra del operador económico **PRODUBAN** por el presunto cometimiento de prácticas desleales.

[29] Los actos de competencia desleal imputados son actos de confusión, imitación y explotación de la reputación ajena en virtud de lo establecido en el artículo 27 numerales 1, 3 y 6 de la LORCPM.

[30] El operador **PRODUBANCO** manifiesta que es titular de los siguientes signos distintivos: “PRODUBANCO GRUPO PROMERICA & DISEÑO VERTICAL, PRODUBANCO GRUPO PROMERICA & DISEÑO HORIZONTAL”, entre otros.

[31] Consta en el acervo documental que las marcas mencionadas se encuentran debidamente registradas en el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (en adelante “SENADI”) con números de títulos SENADI_2018_TI_8032, SENADI_2018_TI_8033, SENADI_2018_TI_8581, SENADI_2018_TI_8584, SENADI_2018_TI_9292, SENADI_2018_TI_10539, SENADI_2018_TI_10894 y SENADI_2019_TI_7695”.

No. de Resolución	Clase Internacional	Signo distintivo
Resolución No. IEPI_2018_RS_2540 de 27 de febrero de 2018	Publicidad; gestión de negocios. Clase Internacional 35	
Resolución No. IEPI_2018_RS_2605 de 27 de febrero de 2018	Publicidad; gestión de negocios. Clase Internacional 35	
Resolución No. IEPI 2018 RS	Servicios de comunicaciones	

⁴ 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.

4077 de 23 de marzo de 2018	[relacionados a servicios de banca electrónica en transacciones bancarias]. Clase Internacional 38	
Resolución No. IEPI_2018_RS_2603 de 27 de febrero de 2018	Material impreso; publicaciones. Clase Internacional 16	
Resolución No. IEPI_2018_RS_2572 de 27 de febrero de 2018	Servicios bancarios y financieros. Clase Internacional 36	
Resolución No. IEPI_2018_RS_5115 de 23 de abril de 2018	Material impreso; publicaciones. Clase Internacional 16	
Resolución No. IEPI_2018_RS_5133 de 23 de abril de 2018	Servicios bancarios y financieros. Clase Internacional 36	
Resolución No. SENADI_2018_RS_1244 1 de 16 de octubre de 2018	Servicios de comunicaciones [relacionados a servicios de banca electrónica en transacciones bancarias]. Clase Internacional 38	

- [32] El operador económico **PRODUBANCO** argumenta que por su gestión cuenta con una sólida trayectoria y solvencia que le ha permitido posicionarse en el mercado y gozar de reconocimiento nacional e internacional, como un Banco de excelencia que pertenece al grupo regional Proamerica. De esta manera, **PRODUBAN** estaría aprovechándose de esta reputación, en forma ilegítima, pues no pertenece de manera alguna al grupo regional Proamerica.
- [33] Se destaca que en el escrito de denuncia el operador señala respecto a los actos realizados por **PRODUBAN** lo siguiente:

“Como se puede observar en los Anexos 9, 10 y 11 de la presente denuncia, el DENUNCIADO utiliza la marca, los signos distintivos y gama de colores de PRODUBANCO. Tanto es así, que el DENUNCIADO utiliza el logotipo de PRODUBANCO GRUPO PROMERICA, que se encuentra debidamente

registrado, indudablemente para confundir a los consumidores respecto a la procedencia empresarial de los servicios que presta el DENUNCIADO.

(...)

Los signos distintivos de PRODUBANCO, corresponden a la identificación comercial y empresarial del Banco; el mercado reconoce a PRODUBANCO por los signos mencionados, los relaciona directamente con su impecable trayectoria en más de cuarenta años, su solidez y reconocida solvencia. Las enormes similitudes entre signos distintivos y el hecho que menciona ser parte del Grupo Regional Promerica, lo cual no es así y se está faltando a la verdad, por decir lo menos, podrían conllevar a confusión en los clientes que quisieran relacionarse con el Banco, afectando de manera directa el comportamiento económico de los consumidores. El actuar del DENUNCIADO pone en riesgo el bienestar de los usuarios, de los consumidores, del mercado, de la competencia leal y la eficiencia económica”

[34] La INICPD señala en su informe que mediante anexos con ID 307836, 307837 y 307838 recibió formularios que estarían siendo utilizados por el denunciado en el desarrollo de sus actividades económicas, mismos que contienen un diseño similar a la marca de **PRODUBANCO**.

[35] Consta tanto en la denuncia del operador, en el informe de la INICPD y ha sido comprobado por la CRPI, que no existe información alguna en los catastros públicos de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria. Por lo cual no se pueden aseverar sobre los servicios financieros propios de una cooperativa que hayan sido aprobados y autorizados a ser realizados por **PRODUBAN**.

[36] Al hablar de actos de confusión, **PRODUBANCO** manifiesta:

“El uso de signos distintivos que pertenecen a PRODUBANCO por parte del DENUNCIADO crea una confusión directa en los usuarios y consumidores. Además que Produbanco es regulado por un Órgano de Control que supervisa actividades de intermediación financiera y cuenta por tanto con la autorización para brindar un servicio de orden público y el denunciado no. Por lo tanto causa confusión cuando la gente piense que contrata con un operador autorizado para brindar estos servicios que dada su naturaleza se realizan bajo regulación específica. Actos como los realizados por el DENUNCIADO claramente afecta los intereses jurídicamente protegidos en el mercado.

(...)”.

[37] Respecto de los actos de imitación, el operador **PRODUBANCO** señaló que:

“(...)”

La imitación del DENUNCIADO ha sido sistemática ya que por los documentos que han sido presentados en su momento en la denuncia, se puede evidenciar claramente que desea confundir al consumidor para generar un cambio en su actuar económico.”

[38] Respecto de la conducta de explotación de la reputación ajena, el operador **PRODUBANCO** indicó que:

“(…) Al usar signos distintivos muy similares (o idénticos) a los de PRODUBANCO, el DENUNCIADO pretende explotar la reputación que PRODUBANCO ha construido en el mercado.”

[39] En cuanto a la afectación que se deriva de la conducta denunciada, **PRODUBANCO** precisó que:

“El DENUNCIADO aprovechándose de la reputación e imitando a PRODUBANCO, intenta posicionarse en el mercado confundiendo a los consumidores. Esto, constituye un peligro inminente a PRODUBANCO por dos (SIC) razones fundamentales:

1. El consumidor podría considerar al DENUNCIADO relacionado con PRODUBANCO ya que la imagen del primero es casi exacta a la del Banco. El comportamiento natural de los consumidores se vería afectado ya que estaría en duda la procedencia de los servicios que brinda el DENUNCIADO.

2. La reputación del BANCO podría verse gravemente afectada si los consumidores relacionan a PRODUBANCO con el denunciado. La razón por la que el DENUNCIADO utiliza una imagen casi idéntica a la del BANCO, es por que (SIC) dicha imagen genera confianza y seguridad en los consumidores. Confianza que es un activo invaluable para PRODUBANCO.

3. Los actos de imitación del DENUNCIADO tienen como consecuencia que los servicios que presta de manera autorizada PRODUBANCO, sean confundidos con los que presta el DENUNCIADO por lo que la certeza que por derecho tienen los consumidores de la procedencia de los mismos podría verse gravemente afectada.”

[40] En adición, el denunciante adjuntó copias digitales simples ciertos documentos que, supuestamente serían utilizados por el denunciado en el giro de su negocio. A continuación, constan los signos utilizados por el operador COOPERATIVA FINANCIERA PRODUBAN:

Nombre del documento	Signos utilizados
----------------------	-------------------

PAGARÉ	
SOPORTE LEGAL PARA RESPALDO DE CRÉDITO COOPERATIVA FINANCIERA PRODUBAN	
	
CONTRATO Y HOJA DE RESUMEN DE CRÉDITO	

Fuente: Denuncia y anexos, presentados por el operador económico Banco de la Producción S.A. PRODUBANCO

- [41] Se puede concluir que respecto de la apariencia de buen derecho que ciertamente existen elementos suficientes para determinar la existencia de la misma, pues a través de la valoración que ha realizado esta autoridad se demuestra un grado de acierto sobre las afirmaciones y el material indiciario que ha sido aportado por el solicitante, al reclamar afectaciones al mercado a través de la utilización de signos que pueden ser crear error en la concepción de los consumidores al momento de adquirir un servicio prestado por el denunciado. Así la doctrina ha considerado que:

“La apariencia de buen derecho ha de ser concebida como la convicción indiciaria que ha de tener quien ha de adoptar la decisión de que al peticionario de una medida cautelar le asiste prima facie un derecho de notable importancia y, en cualquier caso, que existe un interés público lesionado que puede ser concurrente con el interés del solicitante. En este sentido un acto notoriamente arbitrario afecta al solicitante y a la colectividad que está más que interesada en que no se den actos al margen de la ley”⁵

- [42] De la revisión del acervo documental, se colige que el operador económico **PRODUBAN**, en el desarrollo de sus actividades económicas de intermediación financiera, estaría utilizando signos distintivos similares a aquellos relacionados a la marca de los servicios financieros y bancarios del operador económico **PRODUBANCO**. Similitudes que son evidentes en características de color, tipografía y forma de estrella del símbolo. Además, en el uso de las palabras “PRODUBAN” y “GRUPO PROMERICA”.
- [43] Aun cuando resulta evidente que la utilización de un signo distintivo propiedad de **PRODUBANCO** por parte de **PRODUBAN** puede generar en el consumidor un riesgo

⁵ Jean Claude Tron Petit. La suspensión como modalidad de medida cautelar en el amparo.

de confusión en el público consumidor. La INICPD señala que al momento no dispone de información suficiente para determinar una afectación al interés general o al bienestar de los consumidores derivada del acto de confusión.

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

- [44] Es el daño 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; (iii) asegurar la eficacia de la resolución definitiva.
- [45] 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
- [46] El *periculum in mora* tiene su fundamento en cuanto aquel que solicite medidas preventivas “deberá invocar, razonar y/o justificar las circunstancias en las que se concreta en cada caso el genérico riesgo de ineffectividad de la sentencia y solicitar, en consecuencia, las medidas cautelares que estime adecuadas para conjurarlo.”⁷
- [47] Es decir que la medida preventiva se basa sobre la existencia de un riesgo de afectación que se pueda ocasionar durante el proceso declarativo hasta su resolución y por lo tanto que existan circunstancias que afecten la efectividad de la resolución⁸, en otras palabras, el *periculum in mora* es “que exista peligro de que pierda eficacia la Resolución final si no se adopta la medida”⁹.
- [48] En este aspecto hay que realizar un análisis de la medida preventiva solicitada para poder determinar que de no ejercer la medida preventiva a tiempo podría perder su efectividad.
- [49] **PRODUBANCO** solicitó de manera clara, objetiva y concreta las siguientes medidas preventivas:

“Acorde a lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado solicito de manera urgente que disponga el cese de actividades de PRODUBAN hasta la finalización del presente proceso

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 ORTELLIS RAMOS, M. y BELLIDO PENADÉS, R.: *Las medidas cautelares en derecho de la competencia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999. p. 109.

⁸ FOLGUERA J.: y otros. *Las Medidas Cautelares*, http://espacioinvestiga.org/wp-content/uploads/2015/09/DE005-13_Las_normas_defensa_competencia-Varios_autores1.pdf.

⁹ Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia. Expte. MC 30/99, Glaxo 2 de 19 de julio.

investigativo, por cuanto, si el DENUNCIADO prosigue normalmente con sus operaciones se podría afectar de manera irreparable la reputación y como consecuencia el giro de negocio de PRODUBANCO por tratarse de una competencia desleal.”

- [50] El cese de las actividades de **PRODUBAN** supondría que mientras transcurre el tiempo se estaría generando un perjuicio a los signos distintivos y en general a la imagen de **PRODUBANCO**, así como un aprovechamiento injustificado de la reputación de otro, sin embargo esto no ha sido demostrado, pues, el *periculum in mora* debe estar estrechamente relacionado con la medida solicitada y los indicios proporcionados por el solicitante, que en este caso versan estrechamente sobre signos distintivos que pueden crear confusión en la mente de los consumidores.
- [51] La CRPI no encuentra indicios razonables que hagan presumir que exista una afectación inmediata sin el cese de actividades del operador económico, puesto que las medidas solicitadas no están estrechamente relacionadas o no se ha demostrado el nexo causal entre la demora en el tiempo y el perjuicio de las actividades y la utilización indebida de signos distintivos.
- [52] Si bien **PRODUBANCO** argumentó que está en riesgo el bienestar de los consumidores, el equilibrio y el normal funcionamiento del mercado, como ya se advirtió, no obran datos que respalden dicha aseveración. El posible riesgo de confusión en materia de comparación marcaría y que sustenta la apariencia de buen derecho, no indica por sí solo que se configure el requisito de peligro en la demora, tal y como ya se explicó.
- [53] Si no se cuenta con datos como el volumen de ventas, número de clientes captados, número de locales comerciales, puntos de venta con ubicación estratégica, intensidad de publicidad en medios masivos, participación en eventos que generen alto interés, o datos objetivos de consumidores que hubiesen incurrido en error y denunciado tal situación ante el sistema financiero o la autoridad de defensa del consumidor, tampoco se podría hacer una estimación de un daño real o potencial que indique la necesidad, urgencia y pertinencia para adoptar medidas preventivas.

8.3. NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS SOLICITADAS

- [54] Se procede a analizar las medidas preventivas solicitadas por el operador económico **PRODUBANCO** conforme a los requisitos de intensidad, proporcionalidad y necesidad, establecidos en los artículos 62 de la LORCPM y 74 del RLORCPM.

8.3.1. Necesidad

- [55] 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.

- [56] Las medidas preventivas solicitadas carecen de necesidad en cuanto pueden existir otras medidas menos radicales que pudiere alcanzar la finalidad que pretende el solicitante, es decir, si existen otras alternativas eficaces de conformidad con la naturaleza de presente asunto para satisfacer la pretensión del asunto principal sobre el que versa en la denuncia.

8.3.2. Proporcionalidad

- [57] La solicitud de cesar las actividades de **PRODUBAN** mientras dure la investigación se considera, por parte de la INICPD, no proporcional, pues atenta al derecho a desarrollar actividades económicas por parte del denunciado, frente al derecho de propiedad de **PRODUBANCO**.
- [58] La INICPD concluye respecto a su análisis lo siguiente:

“Finalmente, a criterio de esta Intendencia, en el análisis de pertinencia de la medida preventiva deben converger los elementos de convicción y el análisis de la norma, hecho que, en el presente caso el operador económico PRODUBANCO, no aportó insumos que demuestren un posible daño inminente o actual que genere la necesidad de adoptar la medida que precautele el mercado y que sean en favor del interés general, así como por el estado del expediente, esta Intendencia no cuenta con elementos suficientes que le permitan identificar en el presente caso los requisitos contenidos en el artículo 62 de la LORCPM.”

- [59] 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”*.¹⁰
- [60] De conformidad con la naturaleza del asunto analizado, así como con el grado del daño que se pretendería evitar, la CRPI encuentra que las medidas no serían proporcionales, ya que su intensidad no estaría en concordancia con el nivel de daño que se pretendería salvaguardar, es decir, serían excesivas, sobre todo sabiendo que habría otras alternativas menos gravosas para el denunciado e igual de eficaces.

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

RESUELVE

¹⁰ Sobre esto se puede ver CASES PALLARES, Lluís. Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia. Marcial Pons, Madrid, 1995. pág. 129.



PRIMERO.- Agregar el escrito presentado por el operador económico **BANCO DE LA PRODUCCIÓN S.A. PRODUBANCO**, ingresado por Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 12 de noviembre de 2020.

SEGUNDO.- NEGAR la solicitud de adopción de medidas preventivas requeridas por el operador económico **BANCO DE LA PRODUCCIÓN S.A. PRODUBANCO**.

TERCERO.- NOTIFICAR la presente Resolución a los operadores económicos **PRODUBANCO, PRODUBAN, IGT** y a la **INICPD**.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-

Mgs. José Cartagena Pozo
COMISIONADO

Mgs. Jaime Lara Izurieta
COMISIONADO

Mgs. Marcelo Vargas Mendoza
PRESIDENTE