

INTENDENCIA NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE PRÁCTICAS DESLEALES

Expediente No. SCPM-IGT-INICPD-021-2020

INTENDENCIA NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE PRÁCTICAS DESLEALES. VISTOS.- Quito D.M., al 08 día del mes de febrero de 2021.- **VISTOS.-** En mi calidad de Intendente Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, según la acción de personal No. SCPM-INAF-DNATH-2021-093-A de 04 de febrero de 2021, en lo principal:

I. ANTECEDENTES

- Mediante escrito y anexos, presentados el 15 de septiembre de 2020, las 18h18, con ID 170346, el operador económico Banco de la Producción S.A. PRODUBANCO, denunció el cometimiento de presuntos actos de competencia desleal por actos de confusión y explotación de la reputación ajena por parte del operador económico PRODUCREDIT S.A. Además, solicitó la adopción de medidas preventivas.
- Mediante providencia de 28 de septiembre de 2020, la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales (en adelante INICPD) ordenó a PRODUBANCO S.A., (en adelante también PRODUBANCO) que, dentro del término de tres días, contados a partir de la notificación con esta providencia, ACLARE Y COMPLETE, su denuncia en las letras c), d) y f) del artículo 54 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante LORCPM). Respecto de la petición de medidas preventivas, esta Autoridad dispuso que la misma sería atendida en el momento procesal oportuno.
- Mediante escrito de 02 de octubre de 2020, las 13h23, con ID 172290, el operador económico aclaró y completó su denuncia.
- Mediante providencia de 06 de octubre de 2020, esta Intendencia, en lo principal, consideró que la denuncia es clara y completa, avocó su conocimiento, abrió el expediente signado con el número SCPM-IGT-INICPD-016-2020 y dispuso que se corra traslado con la denuncia y la documentación respectiva al denunciado en la dirección señalada por PRODUBANCO.
- Mediante providencia de 14 de octubre de 2020, esta Intendencia, en lo principal, solicitó a la Superintendencia de Bancos, Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, Servicio Rentas Internas y Servicio Nacional de Derechos Intelectuales, a fin de que remitan información respecto de la identidad del operador PRODUCREDIT S.A., si se encuentra registrado y si existen quejas en contra del referido operador.
- El Oficio Nro. SBSG-2020-05751-O, presentado por Silvia Jeaneth Castro Medina, en su calidad de Secretaría General de la Superintendencia de Bancos, el día 22 de octubre de 2020, las 16h39, con ID 174291, mediante el cual, informó que: “... *previa revisión del Sistema de*



Administración de Catastro, se ha determinado que PRODUCREDIT S.A. no es una entidad controlada por esta Superintendencia...”

- Mediante escrito y anexos presentados por Manuel Alejandro Paredes Borja, quien comparece en calidad de Gerente General y Representante Legal de la Sociedad Anónima “PRODUCREDIT ECUADOR S.A.”, el 28 de octubre de 2020, las 14h04, con ID 174931, se presentaron las explicaciones requeridas por esta Autoridad en providencia de 06 de octubre de 2020.
- El Oficio No. SCVS-SG-2020-00043993-O, presentado por María Sol Donoso Molina, en su calidad de Secretaria General de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, el día 09 de noviembre de 2020, las 15h36, con ID 175886, que a la fecha de la consulta, informó que no encontró información relacionada con PRODUCREDIT S.A.
- El cuestionario 1 realizado por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, con el fin de obtener información económica de los operadores para delimitación de mercado y características de los servicios y productos ofertados en el mercado ecuatoriano
- Mediante providencia de 12 de noviembre de 2020, esta Intendencia, agregó los escritos referido, *ut supra*, así como también remitió el cuestionario 1 al operador PRODUCREDIT ECUADOR S.A., a fin de que remita sus respuestas.
- El escrito y anexos presentados por Manuel Alejandro Paredes Borja, en calidad de Gerente General y Representante Legal “PRODUCREDIT ECUADOR S.A.”, el día 16 de noviembre de 2020, las 12h00, con ID 176577.
- Mediante providencia de 16 de noviembre de 2020, esta Intendencia, agregó el escrito referido, *ut supra*.
- Con los antecedentes señalados, mediante resolución de 16 de noviembre de 2020, dictada dentro del expediente No SCPM-IGT-INICPD-016-2020 esta Autoridad ordenó:

PRIMERO.- Con base en las consideraciones expuestas en esta resolución y en virtud de que únicamente se discuten cuestiones relativas a la propiedad intelectual entre pares y que tales prácticas no podrían producir una afectación negativa al interés general o al bienestar de los consumidores o usuarios, ordénese el archivo de la investigación en contra del operador económico PRODUCREDIT ECUADOR S.A. (...)

SEGUNDO.- De conformidad con el artículo 26 de la LORCPM y el artículo 31 del Reglamento a la LORCPM, remítase el presente expediente al Servicio Nacional de Derechos Intelectuales SENADI, a fin de actúe en el marco de sus competencias (...)

- Mediante escrito de 15 de diciembre de 2020, a las 16h53, signado con el Id 179796, el operador económico BANCO DE PRODUCCIÓN S.A. PRODUBANCO presentó recurso de reposición respecto de la resolución de 16 de noviembre de 2020.

- Mediante providencia de 18 de diciembre de 2020, esta Intendencia dispuso:

CUARTO.- Se admite a trámite el recurso de reposición presentado por el operador económico Banco de la Producción S.A. PRODUBANCO, de conformidad con el artículo 51 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. **QUINTO.-** Ordenar la apertura de un nuevo procedimiento administrativo de Recurso de Reposición signado con el No. SCPM-IGT-INICPD-021-2020.

- Mediante providencia de 23 de diciembre de 2020, esta Autoridad ordenó:

PRIMERO.- Abrir el nuevo procedimiento administrativo N° **SCPM-IGT-INICPD-021-2020**, de conformidad con el artículo 66 de la LORCPM, que en su parte pertinente establece: “...*El plazo máximo para tramitar, dictar y notificar la resolución será de 60 días calendario...*”, para dar el trámite respectivo al recurso de reposición planteado por el operador económico **BANCO DE PRODUCCIÓN S.A. PRODUBANCO**. **SEGUNDO.-** Agréguese al expediente la copia certificada del recurso de reposición interpuesto por el operador económico **BANCO DE PRODUCCIÓN S.A. PRODUBANCO**, ingresado a la Secretaría General de la SCPM mediante escrito de 15 de diciembre de 2020, a las 16h53, signado con el Id 179796. **TERCERO.-** Notifíquese a las partes para que en el término de tres (3) días, presenten argumentaciones de creerlo pertinente.

- Mediante escrito de 28 de diciembre de 2020, las 11h12, con ID 180717, el operador económico PRODUCREDIT S.A., presentó sus argumentos frente al recurso de reposición planteado por el operador económico PRODUBANCO.
- Mediante providencia de 29 de diciembre de 2020, esta Autoridad dispuso:

PRIMERO.- Agréguese al expediente el escrito y anexos presentados por Manuel Alejandro Paredes Borja, en su calidad de Gerente General y Representante Legal de “PRODUCREDIT ECUADOR S.A.”, el día 29 de diciembre de 2020, las 11h12, con ID 180717. En su atención, téngase en cuenta lo manifestado por el operador económico en el momento procesal oportuno.

II. RESOLUCIÓN IMPUGNADA

El recurrente interpuso recurso de reposición en contra de la resolución de 16 de noviembre de 2020, emitida por la INICPD, que ordenó el archivo de la denuncia presentada dentro del expediente SCPM-IGT-INICPD-016-2020.

III. ARGUMENTOS DEL RECURRENTE

El recurrente manifestó:

Esta Intendencia, después de haber revisado los catastros públicos de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, de la Superintendencia de Bancos, de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, y del Servicio de Rentas Internas, concluyó que PRODUCREDIT no se encontraba en ninguno de los catastros públicos. Debido a que el DENUNCIADO no se encontraba registrado, esta Intendencia realizó un análisis donde se revisaron la página web del DENUNCIADO y sobre las explicaciones que el denunciado habría proporcionado. **Estas últimas nunca fueron**



trasladadas a PRODUBANCO para su conocimiento y para la contradicción correspondiente. (Énfasis añadido)

Recalcó también que el denunciado tiene como una de sus actividades comerciales, “...asesorar a terceros en general en la implementación de políticas, mecanismos y procesos para facilitar la compraventa programada de vehículo nuevos y/o usados, muebles e inmuebles...”.

Con base en este hecho mencionó que:

Si bien las instituciones del sistema financiero deben ser autorizadas y registradas en la Superintendencia de Bancos, PRODUBANCO considera que se debe realizar un análisis global de las actividades económicas del DENUNCIADO. Es decir que, las actividades económicas que PRODUCREDIT tiene registradas abarcan un sinnúmero de posibilidades. Como PRODUBANCO ya lo mencionó en escritos anteriores, el lenguaje que utiliza el DENUNCIADO puede generar confusión en los consumidores. Se debe tomar en cuenta que los consumidores no tienen la obligación de revisar los catastros y bases de datos públicos; su comportamiento corresponde a como los operadores económicos se presentan al público.

También esbozó argumentos referentes al presunto cometimiento de las conductas denunciadas por parte de PRODUCREDIT S.A., recalcando que esta Intendencia consideró que existen indicios sobre el cometimiento de las prácticas denunciadas.

Sin embargo, enfatizó lo siguiente:

Por el contrario de lo expuesto en párrafos anteriores, su Autoridad concluye que no existe falseamiento o afectación al orden público económico. PRODUBANCO no concuerda con esto ya que, en el proceso citado en el párrafo anterior, se explica de manera clara que constituye explotación de la reputación ajena:

*“Sin duda alguna, aprovecharse ilícitamente del prestigio que otro empresario ha ganado en el mercado es un acto que debe estar proscrito. Hace parte de ese grupo de conductas que denominamos desleales y que podrían generar grandes problemas de competencia, ruptura de la transparencia en el mercado y error en el público del consumidor. **A propósito de la marca notoriamente conocida que merece una protección reforzada en el mercado, esto debe del mismo supuesto: el esfuerzo empresarial es un activo que se debe proteger para desarrollar adecuada y estructuralmente el desarrollo del mercado. La mencionada conducta desleal no sólo está dirigida a aprovecharse de la notoriedad de un signo distintivo, sino el posicionamiento de un producto como tal, de la fama y prestigio de la organización empresarial, o inclusive de la honestidad y transparencia de la venta de un producto o en la prestación de un servicio entre otras situaciones que podrían constituir la imagen de una empresa. Posicionarse empresarialmente es una fuerte tarea logística. Permitir que de manera velada otro competidor se aproveche de dicha situación, es en últimas permitir que el posicionamiento del mercado se vaya diluyendo, generando con estos una erosión sistemática de la ubicación de un empresario en el mercado.**”*

También señaló que: “...la Superintendente de Bancos, Ruth Arregui, en fecha 7 de diciembre de los corrientes, de manera pública expresó preocupación manifiesta de ciertas personas (jurídicas o

naturales) que ofertan créditos al público de manera ilegítima ...”. También manifestó su preocupación por el hecho de que el denunciado se haya encontrado “ofertando sus servicios”, y que se haya constituido legalmente “después de la denuncia realizada por PRODUBANCO”.

En adición, argumentó que:

En la resolución se compara el número de clientes de PRODUBANCO con las del DENUNCIADO, y con base a esto concluye que el segundo no tendría capacidad suficiente de distorsionar el mercado. Corresponde a PRODUBANCO aclarar que el actuar del DENUNCIADO si pone en riesgo el mercado por el simple hecho que, debido a la trayectoria de PRODUBANCO en el mercado y en efecto la cantidad de clientes que mantiene (que es fruto de la confianza que otorga a sus clientes), los consumidores podrían correr un riesgo en identificar a PRODUCREDIT ECUADOR S.A. como parte del Grupo Financiero que es encabezado por PRODUBANCO [...] Preocupa de sobremanera el bienestar de consumidores que deseen contratar con PRODUBANCO y por los actos de confusión y explotación de la reputación ajena del DENUNCIADO contraten un servicio que no es de PRODUBANCO, bienestar que debe ser precautelado por esta Intendencia. Los consumidores deben estar plenamente conscientes del servicio contratado y del operador económico que presta dicho servicio, actuaciones desleales, ilegítimas e ilegales como las de PRODUCREDIT, impiden que los consumidores realicen decisiones educadas generando inseguridad en el mercado. Es más, PRODUBANCO enfrenta un inminente riesgo de asociación poniendo en peligro su clientela y reputación en el mercado.

Con base en estas precisiones, PRODUBANCO solicitó:

Por todo lo expuesto, solicito a su Autoridad que se sirva en revisar de manera íntegra los documentos que conforman el expediente de la investigación No. SCPM-IGT-INICPD-0016-2020 y revoque el acto administrativo contenido en la resolución expedida por el Abogado Pablo René Carrasco Torrontegui en su calidad de Intendente Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, por el cual se ordena el archivo de la investigación No. SCPM-IGT-INICPD-0016-202.

De igual manera, se solicita de manera respetuosa que se sirva correr traslado a PRODUBANCO el escrito de explicaciones ingresado por el DENUNCIANTE, a luz al derecho constitucional de contradicción.

IV. DE LOS ARGUMENTOS PRESENTADAS POR EL OPERADOR ECONÓMICO PRODUCREDIT S.A.

PRODUCREDIT S.A., presentó sus alegaciones mediante escrito de 29 de diciembre de 2020, las 11h12, con ID 180717. En lo principal manifestó que actuó de buena fe y que su intención nunca fue causar confusión ni aprovecharse del prestigio de PRODUBANCO.

Añadió que, “con la intención de resarcir de cierta manera la:

... supuesta afectación” derivada de la similitud entre la imagen de PRODUCREDIT ECUADOR S.A., y, BANCO DE PRODUCCIÓN S.A. PRODUBANCO, se presentó un cambio de imagen realizada por un profesional debidamente registrado en la Secretaría de Educación, Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación, cambio de imagen que se lo realizó precisamente para evitar confusión a la que

“supuestamente” e (sic) habría inducido al consumidor, esto según el denunciante.

También mencionó que no se dedica a actividades financieras, “... sino se orienta a brindar asesoramiento al momento de adquirir un bien, tiene la finalidad de actuar como un Consorcio donde el cliente puede adquirir no solo un bien sino una forma más sencilla, eficaz y segura al momento de revisar sus opciones...”.

Además, PRODUCREDIT ECUADOR S.A., manifestó:

... en la mencionada resolución se ha indicado que PRODUCREDIT ECUADOR S.A., pertenece al grupo de Operadores Economicos en la actividades M7020.01, año 2019 y que sus competidores en efecto (...) serían PWW COMUNICACIONES DEL ECUADOR S.A., SYNGENTA CROP PROTECTION S.A. SUCURSAL ECUADOR, DESARROLLOS INMOBILIARIOS INMOAVILES S.A., KICK OFF COMUNICACIONES S.A. y COMUNICACIONES Y RELACIONES PUBLICAS COMMRELATIONS S.A., y en base a “venta de vehículos usados y nuevos bajo el sistema de consorcio, planificación, adquisición y venta de bienes muebles e inmuebles la Intendencia indicó que los competidores directores serían: Consorcio Pichincha, Coneca, Consorcio del Ecuador, Chevy Plan, Habita Cars, Automotors, General Motors, donde se hace evidente que ninguna de las actividades económicas realizadas por PRODUCREDIT ECUADOR S.A., afectan las operaciones que son realizadas por PRODUBANTO (sic) (...)

Finalmente, solicitó que se rechace el recurso de reposición interpuesto por PRODUBANCO y se ratifique la resolución de 16 de noviembre de 2020.

V. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA INTENDENCIA NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE PRÁCTICAS DESLEALES

5.1 Facultades de la Intendencia Nacional de Investigación y Control De Prácticas Desleales

Las normas contenidas en los artículos 52, 54, 76 número 7, letra m) 213 y 335 de la Constitución de la República, en concordancia con el artículo 66 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, las disposiciones contenidas en los artículos 50 y 51 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM, establecen que esta Intendencia es el órgano competente para conocer el recurso de reposición propuesto por el operador económico PRODUBANCO.

5.2 Validez procesal

Revisado el expediente no se encuentran vicios de procedimiento que puedan generar la nulidad procesal en esta fase administrativa, por lo que esta Autoridad declara su validez.

5.3 Determinación de los problemas jurídicos

De conformidad con la naturaleza del recurso de reposición, a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales le corresponde resolver el recurso y las pretensiones realizadas por la recurrente.

En aquel sentido, la INICPD considera necesario el planteamiento y posterior resolución de los siguientes problemas jurídicos:

5.3.1 Sobre la existencia de indicios sobre el cometimiento de las prácticas denunciadas

En la resolución de archivo del expediente SCPM-IGT-INICPD-016-2020, esta Autoridad realizó un análisis de las marcas y de los signos distintivos registrados por parte de PRODUBANCO frente a los utilizados por PRODUCREDIT S.A. En particular se analizó la denominación PRODUCREDITO AUTOLIQUIDABLE PRODUBANCO, registrada en el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales con número de título SENADI_2020_TI_724.

Luego de realizar un análisis jurídico de los elementos aportados por las partes directamente involucradas, esta Intendencia consideró:

Esta Intendencia identifica que, de manera preliminar, el signo utilizado por PRODUCREDIT ECUADOR S.A., contendría elementos que podrían ser semejantes a los registrados por PRODUBANCO, como, por ejemplo, la similitud en término PRODU, la predominancia de los colores verde y gris, así como el uso de una estrella en la parte final del nombre.

[...] a partir de la documentación adjunta por el denunciante y de la revisión que esta autoridad ha realizado del portal web <https://www.producreditsa.com/productos.html>, esta Intendencia puede establecer en forma preliminar la existencia de un riesgo de confusión entre la marca de servicios de PRODUBANCO y el uso del signo que utilizaría el denunciado para la comercialización de sus servicios. Lo indicado obtiene especial relevancia, porque la actividad económica que realiza el denunciado guardaría una cercana relación con la prestación de servicios financiero, es decir, dentro del mercado de otorgamientos de créditos.

En tal virtud, esta Intendencia **considera que existen indicios respecto de los actos de confusión por parte del operador PRODUCREDIT ECUADOR S.A., al utilizar diseños similares que podrían generar en los consumidores confusión respecto de los servicios ofertados por PRODUBANCO**, lo que amerita la apertura de la etapa de investigación en el presente expediente para su profundo análisis...(Énfasis añadido)

En este orden de ideas, respecto de los supuestos actos de explotación de la reputación ajena esta Autoridad consideró que:

...al concurrir el denunciante y denunciado en el mercado de créditos y financiamiento, el denunciado podría aprovecharse del prestigio de PRODUBANCO a través de la utilización de signos distintivos similares.

Por lo mencionado, esta Intendencia considera que **existen indicios respecto de la explotación de la reputación ajena por parte del operador PRODUCREDIT ECUADOR...** (Énfasis añadido)

En tal virtud, esta Intendencia consideró que el hecho de que existan indicios sobre el cometimiento de las conductas denunciadas, no es controvertido en este procedimiento, puesto que esta Autoridad

no ha negado la existencia de tales indicios. Esto se evidencia en la resolución impugnada, toda vez que esta Autoridad, al considerar la existencia de tales indicios, ordenó que de conformidad con el artículo 31 del Reglamento para la Aplicación de la LORCPM, se remitan copias del expediente al SENADI, por considerar que los hechos puestos a su conocimiento versan sobre un asunto de propiedad intelectual que no puede afectar al interés general, sino únicamente a los intereses de las partes directamente involucradas.

Cabe notar que, de acuerdo con el sistema jurídico ecuatoriano, el régimen de control de prácticas desleales, forma parte del Derecho de Competencia, y en consecuencia se debe analizar la afectación al mercado mediante falseamiento. En tal razón, esta Autoridad en estricta observancia de la LORCPM, es competente para investigar y de ser el caso formular cargos, cuando concurren tres presupuestos básicos: i) Que exista un acto de competencia desleal (LORCPM Art. 25 y 27); ii) Que dicho acto falsee la competencia económica (LORCPM Art. 26 y 78, núm. 2, letra c); y, iii) Que exista una afectación a la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios, o en el caso de cuestiones de propiedad intelectual, que exista una afectación al interés general (LORCPM Art. 26).

Sin embargo, conforme consta en el acápite “Consideración sobre el falseamiento de la competencia”, constante en la resolución impugnada, la competencia de la SCPM para conocer, investigar y resolver asuntos relacionados con propiedad intelectual, únicamente procede cuando en adición a los indicios sobre las conductas denunciadas, esto es prácticas contrarias a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de las actividades económicas, existen elementos sobre el falseamiento de la competencia económica dentro del mercado relevante.

En el presente caso, el recurrente únicamente manifestó estar en desacuerdo con las argumentaciones de esta Autoridad, referente a la afectación al interés general y el falseamiento de la competencia, sin aportar elementos adicionales al análisis realizado por la INICPD.

En este sentido, esta Autoridad considera que los argumentos del recurso de reposición no han atacado el acto administrativo de conformidad con las causales de nulidad previstas en el artículo 105 del Código Orgánico Administrativo, que prevé:

Art. 105.- Causales de nulidad del acto administrativo. Es nulo el acto administrativo que:

1. Sea contrario a la Constitución y a la ley.
2. Viole los fines para los que el ordenamiento jurídico ha otorgado la competencia al órgano o entidad que lo expide.
3. Se dictó sin competencia por razón de la materia, territorio o tiempo.
4. Se dictó fuera del tiempo para ejercer la competencia, siempre que el acto sea gravoso para el interesado.
5. Determine actuaciones imposibles.



6. Resulte contrario al acto administrativo presunto cuando se haya producido el silencio administrativo positivo, de conformidad con este Código.

7. Se origine en hechos que constituyan infracción penal declarada en sentencia judicial ejecutoriada.

8. Se origine de modo principal en un acto de simple administración.

El acto administrativo nulo no es convalidable. Cualquier otra infracción al ordenamiento jurídico en que se incurra en un acto administrativo es subsanable.

El acto administrativo expreso o presunto por el que se declare o constituyan derechos en violación del ordenamiento jurídico o en contravención de los requisitos materiales para su adquisición, es nulo.

Al respecto, esta Autoridad considera que la impugnación planteada debió atacar, en caso de considerarlo pertinente, la validez del acto administrativo por alguna de las causales de nulidad del mismo, o la violación del debido proceso o de los derechos constitucionales, lo cual en el presente caso no ha ocurrido, toda vez que la base de los argumentos del compareciente radica en que no está de acuerdo con el criterio de la Intendencia.

Sobre este particular, al no haber argumentos nuevos sobre la existencia de indicios del falseamiento de la competencia, esta Intendencia reitera su criterio expuesto en la resolución de 16 de noviembre de 2020, en especial lo inherente al falseamiento del régimen de competencia económica, que fue la razón por la que esta Autoridad decidió archivar el procedimiento.

5.3.2 Sobre el falseamiento al régimen de competencia

Entre los argumentos del recurrente se encuentran los siguientes:

“... si bien las instituciones del sistema financiero deben ser autorizadas y registradas en la Superintendencia de Bancos, **PRODUBANCO considera que se debe realizar un análisis global de las actividades económicas del DENUNCIADO.** Es decir que, las actividades económicas que PRODUCREDIT tiene registradas abarcan un sinnúmero de posibilidades. Como PRODUBANCO (...) Se debe tomar en cuenta que los consumidores no tiene la obligación de revisar los catastros y bases de datos públicos; su comportamiento corresponde a como los operadores económicos se presentan al público...”

“... las enormes similitudes entre signos distintivos podrían conllevar a confusión en los clientes que quisieran relacionarse con el Banco, **afectando de manera directa el comportamiento económico de los consumidores...**”

“... Por el contrario de lo expuesto en párrafos anteriores, su Autoridad concluye que no existe falseamiento o afectación al orden público económico, **PRODUBANCO no concuerda con esto ya que, en el proceso citado (...) se explica de manera clara que constituye explotación ajena...**”

“... **En la resolución se compara el número de clientes de PRODUBANCO con las del DENUNCIADO, y con base a esto concluye que el segundo no tendría capacidad suficiente de distorsionar el mercado. Corresponde a PRODUBANCO aclarar que el actuar del**

DENUNCIADO si pone en riesgo en el mercado por el simple hecho que, debido a la trayectoria de PRODUBANCO en el mercado y en efecto la cantidad de clientes que mantiene (que es fruto de la confianza que otorga a sus clientes, los consumidores podrían correr un riesgo en identificar a PRODUCREDIT ECUADOR S.A. como parte del Grupo Financiero que es encabezado por PRODUBANCO...” (Énfasis añadido)

Ahora bien, conforme fue analizado en la resolución de 16 de noviembre de 2020 en el acápite consideraciones sobre el falseamiento de la competencia, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, a través de esta Intendencia, conoce investigaciones de prácticas desleales de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica de Regulación del Control del Poder de Mercado.

De esta manera, conforme la cláusula general contenida en el artículo 25 de la LORCPM, constituyen prácticas desleales todos los hechos, actos o prácticas contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas. Así también, de manera ejemplificativa pero no taxativa, el artículo 27 de la LORCPM contempla algunas conductas desleales.

En este orden de ideas, el artículo 26 de la LORCPM, establece:

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.** (Énfasis añadido)

Por lo que, la prohibición de las conductas desleales a la luz de la LORCPM, requieren el efecto en el mercado, es decir, 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.**

Además, de manera complementaria el artículo 5 de la LORCPM, establece que **para cada caso**, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado deberá determinar el mercado relevante, disposición que evoca necesariamente el elemento de afectación dentro de este.

En tal sentido, resulta evidente que el artículo 26 de la LORCPM, en concordancia con los artículos 1, 2, 5 y 78 numeral 2, letra c¹ de la LORCPM, limitan la competencia de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado únicamente para aquellos casos en que exista una afectación al orden público económico.

Al respecto, la doctrina ha señalado:

¹ Art. 78.- Infracciones.- Las infracciones establecidas en la presente Ley se clasifican en leves, graves y muy graves. . Son infracciones graves:

c. El falseamiento del régimen de competencia mediante prácticas actos desleales en los términos establecidos en el artículo 27 de esta Ley.

... el requisito de afección al orden público, que en el caso colombiano y en la mayoría de países es excepcional, en Ecuador es la regla. En efecto, en el caso ecuatoriano todo acto de competencia desleal que se conoce por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado debe tener por característica impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, atentar contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios (art. 26, LORCPM). De no encontrarse en esta situación, se convierte en un acto de competencia desleal para conocimiento ante jueces de lo civil, que no cuenta con todos los mecanismos preventivos que pueden ser dispuestos por la SCPM.²

En este orden de ideas, para que se configuren las prácticas desleales a la luz de la LORCPM, es necesario acreditar: **1.- Los indicios o elementos del cometimiento de las conductas; y, 2.- la afectación al orden público económico.**

En el presente caso, la Intendencia conforme fue analizada en el punto 5.3.1., de la presente resolución, identificó indicios de las presuntas conductas de confusión y explotación de la reputación ajena por parte de PRODUCREDIT ECUADOR.

Sin embargo, con relación al segundo requisito la afectación al orden público económico, esta Intendencia concluyó que: “... **dada la pequeña cuota de mercado calculado preliminarmente, la estructura del mercado, la permanencia del denunciado en el mercado ecuatoriano y por características, el operador denunciado no tendría la capacidad suficiente de falsear el régimen de competencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 5 y 26 de la LORCPM...**”

Situación que permitió a la Intendencia disponer el archivo del expediente, y en virtud de identificar indicios de las conductas que mantendría relación con temas de propiedad intelectual sin afectación al interés general, dispuso que se derive a la entidad competente en materia de propiedad intelectual.

Ahora bien, respecto de los argumentos plasmados en el recurso planteado por PRODUBANCO, esta Intendencia realiza el siguiente análisis:

- PRODUBANCO considera que se debe realizar un análisis global de las actividades económicas del DENUNCIADO

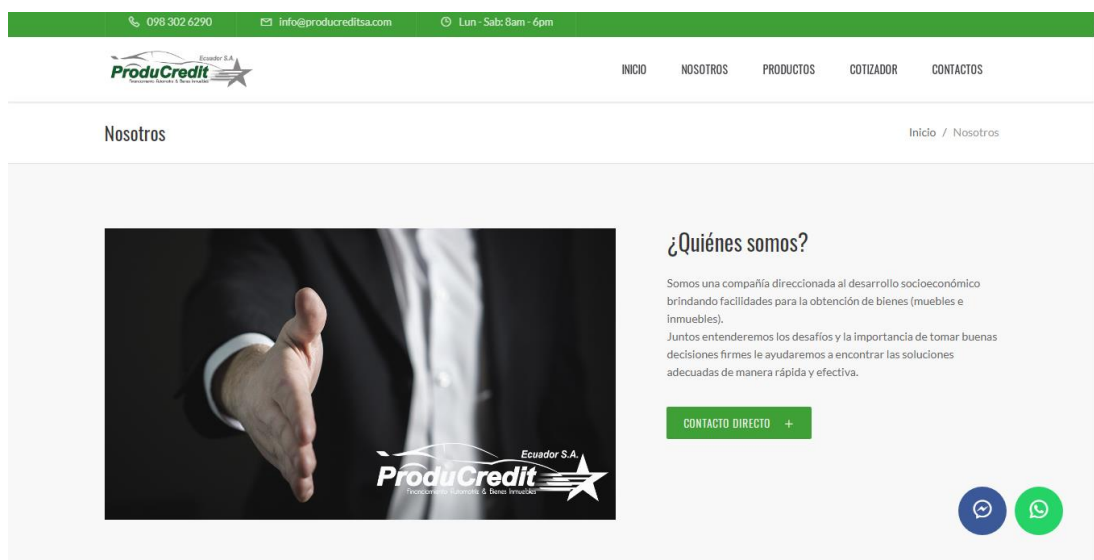
Al respecto, conforme consta en la resolución de 16 de noviembre de 2020, la INICPD realizó el siguiente análisis:

• **PRODUCREDIT ECUADOR S.A.**

El operador PRODUCREDIT ECUADOR S.A., conforme su página web, sería una entidad financiera que se dedica al desarrollo socioeconómico y brinda facilidades para la obtención de bienes (muebles e inmuebles)³, conforme consta a continuación:

² María Elena Jara, *La protección contra la competencia desleal en la LORCPM*, en “Derecho Económico Contemporáneo”, (Quito: Corporación Editora Nacional, 2017), 225.

³PRODUCREDIT Ecuador S.A.; Recuperado <https://producreditsa.com/nosotros.html>; Acceso: [13 de octubre de 2020]



Fuente: <https://www.producreditsa.com/>

(...) De igual manera, en la página web del operador económico, constan los siguientes “productos”⁴:

- Produ Vehículos: Alternativa de **gestión para obtener un auto este puede ser nuevo o seminuevo** trabajamos a través de un monto de **capital desde 6000 hasta 25000 dólares** el cliente puede escoger el plazo tiempo de entrega dependiendo la entrada.
- Produ Motos: Alternativa **de gestión para obtener su moto ya sea nuevo o seminuevo trabajamos a través de un monto de capital desde 2000 hasta 8000 dólares** el cliente puede escoger el plazo tiempo de entrega dependiendo de la entrada.
- Produ Hogar: Alternativa de **gestión para obtener tu casa, terreno, oficina, departamento. Trabajamos a través de un monto de capital desde 10000 hasta 80000 dólares**, el cliente puede escoger el plazo tiempo de entrega dependiendo de la entrada.
- Produ Scooter: Alternativa de gestión **para obtener tu scuter trabajamos a través de un monto de capital desde 1000 hasta 3000** el cliente puedes escoger el plazo, tiempo de entrega dependiendo la entrada.

Este bien no necesita ningún tipo de licencia de conducir, es amigable con el ambiente (eléctrico), son ligeros y ágiles, mantenimientos reducidos. Stock de repuestos es para todo tipo de público (jóvenes, adultos y adultos mayores, desempeñan una función urbana.

En tal sentido, el operador denunciado tendría como actividad comercial la **“gestión para obtener” autos, motos, casas, terrenos, oficinas, departamentos y scooter, a través de montos de capital dependiendo del bien y al plazo dependiendo de la entrada**

⁴ Ecuador S.A., Producredit Financiamiento y Planificación de Bienes; Referencia: <https://www.producreditsa.com/productos.html>; Acceso: [13 de noviembre de 2020]



para cada caso.

Ahora bien, en el escrito de explicaciones, el operador denunciado, señaló que: “... **La COMPAÑÍA ANONIMA PRODUCREDIT ECUADOR S.A. tiene como objeto el asesoramiento en la implementación de políticas, mecanismos y procesos para facilitar la compraventa programada de vehículos nuevos y/o usados, bienes muebles e inmuebles...**”

Además, manifestó que:

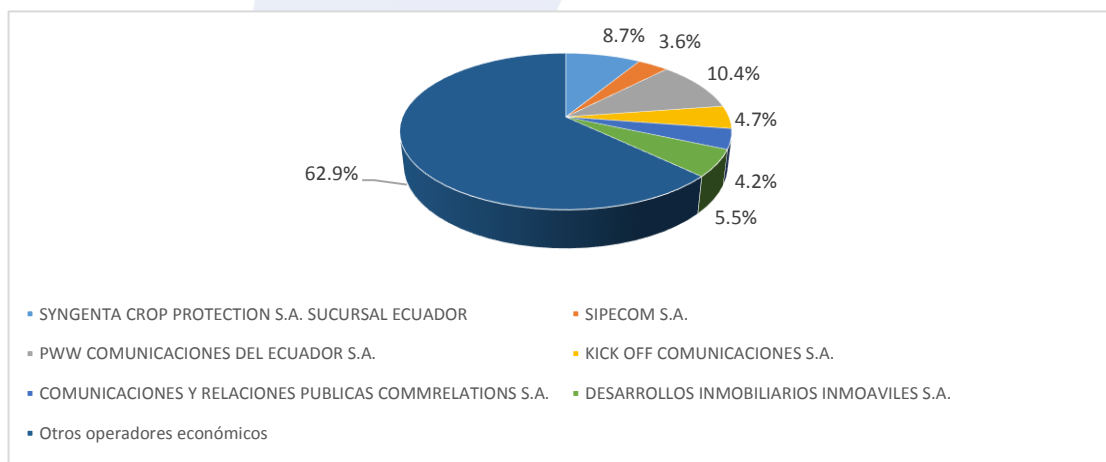
“... De ahí que en todo sentido la compañía ratifica que sus servicios no tienen nada que ver con la función de una entidad financiera y así lo ratifica en su Estatuto de constitución cuando menciona que: **La compañía, sin embargo, no podrá realizar las operaciones de captar recursos de terceros, intermediación financiera de ninguna otra específicamente reservada a otro tipo de entidades...**” (Énfasis añadido)

En tal sentido, esta Intendencia evidencia que la actividad económica realizada por el denunciado, sería la de gestión y asesoramiento para la adquisición de bienes, tal es así, que el denunciado habría requerido a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros la actividad económica No. M7020.01, que corresponde a los “servicios de asesoramiento, orientación y asistencia operativa a las empresas y a la administración pública en materia de relaciones públicas y comunicaciones...”.

Con relación a la referida actividad, la Intendencia identificó lo siguiente:

En tal sentido, a fin de identificar los operadores económicos que actuarían en el año 2020, en dicha actividad económica, esta Intendencia consultó la base de información pública de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, con el siguiente detalle:

Gráfico 1: Operadores económicos en la actividad M7020.01, año 2019



Fuente: Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros

Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales



En la actividad económica CIU No. M7020.01 *“Servicios de asesoramiento, orientación y asistencia operativa a las empresas y a la administración pública en materia de relaciones públicas y comunicación”*, estaría conformado por alrededor de 237 operadores económicos.

El operador económico con mayor participación es PWW COMUNICACIONES DEL ECUADOR S.A. con el 10%, seguido de SYNGENTA CROP PROTECTION S.A. SUCURSAL ECUADOR con el 9%, en tercer lugar se encuentra DESARROLLOS INMOBILIARIOS INMOAVILES S.A. con el 6%, el cuarto y quinto lugar esta KICK OFF COMUNICACIONES S.A. y COMUNICACIONES Y RELACIONES PUBLICAS COMMRELATIONS S.A., con participaciones de 4,7% y 4,2% respectivamente; el resto del sector conforman el 62,9% con porcentajes individuales menores al 1%.

Ahora bien, de acuerdo con el escrito presentado por el denunciado, el 16 de noviembre de 2020, a las 12h00, con Id 176577, describe a su actividad económica como: *“Diseñar, estructurar y asesorar a terceros en general, en la implementación de políticas, mecanismos y procesos para facilitar la compra venta programada de vehículo nuevos y/o usados, bienes muebles e inmuebles en general y/o servicios, a través de círculos, grupos o clubes de compra o cualquier otra forma de transferencia de dominio...”*.

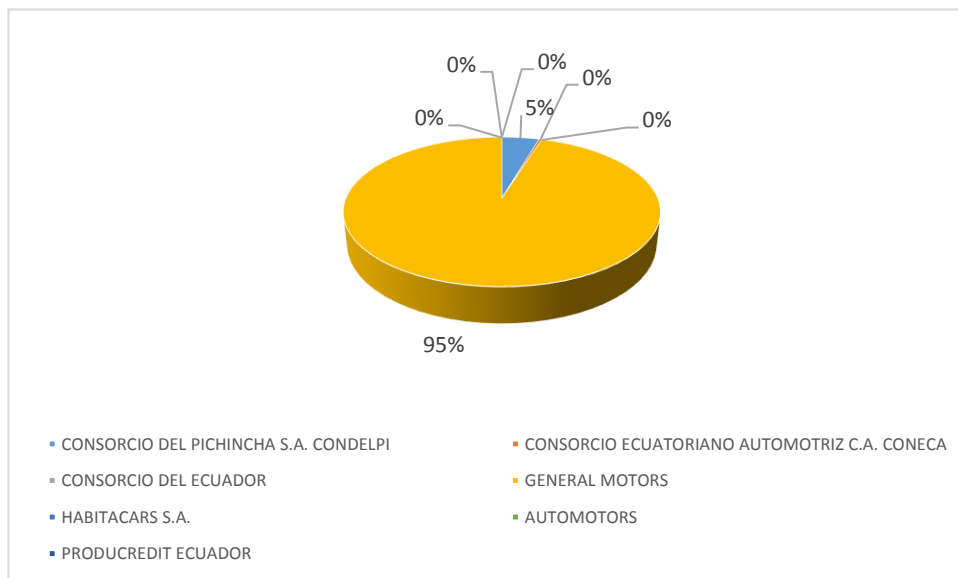
Así también, al consultar cuales serían sus competidores, el operador denunciado identificó que a las siguientes:

- Consorcio Pichincha
- Coneca
- Consorcio del Ecuador
- Chevy Plan⁵
- Habita Cars
- Automotors

Con esta información, esta Intendencia, en el mercado definido como *“venta de vehículos usados y nuevos bajo el sistema de consorcio, planificación, adquisición y venta de bienes muebles e inmuebles”* identificó las siguientes participaciones:

⁵ ChevyPlan.- empresa perteneciente a General Motors y a la red de concesionarios Chevrolet, su actividad se centra en el asesoramiento para la obtención de vehículos; Referencia <https://www.chevyplan.com.ec/quienes-somos/>; Acceso [16 de noviembre de 2020]

Gráfico 2: Operadores económicos que competirían con PRODUCREDIT



Fuente: Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros

Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales

El operador económico con mayor participación sería GENERAL MOTORS⁶ con el 95%, seguido de Consorcio del Pichincha S.A., CONDELPI con el 5% de participación, el resto de los participantes en este sector tendrían una participación menor del 0,3%.

El operador denunciado, en comparación con sus competidores identificados, **tendría una participación del 0,0001%.**

Así también, al incluir al operador económico PRODUCREDIT, en la actividad económica CIIU No. M7020.01 “*Servicios de asesoramiento, orientación y asistencia operativa a las empresas y a la administración pública en materia de relaciones públicas y comunicación*”, el operador denunciado **tendría una participación del 0,001%, con una facturación única en el año 2020, de USD. 583.**⁷

Por el análisis realizado, esta Intendencia considera que, preliminarmente, dicho mercado estaría atomizado⁸, y que existen operadores económicos con una participación importante; por lo que,

⁶ La información considerada para el cálculo de participación, del operador económico General Motors, fue la variable Ingreso Total; esto debido a que ChevyPlan sería una empresa perteneciente a General Motors y a la red de concesionarios Chevrolet; Referencia <https://www.chevyplan.com.ec/quienes-somos/>; Acceso [16 de noviembre de 2020]

⁷ Información remitida por el operador económico PRODUCREDIT, cuestionario 1, pregunta 1, parte 2. Por la servicio denominado PRO VEHÍCULOS. De los servicios PROMOTOS y PROSCOOTERS dicho operador hasta la fecha no ha percibido ningún ingreso.

⁸ Dividir algo en partes sumamente pequeñas. Definición tomada del Diccionario de la lengua española. Recuperado de: <https://dle.rae.es/atomizar>. Además, en términos económicos, se refiere a la existencia de un gran número de compradores y vendedores en el mercado.

hasta el momento, no existirían indicios de que el operador económico denunciado pudiera ejercer afectación en el mercado.

En adición, por las características del denunciado, esto es, el tamaño del operador, que estarían en el mercado menos de dos meses, el nivel de ingresos percibidos, y el número de oferentes en los mercados preliminares, difícilmente su comportamiento podría distorsionar los mercados analizados.

Además, es importante señalar que PRODUBANCO en su recurso de reposición consideró que se debería realizar un **análisis global** de las actividades económicas del denunciado, sin explicar cuál sería el análisis global que hace referencia y la diferencia que tendrían las cuotas de participación y las características del operador denunciado frente al análisis realizado por la Intendencia.

En tal sentido, la Intendencia en la resolución de 16 de noviembre de 2020, abordó las actividades económicas que corresponden, atendiendo a su realidad y efecto económico de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 de la LORCPM⁹, es decir, realizó el análisis de cada uno de sus productos publicitados en la página web y con la actividad que se relacionarían sus productos conforme sus características, a nivel CIU y la identificación de sus principales competidores en el sector.

- **PRODUBANCO señala que solo se compara el número de clientes para concluir que no tendría que el denunciado no tendría la capacidad suficiente de distorsionar el mercado, y que, en efecto por su cantidad de clientes podrían correr un riesgo en identificar a PRODUCREDIT ECUADOR S.A. como parte del Grupo Financiero que es encabezado por PRODUBANCO**

Al respecto, la Intendencia en la resolución de 16 de noviembre de 2020, concluyó:

Por el análisis realizado, esta Intendencia considera que, conforme las actividades económicas identificadas donde participan tanto el denunciante como el denunciado, serían:

- De manera preliminar, esta Intendencia identifica que para el año 2019 dentro de la actividad: “*Actividades de intermediación monetaria realizada por la banca comercial.*”; en cuanto al volumen de créditos otorgados por entidades financieras; el operador BP de Pichincha tiene la mayor participación con el 20%; **seguido de BP Produbanco con el 17%**; en tercer lugar el operador BP Internacional con el 14%; en cuarto lugar por BP Guayaquil con el 13%; y, en quinto lugar se encuentra el operador BP Bolivariano con el 11%, el resto del mercado tendrían una participación menor al 10%.
- Por otro lado, el operador económico denunciado, conforme consta en su página web, PRODUCREDIT S.A., sería una: *compañía direccionada al desarrollo socioeconómico brindando facilidades para la obtención de bienes (muebles e inmuebles)*. Conforme su escrito de explicaciones, el operador a partir de su constitución, octubre de 2020, participaría en la actividad

⁹ Para la aplicación de esta Ley la autoridad administrativa determinará la naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a su realidad y efecto económico. La forma de los actos jurídicos utilizados por los operadores económicos no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos”.



económica CIU No. M7020.01, “*Servicios de asesoramiento, orientación y asistencia operativa a las empresas y a la administración pública en materia de relaciones públicas y comunicación*”.

En dicha actividad, en el año 2019, los operadores económicos principales son: PWW COMUNICACIONES DEL ECUADOR S.A. con el 10%, seguido de SYNGENTA CROP PROTECTION S.A. SUCURSAL ECUADOR con el 9%, en tercer lugar se encuentra DESARROLLOS INMOBILIARIOS INMOVILES S.A. con el 6%, el cuarto y quinto lugar esta KICK OFF COMUNICACIONES S.A. y COMUNICACIONES Y RELACIONES PUBLICAS COMMRELATIONS S.A. con participaciones de 4,7% y 4,2% respectivamente; el resto del sector representarían el 62,9% con porcentajes individuales menores al 1%.

Así también, conforme los ingresos por ventas del operador recibidos por PRODUCREDIT, esta Intendencia identificó lo siguiente:

- En el mercado definido como “*venta de vehículos usados y nuevos bajo el sistema de consorcio, planificación, adquisición y venta de bienes muebles e inmuebles*” esta Intendencia, identificó que: El operador económico con mayor participación sería GENERAL MOTORS¹⁰ con el 95%, seguido de Consorcio del Pichincha S.A., CONDELPI con el 5% de participación, el resto de participantes en este sector tendrían una participación de menor del 0,3%. El operador denunciado, en comparación con sus competidores identificados, **tendría una participación del 0,0001%.**
- Así también, al incluir al operador económico PRODUCREDIT, en la actividad económica CIU No. M7020.01 “*Servicios de asesoramiento, orientación y asistencia operativa a las empresas y a la administración pública en materia de relaciones públicas y comunicación*”, el operador denunciado **tendría una participación del 0,001%, con una facturación única en el año 2020, de USD. 583.**¹¹

En tal sentido, esta Intendencia evidencia que, tanto en los servicios de asesoramiento como la planificación de adquisición de bienes muebles e inmuebles, existen operadores que su conjunto representan más del 40% del mercado preliminar, y que incluso han mantenido su predominancia, conforme el análisis realizado con la información de la SUPERCIAS.

En adición, conforme la información correspondiente los ingresos por ventas percibidos por el operador denunciado, representaría menos del 0,001% del mercado. Así como también, al identificar que existen operadores importantes en cada actividad, y que, al compararlos incluso con el número de clientes del BP PRODUBANCO, las actuaciones del operador económico PRODUCREDIT, no tendrían la capacidad suficiente de distorsionar este mercado. En tal sentido, por sus características, *a priori*, no podría generar un falseamiento al régimen de competencia.

En este sentido, esta Intendencia evidencia que la resolución de 16 de noviembre de 2020, recoge

¹⁰ La información considerada para el cálculo de participación, del operador económico General Motors, fue la variable Ingreso Total; esto debido a que ChevyPlan sería una empresa perteneciente a General Motors y a la red de concesionarios Chevrolet; Referencia <https://www.chevyplan.com.ec/quienes-somos/>; Acceso [16 de noviembre de 2020]

¹¹ Información remitida por el operador económico PRODUCREDIT, cuestionario 1, pregunta 1, parte 2. Por la servicio denominado PRO VEHÍCULOS. De los servicios PROMOTOS y PROSCOOTERS dicho operador hasta la fecha no ha percibido ningún ingreso.

varios elementos que permitieron evidenciar que el operador económico PRODUCREDIT no podría falsear el régimen de competencia dentro del mercado analizado.

Por consiguiente, para que una conducta desleal sea prohibida o sancionable, a la luz de la interpretación sistemática de la LORCPM, no basta con acreditar la simple existencia del acto o hecho, sino que, además, resulta indispensable determinar si la conducta investigada impide, restringe falsea o distorsiona el orden público en el mercado relevante.

En tal virtud, el análisis del falseamiento de la libre competencia, conforme parámetros internacionales motivados en el régimen de competencial español¹², considera entre otros, lo siguiente:

- Naturaleza de la conducta investigada
- Actuación en el mercado relevante del o los operadores infractores: caracterización del operador y su función dentro del mercado
- Público afectado
- Cuantificación de las posibles afectaciones por las prácticas desleales investigadas

Al respecto, es importante señalar que en el análisis del falseamiento del régimen de competencia, cada uno de los elementos debe ser analizado de manera complementaria y no aislada, en tanto, este razonamiento permitirá a la agencia de competencia identificar o descartar los indicios de dicho paramento dentro de cada mercado analizado.

En relación con este punto, parte importante de la doctrina ha señalado que:

(...) Pese a la existencia de alternativas atractivas desde el punto de vista económico, parece más razonable propugnar un enfoque intermedio en el que se tome **en consideración toda la información disponible, esto es, la evidencia “indirecta” obtenida a través del análisis estructural (...), y la evidencia “directa” obtenida con el análisis de los efectos de las conductas...**¹³ (Énfasis añadido)

Por lo que, es indispensable que para la configuración de las conductas desleales a la luz de la LORCPM, se analice el parámetro de falseamiento del régimen de competencia por parte del presunto o presuntos infractores.

En tal sentido, en el caso concreto, esta Intendencia evidencia que en la resolución de 16 de noviembre de 2020, se analizaron los siguientes elementos:

¹² El criterio para la determinación del falseamiento de la competencia se sustenta en pronunciamientos que ha realizado la autoridad de competencia de España, en casos como: Resolución de 29 de julio de 2011, expte S/0184/09 ATR GAS NATURAL; Resolución de 24 de febrero de 2012, expt S/0213/10 IBERDROLA SUR; Resolución de 11 de junio de 2012, expte S/0304/10 ENDESA; Resolución de 17 de septiembre de 2013, expte S/410/12, Ascensores -2.

¹³ Jiménez, Fernando, et all. Dificultades para la definición del mercado relevante. Tomado de: https://frdelpino.es/investigacion/wp-content/uploads/2015/09/DE006-02_Dificultades_definicion_mercado_relevante-Varios_autores.pdf

- La naturaleza de las conductas, identificando que existirían indicios de las mismas por parte de PRODUCREDIT;
- La actuación y características del denunciado, evidenciando que:
 - En el mercado definido como “venta de vehículos usados y nuevos bajo el sistema de consorcio, planificación, adquisición y venta de bienes muebles e inmuebles” esta Intendencia, identificó que: El operador económico con mayor participación sería GENERAL MOTORS con el 95%, seguido de Consorcio del Pichincha S.A., CONDELPI con el 5% de participación, el resto de participantes en este sector tendrían una participación de menor del 0,3%. **El operador denunciado, en comparación con sus competidores identificados, tendría una participación del 0,0001%.**
 - Así también, al incluir al operador económico PRODUCREDIT, en la actividad económica CIU No. M7020.01 “Servicios de asesoramiento, orientación y asistencia operativa a las empresas y a la administración pública en materia de relaciones públicas y comunicación”, **el operador denunciado tendría una participación del 0,001%, con una facturación única en el año 2020, de USD. 583.**
- La identificación del público afectado, al considerar que las ventas percibidos por el operador denunciado, **representaría menos del 0,001% del mercado. Así como también, al identificar que existen operadores importantes en cada actividad, y que, al compararlos incluso con el número de clientes del BP PRODUBANCO.**
- En relación a las posibles afectaciones por las prácticas desleales investigadas, la Intendencia identificó que por la estructura del mercado relevante definido de manera preliminar, las actuaciones del denunciado, únicamente estarían delimitadas en la ciudad de Quito, y por aproximadamente dos meses.
- En resumen, por todos los factores mencionados, el operador denunciado no tendría la capacidad suficiente de falsear el régimen de competencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 5 y 26 de la LORCPM.

En consecuencia, la aseveración del recurrente respecto que de que únicamente se compara el número de clientes para concluir que no tendría la capacidad suficiente de distorsionar el mercado, carece de sustento y veracidad, en tanto se ha demostrado que conforme el análisis integral de la naturaleza de la conducta, la estructura de mercado, características y posible cuantificación de efectos, el denunciando no podría falsear el régimen de competencia en el mercado preliminar definido en la resolución de 16 de noviembre de 2020.

Finalmente, con relación a que, en efecto por la cantidad de clientes de PRODUBANCO podría correr un riesgo en identificar a PRODUCREDIT ECUADOR S.A. como parte del Grupo Financiero que es encabezado por PRODUBANCO, dicha probabilidad del efecto potencial, que además no ha sido probado por el operador recurrente, así como tampoco ha aportado nuevos elementos de análisis que

difiera con las conclusiones económicas abordadas en la resolución de 16 de noviembre de 2020, se encontraría limitado al haber utilizado los logos con las formas denunciadas, aproximadamente dos meses, y que incluso a la fecha, conforme consta de la verificación realizada por esta Intendencia¹⁴ y del escrito presentado por el denunciado el 29 de diciembre de 2020, con ID 180717, PRODUCREDIT habría cesado el uso de dicho logo y colores, por lo que, difícilmente en el mercado relevante existiría un efecto potencial.

Por lo que, esta Intendencia no encuentra elementos adicionales o diferentes a los analizados en la resolución de 16 de noviembre de 2020, y ratifica las conclusiones económicas abordadas en la referida resolución.

5.3.3 Sobre el correr traslado con el escrito de explicaciones

En las páginas quinta y sexta de su recurso de reposición, PRODUBANCO afirmó:

Debido a que el DENUNCIADO no se encontraba registrado, esta Intendencia realizó un análisis donde se revisaron la página web del DENUNCIADO y sobre las explicaciones que el denunciado habría proporcionado. Estas **últimas nunca fueron trasladadas a PRODUBANCO** para su conocimiento y para la contradicción correspondiente. (Énfasis añadido)

En adición, mediante escrito de 31 de diciembre de 2020, las 11h51, con ID 180989, el recurrente manifestó:

Cabe mencionar que en la sentencia No. 478-14-EP/20 de la Corte Constitucional del Ecuador se señaló que el hecho de no poder contradecir lo alegado por la contraparte, vulnera el derecho a replicar los argumentos contrarios. De igual manera, en dicha sentencia se reconoce la obligación que tienen las autoridades competentes de correr traslado a las partes con los escritos en los que sea necesario un pronunciamiento. Si bien PRODUBANCO presentó una denuncia, se desconoce completamente cuales fueron las explicaciones de la contraparte que dieron paso a que la misma se archive.

Al respecto, los artículos 55 y 56 de la LORCPM determinan con claridad el procedimiento que deben observar los órganos de investigación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. En ese contexto, la Ley no prevé que se corra traslado con el escrito de explicaciones al denunciante a fin de que este replique los argumentos del denunciado, por el contrario, es expresa al señalar que “Vencido el término señalado en el artículo anterior (esto es para la presentación de explicaciones), el órgano de sustanciación deberá pronunciarse sobre el inicio de la investigación en el término de diez días.”¹⁵ Es necesario señalar que, la LORCPM precautela que las partes cuenten con las mismas oportunidades para presentar los argumentos (de cargo y descargo) de los que se crean asistidos, garantizado de esta manera el principio constitucional a la igualdad.

Asimismo, esta Intendencia tiene en consideración que la sentencia citada por el operador económico

¹⁴ Consulta realizada en la página web: <https://www.producreditsa.com/productos.html>, colores e imagen de logo de PRODUCREDIT ECUADOR.

¹⁵ Ecuador. Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Art. 56.

se refiere a procedimientos judiciales, cuya naturaleza jurídica procesal es distinta al procedimiento administrativo sancionador previsto en la LORCPM, norma jurídica que prevé en el inciso segundo del artículo 56 preceptúa: *“El proceso previo a la investigación, así como la fase investigativa serán de carácter reservado, excepto para las partes directamente involucradas”*, disposición que guarda concordancia con el artículo 65 del Reglamento para la aplicación de la LORCPM prevé:

Art. 65.- Acceso a información del expediente.- Durante la tramitación del procedimiento en la etapa de investigación, las partes podrán acceder al expediente y obtener copias individualizadas de todos los documentos que lo integren, a excepción de los secretos comerciales de otros interesados o terceros, así como de cualquier otra información confidencial.

El procedimiento administrativo previsto en la LORCPM y su Reglamento prevén la posibilidad de tener copias del expediente en la etapa de investigación, mas no en la fase previa.

En virtud de lo expuesto, esta Autoridad ratifica el criterio expuesto en la providencia de 25 de enero de 2021, y considera que la no entrega de copias a las partes directamente involucradas, antes del inicio de investigación no vulnera el derecho al debido proceso.

En el presente caso, mediante providencia de 29 de diciembre de 2020, dictada dentro del expediente No. SCPM-IGT-INICPD-016-2020, esta Autoridad dispuso: *“...1.4.- [...] esta Intendencia señala el día 4 de enero de 2020(sic, por 2021), las 15h00, a fin de que PRODUBANCO tenga acceso al expediente.*

Conforme se desprende del acta de 4 de enero de 2021, las 15h00, que consta dentro del expediente No. SCPM-IGT-INICPD-016-2020, la Secretaria de Sustanciación concedió acceso al expediente al operador económico.

En adición, mediante providencia de 14 de enero de 2021, esta Autoridad dispuso:

2.2. Sin embargo, se concede el acceso al expediente, para dicho efecto, esta Intendencia señala el día 18 de enero de 2020, las 11h00, a fin de que PRODUBANCO tenga acceso al expediente. 2.3. Téngase en cuenta la autorización conferida por PRODUBANCO en favor de la abogada Paula Andrea Herrera Jaramillo con cédula de ciudadanía No. 171838036-1 para que pueda revisar el expediente SCPM-IGT-INICPD-016-2020.

Sin embargo, conforme consta en el expediente No. SCPM-IGT-INICPD-016-2020, la Secretaria de Sustanciación sentó la siguiente razón: *“Siento por tal que el 18 de enero de 2021 siendo las 11h00 se verifica que el operador económico PRODUBANCO NO COMPARECIÓ, en virtud de lo cual no se realizó la diligencia de acceso al expediente”*.

Asimismo, dentro de este expediente mediante providencia de 5 de enero de 2021, esta Intendencia ordenó:

1.4. A pesar de que el operador económico no ha solicitado acceso al expediente SCPM-IGT-INICPD-021-2020, en su escrito autorizó a la abogada Paula Andrea Herrera Jaramillo para que tenga acceso a dicho expediente. Sin embargo, en aplicación del principio de eficiencia de la Administración



Pública, contemplado en el artículo 4 del Código Orgánico Administrativo, esta Intendencia señala el día 8 de enero de 2021, a las 16h00 a fin de que el operador económico tenga acceso al expediente SCPM-IGT-INICPD-021-2020, mediante el cual se sustancia su recurso de reposición.

De conformidad con el acta que consta en el expediente, la secretaria de sustanciación permitió el acceso al expediente de la abogada Paula Herrera, a nombre de PRODUBANCO.

En este sentido, el operador económico tuvo acceso al expediente No. SCPM-IGT-INICPD-016-2020, así como en el expediente No. SCPM-IGT-INICPD-021-2020. Por lo que no existe la vulneración al derecho constitucional a la defensa de las partes como lo ha señalado el recurrente.

Este criterio fue reiterado por el Tribunal de Garantías Penales con Sede en la Parroquia Quitumbe del Distrito Metropolitano de Quito, en calidad de jueces constitucionales, dentro de la acción de protección constitucional No. 17240201900036, ratificada en segunda instancia. En lo principal, el juzgador constitucional consideró:

El punto neurálgico del argumento del accionante, respecto a la vulneración del derecho a la defensa, constituye el haber solicitado una copia digital del expediente, esto luego de que fueran notificados; (...). Así, el derecho de hallarse en el proceso impone al juez el deber de: (...) no excluirlo indebidamente del proceso, puesto que de otro modo no se garantiza el derecho de las personas a exponer sus posiciones, a ser oídas por los tribunales, o a presentar sus argumentos o pruebas de defensa”. (Énfasis fuera del texto). (...).. Es importante distinguir estas fases del procedimiento sancionador, por cuanto si bien existe el principio de reserva de las investigaciones, no es menos cierto que a las partes directamente involucradas se garantiza el acceso a las investigaciones, siendo esta la excepción a la regla del principio de reserva; recién en la etapa de investigación y de instrucción del procedimiento propiamente dicho, es posible que las partes obtengan copias de las investigaciones y actuaciones, manteniéndose la reserva de aquella información considerada confidencial. (...) Ahora bien, como se ha dicho, el principio de reserva de las investigaciones, no limita el acceso de las partes involucradas al expediente, y este acceso no está dado en la concesión de copias de las investigaciones, menos aún en etapas preliminares, el acceso a las investigaciones por parte de los sujetos procesales, es perfectible con la revisión personal del expediente físico como ocurrió en este caso. La jurisprudencia al razonar sobre el derecho a la defensa, ha referido que se debe garantizar el pleno ejercicio a la defensa que permita a las personas exponer sus posiciones, ser oídas ante los tribunales, presentar argumentos o pruebas de defensa, acudir a diligencias, lo contrario y aún más excluir indebidamente del proceso a una de las partes, sería dejar a una persona en indefensión; la Constitución, nos dice que para ejercer este derecho se debe contar con el tiempo y con los medios adecuados para preparar la defensa; en el presente caso el accionante luego de ser notificado con la denuncia y las actuaciones recaídas en ella, contó con un tiempo adecuado para acceder y revisar el expediente, tiempo que le fue suficiente para revisar 21 fojas que hasta ese momento se habían formado en el proceso administrativo; además se le remitió un Cd que contenía la denuncia y la documentación anexa a la misma, así como las actuaciones de la autoridad administrativa hasta ese momento; y, este acceso al expediente le permitió ejercer plenamente su derecho a la defensa, que no sólo le permitió presentar sus explicaciones conforme el mandato legal, sino que además le permitió advertir que quien completó la denuncia, a criterio del accionante no tenía tal calidad, lo que a su vez permitió que al accionante presentara su solicitud de archivo de la denuncia y nulidad de lo actuado, así se puede evidenciar del escrito de fojas 25 a 27 del expediente administrativo; es decir, el accionante ha ejercido de manera plena su derecho a la defensa dentro del procedimiento sancionador

administrativo, en ese entonces aún en fase de etapa preliminar; por ello el Tribunal desestima el argumento del accionante, relacionado con la vulneración del derecho al debido proceso en la garantía de la defensa”.

En tal razón, esta Intendencia considera que no existió vulneración del derecho constitucional al debido proceso, dado que PRODUBANCO pudo tener acceso a la documentación en ambos procedimientos, de esta manera las actuaciones realizadas por esta Autoridad se han dado en estricto apego de las garantías constitucionales y la normativa vigente.

VI. RESOLUCIÓN.-

En virtud de los antecedentes, por las consideraciones expuestas y de la potestad para resolver el presente recurso **RESUELVO:**

PRIMERO.- Negar el recurso de reposición presentado por el operador económico **Banco de la Producción S.A. PRODUBANCO**, en contra de la resolución de 16 de noviembre de 2020 expedida dentro del expediente No. SCPM-IGT-INICPD-016-2020 y en consecuencia, ratificar la resolución de marras.

SEGUNDO.- Se deja a salvo el derecho del operador económico PRODUBANCO a interponer los recursos que prevé el ordenamiento jurídico.

TERCERO.- Una vez que el presente acto administrativo haya causado estado, notifíquese la presente resolución a la Intendencia General Técnica y se proceda a la publicación de la presente resolución conforme lo dispuesto en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y su Reglamento.

CUARTO.- Continúe actuando como Secretario de Sustanciación dentro del presente expediente administrativo la abogada Nathally Sarmiento V.- **NOTIFÍQUESE.-**



Abg. Carlos Andrés Álvarez

**INTENDENTE NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE PRÁCTICAS
DESLEALES**