



EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-023-2019

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- D.M. Quito, 06 de febrero de 2020, 11h30.-

Comisionado Sustanciador: Marcelo Vargas Mendoza

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 31 de enero de 2020 se designó a la abogada Nathally Sarmiento secretaria Ad-hoc de la CRPI.
- [4] La Resolución expedida por la CRPI el 21 de enero de 2020 a las 16h40, mediante la cual se dispuso lo siguiente:

"(...)

TERCERO.- SOLICITAR al operador económico **BANCO DEL PACÍFICO** que, en el término de cinco (5) días, complete su solicitud de acuerdo de pago, incluyendo el otorgamiento de una garantía bancaria, en los términos del numeral 9 del artículo 59 del Instructivo.

(...)"

- [5] El escrito presentado por el operador **BANCO DEL PACÍFICO S.A.** (en adelante "**BANCO DEL PACÍFICO**"), ingresado en la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 29 de enero de 2020 a las 11h44, signado con ID No. 155597, mediante el cual adjunta como garantía bancaria una "CARTA DE GARANTIA" a favor de la SCPM por valor de USD \$ 91.068,35.

CONSIDERANDO

- [6] Que, los artículos 109 y 110 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante RLORCPM), establecen lo siguiente:

“Art. 109.- Propuesta de acuerdos de pago.- Según lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley, una vez notificado el importe de la multa impuesta por infracciones a la Ley, o el importe de subsanación en el caso de un compromiso de cese, el operador u operadores económicos responsables podrán solicitar a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado que se le concedan facilidades para el pago, para lo cual presentarán ante dicho órgano una propuesta de pago.

La petición deberá ser motivada y contendrá los siguientes requisitos:

- 1. Indicación clara y precisa de las multas o importe de subsanación respecto de las cuales se solicita facilidades para el pago;*
- 2. Razones económico operativas fundadas que impidan realizar el pago de contado;*
- 3. Oferta de pago inmediato no menor de un 40% del valor y la forma en que se pagará el saldo, dentro del plazo que se establece en el artículo 111 de este Reglamento.*

Art. 110.- Evaluación de la propuesta de acuerdos de pago.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, evaluará la propuesta de acuerdo de pago tomando en consideración el cumplimiento de los requisitos mencionados en el artículo precedente y el fundamento económico de su concesión.”

- [7] Que, el artículo 59 del del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM (en adelante “Instructivo”), establece los requisitos que deben cumplir las solicitudes de acuerdo de pago, así:

“Art. 59.- SOLICITUD DE FACILIDAD DE PAGO POR MULTAS IMPUESTAS.- La solicitud de facilidad de pago será propuesta ante la Comisión de Resolución de Primera Instancia por la parte sancionada dentro del término de tres (3) días contados desde el día siguiente a la notificación de la resolución que imponga la multa o de que el Superintendente haya resuelto el recurso de apelación interpuesto y serán ingresadas en la Secretaría General o a la que haga sus veces en las Intendencias Zonales, la que remitirá en el término de un (1) día a la Comisión.

De conformidad con lo previsto en los artículos 86 de la LORCPM y 109 del RLORCPM, una vez notificado el importe de la multa impuesta por infracciones a la Ley, el operador u operadores económicos responsables podrán solicitar a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado que se le concedan facilidades para el pago, para lo cual presentarán ante dicho órgano una propuesta de pago.

La solicitud de acuerdo de pago contendrá:

- 1. Autoridad competente: Comisión de Resolución de Primera Instancia.*
- 2. Lugar y fecha;*
- 3. Clase de solicitud: Acuerdo de pago de la multa impuesta;*
- 4. Nombres y apellidos completos del representante legal del operador económico solicitante;*



5. *Indicación clara y precisa de las multas respecto de las cuales se solicita facilidades para el pago;*
6. *Razones económico operativas técnicas que impidan realizar el pago de contado;*
7. *Oferta de pago inmediato que deberá ser de hasta un 40% pagadero en un plazo máximo de 30 días;*
8. *La forma o dividendos en que se pagará el saldo, dentro del plazo de hasta veinte y cuatro (24) meses que se establece en el artículo 111 del RLORCPM;*
9. *Otorgamiento de una garantía bancaria y de cobro inmediato por la diferencia del importe de la multa a favor de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, a fin de hacerla efectiva en el caso de incumplimiento del acuerdo de pago;*
10. *Casillero judicial, correo electrónico o el casillero electrónico de la SCPM; y,*
11. *La firma del representante del operador económico y de su abogado defensor, no procederá la petición si el Abogado lo hace a ruego del operador económico."*

[8] Que, el literal d) artículo 60 del Instructivo establece lo siguiente:

Art. 60.- PROCEDIMIENTO PARA CONCEDER LOS ACUERDOS DE FACILIDADES DE PAGO.

Para la concesión del acuerdo de pago por multas y por importe de subsanación del compromiso de cese, la CRPI observará el siguiente procedimiento a través del sistema digital:

(...)

d. Si la solicitud cumple con los requisitos legales de admisibilidad, la Comisión de Resolución de Primera Instancia resolverá aceptar o desestimar la propuesta en el término de quince (15) días.

(...)"

[9] Que, una vez la CRPI verificó que la solicitud de acuerdo de pago cumplió con todos los requisitos formales descritos en la normativa transcrita, procederá a realizar el análisis de fondo bajo las siguientes consideraciones:

1. **Viabilidad de la solicitud consistente en que el operador económico GEA ECUADOR S.A. (en adelante "GEA"), sea quien pague el monto de subsanación.**

[10] En la propuesta de compromiso de cese el **BANCO DEL PACÍFICO** indicó lo siguiente:

"(...)

...existe jurisprudencia que permite a un operador económico realizar el pago del monto de la subsanación de otro operador económico, cuando existe algún tipo de relación. En el presente caso, existe una relación contractual que estipula obligaciones claras para el operador económico Gea Ecuador S.A., respecto al pago de los valores emanado de una resolución.

En este sentido, nos permitimos solicitar respetuosamente que sus Autoridades consideren el precedente existente y autoricen el Acuerdo de Pago, conforme las razones económicas, operativas, técnicas que impiden realizar el pago de contado, que han sido expuestas en el presente acápite, y que el pago del monto de la subsanación sea efectuado por Gea Ecuador S.A.

(...)”

[11] El operador económico **BANCO DEL PACÍFICO** pretende que un tercero, el operador económico **GEA**, pague el monto de subsanación establecido por la CRPI mediante la Resolución de 13 de enero de 2020. Lo anterior jurídicamente no es posible, por lo siguiente:

- (i) La naturaleza de la figura del compromiso de cese no permite que se creen obligaciones en cabeza de terceros. Como se indicó en la Resolución de 13 de enero de 2019, la propuesta de compromiso de cese proviene de una manifestación libre y voluntaria de los operadores económicos, lo que trae efectos jurídicos de resarcimiento económico:

“La propuesta de compromiso de cese es la expresión libre y voluntaria de los operadores económicos que consideren que han cometido una conducta reprochable a la luz del derecho de la competencia, como opción para poner fin al procedimiento administrativo, o incluso antes de que este inicie. En ese escenario el presunto infractor debe manifestar explícitamente la voluntad de cesar las conductas atentatorias al régimen de libre competencia.

Aun cuando esta figura sugiere un arrepentimiento que ayuda a la administración a no emplear recursos para investigar al presunto infractor, se entiende que la conducta cometida ha tenido consecuencias en el mercado y, por ende, se debe establecer un resarcimiento económico como forma de subsanar los daños y perjuicios ocasionados”

Lo anterior quiere decir que, para activar la figura el operador arrepentido debe acudir a la SCPM y reconocer “de manera voluntaria” su conducta contraria a la LORCPM, así como asumir las consecuencias económicas que esto conlleve.

En consecuencia, el operador económico **BANCO DEL PACÍFICO** no puede pretender reconocer que ha vulnerado el ordenamiento jurídico sobre competencia, y al mismo tiempo solicitar que sea un tercero el que pague el importe de subsanación impuesto. La lógica del sistema simplemente no permite esto.

Resulta relevante transcribir el reconocimiento expreso que realizó el **BANCO DEL PACÍFICO** en el escrito de propuesta de compromiso de cese:



“QUINTA.- ACEPTACIÓN Y RECONOCIMIENTO EXPRESO DE LA CONDUCTA:

En mi calidad de Procurador Judicial del operador económico Banco del Pacífico S.A. y debidamente autorizado, acepto y reconozco que he infringido la siguiente norma legal y reglamentaria:

1. *Que he realizado la conducta determinada en el artículo 27 numeral 1 de la LORCPM, a partir del 25 de febrero de 2016 hasta el 30 de septiembre de 2019.”*

- (ii) El **BANCO DEL PACÍFICO** pretende amparar su solicitud en un contrato celebrado con **GEA**. Esto tampoco tiene sustento jurídico, ya que esto es un asunto entre privados que no podría generar efectos en el marco de una figura netamente voluntaria como el compromiso de cese.

El cumplimiento de las obligaciones del mencionado contrato debería discutirse en otro escenario y no en el marco de la figura del compromiso de cese. La SCPM no es competente para resolver una controversia sobre la posible interpretación de cláusulas contractuales, ni la determinación de obligaciones en el marco de dichas estipulaciones.

- (iii) El **BANCO DEL PACÍFICO** también pretende soportar su petición en supuestos precedentes emanados de la propia CRPI, lo que tampoco tiene sustento. Cita una resolución de 5 de diciembre de 2017, que de ninguna forma podría servir como precedente porque parte de otro supuesto de hecho completamente diferente.

En el mencionado asunto, el operador económico que presenta la propuesta de compromiso de cese es quien indica que asumirá el pago del importe de subsanación impuesto a otros operadores económicos, lo que es completamente diferente a lo que sucede en el presente caso, donde el operador que presenta la propuesta de compromiso de cese, **BANCO DEL PACÍFICO**, pretende que sea otro operador, **GEA**, el que pague su propia obligación y, además, sin mediar manifestación de este último.

[12] De conformidad con lo mencionado, la CRPI rechazará la solicitud planteada.

2. Análisis del fundamento económico para la concesión de un acuerdo de pago.

- [13] El **BANCO DEL PACÍFICO** solicitó el acuerdo de pago, bajo el entendido de que la CRPI autorizara que **GEA** pagara el importe de subsanación, así:

“(…)

En este sentido Gea Ecuador S.A., debe responder por el monto de subsanación fijado en la Resolución de 13 de enero de 2020, por lo que es importante señalar que dicha

empresa no posee la estructura y poder financiero para realizar el pago del monto de subsanación impuesta al Banco del Pacífico en un solo pago, por lo que es necesario solicitar el presente Acuerdo de Pago. Adicionalmente, GEA deberá también asumir el pago del monto de la subsanación de su propio Compromiso de Cese, lo cual dificulta aún más su liquidez financiera.

(...)” Subrayado y negrita por fuera del texto.

- [14] Que teniendo en cuenta que la CRPI no autorizará el pago del importe de subsanación por parte de GEA, los argumentos económicos que sustentan el acuerdo de pago quedarían sin soporte material.
- [15] Una vez consultada la página de la Superintendencia de Bancos en relación con la calificación de Riesgo de las instituciones financieras para el año 2019, se encontró que para el **BANCO DEL PACÍFICO** la calificación a marzo, junio y septiembre de 2019 fue de AAA¹, que significa lo siguiente:

“AAA.- La situación de la institución financiera es muy fuerte y tiene una sobresaliente trayectoria de rentabilidad, lo cual se refleja en una excelente reputación en el medio, muy buen acceso a sus mercados naturales de dinero y claras perspectivas de estabilidad. Si existe debilidad o vulnerabilidad en algún aspecto de las actividades de la institución, ésta se mitiga enteramente con las fortalezas de la organización;”² Subrayado y negrita por fuera del texto.

- [16] Como el obligado a pagar el importe de subsanación es uno de los bancos más sólidos y rentables del país, no tiene ningún asidero que se suscriba un acuerdo de 24 cuotas mensuales por valor de USD \$ 3.794,51. Además, el importe de subsanación ascendió a la suma de USD \$ 151.728,59., que claramente podría ser pagado totalmente y en una única cuota por un banco con las características anotadas.
- [17] De conformidad con lo anterior, la CRPI desestimaré la propuesta de acuerdo de pago presentada por el operador económico **BANCO DEL PACÍFICO**.

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

RESUELVE

PRIMERO.- AGREGAR al expediente el escrito y anexos presentados por el operador económico **BANCO DEL PACÍFICO** el 29 de enero de 2020, signados con el ID 155597.

SEGUNDO.- DESESTIMAR la propuesta de acuerdo de pago presentada por el operador **BANCO DEL PACÍFICO**, de conformidad con la parte motiva de la presente resolución.

¹ Datos tomados de <https://www.superbancos.gob.ec/bancos/calificacion-de-riesgo-instituciones-financieras-2019/>. Consultado el 05/02/2020.

² *Ibidem*.

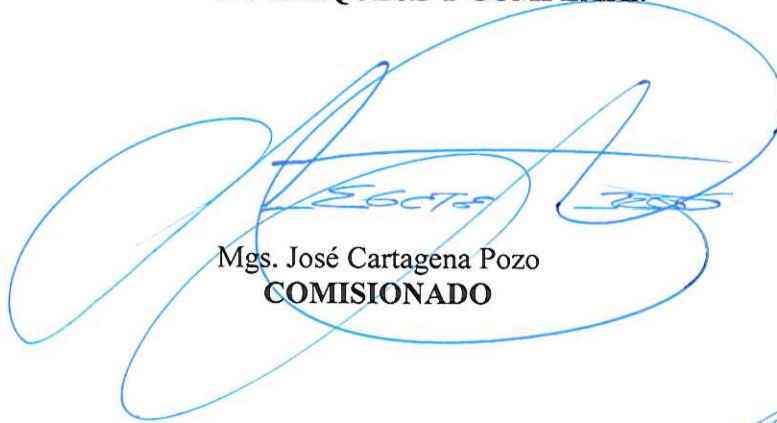


**Superintendencia
de Control del
Poder de Mercado**

TERCERO.- INDICAR que el operador **BANCO DEL PACÍFICO** debe cumplir la Resolución de 13 de enero de 2019.

CUARTO. - NOTIFICAR al operador económico **BANCO DEL PACÍFICO** y a la INICPD.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-



Mgs. José Cartagena Pozo
COMISIONADO



Mgs. Jaime Lara Izurieta
COMISIONADO



Mgs. Marcelo Vargas Mendoza
PRESIDENTE



