



- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Control del Poder de Mercado.
- **Órgano de origen:** Comisión de Resolución de Primera Instancia - CRPI
- **Expediente de origen:** SCPM-CRPI-001-2022
- **Expediente Apelación:** SCPM-INJ-11-2022
- **Apelante:** BANRED S.A.
- **Denunciante:** RED TRANSACCIONAL COOPERATIVA RTC
- **Denunciado:** BANRED S.A.

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO. - Quito, DM, 11 de agosto de 2022, a las 13h25.- **VISTOS.-** Doctor Danilo Sylva Pazmiño, en mi calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado, conforme la acción de personal No. SCPM-INAF-DNATH-328-2018 de 06 de noviembre de 2018, cuya copia certificada consta agregada al expediente; en conocimiento del recurso de apelación interpuesto por el señor José Xavier Espoz Marroquín, en calidad de Gerente General del operador económico BANRED S.A., en contra de la Resolución de 11 de mayo de 2022 a las 09h49, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia - CRPI, dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-001-2022; en uso de mis facultades legales, dispongo:

PRIMERO.- INCORPORACIÓN DOCUMENTAL.-

a) Agréguese al expediente el escrito presentado por la abogada María del Mar Peña, patrocinadora del operador económico BANRED S.A., presentado en la ventanilla virtual de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el 10 de agosto de 2022 a las 12h29 con número de trámite ID. 246973; b) Lo solicitado en el escrito que se agrega, se atenderá el presente resolución de ser procedente.

SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL.-

Verificada que ha sido la tramitación del expediente en esta instancia jerárquica, se desprende que la misma no adolece de vicios de procedimiento, ni se han omitido solemnidades sustanciales que puedan generar nulidad procesal; por lo que se declara la validez del mismo.

TERCERO. - LEGALIDAD DEL RECURSO. -

El señor José Xavier Espoz Marroquín, en calidad de Gerente General del operador económico BANRED S.A., mediante escrito ingresado en la ventanilla de la Secretaría General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado [en adelante SCPM], el 08 de junio de 2022 a las 16h58 con número de trámite ID. 239411, presentó recurso de apelación en contra de la Resolución de 11 de mayo de 2022 a las 09h49, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-001-2022.

Mediante providencia de 15 de junio de 2022, previo al análisis de admisibilidad del recurso se dispuso que el operador económico complete su recurso en el término de cinco (5) días; disposición que fue cumplida mediante escrito de 20 de junio de 2022 a las 16h38 con número de trámite ID. 240592.



En este contexto, con providencia de 24 de junio de 2022, a las 14h50, una vez que fue debidamente verificado que la impugnación y su complementación cumplió con los requisitos formales y sustanciales establecidos en el artículo 52 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM [IGPA], como son el principio de oportunidad, procedencia del recurso y debida fundamentación, se dispuso la admisión a trámite del recurso de apelación y su complementación.

CUARTO. - ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO.-

El acto que se impugna es la Resolución de 11 de mayo de 2022 a las 09h49, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-001-2022, que resolvió:

*“[...] PRIMERO.- DECLARAR que el operador económico **BANRED S.A.** cometió una falta muy grave al realizar actos de abuso de poder de mercado, de conformidad con los numerales 1, 7 y 15 del artículo 9 de la LORCPM, tal y como se analizó dentro de la parte motiva de la presente resolución.*

***SEGUNDO.- IMPONER** al operador económico **BANRED S.A.** la multa de **OCHENTA MIL TRESCIENTOS DOCE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA con 45/100 (USD. \$ 80.312,45)**, en aplicación del artículo 79 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y la Resolución 12 publicada en el Registro Oficial No. 887 de 22 de noviembre de 2016, mediante la cual se expidió la Metodología para la Determinación del Importe de Multas por Infracción a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado [...]*

***TERCERO.- ORDENAR** la siguiente medida correctiva para el cumplimiento por parte del operador económico **BANRED**:*

*Presentar ante la CRPI la suscripción y adhesión a su normativa interna un programa de compliance en competencia, a fin de capacitar a todos los cargos directivos del operador económico **BANRED** respecto al abuso de poder del mercado y la responsabilidad especial que tienen los operadores económicos que ostentan posición de dominio.*

Estas buenas prácticas que adoptará la empresa deberá considerar como herramienta de apoyo la “Guía de Compliance en Competencia” expedida por la SCPM en septiembre de 2021. El plazo para la implementación del programa será de seis meses contados a partir de la notificación con la presente resolución, luego de la cual la Intendencia emitirá el informe de seguimiento correspondiente [...].”

QUINTO. - PRETENSIÓN CONCRETA DEL RECURRENTE.-

El operador económico **BANRED S.A.**, en su escrito de apelación, apartado CUATRO, pretende:

“[...] se revoque y se deje sin efecto el citado acto administrativo, resolviendo las siguientes pretensiones, subsidiarias una de la otra:



- a. *Se declare caducada la facultad de la SCPM para sancionar por haberse notificado el Informe Final fuera del término de 180 días prorrogados por 180 adicionales.*
- b. *Se declare la violación del debido proceso y derecho a la defensa de BANRED por no haber sido notificada con la versión íntegra de la resolución apelada, y en consecuencia precluida la facultad para imponer sanciones.*
- c. *Se declare la violación del debido proceso al no haberse considerado a BANCO DEL AUSTRO como parte procesal ni posteriormente como tercero con interés, ni en la resolución de inicio de investigación ni en resolución de ampliación de la misma, lo cual tiene como consecuencia el archivo del presente caso.*
- d. *Se declare la inexistencia de infracción por no encontrarse RTC y BANCO DEL AUSTRO en condiciones equivalentes que permitan identificar un trato discriminatorio no justificado que tenga efectos nocivos para el mercado, ratificando el Estado de inocencia de BANRED.*
- e. *Se declare la inexistencia de infracción y ausencia de efectos nocivos para el mercado, pues el denunciante ha reconocido que las propuestas tarifarias sobre las que la CRPI basó su análisis nunca fueron aplicadas, careciendo de efectos en el mercado, y en consecuencia se ratifique el estado de inocencia de BANRED.*
- f. *Se declare la falta de motivación y consecuente ineficacia del cálculo del importe de la infracción realizado por la CRPI [...]”*

Pretensión por medio de la cual el recurrente solicita se deje sin efecto el acto administrativo emitido por la Comisión de Resolución de Primera Instancia el 11 de mayo de 2022 a las 09h49; el cual sanciona la infracción determinada, buscando la reversión del mismo.

En la forma de exposición del recurso de apelación que se atiende, la parte recurrente estructura su impugnación en el apartado tercero (“FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO”).

- a) Caducidad, preclusión y violación del procedimiento por vencimiento del plazo para la emisión del informe final en la etapa de investigación **(3.1)**;
- b) Violación del procedimiento, por falta de notificación con la versión íntegra de la resolución sancionatoria / preclusión para emitir la resolución **(3.2)**;
- c) Violación del procedimiento, por no haberse contado con el operador económico Banco del Austro como tercero con interés en la causa **(3.3)**;
- d) Ausencia de infracción: Banco del Austro y RTC no son iguales ni equivalentes, por lo que no existe adecuación de la conducta al tipo **(3.4)**;
- e) Ausencia de infracción y efectos / propuestas tarifarias **(3.5)**; y,
- f) Falta de motivación sobre el importe de la sanción **(3.6)**.

Los postulados en que el recurrente funda los seis puntos antes referidos y enmarca los elementos en los cuales recaerían los yerros del acto administrativo objeto de la apelación que se atiende, para fines de contexto y atención, serán citados en el apartado particular que los trate.



SEXTO. - PROBLEMA JURÍDICO A TRATARSE.-

Conforme la exposición del recurrente en el recurso de apelación, se establece como problema jurídico a tratarse, la determinación de validez del procedimiento administrativo en las etapas de investigación y resolución, para cuyo efecto -de la verdad procesal- se analizarán: el marco temporal del procedimiento; las etapas procesales del expediente administrativo; los elementos conductuales y/o de la infracción; y, la determinación de la sanción.

SÉPTIMO. - CONSTANCIA PROCESAL.-

De la revisión de los recaudos procesales constantes en el expediente administrativo objeto de análisis, así como del expediente en el que se sustancia el presente recurso, se destacan como principales constancias procesales las que se detallan:

a) Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICAPMAPR-003-2020 (Versión reservada):

Las constancias procesales que se anotan son las que se consideran relevantes para el presente análisis, lo que no quiere decir que no se haya revisado el expediente administrativo en su integridad:

1. Denuncia presentada por el Gerente General y representante legal del operador económico Red Transaccional Cooperativa S.A. RTC (RTC), el 21 de enero de 2020, con número de trámite ID. 154938, por el presunto cometimiento de conductas de abuso del poder de mercado, contenidas en los numerales 1, 2, 3, 4, 5, 7, 9, 10, 11, 14, 15 y 22 del artículo 9 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado;
2. Providencia, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas-INICAPMAPR- el 04 de febrero de 2020, en la cual se dispuso al denunciante que, en el término de tres (03) días, complete y aclare la denuncia;
3. Escrito de complementación de la denuncia de 07 de febrero de 2020, con número de trámite ID. 156403;
4. Providencia, emitida por la INICAPMAPR, el 13 de febrero de 2020, mediante la cual se dispone correr traslado al operador económico BANRED S.A., a fin de que en el término de quince (15) días presente las explicaciones correspondientes;
5. Escrito presentado por el operador económico BANRED S.A., el 09 de marzo de 2020, con número de trámite ID. 158875, mediante el cual presenta las correspondientes explicaciones;
6. Providencia de 16 de marzo de 2020, mediante la cual la INICAPMAPR dispuso, la suspensión de los plazos y términos, al amparo de la Resolución No. SCPM-DS-2020-14 de 16 de marzo de 2020;



7. Providencia de 08 de julio de 2020, con la cual la INICAPMAPR dispuso, levantar la suspensión de plazo y términos, conforme la Resolución No. SCPM-DS-2020-26, de 03 de julio de 2020;
8. Resolución de 09 de julio de 2020, mediante la cual la INICAPMAPR resolvió, el inicio de la investigación, en contra del operador económico BANRED S.A., por el presunto cometimiento de actos de abuso de poder de mercado, conforme el artículo 9, numerales 1, 2, 3, 4, 5, 7, 9, 14, 15 y 22 de la LORCPM;
9. Providencia de 13 de agosto de 2020, mediante la cual la INICAPMAPR dispuso, la suspensión de los plazos y términos, al amparo de la Resolución No. SCPM-DS-2020-31 de 12 de agosto de 2020;
10. Providencia de 27 de agosto de 2020, con la cual la INICAPMAPR dispuso, levantar la suspensión de plazo y términos, conforme la Resolución No. SCPM-DS-2020-32, de 26 de agosto de 2020;
11. Resolución de 15 de enero de 2021, mediante la cual la INICAPMAPR dispone prorrogar el plazo de duración de la investigación, a partir del 19 de enero de 2021;
12. Providencia de 23 de abril de 2021, mediante la cual la INICAPMAPR dispuso, la suspensión de los plazos y términos desde el lunes 26 de abril de 2021 hasta el jueves 20 de mayo de 2021, al amparo de la Resolución No. SCPM-DS-2020-14 de 22 de abril de 2021;
13. Informe de Resultados No. SCPM-INICAPMAPR-DNICAPM-2021-009, de 12 de agosto de 2021, elaborado por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado;
14. Auto de 12 de agosto de 2021, mediante el cual, la INICAPMAPR formula cargos en contra del operador económico BANRED S.A., como responsable del cometimiento de conductas de abuso de poder de mercado, acorde a lo determinado en los numerales 1, 7 y 15 del artículo 9 de la LORCPM;
15. Providencia de 06 de septiembre de 2021, en la que la INICAPMAPR, entre otros, dispone la apertura del término probatorio por sesenta (60) días, prorrogables por un término de treinta (30) días adicionales, de requerirse;
16. Providencia de 03 de diciembre de 2021, mediante la cual la INICAPMAPR dispuso, prorrogar el término probatorio, por treinta (30) días adicionales, contados a partir del fenecimiento del término de los sesenta (60) días iniciales;



17. Providencia de 20 de enero de 2022, en la cual la INICAPMAPR, informó que el término probatorio (incluida la prórroga) había concluido;

18. Informe Final No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-003, de 09 de febrero de 2022.

b) Expediente Administrativo SCPM-CRPI-001-2022 (versión reservada):

En la sustanciación del expediente de sanción, se anotan las actuaciones relevantes para el caso, sin que esto implique que no se revisó el expediente administrativo en su integridad:

1. Memorando SCPM-INICAPMAPR-DNICAPM-2022-015 de 09 de febrero de 2022, con el cual la INICAPMAPR, remite a la CRPI el Informe Final No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-003, así como otorga el acceso al Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICAPMAPR-003-2020;
2. Providencia de 14 de febrero de 2022 con la cual la CRPI avocó conocimiento del Informe Final No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-003 de 09 de febrero de 2022, y dispuso trasladar el mismo en su versión reservada, a los operadores económicos Red Transaccional Cooperativa S.A. RTC y BANRED S.A., a fin que, en el término de diez (10) días presenten sus alegaciones;
3. Escrito presentado por el operador económico BANRED S.A., el 02 de marzo de 2022 con número de trámite ID. 229170, con el cual el operador económico presentó sus alegatos;
4. Escrito presentado por el operador económico Red Transaccional Cooperativa S.A. RTC, de 02 de marzo de 2022 con número de trámite ID. 229178, con el cual el operador económico presentó sus alegatos;
5. Instalación de audiencia pública, celebrada el 24 de marzo de 2022, con la comparecencia de las partes;
6. Escrito presentado por el operador económico Red Transaccional Cooperativa S.A. RTC, el 04 de mayo de 2022, con número de trámite ID. 236397, mediante el cual, el denunciante desiste de la acusación presentada;
7. Resolución de 11 de mayo de 2022 emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-001-2022.

c) Expediente Administrativo SCPM-INJ-11-2022:

En la sustanciación del recurso de apelación, se deja constancia de actuaciones relevantes para el caso, sin que esto implique que no se estudió el proceso en su integridad:



1. Memorando SCPM-CRPI-2022-859 de 10 de junio de 2022, suscrito por la abogada Verónica Vaca, en calidad de Experto de Resolución en Primera Instancia de la Comisión de Resolución de Primera Instancia y anexos, con el cual pone en conocimiento, la providencia de 10 de junio de 2021;
2. Providencia de 15 de junio de 2022, por medio de la cual, esta autoridad avoca conocimiento del Recurso de Apelación y dispone que el recurrente que complete, el recurso de apelación interpuesto, acorde lo establecido en el numeral 2 del artículo 52 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM;
3. Escrito y anexo, suscrito por el señor José Xavier Espoz Marroquín, en calidad de Gerente General del operador económico BANRED S.A., de 20 de junio de 2022, con número de trámite ID. 240592, con el cual se completa el Recurso de Apelación;
4. Providencia de 24 de junio de 2022, por medio de la cual, esta autoridad admite a trámite el Recurso de Apelación y dispone su traslado al operador económico Red Transaccional Cooperativa S.A. RTC;
5. Razón de 04 de julio de 2022, sentada por la doctora Naraya Tobar, Secretaria de Sustanciación dentro del presente expediente administrativo, mediante la cual se certifica la celebración, por medio telemático de la Audiencia Pública, con la comparecencia de la representante del operador económico BANRED S.A.;
6. Providencia de 07 de julio de 2022, por medio de la cual, se dispone la elaboración de un informe técnico respecto de las alegaciones planteadas en el recurso de apelación, referentes a equivalencia, importe de sanción, efecto en el mercado derivado de las conductas identificadas por la Comisión de Resolución de Primera Instancia;
7. Informe Técnico No. SCPM-DS-022 de 20 de julio de 2022, suscrito por el economista Carl Pfistermeister Mora;
8. Providencia de 27 de julio de 2022, a las 08h50, por medio de la cual, se traslada a las partes, el Informe Técnico No. SCPM-DS-022 de 20 de julio de 2022;
9. Escrito del operador económico BANRED S.A., presentado en la ventanilla de la SCPM el 29 de julio de 2022 a las 13h40 con número de trámite ID. 246027;
10. Providencia de 02 de agosto de 2022, por medio de la cual, se corre traslado con el escrito presentado por el operador económico BANRED S.A con número de trámite ID. 246027 y se solicita al especialista técnico un informe ampliatorio a petición del apelante;
11. Informe No. SCPM-DS-024 de 04 de agosto de 2022, suscrito por el economista Carl Pfistermeister Mora;
12. Escrito presentado por el operador económico BANRED S.A., presentado en la ventanilla de la SCPM, el 10 de agosto de 2022 a las 12h29 con número de trámite ID. 246973.



OCTAVO. - MARCO NORMATIVO APLICABLE. -

Para el análisis del acto materia de la impugnación, es necesario considerar:

La **Constitución de la República del Ecuador** –CRE- reconoce los siguientes derechos y garantías:

“[...] Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”; “Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. [...] 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: [...] l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho [...] m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos”; “Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”; “Art. 173.- Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial”; “Art. 213.- Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano. Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley. [...]”; “Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley [...]”; “Art. 284.- La política económica tendrá los siguientes objetivos: 1. Asegurar una adecuada distribución del ingreso y de la riqueza nacional. [...]; 8. Propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes.”.

La **Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado** –LORCPM- manda:

“Art. 1.- Objeto.- El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los



consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible.”; “**Art. 2.-**[...] Están sometidos a las disposiciones de la presente Ley todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que las agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional. Las conductas o actuaciones en que incurriere un operador económico serán imputables a él y al operador que lo controla, cuando el comportamiento del primero ha sido determinado por el segundo. La presente ley incluye la regulación de las distorsiones de mercado originadas en restricciones geográficas y logísticas, así como también aquellas que resultan de las asimetrías productivas entre los operadores económicos. [...]”; “**Art. 3.-** Primacía de la realidad. - 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. La costumbre o la costumbre mercantil no podrán ser invocadas o aplicadas para exonerar o eximir las conductas contrarias a esta Ley o la responsabilidad del operador económico”; “**Art. 7.-** Poder de mercado.- Poder de mercado.- Es la capacidad de los operadores económicos para influir significativamente en el mercado. Dicha capacidad se puede alcanzar de manera individual o colectiva. Tienen poder de mercado u ostentan posición de dominio los operadores económicos que, por cualquier medio, sean capaces de actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes, proveedores, consumidores, usuarios, distribuidores u otros sujetos que participen en el mercado.”; “**Art. 9.-** Abuso de Poder de Mercado.- Constituye infracción a la presente Ley y está prohibido el abuso de poder de mercado. Se entenderá que se produce abuso de poder de mercado cuando uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general. En particular, las conductas que constituyen abuso de poder de mercado son: 1.- Las conductas de uno o varios operadores económicos que les permitan afectar, efectiva o potencialmente, la participación de otros competidores y la capacidad de entrada o expansión de estos últimos en un mercado relevante, a través de cualquier medio ajeno a su propia competitividad o eficiencia. [...] 7.- La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación de desventaja frente a otros. [...] 15.- La implementación de prácticas exclusorias o prácticas explotativas. [...]”; “**Art. 56.-** Inicio de investigación.- Vencido el término señalado en el artículo anterior, el órgano de sustanciación deberá pronunciarse sobre el inicio de la investigación en el término de diez días. Si estimare que existen presunciones de la existencia de alguna de las infracciones previstas en esta ley, mediante resolución motivada ordenará el inicio de la investigación, señalando el plazo de duración de la misma, plazo que podrá ser ampliado si fuere necesario [...]”; “**Art. 58.-** Término de excepciones.- Concluida la investigación, de haber mérito para proseguir el procedimiento, el órgano de sustanciación ordenará se notifique



con la denuncia y formulación de cargos al denunciado, a fin de que la conteste y deduzca excepciones en el término de quince días [...]”; **“Art. 67.- Recurso de Apelación o Jerárquico.-** *Los actos administrativos emitidos en virtud de la aplicación de esta Ley podrán ser elevados al Superintendente de Control de Poder de Mercado mediante recurso de apelación, que se presentará ante éste. También serán susceptibles de recurso de apelación actos administrativos en los que se niegue el recurso ordinario y horizontal de reposición [...]”;* **“DISPOSICIONES GENERALES. Primera. - Jerarquía. -** *[...] En lo no previsto en esta Ley se estará a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil, Código de Procedimiento Penal, Código de Comercio, Código Civil, Código Penal, Ley Orgánica de Servicio Público y las demás leyes y regulaciones aplicables.”*

El Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, RLORCPM, señala:

“Art. 4.- Criterio general de evaluación.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, para determinar el carácter restrictivo de las conductas y actuaciones de los operadores económicos, analizará su comportamiento caso por caso, evaluando si tales conductas y actuaciones, tienen por objeto o efecto, actual o potencialmente, impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o atentar contra la eficiencia económica, el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios”; **“Art. 62.- Resolución de inicio de investigación.-** *Vencido el término para que el presunto o presuntos responsables presenten explicaciones, si el órgano de investigación estimare que existen presunciones de la existencia de alguna de las infracciones previstas en la Ley, emitirá, en el término de diez (10) días, una resolución debidamente motivada en la que dará por iniciada la etapa de investigación y establecerá su plazo de duración que no podrá exceder de ciento ochenta (180) días, prorrogables hasta por ciento ochenta (180) días adicionales por una sola vez.[...]”; **“Art. 67.- Informe de resultados de la etapa de investigación.-** *Concluido el plazo de duración de la investigación, el órgano de investigación emitirá un informe sobre los resultados de la investigación realizada. En su informe propondrá, de ser el caso, las medidas correctivas y sanciones que a su criterio se deberían imponer”;* **“Art. 68.- Término de excepciones.-** *El órgano de investigación notificará al denunciante y al presunto responsable o responsables con el informe de resultados de la investigación. El órgano de investigación notificará con una copia de la denuncia y formulación de cargos a fin de que la conteste y deduzca excepciones en el término de quince (15) días. [...]”;* “*

El Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM (Resolución SCPM-DS-012-2017), prevé: **“Art. 10.- EMISIÓN Y NOTIFICACIÓN DEL INFORME DE RESULTADOS Y FORMULACIÓN DE CARGOS CORRESPONDIENTE.-** *Dentro del plazo de duración de la investigación, el órgano de investigación emitirá el informe de resultados, el que será motivado conforme el artículo 67 del RLORCPM, y podrá consistir en: a. FORMULACIÓN DE CARGOS: por existir presunciones razonables o indicios objetivos de responsabilidad del denunciado, en una conducta anticompetitiva; [...]”;* **“Art. 12 NOTIFICACIÓN DEL INFORME DE RESULTADOS.-** *La fase de investigación concluirá con la elaboración de un informe de*



resultados emitido por el Director correspondiente en el plazo de quince (15) días que decurrirá dentro del referido plazo de ciento ochenta (180) días, el cual se deberá entregar al Intendente, dando inicio a la fase cuatro (4) denominada de sustanciación. En esta fase de sustanciación se notificará al denunciante y denunciado con el informe de resultados para que éste último conteste y deduzca excepciones en el término de quince días [...]”.

NOVENO. - ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO DE LA APELACIÓN. -

Partiremos indicando que, conforme lo dispuesto en la Constitución de la República del Ecuador¹ -CRE-, las Superintendencias son organismos técnicos de vigilancia y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general.

El artículo 1 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), establece para el régimen de competencia ecuatoriano:

“El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado [...] buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible.”²

Es así como, por mandato expreso de la LORCPM se crea la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, como un organismo técnico de control, entre cuyas potestades legales consta la de sustanciar procedimientos administrativos -entre otros- para la investigación y de ser el caso sanción de conductas anticompetitivas (abuso de operadores económicos con poder de mercado), acorde los presupuestos normativos de tipo de la infracción previstos en la LORCPM.

El ámbito en el cual existe esta competencia lo dispone la ley, en el artículo 2, establece:

“[...] Están sometidos a las disposiciones de la presente Ley todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que las agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que

¹ CRE. - “Art. 213.- Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano. Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley. [...]”

² LORCPM.- “Art. 1.- Objeto.- El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible”



sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional. [...]”

Atendiendo al objeto y ámbito de aplicación de la LORCPM, por los cuales la SCPM debe salvaguardar la efectiva competencia en el mercado, mediante la prevención y prohibición de conductas anticompetitivas, efectuadas por operadores económicos que produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional; en concordancia con el criterio general de evaluación de las conductas contenido en el artículo 4³ del Reglamento para la aplicación de la LORCPM –RLORCPM-, se encuentra que los actos de abuso de poder de mercado, regulados en el artículo 9 de la LORCPM, más allá de contar con el requisito de calificación de “abusivos”, deben encontrarse cualificados para que resulten reprochables por la normativa, es decir, deben tener la aptitud para impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, atentar contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios.

Conforme lo establecido, de la revisión del escrito que contiene el recurso de apelación que se atiende, su aclaración y complementación, así como las alegaciones planteadas en la audiencia, y los escritos ingresados, y en atención al problema jurídico a tratarse, la impugnación será atendida con base al presupuesto planteado por el apelante observando el cumplimiento de parámetros técnicos y legales a fin de observar la validez del procedimiento de investigación y sanción, así como del acto administrativo de 11 de mayo de 2022, emitido por la Comisión de Resolución de Primera Instancia.

Con el fin de desarrollar los puntos marcados como problema jurídico a resolverse, impera la necesidad de revisar lo señalado por la CRPI en el acto administrativo (versión pública) que es materia de la impugnación:

“[...] [247] Conforme lo expuesto, la SCPM tiene la potestad de iniciar una investigación y sancionar de ser el caso, de oficio o a través de denuncia. En este sentido, en correspondencia con uno de los objetivos fundamentales de la SCPM que es el evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de los operadores económicos con poder de mercado, la CRPI considera que el desistimiento de la denuncia no pone fin a este procedimiento administrativo sancionatorio, por lo que debe emitirse el correspondiente acto administrativo.

[...]

[258] A lo largo del expediente y del informe final se ha dejado establecido y ha sido aceptado por las partes que la etapa de investigación preliminar feneció el 12 de agosto de 2021. Conforme establece el Reglamento de aplicación de la Ley y el Instructivo de

³ RLORCPM.- “Art. 4.- Criterio general de evaluación.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, para determinar el carácter restrictivo de las conductas y actuaciones de los operadores económicos, analizará su comportamiento caso por caso, evaluando si tales conductas y actuaciones, tienen por objeto o efecto, actual o potencialmente, impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o atentar contra la eficiencia económica, el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios.”



Gestión Procesal, esta etapa de investigación preliminar, dentro del procedimiento, concluye con la emisión del informe de resultados por parte de la Dirección correspondiente.

[259] Ni la ley, ni el reglamento, ni el instructivo, establecen que la etapa de investigación preliminar culmina al momento de notificar el informe de resultados. Sino más bien establecen que la etapa de investigación preliminar FINALIZA con la emisión del informe de resultados, y una vez emitido dicho informe debe ser notificado a las partes, y se lo debe hacer de manera conjunta con la formulación de cargos.

[260] Es así que, mal haríamos en interpretar las normas legales y reglamentarias estableciendo que es la notificación del informe y no la emisión del mismo la que pone fin a la etapa de investigación, cuando el instructivo de manera expresa señala que es la emisión del informe de resultados el hecho que concluye la etapa de investigación. En el presente caso el informe de investigación fue emitido en el día ciento ochenta (180), prorrogado, de la investigación, y es con su emisión que fenece la etapa de investigación, dentro de los plazos establecidos por la norma.

[261] Conforme establecen los artículos 68 del reglamento de aplicación y el 10 del instructivo el Intendente correspondiente notificará a las partes con el informe de resultados de la investigación y la correspondiente formulación de cargos. Esta notificación se realiza de manera posterior a la finalización de la etapa de investigación preliminar y da el inicio de una nueva etapa dentro del procedimiento.

[262] Además la Resolución de Formulación de Cargos, y el Informe de resultados de la investigación preliminar deben ser notificados conforme las disposiciones del Código Orgánico Administrativo, al ser esta una norma supletoria. En este sentido el artículo 173 del Código Orgánico Administrativo, respecto de las notificaciones de los actos administrativos se realizarán en un término máximo de tres (3) días a partir de la fecha en la que se los dictó. Por lo tanto, la notificación realizada el día 13 de agosto de 2021, se encuentra conforme a Derecho.

[...] 12.4.4 Resolución No. 012 de 23 de septiembre de 2016, publicada en el Registro Oficial No. 887 de 22 de noviembre de 2016, expedida por la Junta de Regulación a la LORCPM

[...]

[374] El Informe No. SP-2016-009, se considera como un elemento interpretativo esencial de la Resolución No. 012 de 23 de septiembre de 2016, publicada en el Registro Oficial No. 887 de 22 de noviembre de 2016.

[375] El Informe No. SP-2016-009 define la metodología mencionada en el párrafo anterior, estableciendo un procedimiento de cálculo en concordancia con lo determinado tanto en la LORCPM como en el RLORCPM.



[...]

[439] Finalmente, cabe señalar que para el presente caso la aplicabilidad de las técnicas cuantitativas establecidas en la Resolución 011 de la Junta de Regulación se ve limitada, toda vez que estas metodologías no consideran las particularidades de los mercados bilaterales, esto es, permiten explicar los cambios en la demanda provocados por variaciones en ciertos factores, como el precio propio, pero no toman en cuenta los efectos indirectos de red en sus distintas dimensiones. [...]

[...]

12.5.1.2.1 Cuota de Mercado

[...]

[492] Para determinar la cuota de mercado, y considerando la naturaleza del mercado relevante, en el cual existe bilateralidad, para analizar la participación en el mercado se consideró a las transacciones interbancarias como factor principal.

[...]

12.5.1.2.2 Otros indicadores que reflejan la importancia de BANRED

[497] Considerando los servicios que brindan los operadores económicos que participan en el mercado relevante parte de los indicadores que deben ser analizados en la presente resolución son el número de cajeros automáticos (ATM) afiliados a las redes de estos operadores económicos.

[...]

[498] Conforme la información que consta en el expediente y que se representa en el siguiente gráfico, el % de los cajeros automáticos pertenecen a los miembros adquirentes de BANRED, lo cual, aunado a su cuota de mercado le otorga una mayor relevancia para el sector donde realiza sus actividades, pues tanto los clientes como los competidores necesitan conectarse a los mismos, con la finalidad de obtener una mayor cobertura al momento de brindar sus servicios:

[...]

[499] Con la finalidad de complementar el análisis, otro indicador que permite establecer la relevancia de BANRED dentro del mercado, y por tanto su poder en éste, información que consta en el expediente del presente procedimiento administrativo, son los ingresos que han reportado las partes respecto de las tarifas por transacciones y membresías. Al realizar la revisión de los datos se logra determinar que BANRED entre el año 2017 y 2020 posee ingresos superiores al 65%, en tanto que la competencia no supera el 33% [...]



[...]

12.5.1.3.1 Infracción al numeral 1 del artículo 9 de la LORCPM

[...]

[550] De lo establecido en el numeral 1 del artículo 9 de la LORCPM, la conducta sancionada es aquella conducta que potencialmente afecte a la expansión de los competidores en el mercado relevante, a través de cualquier medio, si este medio es ajeno a la propia competitividad o eficiencia. Es decir, no es necesario que la conducta haya afectado ya la expansión en el mercado, sino que esa afectación pudiere limitar la expansión en el mercado, o bien, que su implementación derive inevitablemente en limitar la expansión o devenga en la salida del competidor del mercado.

[...]

[553] Conforme consta en el expediente, BANRED y RTC mantuvieron una relación contractual a partir del 16 de octubre de 2014, cuya vigencia sería de 5 años, es decir finalizaría el 15 de octubre de 2019.

[554] El objeto del contrato era interconectar sus redes, con el propósito de permitir a los clientes/tarjetahabientes de las entidades miembros de cada una, utilizar los cajeros automáticos de ambas redes.

[...]

[561] La propuesta presentada por BANRED en el año 2019 con la modificación de la cláusula quinta, implicaba un incremento en el valor de las tarifas en un 688,6% respecto del convenio suscrito en el año 2014.

[...]

12.5.1.3.1.1.2 Conducta que permita un cierre anticompetitivo

[564] Para determinar si las propuestas realizadas para la suscripción de un nuevo convenio resultaban en conductas que pudieran afectar, incluso potencialmente, la participación de RTC en el mercado relevante, se realizó un análisis de las mismas.

[...]

[570] Un posible escenario de las propuestas emitidas durante esta negociación, sería la negativa a la aceptación de las propuestas planteadas por BANRED, lo cual en el caso más extremo, el efecto inmediato sería la desconexión de estas dos redes. En este supuesto, pese a que RTC pudiese continuar ofertando los servicios de cajeros automáticos en su propia red debido a los efectos indirectos de red, su expansión en el mercado se vería notablemente disminuida; ya que, no existiría una interconexión con los cajeros que forman parte de la red de BANRED o los cajeros que están



interconectados entre BANCO DEL AUSTRO y BANRED, lo cual no sería atractivo para la captación de futuros usuarios, como ha venido sucediendo hasta el momento. Uno de los pilares en la captación de usuarios por parte de RTC, es justamente la interconexión que ésta tiene con BANRED.

[571] El otro escenario, es la aceptación de la oferta por parte de BANRED, mediante la cual se traslade el costo adicional a sus usuarios, como lo ha planteado BANRED. Sobre este punto, el alza de costos a los usuarios de RTC, así como la necesidad del mercado podría provocar una migración de los clientes de RTC hacia sus competidores ya sea hacia el propio BANRED o BANCO DEL AUSTRO. Lo que significaría finalmente, que como resultado de la propuesta presentada por un operador dominante, se logre potencialmente, afectar la expansión del operador RTC en el mercado relevante determinado, e incluso excluirlo del mismo.

12.5.1.3.1.1.3 Conducta ajena a la eficiencia o méritos del operador económico

[572] BANRED en su escrito de explicaciones señaló que el incremento de los costos responde a que, pese a que los costos fijos se mantienen estables y son relativamente bajos, los costos directos se han incrementado en un 24% y los costos de apoyo en un 64%, [...]

[573] Los costos relativos al servicio de cajeros automáticos ATMs y aquellos servicios relacionados con estos, se señala que también se incrementaron, los costos de proceso de apoyo en un 34% y los costos directos en un 54%.

[...]

[574] Además de señalar que se han incrementado los pagos por concepto de impuestos, siendo un 100,15% el pago del impuesto a la renta y un 97% el pago de otro tipo de impuestos.

[575] Conforme lo señalado en el Informe Final No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-003 de 09 de febrero de 2022, y el análisis relacionado respecto de los costos, se debe destacar los siguientes puntos:

[576] Primero, que el incremento total de los costos de BANRED, en donde se incluyen todos los servicios que presta a sus distintos clientes (ATMs, corresponsales no bancarios, cobros y pagos, enlaces de comunicaciones, ocasionales no transaccionales, membrecías, pos stand-in, desarrollo de proyectos clientes y billetera móvil), no es un indicador adecuado que permita justificar el incremento de tarifas por el servicio de red interbancaria de cajeros automáticos en la modalidad Back-end, sobretudo porque la relación comercial entre RTC y BANRED, tanto de 2014 como la posible relación comercial futura, limita esta relación a la interconexión de sus redes interbancarias de cajeros automáticos, “[...] permitiendo que los clientes/tarjetahabientes de las entidades financieras miembros de la RED-RTC puedan utilizar los cajeros automáticos de la RED,



y viceversa”⁶⁷, mas no se menciona los otros servicios. Entonces, mal haría BANRED en trasladar los incrementos en los costos de los demás servicios que presta a un operar (sic) que no requiere, ni es beneficiario de todos estos servicios.

[577] Segundo, el incremento del pago de impuestos, con énfasis en el impuesto a la renta, responde a la totalidad de ingresos gravados del sujeto pasivo, en este sentido, carece de justificación el incluirlos como incremento solo para uno de los servicios que brinda, y que afecta a un solo operador económico, que además es su competidor.

[578] Tercero, respecto de los costos relacionados con los servicios de los cajeros automáticos, que son la base de la relación comercial entre BANRED y RTC, podemos señalar que efectivamente los costos de apoyo se han incrementado en un 34,23% y que los costos indirectos en un 54%, sin embargo, los costos fijos y los costos indirectos propios del proceso operativo, han disminuido en un 75% y 45% respectivamente.

[579] Cuarto, respecto del año 2014 en comparación con el año 2019, los costos totales del servicio de la red interbancaria de cajeros automáticos se han incrementado en un 21,3%; sin embargo, las nuevas tarifas propuestas por BANRED a RTC son mucho más elevadas que ese porcentaje.

[...]

[580] Quinto, en relación con los incrementos en los costos por tarifas transaccionales (costo total ATMs Back-end), fue del 19% entre el año 2014 y 2019.

[581] Sexto, se pretende que RTC pague a BANRED costos relacionados con membresías, pese a que no todos los miembros de BANRED, cancelan el valor de las membresías y que los costos que cubren esta tarifa, tales como implementaciones tecnológicas, mejoras, licencias, etc., sean cubiertas únicamente por los miembros que no son accionistas de BANRED.

[582] En relación con las inversiones realizadas por BANRED tanto en infraestructura como en renovación de licencias (valores superiores a los USD \$) se observa que las mismas podrían justificar únicamente en parte los incrementos realizados a las tarifas de RTC, más aun cuando se conoce que los ingresos de BANRED por concepto de membresías no provienen de todos sus miembros.

[583] Séptimo, si bien se reconoce la importancia del valor intangible de la red interbancaria de cajeros automáticos que maneja BANRED, así como también el incremento de ATMs de sus miembros adquirientes y miembros emisores, lo cual genera mayor valor agregado volviendo a la red más atractiva para las instituciones del sistema financiero nacional; en sí, esta importancia de la red y los efectos indirectos de red que genera una red de gran tamaño, es un elemento importante que ha sido considerado en el análisis de poder de mercado de BANRED; sin embargo, el valor del intangible de la red no es considerada por BANRED como uno de los principales elementos para el



incremento de los precios en la negociación, como sí lo es la renovación de licenciamientos que soportan su estructura.

[584] En este sentido, si bien, para la futura contratación existió un proceso en el que se realizaron propuestas y contrapropuestas, las dos propuestas realizadas por BANRED a RTCCOONECTA, se encontraban directamente ligadas a condiciones económicas que contenían un incremento superior al % en relación al contrato firmado en el año 2014.

[...]

12.5.1.3.2 Infracción al numeral 7 del artículo 9 de la LORCPM

[...]

[591] A continuación se analizarán algunos elementos que permitan la comparación entre los operadores económicos, RTC y BANCO DEL AUSTRO:

- *Los operadores económicos RTC y BANCO DEL AUSTRO, al igual que BANRED operan como sistemas auxiliares de pago autorizados por el Banco Central del Ecuador para el servicio de compensación de cajeros automáticos.*
- *Los operadores económicos RTC y BANCO DEL AUSTRO son considerados ante BANRED como sub-redes por cuanto ofrecen el servicio de interconexión a otros participantes del Sistema Financiero Nacional, en calidad de miembros directos como adquirentes y emisores, es decir, el servicio que presta BANRED hacia las dos sub redes es la misma.*
- *El operador RTC aglutina entre sus miembros a 62 operadores del Sistema Financiero Nacional; la mayoría son del segmento que corresponde a la economía popular y solidaria.*
- *El operador económico BANCO DEL AUSTRO aglutina entre sus miembros a operadores del Sistema Financiero Nacional; la mayoría son del segmento que corresponde a la economía popular y solidaria.*

[...]

- *La modalidad en la que operan los operadores económicos RTC y BANCO DEL AUSTRO frente BANRED es la modalidad Back - end;*
- *La relación contractual mantenida entre BANRED y BANCO DEL AUSTRO data del año 2007 mientras que la relación contractual mantenida entre BANRED y RTC data del año 2014.*

[592] De lo expuesto se desprende que dichos operadores son totalmente comparables para los fines que persigue la investigación según fue señalado. Corresponde por lo tanto, conocer las condiciones contractuales y tarifarias entre BANRED-AUSTRO dado que las condiciones con RTC ya han sido expuestas anteriormente.

12.5.1.3.2.1 Conducta imputable al operador económico dominante



[593] Tanto BANCO DEL AUSTRO como RTC-COONECTA han tenido una relación comercial con BANRED previo al que se ha determinado como mercado relevante temporal y durante el mismo, esto es en el período comprendido entre el 11 de julio de 2019 hasta el 19 de febrero de 2020.

[...]

[599] Si observamos detenidamente en paralelo la relación contractual sostenida por BANRED- RTC vs BANRED- BANCO DEL AUSTRO, en el período 2014 – 2019, sabremos que los rubros asumidos por RTC no se alinearon a las tarifas aplicadas por BANRED a BANCO DEL AUSTRO lo que es posible notar en varios rubros de la prestación del servicio a un operador y a otro, a saber, es así que podemos señalarlas siguiente diferencias:

- *Primero, el valor de afiliación de la sub- red a BANRED, en el caso del BANCO DEL AUSTRO fue de USD mientras que a RTC fue de USD , rubro cobrado por una sola vez al BANCO DEL AUSTRO considerando como inicio de su relación comercial el año 2008, aun cuando en el año 2017 se suscribió un nuevo contrato. En la propuesta enviada por BANRED en el año 2019 RTC-COONECTA, se prevé un nuevo pago por concepto de afiliación de USD \$. Es decir, en un inicio se cobró a RTC USD \$, más que al BANCO DEL AUSTRO, y se proponía que RTC realice este pago al suscribir un nuevo contrato, pese a que al BANCO DEL AUSTRO no se le solicitó dicho pago.*
- *Segundo, montos de las membresías anuales. BANCO DEL AUSTRO debía pagar una membresía anual por un monto de USD \$ por cada año mientras dure la relación comercial. RTC inició su relación contractual con BANRED asumiendo un valor de membresía anual de USD \$, y en la propuesta de 2019, este monto se elevó a USD \$.*
- *Tercero, existen diferencias sustanciales entre la aplicación de tablas por costos de procesamiento transaccional.*

[600] Por lo tanto, el comportamiento del operador económico BANRED vuelve inconsistente su tesis de necesidad de la aplicación de nuevas tarifas por incremento de costos, dado que el reemplazo del contrato con el BANCO DEL AUSTRO se origina precisamente cuando el Directorio de BANRED ya se encontraba en conocimiento de las nuevas tarifas que sí fueron propuestas a RTC y no al BANCO DEL AUSTRO con un incremento de más del % globalmente. Además, se distingue la voluntad de BANRED por mantener la relación con BANCO DEL AUSTRO, sosteniendo las mismas condiciones que se habían prorrogado hasta el 02 de junio de 2021, cuando el contrato suscrito en el 2017 (año de incremento de tarifas) estaba vigente hasta el 04 de enero de 2019.

[601] Hasta aquí ha sido posible identificar un comportamiento con vicios discriminatorios hacia RTC y un elemento probatorio del porqué no tiene sentido la tesis



de BANRED al argumentar que éste debe incrementar tarifas por el incremento de costos y que dichas tarifas incrementadas solo se intenten aplicar a un único operador económico; y no a otro, que para BANRED cumple exactamente el mismo rol.

[602] De la documentación contenida en el expediente y sistematizada tanto en los informes de la INICAPMAPR, así como analizada en la presente resolución, se evidencia que BANRED estableció condiciones distintas para brindar el servicio de red interbancaria de cajeros automáticos dentro del territorio nacional a las dos subredes que son sus clientes, y no justificó las razones por las cuales se realizó esta discriminación, que tuvo como resultado que RTC tenga condiciones económicas menos favorables para la adquisición del servicio que brinda BANRED.

[...]

12.5.1.3.3 Infracción al numeral 15 del artículo 9 de la LORCPM

[...]

[608] En el mismo sentido, BANRED establece condiciones distintas para sus dos subredes, pues las condiciones económicas aplicables a cada uno de ellos, durante el mercado relevante temporal, son desiguales. Se ha observado como ya se lo ha mencionado, marcadas diferencias respecto del comportamiento del operador económico denunciado a quienes presta el mismo servicio de interconexión (RTC y BANCO DEL AUSTRO).

[609] La implementación de las condiciones desiguales se corrobora de la información que consta en el expediente, pues la decisión adoptada por el Directorio de BANRED en enero de 2017 de incrementar las tarifas de los servicios prestados a las subredes, no fue considerada al momento de la renovación del contrato realizada en el año 2019 con el BANCO DEL AUSTRO, con quien se mantenían condiciones económicas menos onerosas a las implementadas en el contrato suscrito en el año 2014 con RTC, y que además son inferiores a las fijadas por el Directorio de BANRED en 2017. Hecho que marcó la desigualdad de condiciones entre los operadores económicos RTC y BANCO DEL AUSTRO.

[...]

13 DECLARACIÓN DE LA EXISTENCIA DE INFRACCIÓN

[654] Teniendo en cuenta el análisis realizado en la presente resolución y atendiendo al acervo probatorio que obra en el presente expediente, la Comisión de Resolución de Primera Instancia declara que el operador económico BANRED realizó prácticas de abuso de poder de mercado sobre el operador económico RTC dentro del mercado relevante de servicio de red interbancaria de cajeros automáticos a nivel nacional,



durante el periodo comprendido entre el 11 de julio de 2019 hasta el 19 de febrero de 2020, a través de la aplicación de:

i. Conductas que permiten afectar potencialmente la capacidad de expansión del operador económico competidor RTC, por medios ajenos a la competitividad o eficiencia de BANRED.

ii. Condiciones desiguales para el operador económico RTC en comparación con el operador económico BANCO DEL AUSTRO, a pesar de que se trataba de prestaciones equivalentes.

iii. Prácticas exclusorias como cláusula general en los convenios de interconexión a la red de cajeros automáticos de BANRED.

[655] Actos que se enmarcan en lo establecido en los numerales 1, 7 y 15 de artículo 9 de la LORCPM, siendo prohibidos y sancionados de conformidad con lo previsto en los artículos 78 y 79 del mismo cuerpo legal, en concordancia con los artículos 4 y 6 del RLORCPM

[...]

14 DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

[656] Una vez que se ha demostrado la responsabilidad del operador económico BANRED la determinación de la multa correspondiente se basará en lo dispuesto en la LORCPM y la Resolución No. 012 de la Junta de Regulación de la LORCPM.

14.1 Metodología de cálculo para la determinación de la multa de conformidad con la Resolución No. 012

[...]

14.2.1 Naturaleza de la Infracción

[...]

[664] Conforme el análisis desarrollado en la presente resolución, en la que se evidencia la alta cuota de participación que posee el infractor y la configuración de un mercado altamente concentrado, elementos que posibilitan actuar con prescindencia de la competencia, así como la importancia que el acceso al servicio representa para las ISF demandantes y los consumidores finales, la CRPI encuentra que las infracciones cometidas por el operador económico BANRED son de naturaleza muy grave, de conformidad con lo previsto en el literal b, numeral 3 del artículo 78 de la LORCPM.

14.2.2 Duración de la infracción

[...]



[667] De la revisión de los medios probatorios, se ha comprobado que las negociaciones entre RTC y BANRED, para la renovación del contrato de acceso a la red interbancaria iniciaron el 11 de julio de 2019, fecha en la que BANRED solicitó⁹⁷ mediante el Oficio No. GG-0229-2019 al operador económico RTC que manifieste su intención de iniciar con la renovación del convenio de conexión inter redes de cajeros automáticos, anticipando que el mismo se acogería a las tarifas vigentes al momento.

[668] De igual forma, se ha constatado que el proceso de negociación fue interrumpido por la emisión de la Resolución del pleno de la CRPI el 19 de febrero de 2020 a las 16h30 en el Expediente No. SCPM-CRPI-004-202098, mediante la cual se concedió las medidas preventivas solicitadas por RTC⁹⁹ en su denuncia.

[669] Acorde a lo señalado, la infracción se extendió por un espacio de siete meses y ocho días (223 días), en consecuencia le corresponde un factor de duración¹⁰⁰ de la conducta equivalente a 1.

días), en consecuencia le corresponde un factor de duración¹⁰⁰ de la conducta equivalente a 1.

14.2.3 Volumen de negocios en el mercado relevante

[670] El factor de volumen de negocios en el mercado relevante ha sido calculado por parte de la INICAPMAPR de acuerdo con la información de los ingresos por el servicio de red interbancaria de cajeros automáticos dentro del territorio nacional por parte de BANRED. El monto al año 2020 asciende a un total de USD. \$.

[671] en el presente caso, no se ha conseguido acceder a la información pertinente, pues al momento nos encontramos a inicio del año 2022 y tanto los operadores económicos como el Servicio de Rentas Internas no disponen de la información adecuada y tampoco fechas aproximadas para su disponibilidad,

[...]

14.2.4 Cálculo de la dimensión del mercado afectado

[...]

[676] Frente a este esquema corresponde evaluar el volumen total del mercado afectado, como la sumatoria del volumen de negocios del mercado relevante de todos los operadores económicos que participan en dicho mercado, valor que indudablemente será superior al percentil 95 de ventas de la economía, considerando que, acorde al punto anterior, el volumen de negocios del operador económico BANRED supera dicho umbral, posicionándose en el último rango, sin que sea necesario agregar las ventas del resto de operadores para concluir con certeza que el factor de dimensión (η_i) es de 1 para el presente caso.



14.5 Beneficio derivado de la conducta anticompetitiva

[...]

[684] *En este sentido resulta importante analizar el monto de beneficios económicos que BANRED habría derivado del cometimiento de las conductas anticompetitivas, para ello la CRPI mediante providencia emitida el 13 de abril de 2022 a las 09h17, dispuso solicitar a la INICAPMAPR que, en el marco de una actuación complementaria presente un estudio respecto a la cuantificación de los beneficios obtenidos como resultado de la supuesta conducta contraria a la Ley. En atención a lo solicitado la Intendencia presentó mediante Memorando No. SCPM-IGT-INICAPMAPR- 2022-094 de 29 de abril de 2022, trámite signado con Id. 236142, el informe que contiene el análisis de los beneficios, su extracto confidencial y los anexos correspondientes.*

[685] *Es preciso destacar que los beneficios obtenidos por el operador económico BANRED deben atribuirse a las conductas que dicha empresa habría realizado en el mercado, es decir, corresponden a abuso de poder de mercado mediante la implementación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes entre RTC y BANCO DEL AUSTRO; así como de prácticas exclusorias, como cláusula general.*

[...]

RESUELVE

PRIMERO.- DECLARAR que el operador económico **BANRED S.A.** cometió una falta muy grave al realizar actos de abuso de poder de mercado, de conformidad con los numerales 1, 7 y 15 del artículo 9 de la LORCPM, tal y como se analizó dentro de la parte motiva de la presente resolución.

SEGUNDO.- IMPONER al operador económico **BANRED S.A.** la multa de **OCHENTA MIL TRESCIENTOS DOCE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA con 45/100 (USD. \$ 80.312,45)**, en aplicación del artículo 79 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y la Resolución 12 publicada en el Registro Oficial No. 887 de 22 de noviembre de 2016, mediante la cual se expidió la Metodología para la Determinación del Importe de Multas por Infracción a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado [...]

TERCERO.- ORDENAR la siguiente medida correctiva para el cumplimiento por parte del operador económico **BANRED**:

Presentar ante la CRPI la suscripción y adhesión a su normativa interna un programa de compliance en competencia, a fin de capacitar a todos los cargos directivos del operador económico BANRED respecto al abuso de poder del mercado y la responsabilidad especial que tienen los operadores económicos que ostentan posición de dominio.



Estas buenas prácticas que adoptará la empresa deberá considerar como herramienta de apoyo la “Guía de Compliance en Competencia” expedida por la SCPM en septiembre de 2021. El plazo para la implementación del programa será de seis meses contados a partir de la notificación con la presente resolución, luego de la cual la Intendencia emitirá el informe de seguimiento correspondiente [...]”

Revisada que ha sido la Resolución de 11 de mayo de 2022, materia de la impugnación, así como las constancias procesales tanto del expediente de investigación, como del expediente de resolución y en consideración a los puntos de análisis marcados por el apelante en el libelo de su impugnación, el problema jurídico será estudiado en tres secciones: a) Del procedimiento administrativo; b) De la infracción anticompetitiva; y, c) De la sanción y su motivación.

9.1 Del procedimiento administrativo.-

9.1.1 Línea normativo-temporal del procedimiento administrativo.-

En la especie, la causa inició por denuncia presentada por el operador económico Red Transaccional Cooperativa S.A. RTC, en consecuencia, el expediente administrativo se sustanció conforme lo determinado en los artículos 54 y siguientes de la LORCPM, 57 y siguientes del RALORCPM, así como del artículo 8 y demás del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM; normado conforme sigue:

El artículo 53⁴ de la LORCPM determina que el proceso de investigación puede iniciar de tres formas, de oficio, a petición de otro órgano de la administración pública, o por denuncia; en este último caso el procedimiento establecido es:

- i. De recibida la denuncia, el órgano de sustanciación debe verificar que se reúnan los requisitos señalados en el artículo 54⁵ de la LORCPM; de no encontrarse cumplido la intendencia correspondiente concederá el termino de tres (3) días para el efecto, con lo cual

⁴ LORCPM.- “Art. 53.- Inicio.- El procedimiento se iniciará de oficio, a solicitud de otro órgano de la Administración Pública, por denuncia formulada por el agraviado, o por cualquier persona natural o jurídica, pública o privada que demuestre un interés legítimo. Para el caso de entidades del Sistema Financiero Nacional, desde el inicio del procedimiento de investigación deberá contarse con la Superintendencia de Bancos y la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, en sus ámbitos.”

⁵ LORCPM.- “Art. 54.- Contenido de la denuncia.- La denuncia deberá contener: a) El nombre y domicilio del denunciante; b) Identificación de los presuntos responsables; c) Una descripción detallada de la conducta denunciada, indicando el período aproximado de su duración o inminencia; d) La relación de los involucrados con la conducta denunciada; e) Los datos de identificación de los involucrados conocidos por el denunciante, incluyendo entre otros sus domicilios, números de teléfono y direcciones de correo electrónico, si las tuvieran y, de ser el caso, los datos de identificación de sus representantes legales; la falta de uno o más requisitos del presente literal no invalida la denuncia; f) Las características de los bienes o servicios objeto de la conducta denunciada, así como de los bienes o servicios afectados; y, g) Los elementos de prueba que razonablemente tenga a su alcance el denunciante.”



se correrá traslado a los presuntos responsables para que presenten explicaciones en el término de quince (15) días⁶;

- ii. Vencidos los quince (15) días término para que los denunciados presenten explicaciones, la intendencia a cargo, deberá pronunciarse en el término de diez (10) días, decidiendo de forma motivada el inicio de la investigación o en su defecto el archivo de la denuncia. De iniciarse el proceso este durará el plazo de ciento ochenta (180) días, prorrogables por un plazo igual⁷;
- iii. Una vez fenecido el plazo de investigación (incluida su prórroga) y de definir su prosecución, se deberá correr traslado a los denunciados con la denuncia y la formulación de cargos, a fin de que se presenten excepciones dentro del término de quince (15) días⁸, concluido el mismo se abrirá el término de prueba por sesenta (60) días, prorrogables por treinta (30) días, concluido el cual se contará con el término de diez (10) días para presentar alegatos⁹; y,
- iv. Concluida la etapa de investigación, el inicio de la etapa de resolución o sancionatoria, tiene una duración de 90 días plazo, contados desde que se efectúe la audiencia que establece la Ley o desde que concluya el término de prueba, según sea el caso¹⁰.

El procedimiento que se ha seguido, es el establecido de manera general en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, el cual se ve cumplido en el proceso de

⁶ LORCPM.- “Art. 55.- Calificación de la denuncia.- Una vez recibida la denuncia, el órgano de sustanciación verificará que la misma reúna los requisitos establecidos en el artículo anterior. Si la denuncia no cumpliere los requisitos de ley, se otorgará al denunciante el término de tres días para que la aclare o complete. Si no lo hiciere dentro del término señalado, sin más trámite se ordenará su archivo. Si la denuncia cumple los requisitos establecidos en el artículo anterior, o si es aclarada o completada por el denunciante, en el término de tres días (3 días) el órgano de sustanciación correrá traslado al presunto o presuntos responsables con la denuncia para que presenten explicaciones en el término de quince (15) días. Presentada la denuncia y con anterioridad a la resolución de inicio del procedimiento, el órgano de sustanciación podrá realizar actuaciones previas con el fin de reunir información o identificar indicios razonables de la existencia de infracciones a esta Ley.”

⁷ LORCPM.- “Art. 56.- Inicio de investigación.- Vencido el término señalado en el artículo anterior, el órgano de sustanciación deberá pronunciarse sobre el inicio de la investigación en el término de diez días. Si estimare que existen presunciones de la existencia de alguna de las infracciones previstas en esta ley, mediante resolución motivada ordenará el inicio de la investigación, señalando el plazo de duración de la misma, plazo que podrá ser ampliado si fuere necesario [...]”

⁸ LORCPM.- “Art. 58.- Término de excepciones.- Concluida la investigación, de haber mérito para proseguir el procedimiento, el órgano de sustanciación ordenará se notifique con la denuncia y formulación de cargos al denunciado, a fin de que la conteste y deduzca excepciones en el término de quince días. Si el denunciado no contestare la denuncia en el término previsto en este artículo, el procedimiento continuará en rebeldía. Durante el procedimiento el denunciado tendrá derecho a acceder y solicitar copias de todas las actuaciones del expediente.”

⁹ LORCPM.- “Art. 59.- Término de prueba.- El órgano de sustanciación ordenará la apertura del término probatorio de sesenta (60) días, prorrogables por hasta un término de treinta (30) días adicionales, a criterio de la autoridad. Una vez concluido el término de prueba, las partes podrán presentar alegatos en el término de diez (10) días.”

¹⁰ LORCPM.- “Art. 61.- Una vez efectuada la audiencia o concluido el término de prueba, el órgano de resolución de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado dictará resolución debidamente motivada en un plazo máximo de noventa (90) días.”



investigación sustanciada por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas –INICAPMAPR-.

9.1.2.- Alegaciones contra el procedimiento administrativo:

Dentro del apartado tercero del recurso de apelación que se atiende, el operador económico BANRED S.A., sustenta respecto a la presunta violación del procedimiento: Caducidad y preclusión (3.1); Notificación censurada del acto administrativo sancionatorio y preclusión (3.2); y, Ausencia de vinculación y/o ampliación de la resolución de inicio de un tercero interesado (3.3).

“[...] 3.1. CADUCIDAD, PRECLUSIÓN Y VIOLACIÓN DEL PROCEDIMIENTO POR VENCIMIENTO DEL PLAZO PARA LA EMISIÓN DEL INFORME FINAL.

*Señor Superintendente, en el presente caso ni la INICAPMAPR (ver pág. 161/216 versión no confidencial del Informe Final notificada a BANRED) ni la CRPI (Párr. 255 y ss. versión no confidencial para operadores) controvierten la afirmación de BANRED respecto a que **la notificación** de la resolución de FORMULACIÓN DE CARGOS fue efectuada el 13 de agosto de 2021, **habiendo sido emitida** el 12 de agosto de 2021, a las 17h14, cuando el plazo de 180 días de prórroga de la etapa de investigación venció el 12 de agosto de 2021.*

BANRED ha sostenido que la notificación debía hacerse dentro del plazo de 180 días prorrogado por 180 adicionales, y que al no hacerlo la etapa procedimental precluyó, caducando la facultad investigativa de la SCPM, es decir, no podía continuar con el trámite del expediente.

[...]

Asimismo, en una circunstancia análoga, la Corte Nacional de Justicia ha establecido como precedente jurisprudencial obligatorio mediante resolución 012-2021 respecto al vencimiento de un término para emitir informes, lo siguiente:

*Art. 1.- Declarar como **precedente jurisprudencial obligatorio**, el siguiente punto de derecho: El plazo de ciento ochenta días previsto en el artículo 56 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado es un plazo fatal, de acatamiento obligatorio, que establece la caducidad de la competencia para que la Contraloría General del Estado determine la responsabilidad civil culposa que ha predeterminado; **por lo que expedir resoluciones fuera de ese tiempo, vicia de nulidad el procedimiento y el consecuente acto administrativo.***

*En el presente caso, al haberse **notificado** a BANRED con la versión no confidencial - pues nunca fue notificada la versión íntegra- luego de vencido el plazo de 180 días, la etapa procesal precluyó y operó la caducidad de pleno derecho, por lo que no se podía continuar con la tramitación del expediente [...]” (énfasis añadido).*



Es de referir que dicha alegación fue analizada por la CRPI en su resolución de 11 de mayo de 2022, en cuyo acápite 7 realizó un estudio de la normativa aplicable en función de la verdad procesal obrante en el expediente de investigación; y en lo principal consideró:

[256] El artículo 62 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, de manera expresa señala “(...) si el órgano de investigación estimare que existen presunciones de la existencia de alguna de las infracciones previstas en la Ley, emitirá, en el término de diez (10) días, una resolución debidamente motivada en la que dará por iniciada la etapa de investigación y establecerá su plazo de duración que no podrá exceder de ciento ochenta (180) días, prorrogables hasta por ciento ochenta (180) días adicionales por una sola vez”. Este artículo, además, debe leerse de manera complementaria con el artículo 67 del mismo reglamento, el cual establece, “Concluido el plazo de duración de la investigación, el órgano de investigación emitirá un informe sobre los resultados de la investigación. El órgano de investigación notificará con una copia de la denuncia y formulación de cargos a fin de que la conteste y deduzca excepciones en el término de quince (15) días.”

[257] El artículo 9 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado señala, “(...) El plazo de la etapa de investigación durará ciento ochenta (180) días, y podrá ser prorrogado por el plazo de ciento ochenta (180) días adicionales a criterio del órgano investigativo competente; dicha prórroga deberá comunicarse a la Intendencia General Técnica. Esta etapa concluirá con la elaboración de un informe de resultados emitido por la Dirección correspondiente dentro del plazo de duración de la misma, el cual se remitirá al Intendente competente.”

[258] A lo largo del expediente y del informe final se ha dejado establecido y ha sido aceptado por las partes que la etapa de investigación preliminar feneció el 12 de agosto de 2021. Conforme establece el Reglamento de aplicación de la Ley y el Instructivo de Gestión Procesal, esta etapa de investigación preliminar, dentro del procedimiento, concluye con la emisión del informe de resultados por parte de la Dirección correspondiente.

[259] Ni la ley, ni el reglamento, ni el instructivo, establecen que la etapa de investigación preliminar culmina al momento de notificar el informe de resultados. Sino más bien establecen que la etapa de investigación preliminar FINALIZA con la emisión del informe de resultados, y una vez emitido dicho informe debe ser notificado a las partes, y se lo debe hacer de manera conjunta con la formulación de cargos.

[260] Es así que, mal haríamos en interpretar las normas legales y reglamentarias estableciendo que es la notificación del informe y no la emisión del mismo la que pone fin a la etapa de investigación, cuando el instructivo de manera expresa señala que es la emisión del informe de resultados el hecho que concluye la etapa de investigación. En el presente caso el informe de investigación fue emitido en el día ciento ochenta (180), prorrogado, de la investigación, y es con su emisión que fenece la etapa de investigación, dentro de los plazos establecidos por la norma.



[261] Conforme establecen los artículos 68 del reglamento de aplicación y el 10 del instructivo el Intendente correspondiente notificará a las partes con el informe de resultados de la investigación y la correspondiente formulación de cargos. Esta notificación se realiza de manera posterior a la finalización de la etapa de investigación preliminar y da el inicio de una nueva etapa dentro del procedimiento.

[262] Además la Resolución de Formulación de Cargos, y el Informe de resultados de la investigación preliminar deben ser notificados conforme las disposiciones del Código Orgánico Administrativo, al ser esta una norma supletoria. En este sentido el artículo 173 del Código Orgánico Administrativo, respecto de las notificaciones de los actos administrativos se realizarán en un término máximo de tres (3) días a partir de la fecha en la que se los dictó. Por lo tanto, la notificación realizada el día 13 de agosto de 2021, se encuentra conforme a Derecho.”

A fin de tratar esta alegación, bastará atenderla en su carácter literal, cuando el recurrente sustenta la oportunidad de las figuras de preclusión y caducidad, por la notificación de la formulación de cargos, tomando como referente, resoluciones administrativas de archivo emitidas por la SPCM y un precedente jurisprudencial obligatorio de la Corte Nacional de Justicia.

Revisadas las bases de ambos sustentos a esta alegación, se encuentra que el fondo recae en la **expedición** de actuaciones (actos administrativos y/o actos de simple administración) en etapas del procedimiento distintas a la que contiene la expedición de formulación de cargos; empero el propio recurrente refiere a la diligencia de **notificación** y no a la de expedición de la actuación; tal es el caso que, el propio recurrente al fundamentar su alegación en la Resolución de 012-2021 de la Corte Nacional de Justicia, enfatiza: “[...] **por lo que expedir resoluciones fuera de ese tiempo, vicia de nulidad el procedimiento y el consecuente acto administrativo.**”

Si se entiende que la falta de expedición de una actuación administrativa demandada por norma no se cumple dentro del tiempo que esta ordena, sin lugar a dudas –según sea del caso- abran operado las figuras de preclusión y/o caducidad. Ahora bien, el propio recurrente reconoce que la actuación administrativa, esto es la formulación de cargos, ha sido **emitida** dentro del tiempo procedimental exigido por norma, y que es la acción de **notificación** la que se realizó al día siguiente, razón por la cual, concordando con el análisis de la CRPI, esta autoridad no encuentra que la alegación de caducidad y preclusión sea procedente.

“[...] 3.2. VIOLACIÓN DEL PROCEDIMIENTO POR NO SER NOTIFICADOS CON LA VERSIÓN ÍNTEGRA DE LA RESOLUCIÓN SANCIONATORIA. CONSECUENCIA: PRECLUSIÓN DEL TÉRMINO PARA EMITIRLA.

En subsidio del argumento anterior, solicitamos se considere que al no haberse notificado la versión íntegra de la resolución sancionatoria, se ha vulnerado el derecho a la defensa y debido proceso de BANRED.

BANRED ha dejado claro que hasta la fecha no ha sido notificado con la versión íntegra, no censurada y confidencial de la resolución por la que se le sanciona, a pesar de haberlo solicitado. Ha recibido dos versiones no confidenciales, una el 12 de mayo de 2022 y una el 16 de mayo de 2022.



[...] la CRPI rechazó el pedido de BANRED de ser notificado con la versión íntegra de la resolución sancionatoria aduciendo razones de confidencialidad. Sin embargo, BANRED es parte procesal y es además el operador económico sobre quien pesa la investigación y la sanción, por lo que tiene derecho a acceder a TODAS las actuaciones procesales, incluso las confidenciales, más aún, en el caso de una resolución sancionatoria.

[...]Por lo expuesto, se han vulnerado los derechos de BANRED al no notificarle con la resolución íntegra. La versión no confidencial carece de valor jurídico, por lo que en estricto derecho debe tenerse por no efectuada la notificación con la resolución [...]"

Para atender esta alegación, indudablemente recurriremos a la interpretación literal del artículo 76 (letra d, numeral 7) de la Constitución de la República del Ecuador –CRE- y –por concordancia- la de los artículos 58 de la LORCPM y 65 del RALORCPM; sin embargo, para su aplicación se requiere un análisis de la rama del Derecho a la que pertenece el expediente administrativo, el objeto de la Ley Orgánica que lo norma, y la naturaleza/contenido de información respecto de la cual se declara su confidencialidad.

El fundamento de la declaratoria de la confidencialidad de la documentación que obra en un expediente (de oficio o a petición de parte) radica en que los interesados en el procedimiento (partes procesales) pueden acceder a la información contenida en el mismo, conforme manda la norma del artículo 76.7.d de la CRE, pero este conocimiento de la información total (incluida la confidencial), puede afectar a terceros (ej. Competidores, proveedores) o puede otorgar ventaja anticompetitivas a algún operador económico. La regla general es el acceso total, la excepción viene dada por la facultad de acceso, en principio, ilimitado, frente al cual debe tenerse en cuenta que determinada información puede y debe ser confidencial solamente en relación al contenido de la misma, por lo que, al proceder a su valoración, habrá que determinar la necesidad de confidencialidad (no solo si es/debe ser confidencial, sino también frente a quién lo es).

En el proceso de valoración, deben ponderarse tanto la protección de los secretos de la empresa (o del rol de ejercicio de mercado) como también otros factores tales como perjuicios irreparables a terceros, hayan sido o no parte el procedimiento, como, por ejemplo, los clientes y competidores del operador involucrado. Teniendo por norte que, cualquier información directamente relacionada con la actividad económica de un agente económico cuya divulgación pudiera causarle un perjuicio grave al mismo y –en consecuencia- al mercado, esta información se acogerá al principio de confidencialidad para las partes, entregándoseles todos los documentos y actuaciones del procedimiento, pero con la censura del caso.

De la revisión de la verdad procesal del expediente administrativo SCPM-CRPI-001-2022, y conforme acepta el recurrente, se puede evidenciar que la administración notificó entregando una versión censurada que no le merma valor jurídico. Se podrá observar que la regla general de acceso a todos los elementos del procedimiento, tiene un límite claro: la confidencialidad. De esta institución, se puede entender que existe pertinencia de reserva, cuando la información que se censura corresponde a los dos operadores económicos que compiten con BANRED S.A.; con la agravante de que este operador cuenta con cuotas de mercado casi monopólicas, ocasionando que el conocimiento de información de sus competidores, pueda excluirlos o generar perjuicios al mercado o el bienestar general, al ser subredes del mismo.



Para fundamentar lo anterior, se debe exponer que en el caso C-310/93 P, BPB Industries Pie, el Tribunal de Justicia, ya indicó que es válido el no entregar información confidencial a las partes, como podría ocurrir en el caso de desclasificar y entregar la información de los competidores de BANRED. El fallo indicado, expuso:

“[...] 17 En el apartado 33, el Tribunal de Primera Instancia declaró:

«De este examen se desprende que las demandantes no pueden censurar que la Comisión no les pusiera de manifiesto algunos documentos puramente internos, respecto de los cuales el Tribunal de Primera Instancia ha declarado anteriormente que no tienen que ser dados a conocer. Idéntica solución debe adoptarse en relación con la correspondencia intercambiada con los Estados miembros. Lo mismo sucede con los estudios y documentos publicados. La misma solución vale para los informes de investigaciones, la respuesta a una solicitud de información dirigida por la Comisión o determinada correspondencia intercambiada con terceras empresas, respecto de los cuales la Comisión pudo legítimamente negarse a que se pusieran de manifiesto basándose en su carácter confidencial. En efecto, una empresa destinataria de un pliego de cargos que ocupa una posición dominante en el mercado puede, por ello, tomar represalias contra una empresa competidora, un proveedor o un cliente que ha colaborado en la investigación llevada a cabo por la Comisión. Por último, por el mismo motivo, las demandantes no pueden sostener que, indebidamente, la denuncia presentada a la Comisión con arreglo al artículo 3 del Reglamento n° 17 se puso a su disposición sólo de manera parcial (documentos 1 a 233). En consecuencia, la negativa de la Comisión a dar a conocer estos documentos a las demandantes no puede afectar a la legalidad de la Decisión.» [...]

[...]

27 Por lo tanto, el Tribunal de Primera Instancia consideró acertadamente que la Comisión podía negarse a poner dichos documentos de manifiesto basándose en su carácter confidencial.¹¹[...]” (Énfasis añadido)

De lo anterior, se puede comprender que, el administrado sólo puede tener acceso a los datos confidenciales que sean estrictamente necesarios para el ejercicio de su derecho de defensa; ergo, la condición de parte no justifica un acceso a determinada información privada, aun cuando conste en el mismo expediente en que se tramita una gestión que concierne tanto a una como a otra empresa. En tal medida, esta alegación se desacredita por ausencia de pertinencia.

“[...] 3.3. VIOLACIÓN DEL PROCEDIMIENTO AL NO HABERSE CONTADO CON BANCO DEL AUSTRO COMO TERCERO CON INTERÉS.

BANRED considera que se ha vulnerado el debido proceso al no contarse con BANCO DEL AUSTRO como tercero interesado, inobservando el procedimiento previsto en el literal d) del art. 62 del RLORCPM así como el tercer párrafo del art. 66.

¹¹ C-310/93 P, BPB Industries pie, sociedad inglesa, con domicilio social en Slough (Reino Unido), y British Gypsum Ltd, sociedad inglesa, con domicilio social en Nottingham (Reino Unido)



[...] Sin embargo, la resolución sancionatoria así como el Informe Final en el que se basó, se centran en un supuesto trato discriminatorio que favorecería a la Red AUSTRO de BANCO DEL AUSTRO [...]

Lo curioso de esta resolución es que el supuesto “beneficiario” de un trato discriminatorio, AUSTRO, no fue incorporado al expediente como un tercero interesado, pues en ningún momento se resolvió ampliar la resolución de inicio de investigación, no se le requirió explicaciones, ni peor aún se le formuló cargos.

Esto vicia todo lo actuado, tal como esta Superintendencia ha resuelto en el caso del Resolución Expediente de Apelación SCPM-IIAPMAPR-001-2016-A0037-2017-DS. En dicho caso, se declaró la nulidad de todo lo actuado por pretenderse sancionar a HOLCIM ECUADOR y CONSTRUMERCADO S.A., por un supuesto trato más favorable a esta última como distribuidora, indicándose claramente que no se había “notificado en ninguna fase del proceso a CONSTRUMERCADO S.A. a fin de que éste pueda ejercer su derecho a la defensa, inclusive se ha formulado cargos sólo al apelante”, tal como ocurrió en este caso.

[...]

Como su Autoridad sabrá apreciar, en la Resolución de Inicio de Investigación no se identificó a BANCO DEL AUSTRO ni como presunto responsable ni como parte interesada. Tampoco se hizo en dicha resolución una relación económica ni probatoria de indicios sobre tal supuesto.

[...]

Pero más importante aún es que en ningún punto de la Resolución de inicio de investigación se identifica a BANCO DEL AUSTRO como un TERCERO INTERESADO, cosa que era obligatoria conforme el literal d) del art. 62 del RLORCPM en concordancia con el tercer párrafo del art. 66 del mismo Reglamento.

[...]

Es por esto que si la INICAPMAPR identificaba elementos relativos a una supuesta discriminación a favor de la red de BANCO DEL AUSTRO y en detrimento de COONECTA, debía a) incluirlo en la resolución de inicio de investigación, cosa que no ocurrió, o en su defecto b) emitir una resolución de ampliación en el que se incluya a BANCO DEL AUSTRO, sea como parte, o sea como tercero interesado.

[...]

La oportunidad procesal para incluir a tal tercero ya precluyó.

[...]

Si BANCO DEL AUSTRO hubiese sido identificado como parte, habría tenido oportunidad de presentar explicaciones, para lo que existe un procedimiento específico



en la ley y su reglamento. Si BANCO DEL AUSTRO hubiese sido identificado como tercero interesado, habría tenido acceso al expediente e incluso hubiese tenido derecho a guardar silencio sobre consultas y requerimientos hechos por la INICAPMAPR, a los que ha respondido sin conocer del alcance de su involucramiento en el caso.

Por tanto, se han violado los derechos constitucionales de BANCO DEL AUSTRO y a su vez los de BANRED.

La consecuencia jurídica de esta circunstancia es que la SCPM debe revocar la decisión de la CRPI por ser vulneradora de derechos y del procedimiento aplicable, archivar el presente caso y -si considera tener elementos respecto de una conducta supuestamente discriminatoria- dejar a salvo su facultad de iniciar un expediente de oficio en el que se respete el derecho de terceros y de BANRED [...]” (énfasis original se ha suprimido)

Para valorar el mérito y pertinencia de esta alegación, bastará acreditar la naturaleza de las conductas identificadas por la CRPI como cometidas por el apelante: abuso de poder de mercado.

Sabiéndose que las conductas anticompetitivas de abuso de posición de dominio pueden –por elemento categórico o circunstancia objetiva- solo recaer sobre quien lo ostenta, se tendrá claro que vincular al procedimiento administrativo a un operador que –conforme se evidencia del mercado relevante determinado en el acto administrativo- no despliega poder, y por tanto no podrá considerársele presunto responsable, resulta ilógico. La calidad de “nuevos interesados” evidentemente responderá a la conducta que se trate en el expediente administrativo sancionatorio, y siendo que se trata de aquellas tipificadas en el artículo 9 de la LORCPM, y que la administración en ningún momento ha mencionado que para la determinación del poder de mercado de BANRED S.A., se ha considerado la participación en el mercado a través de personas vinculadas, sino el atribuible directamente como agente, resulta inoportuno profundizar sobre la viabilidad de la alegación de vincular al procedimiento a Banco del Austro. Por tanto, para las conductas sancionadas en el expediente administrativo en análisis, este último no tiene legitimación, sea en calidad de autor o de tercero con interés.

Sin embargo de lo anterior, se refuerza el argumento de improcedencia, cuando el fondo decisonal del Expediente Administrativo SCPM-IIAPMAPR-001-2016-A0037-2017-DS, que cita el recurrente para ejemplificar la necesidad de vinculación al procedimiento, recae sobre dos operadores económicos que actuaron en calidad de responsables, y que la resolución del caso de referencia, de 18 de enero de 2018 a las 10h00, declara “*la nulidad de todo lo actuado [...] disponiéndose expresamente se cuente en el proceso de investigación con el operador económico CONSTRUMERCADO S.A. [...]”* por operar a través de este último el operador económico HOLCIM ECUADOR, por la conducta de venta atada injustificada.¹² En suma, no siendo casos análogos, y no existiendo una configuración conductual similar, esta alegación se toma por inoportuna.

¹² Véase <https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2020/12/SCPM-IIAPMAPR-001-2016-A0037-2017-DS.pdf>



9.2.- De la infracción anticompetitiva:

9.2.1.- Alegaciones contra la infracción sancionada:

Dentro del apartado tercero del recurso de apelación que se atiende, el operador económico BANRED S.A., sustenta respecto a la presunta ausencia de la infracción anticompetitiva: Inadecuación de la conducta al tipo (3.4); y, ausencia de efectos (3.5)

“[...] 3.4. AUSENCIA DE INFRACCIÓN: AUSTRO Y RTC NO SON IGUALES NI EQUIVALENTES, POR LO QUE NO EXISTE ADECUACIÓN DE LA CONDUCTA AL TIPO.

La INICAPMAPR y la Resolución de la CRPI de la que apelamos en esencia plantean que ha existido un trato diferenciado entre dos competidores equivalentes que serían RTC y BANCO DEL AUSTRO, comparando las tarifas pagadas por uno y otro, versus la propuesta de renovación planteada por BANRED a RTC.

Sin embargo, no se ha considerado que BANCO DEL AUSTRO no es equivalente a RTC.

BANCO DEL AUSTRO es una institución financiera miembro de BANRED que es dueña de sus propios cajeros y que conecta los mismos a la red de BANRED, y que adicionalmente a ello tiene sub-miembros que se conectan a BANRED por medio del switch de BANCO DEL AUSTRO. Por su parte, RTC no es una institución financiera y no posee por ende cajeros propios, lo cual ha admitido expresamente en el expediente; es decir, todos sus cajeros pertenecen a submiembros que se conectan a BANRED por intermedio de RTC.

[...]

Esto demuestra que las condiciones de BANCO DEL AUSTRO como subred no son las mismas ni son equivalentes a las de RTC. La resolución apelada se ha limitado a comparar el número total de cajeros, sin considerar cuáles son efectivamente un servicio que da AUSTRO a otras entidades como sub-miembros y cuales (sic) son sus cajeros propios como entidad financiera.

Además, demuestra que, si se quiere hacer una comparación entre BANCO DEL AUSTRO como subred y RTC como subred, debe compararse solamente los cajeros de sub-miembros o participantes indirectos [...]

Se aprecia claramente que, como Sub Red, en todos los años, RTC tiene entre 4,2 y 6,8 veces el tamaño de la red de AUSTRO.

Por esto, no puede hablarse de la existencia de CONDICIONES EQUIVALENTES, requisito sine qua non para la procedencia de la conducta acusada.

Esto nos lleva al siguiente punto que demuestra la inexistencia de un trato diferenciado, pues si se considera el tamaño de ambas subredes, el trato es plenamente equitativo e incluso resultaría ser más favorable a RTC [...]



De esta forma, no existe posibilidad alguna de “trato discriminatorio” o “desfavorable” como conducta anticompetitiva si, en principio, no existen condiciones equivalentes [...]”

Empezaremos por enunciar que, el recurrente centra la valoración de equivalencia en razón del tamaño de los operadores económicos RTC y BANCO DEL AUSTRO; sin embargo, para valorar esta alegación, se debe evaluar todo el aspecto conductual, por lo que se aunará con la siguiente alegación conductual, para tratárselas en un mismo apartado.

“[...] 3.5. AUSENCIA DE INFRACCIÓN Y AUSENCIA DE EFECTOS: RTC HA RECONOCIDO QUE BANRED NO APLICÓ LAS PROPUESTAS TARIFARIAS ENVIADAS.

[...] el denunciante ha reconocido la ausencia de efectos de la conducta denunciada, al no haberse aplicado.

[...]

Con esto se ratifica lo que BANRED ha sostenido durante todo este procedimiento: las propuestas en una negociación comercial no son conductas susceptibles de sanción, pues no tienen efectos en el mercado, no son una “conducta económica”

[...]

La ausencia de efectos en el mercado tiene varias consecuencias que no han sido consideradas, en particular:

- 1. Si no hay conducta en el mercado, no hay infracción.*
- 2. Si se considera que existe una conducta, la misma no tiene efectos en el mercado.*
- 3. Si es que existe conducta pero no tiene efectos, no es sancionable por sus efectos sino quizás por su objeto, sin embargo aquello no está motivado.*
- 4. Si es que se concluye que a pesar de esto la conducta es sancionable por su objeto, la metodología de cálculo de importe de sanción debe reflejar que no existen efectos en el mercado, por lo que las variables de afectación deben calcularse en cero.*

Ahondando en esto, la resolución de la CRPI declara la existencia de la infracción a través de lo siguiente:

- i. Conductas que permiten afectar potencialmente la capacidad de expansión del operador económico competidor **RTC**, por medios ajenos a la competitividad o eficiencia de **BANRED**.*
- ii. Condiciones desiguales para el operador económico **RTC** en comparación con el operador económico **BANCO DEL AUSTRO**, a pesar de que se trataba de prestaciones equivalentes.*
- iii. Practicas exclusorias como cláusula general en los convenios de interconexión a la red de cajeros automáticos de **BANRED**.”*



Sobre la primera, se asume que la conducta sería el envío de las propuestas precontractuales; se reconoce que se sanciona solamente su potencialidad sobre la capacidad de expansión de un competidor, sin embargo no se motiva que la conducta sea sancionada “por su objeto”.

Sobre la segunda, la aplicación de condiciones desiguales no admite potencialidad, debería haberse aplicado la conducta discriminatoria para poder ser sancionable. Tampoco se explica que sea sancionada “por su objeto”, peor aún, cuando el supuesto beneficiario del discrimen (AUSTRO) no ha sido parte de la investigación.

Sobre la tercera, no hay práctica exclusoria potencial, ni perseguible por su objeto, además, se refiere a “los convenios de interconexión”, cuando la supuesta conducta infractora se refiere a las propuestas precontractuales, lo cual ha sido reconocido por el denunciante.

Como su autoridad conoce, el sancionar una conducta por su objeto o por su potencialidad de daño requiere una carga argumentativa sumamente elevada.

Tal como ha explicado la jurisprudencia y doctrina en derecho comparado, correspondería acreditar que la conducta ha causado un daño al bienestar general de los consumidores, con un grado de certeza elevado [...]

En el caso de las conductas de negativa de trato, el Tribunal Europeo ha considerado que éstas pueden ser abusivas únicamente en circunstancias excepcionales¹⁹ en el que sus efectos son analizados bajo un estándar de certeza y no de mera posibilidad o plausibilidad.

[...]

Por un lado, considerando el criterio expuesto en el caso de Budapest Bank -en ausencia de pronunciamientos firmes de esta autoridad sobre las conductas denunciadas y en particular sobre mercados de plataformas transaccionales- no cabe aplicar el criterio de restricciones “por su objeto” [...]

Por todo esto, no existe infracción alguna, ni existe motivación que permita juzgar a la conducta de BANRED como perseguible por su objeto, por lo que el derecho constitucional a la presunción de inocencia de BANRED permanece incólume, recordando que en estos casos NO se invierte la carga de la prueba [...] (énfasis añadido)

9.2.2.- De las conductas de abuso de posición dominante:

El artículo 9 de la LORCPM, determina el abuso de poder de mercado en el ordenamiento jurídico nacional, integrado por una cláusula general prohibitiva y veintitrés modalidades de abuso de poder de mercado, no taxativas; por su parte, el artículo 6 del RALORCPM, manda que las conductas de abuso de posición dominante tipificadas en la Ley, no sean susceptibles de exoneración de ningún tipo, con sustento en el interés público y el bienestar general.



Para que exista un abuso de poder de mercado –en ámbito general (el ámbito específico de los elementos conductuales de las infracciones identificadas por la CRPI se desarrollarán más adelante)- deben confluír dos elementos cumulativos: **i)** el elemento estructural: la existencia del posición de dominio; y, **ii)** que sobre la base de dicho poder de mercado se realicen conductas que afecten a la competencia, eficiencia económica o bienestar general (bienes jurídicos protegidos en el artículo 9 de la LORCPM).

Conforme consta del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-001-2022, los resultados obtenidos del cálculo de cuotas de participación individual del operador económico BANRED S.A., evidencian cuotas de mercado constantes y en un porcentaje alto en todo el periodo analizado, en un mercado concentrado con tres actores; y, siendo que se identificaron barreras de entrada que impidan una entrada probable, oportuna y suficiente, no puede llegarse a conclusión distinta que en el mercado relevante definido, BANRED ostenta poder de mercado (con una participación muy alta en el mismo, superior al umbral de dominancia). Por lo anterior, dada la determinación del mercado relevante, para el análisis de las conductas sancionadas, este elemento estructural de tipicidad transversal a todas las conductas (posición de dominio) se tiene por cumplido.

De lo anterior, se enfatiza que el referido poder de mercado permite al operador económico actuar con prescindencia de sus consumidores y competencia; y, –para los fines del procedimiento sancionatorio- se ha demarcado en el periodo comprendido entre el 11 de julio de 2019 hasta el 19 de febrero de 2020, dentro del servicio de red interbancaria de cajeros automáticos a nivel nacional.

El conflicto jurídico de las partes procedimentales tiene como referencia la relación contractual mantenida entre BANRED y RTC a partir del 16 de octubre de 2014, en cuyo objeto aceptaron interconectar sus redes, con el propósito de permitir a los clientes/tarjetahabientes de las entidades miembros de cada una, utilizar los cajeros automáticos de ambas redes por una duración de cinco años. Relación respecto de la cual se buscaba su prolongación, evidenciable a través de las propuestas remitidas por BANRED y las contrapropuestas de RTC, la cual no pudo formalizarse.

Siendo que las alegaciones respecto a la conducta anticompetitiva recaen en: la presunta falta de equivalencia entre los operadores económicos respecto de la conducta del 9.7; la ausencia de conductas económicas del 9.1 y 9.15 en que se sanciona la potencialidad; y, el tratamiento de las conductas de abuso de dominio por el objeto, estas se trataran conforme correspondan, partiendo de esta última consideración.

Ha de decirse que, conforme el principio de legalidad, el derecho a la seguridad jurídica y la obligación constitucional de la autoridad administrativa de ejercer solamente las competencias y facultades atribuidas en la Constitución y la ley, el estándar para la evaluación de conductas y prácticas comerciales reconocido por la legislación ecuatoriana, en materia de competencia, es la dicotomía objeto-efecto, conforme se desprende del artículo 8 del RALORCPM:

“Art. 8.- Acuerdos y prácticas restrictivas por objeto.- El acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, estará prohibida de conformidad con el artículo 11 de la Ley, independientemente de los efectos reales o



potenciales que pueda tener en el mercado. Se entiende por restricciones de la competencia por objeto aquellas que por su propia naturaleza poseen el potencial de restringir la competencia [...]”

Basta observar la norma, para identificar que el legislador ecuatoriano prevé la sanción por el objeto de ciertas conductas tipificadas en el artículo 11 de la LORCPM, y por tanto, las conductas sancionadas dentro del acto administrativo objeto de apelación, abuso de poder de mercado, no pueden ser valoradas dentro de esa forma de evaluación, volviendo en obsoleta toda alegación que refiera que la CRPI “debió aplicar y motivar” bajo la misma cuando se trata de conductas que sancionan la potencialidad.

Valga hacerse mención expresa a que, el recurrente efectúa una identificación errónea en cuanto a la valoración de la potencialidad, pues la misma es usada de sustento sin discrimen del numeral del artículo 9 de la LORCPM del que se trate, particular que –conforme se desarrollará en lo posterior- solo cabe respecto de una de las tres conductas sancionadas, pero que al tener un elemento objetivo transversal a todas ellas (haber operado a través de propuestas de negociación en la búsqueda de renovación del contrato de 2014) a través del recurso se da a entender que estaría presente en las tres conductas y requerirían valoración/evaluación “por su objeto”.

Ahora bien, el segundo elemento cumulativo -esto es, que sobre la base de dicho poder de mercado se realicen conductas que afecten a la competencia, eficiencia económica o bienestar general- será tratado respecto de cada conducta, dejándose determinado el cumplimiento no controvertido del elemento de poder de mercado del operador económico BANRED como ya se ha expresado.

a) Conductas numerales 1 y 15 del artículo 9 de la LORCPM¹³

A tratarse en un solo apartado, por mantener un elemento típico común: posible exclusión a un operador económico por parte del agente dominante.

Para efecto de subsunción a estas conductas, el elemento transversal fijo de poder de mercado del operador económico BANRED S.A., se encuentra cumplido, siendo procedente revisar si la conducta permite un cierre competitivo que le sea atribuible a este, para posterior revisar que la conducta sea ajena a la eficiencia o méritos del operador económico denunciado.

Sabiéndose que el recurrente alega la ausencia de efectos sobre los que recaiga la conducta, señalando para ello el desistimiento de la denuncia por parte de RTC y la “ausencia” de carácter comercial de las propuestas de negociación remitidas a RTC, se parte por diferenciar que, el desistimiento de la denuncia no implica la privación de la administración de sus facultades investigativas y sancionatorias; restando analizar el carácter de las “propuestas de negociación comercial”.

¹³ “Art. 9.- [...] 1.- Las conductas de uno o varios operadores económicos que les permitan afectar, efectiva o potencialmente, la participación de otros competidores y la capacidad de entrada o expansión de estos últimos en un mercado relevante, a través de cualquier medio ajeno a su propia competitividad o eficiencia. [...] 15.- La implementación de prácticas exclusorias o prácticas explotativas [...]”



De las constancias procedimentales del expediente administrativo, no puede negarse la existencia del cruce de comunicaciones existente entre ambos administrados, pero, para los fines de subsunción conductual debe mencionarse que:

- Las variaciones propuestas por el operador económico BANRED suponían un incremento del valor de las tarifas ofrecidas; sin embargo, aun cuando esto es propio de todo negocio jurídico u actividad comercial, el incremento de tarifas ofertado varió respecto del convenio inicial de 2014 y al ser comparado con el incremento sufrido en los costos por parte del dominante, es excesivo; y,
- No existen elementos documentales o información que justifique la lógica económica de racionalidad de las variaciones propuestas por BANRED:
 - i. El crecimiento de los costos no es un indicador adecuado que permita justificar el incremento de tarifas por el servicio de red interbancaria de cajeros automáticos;
 - ii. El incremento tributario (impuestos), responde al incremento de los propios ingresos del sujeto pasivo, no siendo válido para justificar el acrecentamiento propuesto; y,
 - iii. Los costos totales del servicio de la red interbancaria de cajeros automáticos respecto al año 2014 se han incrementado para el año 2019, pero el incremento porcentual de las tarifas propuestas a RTC por parte de BANRED está muy por encima del incremento porcentual de los mismos, no guardando correlación de competitividad o eficiencia.

Con esos parámetros, debe observarse si las “propuestas de negociación comercial” realmente pueden significar un cierre anticompetitivo del mercado. Para este efecto, debe tenerse por fijo que –de la verdad procesal del expediente administrativo- BANRED reporta la existencia de dos operadores económicos como subredes, BANCO DEL AUSTRO y RTC, por lo que resultará lógico que se mida el cierre competitivo del mercado respecto de operadores comparables.

Conforme se desprende de la resolución objeto de análisis, soportado con el Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-003, de las particularidades circundantes a los contratos suscritos entre BANRED y BANCO DEL AUSTRO, se observan marcadas diferencias respecto del comportamiento del operador económico dominante, a quienes presta el mismo servicio. En el periodo 2014 – 2019, los rubros asumidos por RTC no se alinearon a las tarifas aplicadas a BANCO DEL AUSTRO, por lo que difícilmente puede aceptarse la tesis de “necesidad de aplicación de nuevas tarifas por incremento de costos”, dado que la voluntad de BANRED por mantener la relación con BANCO DEL AUSTRO, manteniendo las mismas condiciones del contrato de 2017, a las condiciones prorrogadas a junio del 2021, no manifiesta la referida tesis, aun cuando es uno de los dos únicos operadores como subredes en equivalencia de la prestación del servicio.

En línea de lo tratado, siendo que el operador económico dominante, presentó las “propuestas de negociación comercial” por medios ajenos a su competitividad o eficiencia, a través de esa actuación pudo afectar potencialmente la expansión del operador económico RTC, y siendo que el texto del numeral 1 del artículo 9 de la LORCPM señala la afectación “efectiva o potencialmente”, la conducta se encuentra subsumida a la norma; y, siendo que potencialmente se ha podido afectar la expansión de RTC, y esto los puso en riesgo de permanencia en el servicio



de interconexión de BANRED, se ha configurado la conducta de exclusión conforme el numeral 15 del artículo 9 de la LORCPM.

Para reforzar lo anterior, es menester recordar que la naturaleza anticompetitiva de un comportamiento no depende necesariamente de sus efectos ya producidos. La demostración de la existencia probable de un daño es suficiente para que la conducta de abuso de poder de mercado pueda ser sancionable, pues se sanciona la adopción de conductas de naturaleza anticompetitiva (por responder a medios ajenos a la competitividad o eficiencia del operador dominante), con independencia del daño que se pueda causar a determinados operadores económicos y consumidores. En general, resultaría contrario a los objetivos de la LORCPM que la Administración se mantenga al margen de un comportamiento que amenaza inminentemente a la competencia y competidores, esperando que se produzcan sus efectos en el mercado; pues, el daño puede ser irreversible. Así lo ha concebido el legislador al reconocer la antijuridicidad de la conducta del numeral 1 del artículo 9 de la LORCPM con un daño potencial.

b) Conducta del numeral 7 del artículo 9 de la LORCPM¹⁴:

De las alegaciones presentadas por el recurrente, se puede identificar que la presunta ausencia de infracción e inadecuación de la conducta al tipo, recae en la “equivalencia” de los operadores económicos comparados.

En cuanto a ello, el aspecto de la equivalencia ha sido tratado por el especialista técnico en el Informe No. SCPM-DS-022-2022 de 20 de julio de 2022, señalando:

“[...] Es decir la configuración de esta conducta de abuso de poder de mercado, según la LORCPM, tiene algunos requerimientos; entre ellos que exista prestaciones equivalentes a las cuales se les aplique condiciones desiguales, mediante la mantención de relaciones comerciales.

Por tanto, es posible acordar que la equivalencia no necesariamente debe recaer en los operadores económicos que reciben una prestación, sino en la prestación misma.

La teoría económica cuenta con un apartado que nos permitirá entender de una manera conceptual porque a pesar de la existencia de diferencias mediatas, son las diferencias inmediatas y pertinentes las que explican la aparición de comportamientos desiguales entre agentes económicos.

La ciencia económica cuenta con el concepto de discriminación de precios. Éste indica que un monopolista puede vender su mismo producto a dos o todos sus consumidores distintos a precios muy diferentes, sin que esto suponga una disminución de su volumen de ventas, si es que el monopolista conociera la valoración de cada una de estos consumidores por el bien, o su disposición máxima a pagar.

[...]

¹⁴ “Art. 9. [...] 7.- La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación de desventaja frente a otros. [...]”



Bien, si desconociéramos la teoría económica de discriminación de precios y quisiéramos explicar porque ha habido un tratamiento diferenciado a nuestros consumidores hipotéticos, nos lanzaríamos a dibujar conjeturas acerca de si la pertenencia del dinero de uno u otra característica mediata ha tenido algo que ver, por ejemplo.

Sin embargo esto pudiera ser cierto, es posible que el vendedor de la tienda no supiera con exactitud la disponibilidad a pagar de cada consumidor, no obstante, al conocer el contexto: día caluroso, única tienda de los alrededores y la información del color de piel, el vendedor de la tienda pudo haber inferido que el primer consumidor pudiera haber estado muy dispuesto a hidratarse en esas condiciones, por lo cual la probabilidad de lograr una venta a un alto precio sería muy alta. Este ejemplo da cuenta de cómo características mediatas (pertenencia del dinero y características de los consumidores) influyen en las características inmediatas y pertinentes (disponibilidad a pagar), mediante una conexión entre ambos tipos de atributos que permiten explicar comportamientos desiguales.

Con estas explicaciones estamos listos para contrastar la configuración del tipo 9.7, de la LORCPM, y los requerimientos teóricos con los elementos aportados por el Recurso, por la Resolución y por la Intendencia.

El Recurso nos indica que pudiera ser cierto que Banco del Austro es una institución financiera a diferencia de RTC, que Banco del Austro sería dueño directo de más cajeros que RTC, que la pertenencia de los cajeros es una característica sumamente relevante, que ambos operadores pudieran ser distintos y que habría diferencias en cuanto al volumen de transacciones que procesa Banco del Austro y RTC.

Aun si estas alegaciones fuesen plenamente ciertas, el Recurso no es claro en conducir estas características mediatas a una explicación de la relación de éstas con la existencia o no de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, y de la razonabilidad que habría detrás de estas posibles diferencias. En el recurso incluso se admite literalmente: “que el trato es plenamente equitativo e incluso resultaría ser más favorable a RTC”, dando cuenta de una admisión de tratamiento inequitativo, situación que debilita la posición de los argumentos del Recurso.

[...]

Contrariamente a la posición de la parte apelante, y de los argumentos del Recurso, la CRPI y la Intendencia, además de motivar acerca del porqué los operadores Banco del Austro y RTC son comprables, (hecho que está respaldado de forma adicional por la definición del mercado relevante) motivan también por qué a su criterio el servicio que Banred brinda a Banco del Austro y a RTC es equivalente, y sobre esa base, determinan la existencia de tratamientos dispares [...]

De la conducta tipificada en el numeral 7 del artículo 9 de la LORCPM, modalidad de abuso de poder de mercado que al tratarse de una conducta exclusoria, en el caso de que se configure esta modalidad (9.7), se incurrirá de igual manera en lo prescrito en el numeral 15 de dicho artículo; y, como conducta demanda para que se configure, la concurrencia de los siguientes elementos:



i) la existencia de un operador económico dominante, ii) que las prestaciones de los operadores económicos de los cuales, uno de ellos ha sufrido discriminación, deben ser “prestaciones equivalentes”, iii) que se hayan establecido condiciones desiguales; y, iv) que debido a estas condiciones se coloque de manera injustificada a un competidor en situación de desventaja frente al otro.

Al respecto, cabe preguntarse ¿existe este ejercicio de subsunción en el acto administrativo? La respuesta es positiva. Se ha dejado por sentado que el operador económico BANRED tiene posición de dominio en el mercado relevante determinado, y que se han establecido condiciones desiguales para RTC respecto de la otra subred, BANCO DEL AUSTRO, conforme lo explicado hasta ahora, restando valorar dos elementos adicionales: la equivalencia de prestaciones y la colocación injustificada de desventaja de RTC frente a BANCO DEL AUSTRO.

Se debe partir señalando, respecto de la conducta 9.7, que tiene su fundamento en el concepto de discriminación, entendido únicamente como aquella dirigida a las relaciones comerciales y de servicios, esto es, a las que se produce en relaciones típicamente verticales, en las que el operador en posición de dominio no está presente en el mercado descendente. La discriminación solo puede predicarse del tratamiento desigual a situaciones equivalentes y no a la diferencia de trato objetivamente justificada, equivalencia que se obtiene de la comparación del producto o servicio objeto de la prestación, considerando el contexto de las mencionadas prestaciones (esto es utilizando parámetros tales como el tiempo, lugar y características del consumidor), por ser indispensable para determinar que, en un determinado supuesto, dos productos o servicios distintos son equivalentes (Dorronsoro, 2008, p 180)¹⁵.

La facultad de discriminación incide sobre la capacidad de decisión de la empresa para dirigir sus estrategias y desarrollar sus políticas comerciales, a fin de adquirir rentabilidad, pero básicamente deben concurrir dos situaciones en las cuales parece claro que la empresa puede discriminar sin ningún tipo de cortapisa legal: 1) imponer precios más altos a los que tengan una apreciación subjetiva más elevada del bien, y 2) impedir, a través de obligaciones contractuales o de otro modo, que los clientes revendan el producto para aprovechar las posibilidades de arbitraje que ofrecen los distintos niveles de precios. **En los demás casos probada, su equivalencia, se consideraran una explotación abusiva de su posición dominante** (Dorronsoro, 2008, p 180-181)¹⁶.

Los elementos que integran el tipo legal exigen evaluar la equivalencia de las prestaciones y la desigualdad de las condiciones aplicadas a éstas para determinar si existe discriminación y, posteriormente, analizar si esta discriminación sitúa a los agentes discriminados en una posición de desventaja competitiva. El tenor literal del numeral 7 del artículo 9 de la LORCPM coincide al definir una discriminación como aquella situación en la que se aplican «condiciones desiguales para prestaciones equivalentes». Esta definición ha sido ampliada por la jurisprudencia del TJCE,

¹⁵ Dorronsoro, C. (2008). Artículo 2. Abuso de posición dominante. En M.Odrizola (Dir) y B.Irissarry (Coord.). Derecho Español de la Competencia. Comentarios a la Ley 15/2007, Real Decreto 261/2008 y Ley 1 2002. Tomo I. (117-192). Barcelona: Bosch.

¹⁶ Ibídem



que ha extendido el objeto de la prohibición a la situación inversa, esto es, a la aplicación de condiciones iguales para prestaciones no equivalentes¹⁷

Precisando el alcance de la definición en términos de normas de competencia, encontramos que para que la discriminación se presente, es necesaria la existencia de un supuesto de hecho consistente en que a los agentes expuestos a esta situación, el operador dominante les brinde la misma prestación y que pese a ello reciban un trato desigual unos de otros. Entendiendo por equivalentes, -entre otras- la ejecución de operaciones bajo condiciones similares, que en el caso objeto de estudio sería el provisionar el servicio de interconexión y el precio que se paga por ello.

Así, para que exista discriminación, es necesario que se presenten condiciones análogas/similares entre los agentes que desarrollan las operaciones. La calificación de “equivalencia” puede entenderse como de “análoga”, por tanto, implica que entre los operadores económicos comparados exista una relación de semejanza a pesar de ser personas distintas.

Recordando que la equivalencia no necesariamente debe recaer en los operadores económicos que reciben una prestación, sino en la prestación misma, entenderemos que las alegaciones del recurrente en cuanto a que, Banco del Austro es una Institución Financiera y una subred y RTC solo una subred, por lo cual no pueden ser considerados equivalentes, rompe la línea de lo tratado para los efectos de la subsunción conductual, la misma que acepta que la equivalencia no se soporte en las diferencias de ambos operadores económicos, sino en la prestación del servicio que les ofrece BANRED. El hecho de que los costos para la prestación del servicio para estos dos operadores económicos no equivalentes, recaiga en que uno “*como cliente, que es a la vez institución financiera y subred [...] aporta a la red transacciones propias y transacciones de participantes indirectos*” es una argumentación en torno a la equivalencia de los operadores y no de la prestación; lo que importa es observar si el operador dominante aplica condiciones disímiles para esas transacciones equivalentes a dos operadores que son distintos pero que reciben lo mismo, la prestación.

Es importante tener en cuenta que no todo trato diferenciado es una discriminación:

“[...] Para que exista un acto discriminatorio no basta con que se conceda un tratamiento diferente, pues se requiere además, que esa diferencia en el trato esté desprovista de justificaciones razonables. Luego, la base de la discriminación no estriba en la concesión de tratamientos desiguales sino en la ausencia de motivos valederos para ello. De modo que, toda discriminación presupone un trato desigual, pero no todo trato diferencial conlleva una discriminación; el punto determinante ha de buscarse en el por qué se actúa de una manera frente a una persona y de otro distinta, frente a otra, tratando de establecer si una y otra se encuentran en planos de equivalencia [...]”¹⁸

Por lo anterior, esta autoridad acoge y respalda la postura presentada por el técnico en su informe, y considera que la equivalencia, en la fundamentación expresada en el acto administrativo que

¹⁷ En el contexto del TCE, vid. Decisión de 23 de julio de 2004, Scandlines Sverige AB c. Puerto de Helsingborg, apartado 276; y Decisión de 29 de marzo de 1994, Deutsche Bahn, DO L 104/34.

¹⁸ Resolución No. 588 de 2003 de la SIC



se revisa, se encuentra cubierta para los fines de subsunción conductual. Aun así, se discurre necesario dejar puntualizado que, en atención a las alegaciones en análisis, el recurrente debe tener claro que el solo hecho de que una empresa disfrute de poder de mercado le confiere a esta una especial responsabilidad en las relaciones verticales, misma que debe ser objeto de una atención especial por parte de la autoridad encargada de la aplicación de las normas de la LORCPM. Lo que se impone al agente con posición de dominio es:

“[...] un régimen especial de responsabilidad (...) [que] se fundamenta en la influencia que los agentes dominantes tienen en el mercado, y la consiguiente trascendencia que sus conductas implican en el mismo (...), las conductas de los agentes dominantes suponen un rigor y gravedad superior que el exigido a las empresas sujetas a una competencia sin las distorsiones que implica la presencia de un agente dominante [...]”⁴³¹⁹

En este punto de especial responsabilidad, el TJUE en el caso Michelin I, resolviendo señaló: *“[...] la acreditación de la existencia de una posición dominante no implica, en sí misma, ningún reproche a la empresa de que se trate, suponiendo tan sólo que incumbe a ésta, independientemente de las causas que expliquen dicha posición, **una responsabilidad especial** de no impedir, con su comportamiento, el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado común [...]”²⁰* (énfasis fuera de texto).

La aseveración realizada es totalmente concurrente con lo que prescribe la LORCPM en el segundo párrafo de su artículo 7, la cual determina: *“[...] La obtención o el reforzamiento del poder de mercado no atentan contra la competencia, la eficiencia económica o el bienestar general. Sin embargo, el obtener o reforzar el poder de mercado, de manera que impida, restrinja, falsee o distorsione la competencia, atente contra la eficiencia económica o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios, constituirá una conducta sujeta a control, regulación y, de ser el caso, a las sanciones establecidas en esta Ley.”*

El artículo 9 de la LORCPM –se insiste en ello- está integrado por una cláusula general prohibitiva que expresa: *“Constituye infracción a la presente Ley y está prohibido el abuso de poder de mercado. Se entenderá que se produce abuso de poder de mercado cuando uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, **por cualquier medio**, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general”*

En ese orden de ideas, sabiéndose que la discriminación es un trato diferenciado agravado por la situación de poder del agente dominante, bastará enfatizar que la prestación dada a los operadores que se compara, es análoga como subred, independientemente de las diferencias particulares que entre sí como agentes mantengan. Así, existe discriminación por las condiciones análogas entre los agentes que desarrollan las operaciones o actividades respecto de la calidad en que les son

¹⁹ Resolución No. 53403 de 2013 de la SIC

²⁰ Caso 322/81, Michelin v Commission [1983], párrafo: 57.



prestadas, como subred, y que el servicio prestado es el mismo (interconexión); entonces, la calificación legal de “análogo” implica que entre los consumidores de ese servicio exista una relación de semejanza (la prestación como subred) a pesar de ser personas distintas.

Por tanto, conforme motiva la CRPI, en la revisión de las razones de precios dados en las ofertas a RTC, que no compaginan en lo absoluto con las de BANCO DEL AUSTRO, y que no existe razonabilidad desde una óptica económica que permita la diferencia marcada, se impone pues diferenciar entre una explotación lícita o normal, que está permitida, y una explotación ilícita, anormal o abusiva, que está prohibida por el referido 9.7 de la LORCPM. Siendo que esta valoración descansa fundamentalmente sobre dos elementos: los rasgos objetivos del acto en relación a sus resultados (ofertas de precios y condiciones económicas disimiles, con riesgos de exclusión) y las circunstancias concurrentes (misma prestación para dos agentes como subred), se tiene por cubierto el aspecto de subsunción. Explicación dada con atinencia en la resolución de la CRPI.

Se vuelve a reiterar que, la concepción de discrimen entre los dos agentes, presume con fuerza como cierta negligencia mínima, pues se entiende que un operador dominante en un mercado concentrado, por su especial posición en el mismo, conoce, o al menos se espera que debe conocer, la especial trascendencia de sus actos, cuando las características de un agente dependiente de su servicio, debe acudir a este por ser el prestador que garantiza su permanencia en el mercado. De ahí que no quepa eludir la aplicación del artículo 9 de la LORCPM arguyendo inexistencia de conducta abusiva por ausencia formal de un negocio jurídico, pues con la posible afectación al objeto de la LORCPM, la transgresión a este no siempre, o mejor, normalmente no se desprende de la conducta en sí misma (celebración real del contrato), sino de un conjunto de circunstancias que, unidas a la posición de dominio del actor, la envuelven y determinan en último término su carácter abusivo.

Recordemos que es frecuente en la práctica de las autoridades antimonopolio encontrar conductas en sí mismas legítimas que, dada una posición de dominio, devienen abusivas como consecuencia de las especiales circunstancias concurrentes. Al margen de las consideraciones morales que no interesan al Derecho de la competencia, esta conducta supone una utilización de la privilegiada libertad económica que confiere la posición de dominio, para la satisfacción de un interés distinto o incluso contrapuesto a aquél para cuya satisfacción ha sido concebida. Es decir, supone una clara y lesiva desviación de un poder en el mercado que debe usarse, según la propia doctrina de las autoridades antimonopolio, con la máxima responsabilidad, con lo que defrauda las expectativas que en ella habían depositado las normas que admiten la dominación. En fin, cabe esta posibilidad porque para que haya «explotación abusiva» no parece tan importante la existencia de una ventaja para el autor, como la naturaleza y contenido del daño causado con dicha explotación que es lo que verdaderamente definirá la afectación a la competencia, tal como se desprende de la verdad procesal del expediente administrativo, y la motivación del acto administrativo revisado.



9.3.- De la sanción y su motivación:

9.3.1.- Alegaciones contra la determinación de la sanción:

Dentro del apartado tercero del recurso de apelación que se atiende, el operador económico BANRED S.A., sustenta respecto a la presunta violación a la garantía de motivación del importe de la sanción: Motivación usa actuación ajena al procedimiento (3.6)

El último punto a resolver, refiere a la motivación respecto a la forma de cálculo de la sanción impuesta, puesto que señala BANRED que existiría un error en la aplicación de la fórmula y un defecto en la motivación, en razón de la mención de un informe vinculante que no es parte del proceso. Partiendo de esto último, se hace notar que, la motivación de la CRPI para el cálculo del importe de la multa se hace con base en lo normado en la Resolución 012 de 23 de septiembre de 2016 (Registro Oficial No. 887 de 22 de noviembre de 2016), siendo el Informe No. SP-2016-009 meramente referencial, y no determinante o trasmutador de la forma de cálculo de la resolución. En tal virtud, y siendo que la alegación del recurrente reside en que la ausencia de conocimiento del referido informe dificulta el debatirlo, “[...] genera(ndo) vicio de falta de motivación y en consecuencia conlleva la ineficacia jurídica del cálculo efectuado [...]”, se lo desacredita por no irrumpir con la fórmula de cargo normada, que ha sido expresada en el acto administrativo, y respecto de la cual el administrado está en conocimiento.

Respecto del cálculo de la multa impuesta, se vuelve a revisar el informe técnico dispuesto por esta autoridad, a fin de comprobar si la operación ha sido realizada conforme los parámetros normativos y reglamentarios, a lo cual, el insumo técnico responde:

“(...) al existir efectos efectivos el cálculo de la multa realizado por la Intendencia y por la CRPI estarían correctos, por tanto se procederá a recrear el cálculo con la finalidad de comprobar sus resultados.

(...)

El resultado de estos cálculos asciende a \$ 80308,09, prácticamente igual al valor de la multa contenido en la Resolución, cuya diferencia de 3 dólares puede atribuirse a los decimales empleados en el cómputo del valor final. (...)”

Por tanto, resta establecer si la motivación de la sanción se encuentra motivada dentro del acto administrativo que la impone, así esta autoridad evidencia que la CRPI ha aplicado la Metodología de cálculo para la determinación de la multa de conformidad con la Resolución No. 012, de la Junta de Regulación a la LORCPM.

Para entender su aplicación, se acude al informe del especialista técnico²¹, que para fines del cálculo del importe y su motivación señala:

²¹ Informe No. SCPM-DS-024 de 04 de agosto de 2022, suscrito por el economista Carl Pfistermeister Mora



“[...] De acuerdo con la naturaleza conjuntiva del citado literal b, del artículo 78 de la LORCPM, es necesario que exista abuso de poder de mercado tipificado en el artículo 9 y que el mismo sea cometido por una empresa cuyos efectos sean altamente nocivos, o, que sea cometido por una empresa cuya cuota de mercado sea cercana al monopolio, o, que esta empresa goce de derechos especiales o exclusivos.

Consta en el expediente SCPM-DS-INJ-11-2022, que el operador económico Banred cuenta con una cuota de mercado que asciende a 87.9 % del mismo, elemento objetivo que da cuenta de una cuota próxima al monopolio.

Es importante además indicar que ni la definición de mercado ni la cuantificación de cuotas de mercado fueron impugnadas en el Recurso, y en la ya citada página 34, igualmente el Recurso señala como correcta la cuota de mercado de Banred con un porcentaje de 87.9 %. Por estas razones, está justificada la utilización del tipo sancionador denominado muy grave.

[...] la duración de las conductas sería de aproximadamente 7 meses, ergo está justificado el valor de 1, en la variable de duración de la conducta.

[...] En el expediente no se indica que existan agravantes, por tanto el cálculo de la multa no se incrementaría por este criterio.

[...]

En el expediente se aprecia que una de las conductas por las que se formularon cargos fue de alguna forma impedida por la imposición de medidas preventivas. Ergo, pese a que se trata únicamente de una de las tres conductas, podría considerarse que la misma no fue aplicada efectivamente y por tanto Banred pudiera contar con un criterio para acogerse a un atenuante. Si este fuese un análisis correcto, el cálculo del importe de la multa se modificaría de la siguiente forma:

[...]

El resultado de estos cálculos asciende a \$ 72207,28. [...]”

Esta autoridad examina que, en primer lugar, la CRPI para arribar a la imposición de la sanción ha expuesto de manera detallada cada uno de los parámetros determinados en la resolución 012, acorde y de conformidad con la Ley y Reglamento de la materia, por lo cual, habiéndose cubierto los parámetros normativos, conforme se ha ilustrado desde el aspecto técnico, no se considera que exista defecto de motivación, pues el acto impugnado es claro, entendible, y se encuentra conforme a la norma aplicable, lo cual es verificable en la integridad del considerando catorce (14) de la resolución de 11 de mayo de 2022, con lo cual concuerda esta autoridad; y, en segundo lugar, en cuanto a la última apreciación del especialista técnico respecto a la aplicación de una atenuante, debe esclarecerse.

De conformidad con el diccionario panhispánico del español jurídico, la palabra “atenuante” en su segunda acepción refiere a la “*circunstancia cuya concurrencia atenúa la responsabilidad*



administrativa sancionadora que puede exigirse al acusado”; y, de acuerdo a la doctrina, se considera atenuante a la circunstancia reconocida legalmente, que modifica la responsabilidad, derivada del comportamiento de quien interviene como autor del ilícito, en cuanto a su ejecución o resultado.

Sabiéndose que, la potestad sancionadora de la administración pública deriva del *ius puniendi* estatal, los límites a la facultad sancionadora solo pueden encontrarse recogidos en norma, y –en anuencia con la naturaleza de la figura- en cuanto actúen en favor de la actividad antijurídica del administrado, es decir, siempre que sean acciones del autor en tutela de la legalidad y el interés general.

Debe recordarse que las atenuantes a más de estar normadas en ley, responderán al principio de proporcionalidad como garantía del derecho administrativo sancionador, viéndose reflejadas - entre otras cosas- en el establecimiento de circunstancias que llaman a una mayor laxitud de la sanción a imponer, con miras a la posibilidad de inferir eficacia a la conducta implementada por el agente y la real voluntad de cumplimiento, o dicho de otra forma, a la voluntad netamente atenuadora del agente.

Por lo anterior, la consideración citada de la ampliación del informe técnico, no responde a la naturaleza de una atenuante, pues si bien el numeral 2 del artículo 82 de la LORCPM la prevé, el haberse visto impedida una de las conductas por la imposición de medidas preventivas, ese impedimento nació de la voluntad de la administración en ejecución de sus potestades, no siendo atribuible como actuación atenuadora propia del operador como reajuste de su injusto, esto último al no evidenciarse de la verdad procedimental que BANRED S.A., haya adoptado una postura de razonabilidad económica o conducta competitiva respecto del negocio jurídico respecto de RTC como subred en la prestación del servicio de interconexión.

DÉCIMO.- RESOLUCIÓN.-

Por las consideraciones expuestas, amparado en las disposiciones establecidas en los artículos 75, 76 y 82 de la Constitución de la República del Ecuador, artículo 44, numeral 2, y el artículo 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta Autoridad, **RESUELVE: UNO.- RECHAZAR** el Recurso de Apelación presentado por el por el señor José Xavier Espoz Marroquín, en calidad de Gerente General del operador económico BANRED S.A., en contra de la Resolución de 11 de mayo de 2022, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-001-2022 de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, mediante escrito de 08 de junio de 2022; **DOS.- RATIFICAR** la Resolución de 11 de mayo de 2022, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia; **TRES.-** Se deja a salvo el derecho de los administrados a interponer las acciones legales que consideren pertinentes, en defensa de sus intereses y ante las autoridades competentes. -



DÉCIMO PRIMERO. - NOTIFICACIONES.-

De conformidad con el segundo inciso del artículo 164 del Código Orgánico Administrativo en concordancia con el artículo 66 del Código Orgánico General de Procesos, y con la Disposición General Segunda de la Resolución No. SCPM-DS-2020-026 de 03 de julio de 2020, que determina: “Para notificaciones se priorizará el uso de los correos electrónicos señalados por los operadores económicos. Los órganos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, instarán a los operadores económicos y a los ciudadanos en general a señalar correos electrónicos para notificaciones”; notifíquese con la presente resolución a: **1)** Al operador económico **BANRED S.A.**, en los correos electrónicos: fgottifredi@gottifredipozo.com y mpena@gottifredipozo.com. **2)** Al operador económico RED TRANSACCIONAL COOPERATIVA RTC en los correos electrónicos: lgrillo@legallgroup.com.ec ; Alberto.pena@expertise.com.ec; y, dsperber@antitrust.ec ; y, **3)** A la Comisión de Resolución de Primera Instancia.

DÉCIMO SEGUNDO.- Actúe en calidad de Secretaria de Sustanciación en el presente expediente, la abogada Claudia Pontón Caamaño, quien acepta la designación y firma de manera conjunta.- **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.-**

Dr. Danilo Sylva Pazmiño,
SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO

Abg. Claudia Pontón C.
SECRETARIA DE SUSTANCIACIÓN