

EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-061-2017

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- D.M. Quito, 15 de enero de 2021| a las 13h28.

Comisionado Sustanciador: Marcelo Vargas Mendoza

VISTOS

- [1] La Resolución No. SCPM-DS-2020-51 de 10 de diciembre de 2020, mediante la cual el Superintendente de Control del Poder de Mercado resolvió lo siguiente:

“Artículo único.- Reformar el artículo 1 de la Resolución No. SCPM-DS-2019-40 de 13 de agosto de 2019, el cual establece la conformación de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, por la siguiente:

Formarán parte de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, los siguientes servidores designados:

- *Doctor Marcelo Vargas Mendoza;*
- *Economista Jaime Lara Izurieta; y,*
- *Doctor Edison René Toro Calderón.”*

- [2] Las acciones de personal Nos. SCPM-INAF-DNATH-300-2019-A, SCPM-INAF-DNATH-299-2019-A y SCPM-INAF-DNATH-2020-374-A, correspondientes a Marcelo Vargas Mendoza, Presidente de la Comisión, Jaime Lara Izurieta, Comisionado, y Édison Toro Calderón, Comisionado, respectivamente.
- [1] El acta de la sesión extraordinaria del pleno de la Comisión de Resolución de Primera Instancia (en adelante “CRPI”) de 05 de junio de 2020, mediante la cual se deja constancia de que la CRPI designó al abogado Omar Poma secretario Ad-hoc de la CRPI.
- [2] La Resolución de 04 de enero de 2018 expedida a las 16h50, mediante la cual la CRPI resolvió lo siguiente:

“(…)

2.- Subordinar la operación de concentración económica notificada obligatoriamente por el operador económico, Pablo Fidel Salazar Egas y el operador económico Diners Club del Ecuador S.A., al pronunciamiento de la Superintendencia de bancos, como entidad rectora y controladora del sistema financiero ecuatoriano, en relación al proceso de calificación de idoneidad,



responsabilidad y solvencia del operador económico solicitante, Ingeniero Pablo Fidel Salazar Egas.

(...)”

- [3] La providencia de 31 de julio de 2019 expedida a las 14h40, mediante la cual la CRPI dispuso lo siguiente:

*“**PRIMERO:** .- Correr traslado a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, con los documentos que se agregan en el presente acto, para que realice el seguimiento respectivo e informe a esta Comisión si la Superintendencia de Bancos, ha emitido un pronunciamiento, por cuanto constituye un requisito previo para continuar con el proceso de autorización de la operación de concentración notificada.*

***SEGUNDO.-** Solicitar al operador económico Ing. Pablo Fidel Salazar Egas, informe a este organismo de control si la Superintendencia de Bancos, ha emitido y notificado el pronunciamiento respectivo para continuar con el proceso de autorización de la operación de concentración notificada.*

(...)”

- [4] La providencia de 26 de agosto de 2019 expedida a las 16h00, mediante la cual la CRPI dispone lo siguiente:

“(...

***TERCERO.- CONCEDER** al operador económico **INGENIERO PABLO FIDEL SALAZAR EGAS** un término adicional de 90 días, de conformidad con el inciso cuarto del artículo 21 del Reglamento de la LORCPM contado a partir de la notificación de la presente providencia, para que cumpla con la condición establecida por la CRPI en la Resolución de 4 de enero de 2018 a las 16h50.*

(...)”

- [5] La Resolución de 2 de diciembre de 2020, expedida a las 11h00, mediante la cual la CRPI dispuso lo siguiente:

*“**PRIMERO.- SOLICITAR** a la INCCE que, en el término de tres (3) días, informe si el operador económico **INGENIERO PABLO FIDEL SALAZAR EGAS** cumplió con la condición establecida por la CRPI en la Resolución de 4 de enero de 2018 expedida a las 16h50.*

(...)”



- [6] El Memorando SCPM-IGT-INCCE-2020-276 de 04 de diciembre de 2020, mediante el cual la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones (en adelante INCCE), informó lo siguiente:

“2. INFORME A LA COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

Fundamentada en los documentos y antecedentes mencionados la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas informa a la Comisión de Resolución de Primera Instancia que el condicionamiento impuesto al operador económico Pablo Fidel Salazar Egas, no ha sido cumplido dado que está siendo considerado por la Superintendencia de Bancos y no se ha emitido una resolución final.

3. RECOMENDACIÓN:

Por esta situación, la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas considerando que esta, mediante informe SCPM-ICC-0058-2017 de 2 de octubre de 2018, señaló que: 1) la presente operación de concentración no implica un proceso que cree, modifique o refuerce el poder de mercado del operador adquirente, ya que tan solo representa una operación neutra en el mercado, dado que Pablo Fidel Salazar Egas no participa como operador económico en el sector financiero; y, 2) dado que esta transacción no amerita preocupación recomendó autorizar la operación de concentración sin condicionamientos, dado que la calificación de idoneidad, responsabilidad y solvencia como accionista del operador económico Ing. Pablo Fidel Salazar Egas es un procedimiento no relacionado con los efectos que puede producir la operación de concentración; recomienda a la Comisión de Resolución de Primera Instancia que analice si el condicionamiento impuesto:

i. Cumple con los criterios de proporcionalidad, aplicabilidad, eficacia y verificabilidad, puesto que la calificación de idoneidad, responsabilidad y solvencia como accionista es un procedimiento independiente y no vinculante respecto a la autorización que emite la Superintendencia de Control del Poder de Mercado sobre las operaciones de concentración económica notificadas, el cual tampoco guarda relación con los efectos que la misma puede causar sobre el mercado relevante; y,

ii. Puede cumplirse dado el tiempo que ha transcurrido desde la resolución de 04 de enero de 2018, dictada a las 16h50, dentro del expediente SCPM-CRPI-061-2017, considerando lo que dispone la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y el artículo 21 de su Reglamento de Aplicación respecto al tiempo máximo para el cumplimiento de las condiciones. Por otro lado, la Intendencia Nacional de Control de



Concentraciones Económicas pone en consideración de la Comisión de Resolución de Primera Instancia si es necesario que esta Intendencia siga realizando un seguimiento del condicionamiento de calificación de idoneidad, responsabilidad y solvencia como accionista del operador económico Ing. Pablo Fidel Salazar Egas, dado los antecedentes y hechos del presente caso.”

- [7] El escrito presentado el 08 de enero de 2021, signado con Id 181450, mediante el cual el operador económico **INGENIERO PABLO FIDEL SALAZAR EGAS** indicó y solicitó lo siguiente:

“(…)

Coincidimos con la apreciación de la INNCE contenida en el Memorando SCPM-IGTINCCE-2020-276 y en el informe SCPM-ICC-058-2017 de 2 de octubre de 2018. La operación de concentración de la referencia, por su naturaleza, no es un proceso que genere riesgos para la competencia ni preocupaciones en el mercado. Esta situación tampoco puede verse afectada por la calificación que se tramita ante la Superintendencia de Bancos pues se trata de un trámite independiente y no relacionado a los efectos de la transacción. Bajo nuestra apreciación, si la operación no genera efectos anticompetitivos no tuvo que imponerse un condicionamiento.

De conformidad con el artículo 22.4 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM) una operación de concentración económica puede condicionarse “si a partir de la concentración, se generare o fortaleciere el poder de mercado o se produjere una sensible disminución, distorsión u obstaculización, claramente previsible o comprobada de la libre concurrencia de los operadores económicos y/o la competencia”. Este criterio tiende a evitar los riesgos que la dominancia y el poder de mercado pueden traer consigo, a prohibir los abusos, a prevenir la colaboración ilegal y, en general, a evitar el cometimiento de conductas lesivas para el mercado y el consumidor.

Consideramos que subordinar la transacción a la calificación del Ing. Pablo Fidel Salazar Egas no constituye una condición para evitar afectación a la competencia, según el estándar que el legislador ecuatoriano positivizó en el artículo 22.4. La misma INCCE reconoce que no existe peligro alguno para el mercado; por lo cual, el condicionamiento no debería ser un obstáculo para atrasar la autorización ni para negarla. Recordemos que los condicionamientos deben ceñirse a los principios de necesidad, adaptación al daño, efectividad y consistencia, por lo cual, consideramos que su autoridad debería aprobar la operación como sugiere la misma INCCE.



4. *Petición*

Por lo expuesto, solicitamos de la manera más comedida a su autoridad que acoja las recomendaciones formuladas por la INCCE en el Memorando SCPM-IGT-INCCE-2020- 276 de 04 de diciembre de 2020 y que, con base en ellas, autorice la operación de concentración económica de la referencia.

(...)”

CONSIDERANDO

[8] Que, el inciso segundo del artículo 67 de la LORCPM establece lo siguiente:

“Art. 67.- Recurso de Apelación o Jerárquico.-

(...)

*El término para la interposición del recurso será de 20 días contados a partir del día siguiente al de la notificación del acto administrativo recurrido. Transcurrido dicho término sin haberse interpuesto el recurso, **el acto administrativo será firme para todos sus efectos.***

(...)” **Negrita y subrayado por fuera del texto.**

[9] Que, de conformidad con la norma transcrita, las resoluciones expedidas por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado se encuentran en firme una vez se agota la vía administrativa.

[10] Que, en la misma línea la Intendencia Nacional Jurídica de la SCPM expidió el Criterio Jurídico No. SCPM-DS-INJ-2020-007 de 23 de abril de 2020, donde al referirse a la firmeza de las resoluciones sancionatorias indicó lo siguiente:

“(...)

c) Sobre, ¿Para la ejecución coactiva de la SCPM interviene el concepto de “firmeza”, “ejecutoria o de “ha causado estado”? ¿En qué medida?, acorde se indicó que en el análisis, los artículos 62 del instructivo de Gestión Procesal Administrativo de las SCPM, 4, 9 y 15 del instructivo para la Gestión Coactiva son concordantes en que el hecho generador (resolución, sanción o multa) sobre el cual se basa el ejercicio de la potestad coactiva de la SCPM debe encontrarse en firme; elemento que guarda estrecha armonía y relación con lo determinado en el artículo 67 de la LORCP; bajo esta consideración en atención al carácter ejecutivo de la que gozan las resoluciones sancionatorias de la SCPM, como actos administrativos, la acción coactiva se ejecuta respecto de multas impuestas en resoluciones sancionatorias en firme, acorde lo establecido en la parte final del inciso



segundo del artículo 67 de la Ley, es decir que haya agotado la impugnación ordinaria en vía administrativa...”

- [11] Que, de conformidad con lo expresado, la Resolución de 04 de enero de 2018 expedida por la CRPI a las 16h50 se encuentra en firme, lo que implica su cumplimiento irrestricto por sus destinatarios, en este caso el **INGENIERO PABLO FIDEL SALAZAR EGAS y DINERS CLUB DEL ECUADOR S.A.**
- [12] Que, uno de los efectos de la firmeza de los actos administrativos es su inalterabilidad por la propia administración. Lo anterior es básico en un estado de derecho donde uno de los pilares fundamentales son los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, que el COA normativiza de la siguiente manera:

“Art. 22.- Principios de seguridad jurídica y confianza legítima. Las administraciones públicas actuarán bajo los criterios de certeza y previsibilidad.

La actuación administrativa será respetuosa con las expectativas que razonablemente haya generado la propia administración pública en el pasado. La aplicación del principio de confianza legítima no impide que las administraciones puedan cambiar, de forma motivada, la política o el criterio que emplearán en el futuro.

Los derechos de las personas no se afectarán por errores u omisiones de los servidores públicos en los procedimientos administrativos, salvo que el error u omisión haya sido inducido por culpa grave o dolo de la persona interesada.”

- [13] Que, en consecuencia, la CRPI no puede alterar el contenido de una Resolución válida y vigente, o simplemente inaplicarla por argumentos de conveniencia económica o de otra categoría, ya que así estaría vulnerando el ordenamiento jurídico vigente. Por lo tanto, el mencionado acto administrativo debió cumplirse bajo los parámetros temporales establecidos en la providencia de 26 de agosto de 2019 expedida a las 16h00 y bajo el escenario normativo del artículo 21 del RLORCOPM.
- [14] Que, aunque el operador económico **INGENIERO PABLO FIDEL SALAZAR EGAS** argumente, coincidiendo con las apreciaciones de la INCEE, que la operación de concentración económica notificada no genera riesgos para la competencia y que la condición impuesta es ajena a los efectos de la transacción, la CRPI no puede variar las decisiones plasmadas en una Resolución en firme expedida con anterioridad.
- [15] Que, el artículo 21 del RLORCM establece lo siguiente:



“Art. 21.- Criterios de decisión.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá -autorizar, denegar o condicionar la operación de concentración, de conformidad con lo establecido en la sección” IV del capítulo II de la Ley.

Las condiciones pueden referirse al comportamiento o a la estructura de los operadores económicos involucrados.

A efectos de autorizar una operación de concentración económica en los términos de la Ley, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado ponderará, en todos los casos, el grado de participación de los trabajadores en el capital social.

Si se hubiere subordinado la autorización al cumplimiento de condiciones, estas deberán adoptarse en un término máximo de noventa (90) días de notificada la resolución que las establece.

La Superintendencia podrá otorgar un término adicional para el cumplimiento de las condiciones cuando el operador económico al que dichas condiciones le fueron impuestas demuestre que, habiendo mediado todos los esfuerzos necesarios, le ha sido imposible cumplirlas en el término antes señalado.

Si las condiciones no han sido cumplidas en el término de noventa (90) días o en el término adicional otorgado por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, esta denegará la operación de concentración.” Negrita y subrayado por fuera del texto.

- [16] Que, al no haberse cumplido la condición en el término adicional de 90 días plasmado en la providencia de 26 de agosto de 2019 expedida a las 16h00, la CRPI procederá a denegar la operación de concentración económica notificada.
- [17] Que, no obstante lo anterior, nada impide que el operador económico **INGENIERO PABLO FIDEL SALAZAR EGAS** pueda notificar de nuevo la operación de concentración económica.

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

RESUELVE

PRIMERO.- AGREGAR al expediente el escrito presentado el 08 de enero de 2021 por el operador económico **INGENIERO PABLO FIDEL SALAZAR EGAS**, signado con Id 181450.



**Superintendencia
de Control del
Poder de Mercado**

SEGUNDO.- DENEGAR la operación de concentración económica notificada obligatoriamente por el operador económico **INGENIERO PABLO FIDEL SALAZAR EGAS**.

TERCERO.- NOTIFICAR la presente providencia a los operadores económicos **INGENIERO PABLO FIDEL SALAZAR EGAS** y **DINERS CLUB DEL ECUADOR S.A.**, así como a la Intendencia General Técnica y a la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-

Édison Toro Calderón
COMISIONADO

Jaime Lara Izurieta
COMISIONADO

Marcelo Vargas Mendoza
PRESIDENTE