

Caso
Concurso Nacional de Derecho Bancario

Todos los hechos, personajes y situaciones aquí descritas son ficticios y han sido elaborados única y exclusivamente con fines didácticos y para poder desarrollar el Concurso Nacional de Derecho Bancario, por lo cual este caso debe entenderse bajo esa lógica.

1. Las Partes

- 1.1. **Actor:** Banco Cañarejo S.A. (en adelante “Banco” o “Cañarejo”) es una entidad financiera domiciliada en Nueva Arcadia y como tal presta servicios financieros, especialmente los relacionados a tarjetas de crédito, como la emisión de tarjetas para sus clientes y la adquirencia para los comercios o establecimientos afiliados.
- 1.2. **Demandada:** La Superintendencia de Bancos (en adelante “SB” o “Autoridad”), es el organismo técnico de control, supervisión y auditoría de las actividades financieras que ejercen las entidades financieras de Nueva Arcadia.

2. Descripción de los hechos

- 2.1. La República de Nueva Arcadia es un país ubicado en la costa del pacífico de América del Sur, el cual es conocido por su alta diversidad cultural y riquezas naturales, así como se ha caracterizado por ser un país que desde su independencia ha basado su economía en la extracción de recursos naturales como petróleo, gas natural, minerales y la agricultura. No obstante, durante los últimos años también se ha destacado por el espíritu innovador de sus ciudadanos, sus altos niveles de productividad y emprendimiento, pues han surgido productos y servicios novedosos especialmente en su sector financiero y tecnológico.
- 2.2. Nueva Arcadia cuenta con 10 bancos que brindan servicios financieros, de los cuales Banco Cañarejo, una entidad financiera que nació casi al mismo tiempo que dicho Estado y ha acompañado a sus clientes durante varias décadas proveyéndoles de servicios financieros innovadores, revolucionó el mercado con el lanzamiento de un producto novedoso llamado “Cañarejocard”, la cual se convirtió en la primera tarjeta de crédito diseñada en el mundo. Dicha tarjeta permite a los titulares hacer pagos de bienes y servicios en cualquier establecimiento afiliado de forma ágil y sencilla. Por otro lado, Banco Cañarejo ofrece el servicio de adquirencia para los establecimientos comerciales, quienes tienen la facilidad de ofrecer a sus clientes un medio de pago electrónico y seguro. Por ello, la entidad bancaria además de emitir tarjetas también actuaba como banco adquirente justamente para que los comercios puedan recibir pagos con la Cañarejocard.
- 2.3. El Banco Cañarejo se ha caracterizado por ser una institución altamente resiliente e innovadora, apalancada en la tecnología y en los datos, además goza de una alta confianza de sus clientes por los años de trayectoria, así como por sus adecuados niveles de solvencia y liquidez, que a la fecha tiene un total de activos por USD 10.000 millones (diez mil millones de dólares). De dichos activos, en lo que corresponde a colocaciones de crédito la gran mayoría se concentra en consumo, específicamente por el producto estrella la Cañarejocard.
- 2.4. Si bien al inicio resultó todo un éxito la emisión de la Cañarejocard, aún no se lograba tener una cobertura y una transaccionalidad que permitiera el crecimiento de dicho producto y el abaratamiento de sus costos, pues para el año 2020 si bien ya tenían un alto número de

clientes que usaban la tarjeta, no existía un crecimiento significativo del mercado de la Cañarejocard a más comercios y establecimientos que acepten la misma, pues muchos comercios estaban en sitios de difícil acceso o tenían una transaccionalidad baja.

- 2.5. La innovación de los ciudadanos arcadienses no conocía límites, un grupo de jóvenes informáticos del pequeño pueblo de Arcadia al conocer de la nueva tendencia del comercio electrónico decidieron que era momento de llevar el comercio de Nueva Arcadia al siguiente nivel, lo cual significaba digitalizarlo, permitiendo que las personas puedan hacer compras desde sus teléfonos, computadores o cualquier dispositivo electrónico, y que todo tipo de bien o servicio sea accesible por medios digitales. Así, fundaron la que se convertiría en la compañía de tecnología más grande del país: Patacoin Digital Solutions S.A. (en adelante “Patacoin”).
- 2.6. Patacoin en sus inicios ofrecía soluciones tecnológicas a distintas empresas y establecimientos para que estas puedan hacer ventas en línea, para lo cual les dotaba de toda la infraestructura tecnológica y como resultado de ello, experimentó un crecimiento acelerado, pues en Nueva Arcadia existía una alta cobertura de internet y un elevado uso de smartphones, computadoras y equipos electrónicos. Todo parecía marchar bien, pero se aproximaba una crisis sanitaria a nivel mundial que sería fuente de varias oportunidades y desafíos para todas las industrias.
- 2.7. En marzo de 2020, se declara a nivel mundial la pandemia por COVID-19 y con ello todos los gobiernos del mundo dictaron una serie de medidas de cuidado para restringir la circulación de personas y, en general el contacto físico con el objetivo de evitar que se propague el virus. En Nueva Arcadia, las autoridades sanitarias, como casi todas las autoridades del mundo, bajo un enfoque sumamente conservador y cauto frente a los desconocidos efectos de dicho virus, impusieron restricciones rígidas a la circulación de personas y dispusieron el confinamiento obligatorio a gran parte de la población con excepción de los servicios esenciales, lo cual generó un golpe fuerte a la economía de dicho país.
- 2.8. Pero el espíritu emprendedor e innovador de sus ciudadanos siempre salía a flote. En ese contexto, Patacoin se convirtió en el principal aliado de todas las empresas y comercios que necesitaban forzosamente digitalizar sus negocios para poder llegar a sus clientes por canales virtuales, frente a las fuertes restricciones que impuso la autoridad sanitaria del país. Fue tal la demanda de digitalización, que surgieron a la par nuevas empresas de tecnología que competían con Patacoin, entre estas nuevas destacan Tongatech S.A. y Cuysolutions Cia. Ltda.
- 2.9. Frente a ese escenario, la Cañarejocard también se constituyó en un aliado clave para las familias y hogares de Nueva Arcadia, pues la misma otorgaba liquidez y financiamiento para que estas puedan abastecerse de bienes y servicios necesarios para enfrentar el confinamiento ocasionado por la crisis sanitaria, así como también permitía a los comercios continuar funcionando y trabajando con sus clientes.
- 2.10. Sin embargo, Patacoin y todas las empresas de tecnología se enfrentaban a un nuevo desafío: la mayoría de sus clientes necesitaban receptor pagos en línea, y dadas las condiciones económicas, la mayoría de personas usaban la Cañarejocard, que predominaba en el mercado por sus accesibles condiciones de financiamiento y también por su amplia

aceptación en los distintos establecimientos comerciales, particularmente en los establecimientos que apostaban fuertemente por la digitalización.

- 2.11. El Director Comercial y de Innovación de Patacoin, Sr. Franciso McNamara, vio una gran oportunidad de negocio frente a dicha realidad, y es que era necesario ofrecer una propuesta de valor diferencial que facilite a sus clientes la recepción de pagos en línea. Esto debido a que ya contaban con una masa crítica de comercios que, agregados todos, tenían un alto nivel de transaccionalidad que les permitía poder negociar mejores condiciones tarifarias para recibir pagos en línea.
- 2.12. Patacoin entonces comenzó a adaptar sus sistemas y procesos para que los comercios puedan por intermedio de ellos receptor pagos con tarjetas de crédito y para ello como una estrategia comercial comenzaron a publicitar su nuevo servicio llamado “Patacoin Payments” en todas las redes sociales y medios de comunicación, llamando la atención de sus clientes y también de la Superintendencia de Bancos, la cual emitió un comunicado recordando que:

“...de acuerdo a la legislación vigente en el país, las actividades financieras son un servicio de orden público que se pueden prestar previa autorización de este órgano, mismas que están reservadas para entidades financieras supervisadas y controladas por este mismo órgano. La inobservancia puede acarrear sanciones...”

- 2.13. Este pronunciamiento complicó aún más el complejo sistema de regulación y control existente en Nueva Arcadia, por lo cual otros órganos como la Junta de Política y Regulación Monetaria y el Banco Central, dentro de sus competencias, manifestaron que si bien no existe marco legal que regule este nuevo servicio que algunas empresas tecnológicas buscan prestar, las actividades relacionadas a medios de pagos no eran competencia de la SB.
- 2.14. El Sr. McNamara viendo la inmensa cantidad de clientes que comenzaron a captar decidió que era necesario acercarse a la SB pues los riesgos legales eran bastante altos y creía que se podían mitigar. Mantuvo una reunión con la Sra. Julia Kemmerer quien era la titular de la Superintendencia de Bancos para conocer la posición de dicho organismo respecto de la posibilidad de que una compañía que presta servicios tecnológicos pueda recaudar los pagos de los comercios realizados con tarjetas de crédito para después transferirlos a los mismos comercios. La SB tenía una visión bastante conservadora sobre la entrada de empresas no financieras a prestar servicios que ella consideraba eran actividades financieras de acuerdo a lo que establece el Código Orgánico Monetario y Financiero, esto por el alto riesgo de contagio a otras entidades y también por la falta de supervisión que tienen, sin embargo, reconoció que era importante que se provean de soluciones para las situaciones emergentes de las empresas y personas por el contexto de pandemia. Una de las mayores preocupaciones de la SB es que estas empresas se conviertan en el próximo *Shadow Banking* realizando actividades financieras que al margen de su regulación y control, afectando la estabilidad financiera como muchos estudios e informes lo sugerían.
- 2.15. Patacoin y el resto de las empresas de tecnología vieron que era necesario contar con un marco regulatorio que les permita prestar este nuevo servicio pues los contingentes legales y las posibles sanciones podrían tener grandes repercusiones reputacionales y económicas.

Entonces, como la *unidad hace la fuerza* estas empresas, con Patacoin a la cabeza fundaron la “Asociación de Pagos Rápidos y Furiosos” (en adelante, “Asociación”) con el objetivo de promover un marco regulatorio que les permita ejercer determinadas actividades financieras y de pagos.

- 2.16. Fruto de las gestiones de la *Asociación*, especialmente en la Asamblea Nacional de Nueva Arcadia, se logró la emisión en diciembre de 2022 de la Ley Orgánica para el Desarrollo, Regulación y Control de los Servicios Financieros Tecnológicos (“Ley Fintech”). Esta Ley permitiría que las empresas de tecnología puedan prestar ciertos servicios financieros en materia de pagos y otros, tal como lo buscaban, no obstante, la Ley no era suficiente sino que por disposición de la misma era necesario que las autoridades competentes emitan la normativa secundaria para la regulación y control de estas nuevas actividades y entidades. Dicha normativa fue emitida posteriormente por la Junta de Política y Regulación Monetaria, Banco Central y la Superintendencia de Bancos
- 2.17. En agosto de 2023 la Junta de Política y Regulación Monetaria emitió la normativa referente a las actividades Fintech y el sistema auxiliar de pagos; en la que definió diversas formas de ejecutar dichas actividades. Posteriormente, el Banco Central, emitió la norma para la calificación que se debe obtener para prestar servicios en el sistema auxiliar de pagos.
- 2.18. Con dicho marco regulatorio Patacoin gestionó su autorización ante Banco Central, como una Administradora del Sistema Auxiliar de Pagos dedicada al servicio de Agregación de Pago, y obtuvo su autorización el 15 de octubre de 2023.
- 2.19. Con la autorización expedida, el espíritu innovador e incansable del Sr. McNamara le llevó a Patacoin a emprender en el siguiente gran paso que era vital para consolidar el servicio de recepción de pagos que ofrecía Patacoin y era lograr un convenio con el Banco Cañarejo. Para ello, Patacoin conociendo las limitaciones que estaba teniendo para crecer en determinados sectores rurales, trabajó en una propuesta de valor lo suficientemente alta para que el Banco expanda sobre todo el servicio de adquirencia de la tarjeta de crédito, pues en lo que corresponde a la emisión ya contaba con una gran masa crítica de clientes, por lo cual el reto era conseguir más comercios que acepten pagos con esa tarjeta.
- 2.20. Previo a mantener su reunión con el Banco, Patacoin dentro de sus procesos de regularización diseño y suscribió con todos sus comercios afiliados los respectivos Contratos para Agregación de Pagos -que siendo una suerte de mandato- se especificaba las condiciones del servicio que consistía en que Patacoin actuaría como agente de recaudación de los pagos que reciban los comercios y finalizando la semana Patacoin les transferiría el valor de los pagos menos la comisión de servicio que cobraba Patacoin. Esta comisión de servicio constaba de dos componentes, una fija y una variable. La fija consistía en el pago semanal de USD 100 y una variable por número de transacciones, entonces de cero a mil transacciones se cobraba USD 300, de mil y un a tres mil transacciones se cobraba USD 200, y de tres mil y un en adelante de transacciones se cobraba USD 100.
- 2.21. El Sr. MacNamara mantuvo una reunión con la Gerente General del Banco, la Sra. Gloria Cañarejo, en la cual expuso la sencilla, pero compleja operación que Patacoin buscaba hacer con el banco. Esta consistía en que, al contar con un alto número de comercios y negocios que ya estaban con Patacoin, este último sería el recaudador de todos los pagos que reciban y después los transferiría a los comercios, de esa forma tendría una transaccionalidad lo

suficientemente alta para que el Banco le ofrezca una tarifa baja. Tanto la Sra. Cañarejo y su equipo comercial vieron en esta Alianza la oportunidad de solventar las limitaciones que estaba experimentando la Cañarejocard e incluso la posibilidad de consolidar a esta tarjeta en todo el mercado y lograr una mayor difusión de los pagos electrónicos.

- 2.22. Una vez que existió un acuerdo en los términos comerciales, y la verificación de la autorización respectiva de la empresa, el Banco suscribió un **Contrato de Agregación de Pago** con Patacoin el 25 de octubre de 2023. En el mencionado documento existen varias cláusulas de importancia que se detallan a continuación:

Objeto: *El objeto del presente contrato es la prestación del servicio de agregación de pagos por parte de Patacoin al Banco Cañarejo. Para ello, Patacoin se compromete a proporcionar toda la infraestructura tecnológica y operativa necesaria para que los comercios afiliados puedan recibir pagos mediante la Cañarejocard. A su vez, el Banco Cañarejo, en calidad de adquirente, remitirá todos los pagos a Patacoin, quien los acreditará en favor de sus comercios afiliados.*

Cláusula de Garantía: *Patacoin se compromete a mantener una garantía bancaria que cubra al menos el 80% de los montos transaccionados de forma mensual, por lo cual, la garantía deberá ser actualizada mensualmente para que se puedan cubrir los valores transaccionados en caso de fallas operativas u otras circunstancias que resulten en el incumplimiento del contrato, de esa forma se podrá resguardar a los comercios afiliados.*

Cláusula de Cumplimiento de Prevención de Lavado de Activos: *Patacoin declara que cumple con todos los controles y procedimientos en materia de prevención y mitigación de lavado de activos sobre los comercios afiliados. Además, se compromete a proporcionar información al Banco en caso de ser requerida para llevar a cabo los controles necesarios sobre la empresa y verificar que esta cumpla con lo establecido en la ley y regulación de la materia. Patacoin reconoce que no es sujeto obligado ante la Autoridad de control de la materia, sin embargo, como empresa honorable que se considera, declara a Cañarejo que sus activos son y serán de fuentes lícitas y sus acciones se registrarán en cumplimiento de la prevención de lavado de activos.*

Cláusula de Compensación: *Las partes declaran cumplir con todas las autorizaciones y/o licencias requeridas por las autoridades competentes para llevar a cabo las actividades a las que se dedican. En caso de incumplimiento, la parte infractora será responsable de compensar a la otra parte por las sanciones que pueda enfrentar.*

Tarifas: *Como contraprestación por su servicio de adquirencia, el Banco cobrará a los establecimientos comerciales un valor por transacción efectuada de conformidad con lo siguiente:*

| <i>Número de Transacciones</i> | <i>Porcentaje Tarifa</i> |
|--------------------------------|--------------------------|
| <i>0 - 1000</i> | <i>4%</i> |
| <i>1001 - 3000</i> | <i>3%</i> |
| <i>3001 - en adelante</i> | <i>2%</i> |

Porcentaje de la tarifa en base al total transaccionado.

- 2.23. El anuncio de la alianza entre Cañarejo y Patacoin fue ampliamente difundido a través de diversos medios, e incluso se conmemoró con un evento de gran magnitud en el que estuvieron presentes autoridades reguladoras del sistema financiero y altos directivos de ambas entidades. Se anticipaba que esta colaboración marcaría el inicio de una mayor cooperación entre bancos y proveedores de servicios financieros tecnológicos.
- 2.24. El inicio de la alianza fue exitoso pues miles de comercios se afiliaron a Patacoin y comenzaron a aceptar la Cañarejocard como medio de pago, el Banco a su vez, en su calidad de adquirente comenzó a ver como aumentaba la transaccionalidad y remitió el dinero a Patacoin para que este pague a los comercios afiliados. Sin embargo, los problemas tarde o temprano iban a aparecer.
- 2.25. La SB manifestó en varias ocasiones que las actividades financieras se ejercen previa autorización pero otras autoridades del mismo sistema financiero no coincidían con dicho criterio, lo cual no era una preocupación mayor para la alianza Cañarejo-Patacoin pues a la final el negocio funcionaba sin mayor problema y tenían todos los permisos para operar.
- 2.26. Ante el aumento exponencial de comercios que se buscaban afiliar a Patacoin surgieron varias complicaciones: Primero, se tenían que simplificar los procesos de onboarding lo que significaba flexibilizar procesos de debida diligencia y de requerimiento de información. Si bien la mayoría de comercios afiliados eran ciudadanos emprendedores y honestos, se comenzaron a detectar ciertos comercios que a la postre fueron vinculados dentro de la investigación criminal más grande de Nueva Arcadia denominada "Septicemia", pues muchas de estas empresas no podían justificar sus ingresos ni actividades, por ello se las vinculaba a grandes organizaciones criminales para fines de lavado de activos. A la fecha, siguen en proceso de investigación sin una sentencia condenatoria. Segundo, por el rápido ingreso de comercios y sus movimientos se comenzaron a producir fallas operativas y de sistemas en Patacoin y con ello un aumento de quejas y reclamos por demoras en los pagos y problemas en las compensaciones, e incluso quejas por las tarifas que comenzó a cobrar Patacoin a los comercios.
- 2.27. Todo lo que estaba ocurriendo levantó las alarmas en la SB que de oficio decidió auditar e indagar la relación contractual entre Cañarejo y Patacoin, pero sobre todo, con el ánimo de determinar responsabilidades u omisiones de disposiciones legales y órdenes de las autoridades de control.
- 2.28. **La Controversia**
- 2.29. Fruto de la auditoría e inspección que realizó la SB, esta decidió **sancionar** al Banco alegando lo siguiente:

- 2.29.1. El Banco inobservó las disposiciones de control interno sobre prevención de delitos, incluso el de lavado de activos y financiamiento de delitos como el terrorismo, esto, porque no tomó las medidas necesarias y preventivas en sus controles de lo que realizaba Patacoin respecto a la aplicación de políticas de conozca su cliente y de debida diligencia que hubieren permitido detectar oportunamente cualquier transacción inusual fuera del perfil de riesgo levantado.
- 2.29.2. El Banco incumplió la disposición de la SB sobre solo contratar con entidades que tengan las autorizaciones correspondientes. No podía contratar con Patacoin, pues la misma al ejercer una actividad financiera debía contar con una calificación y autorización de funcionamiento por parte de la SB la cual nunca obtuvo.
- 2.29.3. No se realizó un debido control de las tarifas que fueron cobradas, las cuales tampoco estaban autorizadas por la SB, considerando que el porcentaje máximo para el servicio financiero denominado “Cargos a establecimientos comerciales por consumos con tarjetas de crédito, crédito corriente/rotativo” es de 4.02% más IVA sobre el total del consumo con tarjeta de crédito y sobre la misma debe existir una autorización expresa de la SB, situación que no cumplió Patacoin al cobrar a sus clientes una tarifa más alta a la señalada.
- 2.30. Una vez que se conoció de esta sanción por la comunicación constante de los equipos legales de la Alianza, Patacoin envió una carta al Cañarejo indicando que *“al no ser sujetos supervisados por la SB, no tienen porque obtener un permiso de dicha autoridad, incluso porque la agregación de pago no es un servicio auxiliar del sistema financiero, es solo una actividad que se ejerce dentro del sistema auxiliar de pagos que no es supervisado por la SB,”*
- 2.31. En alcance a esa misiva, indicaron también que *“sus órganos competentes de regulación y supervisión no emitieron normativa específica sobre prevención de lavado de activos, sin embargo de lo cual por un principio de transparencia y acogiendo buenas prácticas empresariales Patacoin si implementó ciertos controles y que de todas formas no puede ser responsable por lo que hagan sus comercios afiliados”*.
- 2.32. Acogiendo los argumentos de Patacoin, el Banco decidió **impugnar** la sanción de la SB ante el **Tribunal Financiero de Nueva Arcadia**, indicando lo siguiente:
- 2.32.1. El Banco no tiene responsabilidad sobre las omisiones en materia de prevención de lavado de activos de los terceros que son clientes de Patacoin, pues lo que el Banco hizo fue ejercer la debida diligencia que manda la norma sobre sus proveedores críticos. En todo caso el control no le corresponde al Banco, sino a la autoridad competente en materia de prevención de lavado de activos.
- 2.32.2. A la fecha de la suscripción del Contrato, Patacoin solo tenía que obtener permiso del Banco Central observando la normativa de la Junta Monetaria que son las únicas que habían emitido regulación para la agregación de pagos. En todo caso, el obligado a obtener la calificación es Patacoin y no el Banco, por tanto quien incumpliría la norma es dicha empresa y no el Banco.
- 2.32.3. El Banco no tiene control y no tiene ninguna responsabilidad respecto a las tarifas que cobre Patacoin a sus clientes (establecimientos comerciales) por la prestación del servicio de agregación de pago. El Banco, de conformidad al contrato, cobra a Patacoin un rango de porcentajes por las transacciones

efectuadas con la Cañarejocard a través de la plataforma digital de agregación de pago, los cuales tienen un tope del 4%, siendo este menor al máximo permitido para este tipo de servicios que es del 4.02%.

- 2.32.4. En el supuesto no consentido de que se sancione, al ser todo originado en el mismo hecho que es la relación comercial con Patacoin, solo se puede sancionar por el más grave y no tener 3 sanciones.

2.33. Consideraciones especiales para efectos de este caso:

- 2.33.1. Debe aplicar el ordenamiento jurídico ecuatoriano, esto va desde la misma Constitución, Código Orgánico Monetario y Financiero, otros cuerpos legales y toda la normativa secundaria y de control en materia financiera y bancaria, como la Codificación de Resoluciones de la Junta Financiera, Junta Monetaria, etc. Ello no limita a que pueda, con el fin de sostener su posición, usar legislación de otras jurisdicciones o aplicar los mejores estándares internacionales que son emitidos por organismos especializados en materia de regulación y supervisión bancaria.
- 2.33.2. Las cuestiones procesales **NO** son controvertidas, por lo cual su memorial y argumentación debe concentrarse en los aspectos de fondo.
- 2.33.3. El órgano que va a decidir la procedencia o no de la sanción es el Tribunal Financiero de Nueva Arcadia, el cual se pronuncia únicamente sobre el fondo de la cuestión pues no se controvierten situaciones procesales de ninguna índole.