

EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-0023-2018

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- Quito D.M. 19 de diciembre de 2018, a las 17H10.- **VISTOS:** El Superintendente de Control del Poder de Mercado designó al doctor Marcelo Ortega Rodríguez, Presidente de la Comisión, al doctor Agapito Valdez Quiñonez, Comisionado y al doctor Oswaldo Ramón Moncayo, Comisionado, mediante las acciones de personal correspondientes, quienes en uso de sus atribuciones legales disponen agregar al expediente el acta de comparecencia a la reunión de trabajo realizada el 27 de noviembre de 2018 a las 15h00, y el CD con contiene la grabación en audio y video de la mencionada diligencia. Por corresponder al estado procesal del presente procedimiento administrativo, el de resolver, para hacerlo se considera:

PRIMERO.- COMPETENCIA.- La Comisión de Resolución de Primera Instancia es competente para conocer, aprobar, modificar o desestimar la propuesta de Compromiso de Cese, conforme a lo señalado en los artículos 89, 90 y 91 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante LORCPM), en concordancia con lo dispuesto en el artículo 117 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en lo posterior RLORCPM).

SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL.- La propuesta de Compromiso de Cese ha sido tramitada de conformidad con las disposiciones contenidas en la LORCPM y en su Reglamento de Aplicación, observando para el efecto las garantías básicas del derecho al debido proceso y la seguridad jurídica contenidas en los artículos 76 y 82 de la Constitución de la República del Ecuador, así como también, con el fin de cumplir con lo determinado en el artículo 89, último inciso de la LORCPM, se observó lo establecido en el numeral tercero del inciso primero; y, en el inciso segundo del artículo 162 del Código Orgánico Administrativo, por lo que expresamente se declara la validez procesal.

TERCERO.- DESTINARIO DE LA RESOLUCIÓN.- Esta Resolución está dirigida al operador económico **UNIÓN CEMENTERA NACIONAL UCEM S.A.**, con domicilio en la Panamericana Sur Km 14, Edificio Planta Industrial Chimborazo, cantón Riobamba, provincia de Chimborazo, teléfono 032998800, con correo electrónico rfoulkes@ucem.com.ec, identificada con el RUC. No.1792470293001 y representada legalmente por el señor Roberto Verner Foulkes Aguad, con cédula de Identidad extranjera 015183648-3, quien para efectos de notificación señala el casillero judicial 4080 del Palacio de Justicia de Quito, perteneciente sus abogados patrocinadores D. Agustín Hurtado Larrea y Abg. Daisy Ramírez.

CUARTO.- ORIGEN DE LA PETICIÓN.- El señor Roberto Verner Foulkes Aguad, en su calidad de Representante Legal del operador económico **UNIÓN CEMENTERA NACIONAL UCEM S.A.**, con fecha 26 de marzo de 2018, a las 12h40, presentó en la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, su propuesta de Compromiso de Cese aceptando y reconociendo haber infringido lo previsto en el artículo 16 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, así como lo establecido en el literal d) numeral 2) del artículo 78 Ibídem.



QUINTO.- IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES QUE RESULTEN OBLIGADAS POR LOS COMPROMISOS DE CESE.- Queda obligado por el presente Compromiso de Cese el operador económico **UNIÓN CEMENTERA NACIONAL UCEM S.A.**, con domicilio en la Panamericana Sur Km 14, Edificio Planta Industrial Chimborazo, cantón Riobamba, provincia de Chimborazo, teléfono 032998800, con correo electrónico rfoulkes@ucem.com.ec, identificada con el RUC. No.1792470293001 y representada legalmente por el señor Roberto Verner Foulkes Aguad, con cédula de identidad extranjera 015183648-3, quien para efectos de notificación señala el casillero judicial No. 4080 del Palacio de Justicia de Quito, perteneciente sus abogados patrocinadores Dr. Agustín Hurtado Larrea y Abg. Daisy Ramírez.

SEXTO.- ANTECEDENTES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.-

6.1.- El señor Roberto Verner Foulkes Aguad, en su calidad de Representante Legal del operador económico **UNIÓN CEMENTERA NACIONAL UCEM S.A.**, con fecha 27 de marzo de 2018, a las 12h40, presentó en la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, su propuesta de Compromiso de Cese, aceptando y reconociendo haber infringido lo previsto en el artículo 16 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, así como lo establecido en el literal d) numeral 2) del artículo 78 Ibídem.

6.2.- El 13 de abril de 2018, a las 10h00, se suscribió el acta de reconocimiento de firma y rúbrica del escrito de Compromiso de Cese presentado por el señor Roberto Verner Foulkes Aguad, en su calidad de Representante Legal del operador económico **UNIÓN CEMENTERA NACIONAL UCEM S.A.**

6.3.- Mediante Auto debidamente motivado de fecha 13 de abril de 2018, a las 15h45, esta Comisión avocó conocimiento de la propuesta de Compromiso de Cese, presentado por el señor Roberto Verner Foulkes Aguad, en su calidad de Representante Legal del operador económico **UNIÓN CEMENTERA NACIONAL UCEM S.A.**, y dispuso que la Intendencia de Control de Concentraciones Económicas, actual Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, en el término de quince (15) días, proceda a elaborar y remitir a ésta Comisión un informe técnico sobre la propuesta de Compromiso de Cese presentada, el cual deberá contener los requisitos establecidos en el literal d) del artículo 10 del Instructivo de Gestión y Ejecución de los Compromisos de Cese, contenido en la Resolución No. **SCPM-DS-078-2015**.

6.4.- Con fecha 30 de mayo de 2018 la economista Francis Gaona Reyes Intendente Nacional de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, remite a esta Comisión el Informe Técnico No. **SCPM-ICC-019-2018**, constante en veintiún (21) páginas sobre la propuesta de Compromiso de Cese presentado por el señor Roberto Verner Foulkes Aguad, en su calidad de Representante Legal del operador económico **UNIÓN CEMENTERA NACIONAL UCEM S.A.**

6.5.- Con fecha 11 de junio de 2018, a las 15h35, ésta Comisión resolvió: "(...) **2. MODIFICAR.-** La Comisión de Resolución de Primera Instancia, en uso de sus atribuciones legales establecidas en el artículo 91 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder Mercado (sic) y 117 de su Reglamento de aplicación, en mérito de los razonamientos jurídicos que anteceden, que (sic) el operador económico **UCEM S.A.**, en

el término de quince días deberá modificar su propuesta de compromiso de cese presentada el 27 de marzo de 2018, en los términos sugeridos por la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas. **3. DISPONER.-** Que dentro del término concedido, para la modificación de la propuesta de Compromiso de Cese, el operador económico **UCEM S.A.**, mantenga reuniones de trabajo o de consulta con la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas (sic), a fin de determinar (...) b) la aportación de los medios de prueba para que se verifique la infracción expresada en el compromiso de cese presentado; c) los efectos producidos por la operación de concentración en el mercado relevante correspondiente. **4. EVALUAR.-** A efectos de evaluar la propuesta de compromiso de cese, el operador económico **UCEM S.A.**, deberá aportar la información necesaria para la determinación del importe de subsanación, información requerida por la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas (sic) (...)"

6.6.- Mediante escrito presentado el 10 de julio de 2018, a las 13h48, en Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el operador económico **UNIÓN CEMENTERA NACIONAL UCEM S.A.**, solicitó: "(...) se sirva concedernos una prórroga para presentar el análisis de mercado mencionado en el numeral 3 literal a) del Informe, sin perjuicio de lo cual, UCEM presentará dentro del plazo otorgado, es decir hasta el 13 de julio de 2018, la propuesta de compromiso de cese modificada según los términos sugeridos en el Informe (...)".

6.7.- Mediante providencia de fecha 12 de julio de 2018, a las 14h47, esta Comisión concedió al operador económico **UNIÓN CEMENTERA NACIONAL UCEM S.A.**, una prórroga de veinte (20) días término, con la finalidad de que pueda presentar el análisis de mercado solicitado.

6.8.- Mediante escrito presentado el 12 de julio de 2018, a las 16h36, en Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el operador económico **UNIÓN CEMENTERA NACIONAL UCEM S.A.**, solicitó: "(...) 3.1. Aceptar la Propuesta Modificada adjunta como Anexo A. 3.2. Comunicar con la resolución que expida a la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas y ordenar que, de oficio, archiven el procedimiento de investigación No. SCPM-ICC-0009-2018, por no existir motivos para continuar tramitándolo (...)".

Cabe indicar que el Anexo A, adjunto al escrito del 12 de julio de 2018, que contiene la propuesta de compromiso de cese modificada, fue presentado sin firmas de responsabilidad.

6.9.- Mediante providencia de fecha 17 de julio de 2018, a las 16h27, esta Comisión dispuso: "(...) 2) Previa al (sic) proveer lo que en derecho corresponde, se disponga dejando constancia mediante copias de ley, por Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, se proceda a la devolución del escrito de Compromiso de Cese, a fin de que sea interpuesto cumpliendo las formalidades previstas en la normativa interna para los compromisos de cese, esto es que el representante legal del operador económico UCEM., suscriba el citado compromiso (...)".



6.10.- Mediante escrito presentado el 19 de julio de 2018, a las 16h26, en Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el operador económico **UNIÓN CEMENTERA NACIONAL UCEM S.A.**, presentó la propuesta de compromiso de cese modificado, documento debidamente suscrito por el señor Roberto Verner Foulkes Aguad, en su calidad de Representante Legal.

6.11.- Mediante escrito presentado el 31 de julio de 2018, a las 16h01, en Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el operador económico **UNIÓN CEMENTERA NACIONAL UCEM S.A.**, presentó el “Informe Económico de la Operación de Concentración entre Unión Cementera Nacional S.A. y Hormigonera Equinoccial Equihormigonera Cía. Ltda.”, sin embargo dicho documento no se encontraba suscrito por los responsables de la elaboración del mismo.

6.12.- El 08 de agosto de 2018, a las 15h00, se suscribió el acta de reconocimiento de firma y rúbrica del escrito de Compromiso de Cese Modificado, presentado por el señor Roberto Verner Foulkes Aguad, en su calidad de Representante Legal del operador económico **UNIÓN CEMENTERA NACIONAL UCEM S.A.**

6.13.- Con fecha 13 de agosto de 2018, mediante Memorando SCPM-IGT-INICCE-31-2018-M, suscrito por la economista Francis Gaona Reyes, Intendente Nacional de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, respecto de la solicitud realizada por el operador económico **UNIÓN CEMENTERA NACIONAL UCEM S.A.**, de suspender el expediente de investigación SCPM-ICC-0009-2018, considera: *“(...) los compromisos de cese tienen origen en la voluntad y que por tanto no son en todos los casos definitivos, dado que puede existir contraposición entre la postura del operador económico cesante y la Autoridad de competencia, es menester que la Intendencia Nacional de Investigación y Control del Concentraciones Económicas continúe ejerciendo de manera diligente, su legítima potestad investigativa, (...)”* “Por lo expuesto, la Intendencia Nacional de Investigación y Control del Concentraciones Económicas considera que no existen fundamentos para la suspensión del procedimiento de investigación que se sustancia bajo el expediente SCPM-ICC-0009-2018, toda vez que de continuar con su sustanciación, no se afecta real ni potencialmente, derecho alguno del operador económico UCEM. (...)”

6.14.- Mediante Auto debidamente motivado de fecha 14 de agosto de 2018, a las 15h07, esta Comisión avocó conocimiento de la propuesta de Compromiso de Cese Modificada, presentada por el señor Roberto Verner Foulkes Aguad, en su calidad de Representante Legal del operador económico **UNIÓN CEMENTERA NACIONAL UCEM S.A.**, y dispuso que la Intendencia de Control de Concentraciones Económicas, actual Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, en el término de quince.(15) días, proceda a elaborar y remitir a ésta Comisión un informe técnico sobre la propuesta de Compromiso de Cese presentada, el cual deberá contener los requisitos establecidos en el numeral cuarto del artículo 11 del Instructivo de Gestión y Ejecución de los Compromisos de Cese.

6.15.- Con fecha 11 de septiembre de 2018, mediante Memorando SCPM-IGT-INICCE-40-2018-M, suscrito por la economista Francis Gaona Reyes, Intendente Nacional de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, en relación al “Informe Económico de la Operación de Concentración entre Unión Cementera Nacional S.A. y

Hormigonera Equinoccial Equihormigonera Cía. Ltda.”, solicita: “(...) *se requiera a Unión Cementera nacional UCEM S.A. la presentación de dicho informe con su respectiva firma de responsabilidad. Considerando que el mismo es necesario para la presentación del informe solicitado (...) en consecuencia **SOLICITO** una prórroga para la presentación del informe (...) por el término al menos de 10 días, los cuales deberán ser contados desde que la Comisión corra traslado a esta Intendencia del Informe Económico de la Operación de Concentración entre Unión Cementera Nacional S.A. y Hormigonera Equinoccial Equihormigonera Cía. Ltda. por parte de UCEM debidamente firmado (...)*”

6.16.- Mediante providencia de fecha 19 de septiembre de 2018, a las 10h47, esta Comisión Dispuso: “(...) **2) a)** *En atención al memorando “ut supra” referente al informe presentado por el económico UCEM S.A denominado como: “Informe Económico de la Operación de Concentración entre Unión Cementera Nacional S.A. y Hormigonera Equinoccial Equihormigonera Cia. Ltda.” no se evidencia la firma de responsabilidad de los profesionales que suscriben dicho informe, en tal sentido se conmina al operador económico UCEM S.A. que el informe presentado, suscriba con la firma de responsabilidad del grupo de profesionales que hace mención en el escrito de fecha 07 de septiembre de 2018. b)* Con respecto a la solicitud de prórroga, esta autoridad concede a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Concentraciones, la prórroga de 10 días en los términos que solicita el memorando (sic) No. SCPM-IGT- INICCE-040-2018-M. (...)”.

6.17.- Mediante escrito presentado el 16 de octubre de 2018, a las 14h30, en Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el operador económico **UNIÓN CEMENTERA NACIONAL UCEM S.A.**, presentó el “Informe Económico de la Operación de Concentración entre Unión Cementera Nacional S.A. y Hormigonera Equinoccial Equihormigonera Cía. Ltda.”, debidamente suscrito por los responsables de la elaboración del mismo.

6.18.- Con fecha 06 de noviembre de 2018, mediante Informe SCPM-IGT-INICCE-15-2018-I, suscrito por la economista Francis Gaona Reyes, Intendente Nacional de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, Abg. Carlos Felipe Donoso, Director Nacional de Exámen y Control de Concentraciones, y por los funcionarios Lic. Mauricio Vásquez y Abg. Dominique Benalcázar, presentan el Informe Técnico sobre la Propuesta de Compromiso de Cese presentada por el operador económico **UNIÓN CEMENTERA NACIONAL UCEM S.A.**

6.19.- Mediante providencia de fecha 07 de noviembre de 2018, a las 10h07, esta Comisión Dispuso: “(...) **2)** *Como alcance al Informe No. SCPM-IGT-INICCE-15-2018-I de 06 de noviembre de 2018, la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, sírvase determinar la cuantía que el operador económico UCEM., debería haber pagado como tasa del análisis del proceso de la Concentración no notificada (...)*”.

6.20.- Con fecha 08 de noviembre de 2018, mediante Memorando SCPM-IGT-INICCE-7-2018-M, la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, remite el alcance al Informe SCPM-IGT-INICCE-15-2018-I del 06 de noviembre de 2018.



SÉPTIMO.- ACEPTACIÓN Y RECONOCIMIENTO EXPRESO DE LA CONDUCTA.-

El señor Roberto Verner Foulkes Aguad, en su calidad de Representante Legal del operador económico **UNIÓN CEMENTERA NACIONAL UCEM S.A.**, en su escrito de propuesta de compromiso de cese modificada, presentado el 19 de julio de 2018, a las 16h26: manifiesta:

"(...) Unión Cementera Nacional, UCEM C.E.M. suscribió el contrato de compraventa de participaciones, mediante el que se acordó la adquisición del 99,9998753% de las participaciones de la compañía HORMIGONERA EQUINOCCIAL EQUIHORMIGONERA CÍA. LTDA. sin someterlo al procedimiento de notificación previa a la SCPM y posteriormente lo ejecutó, siendo una operación sujeta a control, y, consecuentemente, infringió lo previsto en el artículo 16 de la LORCPM. Conforme ha sido señalado en el punto 4.2., está (sic) conducta se encuentra tipificada en el literal d. numeral 2. del artículo 78 de la LORCPM y adicionalmente recogida en el artículo 18 de la LORCPM (...)"

OCTAVO.- FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES, LEGALES, DOCTRINARIOS, TÉCNICOS, JURISPRUDENCIALES Y PRINCIPIOS.-

8.1.- Constitución de la República del Ecuador.-

El artículo 76.- Sobre las garantías básicas del derecho al debido proceso señala:

"(...) 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.*
- 2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada. (...)*
- 4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria. (...)*
- 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:*
 - a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.*
 - b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.*
 - c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.*
 - h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.*
 - j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.*

k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.

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. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos (...).

El artículo 213.- En relación a las Superintendencias prescribe:

“(...) 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 determinará de acuerdo con la ley (...).”

El artículo 284.- Consagra los objetivos de la política económica al expresar:

“(...) 8. Propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes (...).”

El artículo 304.- Establece que la política comercial tendrá como objetivo:

“(...) 6. Evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado y otras que afecten el funcionamiento de los mercados (...).”

El segundo inciso del artículo 335.- Respecto a intercambios económicos y comercio justo señala:

“(...) El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional y establecer los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio u oligopolio privado o de abuso de posición de dominio en el mercado, así como otras prácticas de competencia desleal (...).”

El artículo 336.- Determina que:

“(...) El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y promoverá la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley (...).”

8.2.- Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.-

El artículo 1.- En relación al objeto de la ley, establece:

“(...) 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. (...)”.

El artículo 3.- Respecto a la primacía de la realidad, determina:

“(...) 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 (...)”.

El artículo 7.- Sobre el poder de mercado, establece:

“(...) La obtención o el reforzamiento del poder de mercado no atentan contra la competencia, la eficacia 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 a 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 15.- Respecto al control y regulación de concentración económica, señala:

“(...) Las operaciones de concentración económica que estén obligadas a cumplir con el procedimiento de notificación previsto en esta sección serán examinadas, reguladas, controladas y, de ser el caso, intervenidas o sancionadas por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

En caso de que una operación de concentración económica cree, modifique o refuerce el poder de mercado, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá denegar la operación de concentración o denegar la operación de concentración o determinar medidas o condiciones para que la condición se lleve a cabo. (...)”.

El artículo 89.- En relación a los compromisos de cese, establece:

“(...) Hasta antes de la resolución de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el o los operadores económicos investigados, relacionados o denunciados podrán presentar una propuesta de compromiso por medio del cual se comprometen en cesar la conducta objeto de la investigación y a subsanar, de ser el caso, los daños, perjuicios o efectos que hayan producido, que produzcan o que puedan producir en el mercado relevante y en los consumidores sus prácticas anticompetitivas.

La Superintendencia de Control del Poder de Mercado tiene la facultad de suspender los términos y plazos del trámite hasta por ciento veinte días término para llegar a un compromiso, suspendiéndose los demás plazos previstos.

La propuesta de compromiso será aprobada, modificada o rechazada hasta en el término de cuarenta y cinco días, que decurren desde la fecha de presentación de la propuesta (...)”.

El artículo 90.- Sobre la evaluación de la solicitud de compromiso de cese, indica:

“(...) Para evaluar la solicitud de compromiso de cese, y en ejercicio de una facultad discrecional, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado tomará en consideración el cumplimiento concurrente de las siguientes condiciones:

1. *Que la totalidad o una parte de los operadores económicos investigados efectúe un reconocimiento de todos o algunos hechos de la denuncia o de los cargos imputados. Dicho reconocimiento debe resultar verosímil a la luz de los medios de prueba que obren en el expediente principal o que hayan sido aportados por las partes en el marco del procedimiento de aprobación del compromiso de cese;*
2. *Que los operadores económicos investigados ofrezcan medidas correctivas que permitan verificar el cese de la práctica anticompetitiva denunciada y que garanticen que no serán reincidentes. Adicionalmente, podrán ofrecerse medidas complementarias que evidencien el propósito de enmienda de los infractores.*

El artículo 91.- En cuanto a la resolución sobre compromisos de cese, señala:

"(...) La Superintendencia de Control del Poder de Mercado se pronunciará mediante resolución motivada, aceptando, modificando o desestimando la propuesta de compromiso, considerando para ello si la misma cumple debidamente con los alcances previstos en el artículo anterior. En caso de aceptarse el compromiso se tendrá por concluida la investigación o denuncia.

De no aceptarse el compromiso, se continuará con la investigación o denuncia. El hecho de que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado conozca o resuelva sobre un compromiso no constituye luego causal de recusación.

La resolución de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado sobre el compromiso contendrá:

1. *La identificación del compromiso;*
2. *Las partes intervinientes;*
3. *Los plazos de cumplimiento;*
4. *Las demás condiciones acordadas.*

Adicionalmente, esta resolución establecerá el compromiso de las partes involucradas de suministrar la información relativa al cumplimiento del compromiso y de la resolución con el fin de verificar su cabal cumplimiento en el plazo fijado por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (...)"

8.3.- Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.-

El artículo 117.- Respecto de la Resolución de la propuesta de compromiso de cese, establece:

"(...) El órgano de sustanciación y resolución, previo informe del órgano de investigación, deberá emitir una resolución motivada aceptando, modificando o desestimando la propuesta de compromiso en el término de cuarenta y cinco días desde la fecha de notificación (...)"

El artículo 119.- Sobre la negativa de compromiso de cese, indica:

"(...) En caso de que el órgano de sustanciación y resolución, mediante resolución motivada, rechace o desestime la propuesta de compromiso, se continuará con el procedimiento sancionador, desde la etapa en la que se hubiere suspendido (...)"



8.4.- Instructivo para la Gestión y Ejecución de los Compromisos de Cese en la Superintendencia de Control del Poder de Mercado expedido mediante Resolución No. SCPM-DS-078-2015

El artículo 3.- Respecto del objeto de los compromisos de cese, determina:

“(...) Alcanzar con agilidad la simplificación del procedimiento administrativo, mediante una propuesta de compromiso de cese libre y voluntario presentado por el operador económico, cuya conducta anticompetitiva sea susceptible de estos compromisos. La propuesta de cese debe manifestar explícitamente la voluntad del operador de cesar las conductas que violan la LORCPM y el Reglamento para su aplicación, precisando claramente la infracción a la que se refiere y la corrección verificable a partir de una determinada fecha. Adicionalmente debe constar el compromiso de subsanar, de ser el caso, los daños y perjuicios o efectos que hayan producido, que produzcan o que puedan producir en el mercado relevante y a los consumidores; esto sin necesidad de sustanciar todo el procedimiento y evitar las sanciones previstas en el artículo 89 y demás normas de la LORCPM. (...)”.

8.5.- Código Orgánico Administrativo.-

El artículo 162.- Sobre la suspensión del cómputo de plazos y términos en el procedimiento, establece:

“(...) Los términos y plazos previstos en un procedimiento se suspenden, únicamente por el tiempo inicialmente concedido para la actuación, en los siguientes supuestos: (...)”

3. Deban realizarse pruebas técnicas o análisis contradictorios o dirimientes, durante el tiempo concedido para la incorporación de los resultados al expediente. (...)”

En los supuestos previstos en los números 2, 3 y 4, cuando el órgano competente no haya concedido expresamente un plazo para la actuación o la negociación, el procedimiento administrativo se suspenderá hasta por tres meses. (...)”.

8.6.- Doctrina sobre el Compromiso de Cese.-

8.6.1.- En Colombia un estudio promovido por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos – OCDE, indica:

“(...) Procedimiento acordado de terminación anticipada.- La ley colombiana permite que la SIC ponga fin a una investigación si la parte denunciada realiza una “oferta de garantías” de que suspenderá o modificará la conducta por la cual está siendo investigada. La capacidad de acordar la terminación anticipada de un caso puede ser una herramienta útil para una autoridad de competencia, permitiéndole lograr un resultado en un caso aunque mantenga recursos escasos. No todos los países, sobre todo en Latinoamérica, proveen a sus autoridades con esa capacidad. Parece, en cambio, que aunque este procedimiento se usa con frecuencia en Colombia, a veces no resulta efectivo. Además, las reglas que se aplican a los procedimientos de acuerdos no están claras, como ya se ha citado en la Sección 2.1, y al menos en una ocasión, el intento de la SIC de reglamentar este procedimiento fue anulado por los tribunales. Podría ser posible, por ejemplo, que un acuerdo de terminación anticipada requiera no sólo la terminación de la conducta ofensiva, sino que, cuando sea oportuno también sea

necesario que la parte infractora emprenda acciones firmes para rectificar el daño causado por la conducta y garantizar que no se repetirá. Tales compromisos deben efectivizarse, y el incumplimiento debe ser causa de multa. Además, debería ser posible que un acuerdo de terminación anticipada incluya una sanción para la parte infractora, nuevamente cuando proceda. Aparentemente estos procedimientos no son posibles con la actual ley colombiana. Con la modificación introducida por la Ley 1340/09, la declaratoria de incumplimiento de los compromisos dará lugar a una sanción por violación a las normas de competencia, que podrán incluir instrucciones orientadas a verificar el cese de las conductas investigadas (...)

8.6.2 - En la República del Perú, con resolución 39-2005-INDECOPI/CLC del 11 de julio de 2005, la Comisión de Libre Competencia aprobó un Compromiso de Cese sustentado en tres criterios:

“(...) (i) Que la totalidad o una parte de los agentes económicos investigados efectúe un reconocimiento de todos o algunos de los cargos imputados en la resolución de admisión a trámite. Dicho reconocimiento debe resultar verosímil a la luz de los medios de prueba que obren en el expediente principal o que hayan sido aportados por las partes en el marco del procedimiento de aprobación del compromiso de cese. (ii) Que la conducta anticompetitiva imputada y reconocida por los agentes económicos investigados no haya causado (o no cause) una grave afectación al interés económico general. Para tal efecto, se tomará en cuenta los efectos en el bienestar económico, para lo que se considerará el tamaño del mercado relevante, la duración de la conducta, el bien o servicio objeto de la conducta, el número de empresas o consumidores afectados, entre otros factores. (iii) Que los agentes económicos investigados ofrezcan medidas correctivas que permitan verificar el cese de la práctica anticompetitiva denunciada y que garanticen que no habrá reincidencia. Adicionalmente, podrán ofrecerse medidas complementarias que evidencien el propósito de enmienda de los infractores (...)” (Subrayado fuera de texto).

8.6.3 – La Comunidad Andina, mediante Resolución No. 1939, resuelve la solicitud de compromisos presentada por Productos Familia S.A. y Productos Familia Sancela del Ecuador S.A., y en la parte pertinente manifiesta:

“(...) El compromiso de cese es una figura jurídica que coadyuva a restablecer la libre competencia y corregir distorsiones en el mercado a un bajo costo y permite a la autoridad ahorrar recursos que serían irrogados en costosos procesos administrativos. Sin embargo, la utilización de este mecanismo por parte de la autoridad no pretende crear una indeseable impunidad de los infractores ni permitir que prácticas anticompetitivas que afecten significativamente el bienestar de los consumidores y la economía en general sean exentas de las sanciones correspondientes. (...)” Lima – Perú, 31 de julio de 2017.



8.6.4 – El INDECOPI, en su portal web, respecto de los compromisos de cese, añade:

“(...) Es el compromiso que el presunto o presuntos responsables de la infracción ofrecen referido al cese de los hechos investigados o a la modificación de aspectos relacionados con ellos.

Para la evaluación de la solicitud de compromiso de cese, la Secretaría Técnica considerará el cumplimiento concurrente de las siguientes condiciones:

- 1. Que la totalidad o una parte de los agentes económicos investigados efectúe un reconocimiento de todos o algunos de los cargos imputados. Dicho reconocimiento debe resultar verosímil a la luz de los medios de prueba que obren en el expediente o que hayan sido aportados por las partes en el marco del procedimiento de aprobación del compromiso de cese.*
- 2. Que sea verosímil que la conducta anticompetitiva imputada y reconocida por los agentes económicos investigados no haya causado, o no cause, una grave afectación al bienestar de los consumidores. Para ello, se podrá tomar en cuenta, de modo indiciario, el tamaño del mercado relevante, la duración de la conducta, el bien o servicio objeto de la conducta, el número de empresas o consumidores afectados, entre otros factores; y,*
- 3. Que los agentes económicos investigados ofrezcan medidas correctivas que permitan verificar el cese de la práctica anticompetitiva denunciada y que garanticen que no habrá reincidencia. Adicionalmente, podrán ofrecerse medidas complementarias que evidencien el propósito de enmienda de los infractores.*

La Secretaría Técnica evaluará la propuesta y, en caso de estimarla satisfactoria, propondrá a la Comisión la suspensión del procedimiento administrativo principal, sugiriendo las medidas pertinentes con el objeto de verificar el cumplimiento del compromiso. La Comisión decide la aprobación o denegatoria de la propuesta, siendo su pronunciamiento inimpugnable debido a su naturaleza eminentemente discrecional.

En caso de incumplimiento del compromiso, se reiniciará el procedimiento de oficio o a petición de parte. (...)”.

8.6.5 – La Comisión para Promover la Competencia de Costa Rica, en la Guía para el análisis de Concentraciones Económicas. señala:

“(...) En términos generales, este mecanismo de control de las concentraciones económicas pretende evitar que agentes económicos adquieran o fortalezcan una posición de poder en el mercado mediante la combinación de empresas ya existentes, cualquiera que sea la modalidad utilizada para la concentración. (...)”

En todo caso, a (sic) cuestión central a determinar es si la concentración puede: a. Crear o consolidar una posición de poder de mercado; b. Facilitar la coordinación entre competidores; o. c. Disminuir o dañar la competencia. Si la respuesta es afirmativa, se analizará si la concentración, no obstante sus efectos negativos, presenta efectos precompetitivos suficientes que permiten preveer que será beneficiosa para el mercado. (...)”.

8.6.7 – Jerónimo Maillo González – Orús, en relación al Control de Concentraciones, manifiesta:

“(...) En la política de competencia, el control de concentraciones es el sistema de supervisión de las operaciones de concentración empresarial que tiene por finalidad evitar debilitamientos de la estructura competitiva de los mercados causados por una de

estas operaciones. (...) se ha articulado un control previo que exige la notificación ex ante de aquellas operaciones de concentración que superen determinados umbrales de volumen de negocios o de cuota de mercado de las empresas afectadas. (...)

El control de concentraciones es pues un control de estructuras que completa y complementa el control de conductas de la política de competencia (...)".
http://diccionarioempresarial.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAASMjS0NLtbLUouLM_DxbIw

8.7.- Fundamentos Jurisprudenciales.-

8.7.1.- La Constitución de la República del Ecuador es garantista de derechos, por cuanto:

"(...) la Carta aprobada en el 2008, de que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, y que tiene como deber primordial garantizar, sin ningún tipo de discriminación, el goce efectivo de los derechos establecidos en la Constitución y en instrumentos internacionales; por lo tanto, su más alto deber consiste en respetar y hacer respetar los derechos constitucionales que son de aplicación directa e inmediata, sin que para su ejercicio deban exigirse condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución, o falta de norma para justificar su violación. (...)" Sentencia No.060-12-SEP-CC. Caso No.0420-10-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No.735 de 29 de junio de 2012.

8.7.2.- La Corte Constitucional del Ecuador en cuanto al debido proceso enseña:

"(...) El artículo 76 de la Constitución garantiza que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden se asegurara el derecho al debido proceso, y establece además que corresponde a toda autoridad administrativa o judicial garantizar el cumplimiento de las normas y derechos de las partes, así como que nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento; y así también la garantía del debido proceso consolida, a su vez la seguridad jurídica que constituye el elemento esencial y patrimonio común de la cultura del Estado de derechos y justicia; la sujeción de todos los poderes del Estado a la Constitución en donde la ley se concreta en la confiabilidad, en el orden jurídico, en la certeza sobre el derecho escrito y vigente, es decir, el reconocimiento y la previsión de la situación jurídica (...)" Corte Constitucional para el Período de Transición Sentencia No.056-12-SEP-CC- CASO NO.0850-10-EP de 27 de marzo de 2012.

8.7.3.- En lo que respecta al derecho a la seguridad jurídica la Corte Constitucional se pronuncia así:

"(...) El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes. Como lo ha señalado esta Corte, la seguridad jurídica se entiende como certeza práctica del derecho y se traduce en la seguridad de que se conoce lo previsto como lo prohibido, lo permitido, y lo mandado por el poder público respecto de las relaciones entre particulares y de éstos con el Estado, de lo que se colige que la seguridad jurídica es una garantía que el Estado reconoce a la persona para que su



integridad, sus derechos y sus bienes no sean violentados y que en caso de que esto se produzca, se establezcan los mecanismos adecuados para su tutela (...)

“(...) En definitiva, el derecho a la seguridad jurídica es una garantía de certeza de respeto a los derechos, o dicho de otro modo: una situación jurídica no será cambiada sino de conformidad con procedimientos establecidos, es decir, el derecho constitucional a la seguridad jurídica implica la seguridad en el orden jurídico y la sujeción de todos los poderes del Estado a la Constitución y la ley, sin quedar sujeto a la arbitrariedad, de ahí su estrecha relación con el derecho a la tutela judicial, pues el respeto de la Constitución y de la ley garantizan el acceso a una justicia efectiva, imparcial y expedita (...)”. Corte Constitucional para el Período de Transición, Sentencia No.109-12-SEP-CC CASO No.0246-10-EP de 08 de marzo de 2012.

8.7.4.- En cuanto al derecho a la defensa la Corte Constitucional establece:

*“(...) De una manera somera, diremos que el derecho de las personas a la defensa se manifiesta en que nadie puede ser privado del mismo en ninguna etapa o grado del procedimiento, contar con los medios adecuados, ser oído en el momento oportuno también denominado *adialteram parte*, el derecho de acceso al expediente, el derecho a formular alegatos y presentar pruebas, derecho a una decisión expresa, motivada y fundada en derecho, ser asistido por un abogado, recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos (...)”.*

“(...) El derecho de defensa constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma el ámbito del debido proceso. En cuanto derecho fundamental se proyecta como principio de interdicción de ocasionarse indefensión y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes de un proceso o de un tercero con interés (...)” “Jurisprudencia de la Corte Constitucional. Corporación de Estudios y Publicaciones. Tomo VII. Junio 2012. Página 506.

8.7.5.- La Corte Constitucional del Ecuador sobre el deber de motivar los actos administrativos sostiene:

“(...) La administración tiene el deber de motivar sus actos, es decir, debe indicar, además de su parte dispositiva o contenido del acto en sentido estricto, una sucinta referencia de sus fundamentos fácticos y jurídicos. Cuando la motivación sea obligada y se omita o sea excesivamente genérica, el acto estará afectado por un vicio formal y producirá su anulabilidad. Este es el conflicto más frecuente a que da lugar la motivación. Las alegaciones de las motivación, en cuanto el elemento formal, se examina con carácter previo al fondo del asunto (...)”. Jurisprudencia de la Corte Constitucional, Corporación de Estudios y Publicaciones. Tomo VII. Junio 2012. Quito- Ecuador. Página 712.

8.7.6.- Instructivo para la Gestión de los Compromisos de Cese Superintendencia de Control del Poder de Mercado contempla los Elementos de Procedibilidad.-

“(...) Para la procedencia de las propuestas de compromiso de cese se deberá tener en cuenta los siguientes casos:

a. Las propuestas de compromiso de cese procede si el operador económico reconoce libre y voluntariamente ante la Superintendencia de Control del Poder de Mercado las conductas violatorias a la LORCPM;

b. El derecho de presentar la propuesta de compromiso de cese solamente termina en el momento en que la Comisión de Resolución de Primera Instancia notifica a las partes la resolución final del procedimiento, cuando el caso lo amerite; y,

c. La gestión procesal de las propuestas de compromiso de cese, se deberá tramitar ante la Comisión de Resolución de Primera Instancia en un expediente distinto vinculado al principal (...).

8.8.- Principios Operativos.-

En la aplicación de los compromisos de cese así como en su gestión procesal se observan los siguientes principios:

a. Prevención: Principio legal mediante el cual se tutela a los operadores económicos a no ser sancionados conforme lo establece la Ley, siempre y cuando se acojan en forma libre y voluntaria a los compromisos de cese.

b. Celeridad: Tanto los operadores económicos, las Intendencias y la Comisión de Resolución de Primera Instancia deben ajustar su actuación de tal modo que se dote al procedimiento de la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procedimentales que dificulten su desenvolvimiento, a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable, sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido proceso o vulnere el ordenamiento jurídico.

c. Confidencialidad: La gestión integral de los compromisos de cese está sometida al principio de confidencialidad, a excepción de la resolución que apruebe el compromiso de cese y que debe ser publicada.

d. Debido Proceso: La Superintendencia a través de los órganos de investigación y de resolución harán efectiva la tutela jurídica a través del cumplimiento del debido proceso consagrado en la Constitución de la República.

e. Eficiencia: Las actividades de gestión de los compromisos de cese se desarrollarán procurando evitar la generación de costos injustificados para las partes procesales y para la Superintendencia.

f. Ejercicio Potestativo: Los compromisos de cese son exclusivamente potestativos, libres y voluntarios para los operadores económicos que se comprometen a este procedimiento de cese.

g. Potestad Exclusiva: La Comisión de Resolución de Primera Instancia tiene la potestad exclusiva de recibir, analizar, admitir, controlar, aceptar, modificar, rechazar o desestimar las propuestas de los compromisos de cese.

h. Presunción de Veracidad: Los documentos u otros mecanismos de información, exhibidos o presentados por los operadores económicos deben ser presentados en copias certificadas, en virtud de lo cual se presume que su contenido responde a la verdad de los hechos a los cuales se encuentran referidos o que afirman.



i. Motivación: Toda decisión emitida por los órganos competentes, deberá ser adoptada de modo tal que los criterios a utilizarse sean conocidos y previsibles por los operadores económicos a las partes procesales. Las decisiones serán debidamente motivadas.”

NOVENO: CONSIDERACIONES Y ANALISIS DE LA CAUSA Y EFECTOS DE LA PROPUESTA DE COMPROMISO DE CESE.

9.1 El operador económico **UNIÓN CEMENTERA NACIONAL UCEM S.A.**, presentó la propuesta de compromiso de cese modificado, mediante escrito del 19 de julio de 2018, a las 16h26, en Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado; como parte indispensable de dicho reconocimiento, con escrito presentado el 31 de julio de 2018, a las 16h01, con el que adjunta el “Informe Económico de la Operación de Concentración entre Unión Cementera Nacional S.A. y Hormigonera Equinoccial Equihormigonera Cía. Ltda.”, documento que no se encontraba suscrito por quienes lo elaboraron.

9.2.- Posteriormente mediante Memorando SCPM-IGT-INICCE-40-2018-M, del 11 de septiembre de 2018, suscrito por la economista Francis Gaona Reyes, Intendente Nacional de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, en relación al “Informe Económico de la Operación de Concentración entre Unión Cementera Nacional S.A. y Hormigonera Equinoccial Equihormigonera Cía. Ltda.”, solicita: “(...) *se requiera a Unión Cementera nacional UCEM S.A. la presentación de dicho informe con su respectiva firma de responsabilidad. Considerando que el mismo es necesario para la presentación del informe solicitado (...) en consecuencia SOLICITO una prórroga para la presentación del informe (...) por el término al menos de 10 días, los cuales deberán ser contados desde que la Comisión corra traslado a esta Intendencia del Informe Económico de la Operación de Concentración entre Unión Cementera Nacional S.A. y Hormigonera Equinoccial Equihormigonera Cía. Ltda. por parte de UCEM debidamente firmado (...)*”, documento que fue presentado el 16 de octubre de 2018 a las 14h30, por el operador económico **UNIÓN CEMENTERA NACIONAL UCEM S.A.**, debidamente suscrito por quienes lo elaboraron.

9.3.- De las consideraciones mencionadas se desprende que la propuesta de compromiso de cese modificada, se perfeccionó el 16 de octubre de 2018, con la presentación del “Informe Económico de la Operación de Concentración entre Unión Cementera Nacional S.A. y Hormigonera Equinoccial Equihormigonera Cía. Ltda.”, configurándose de este modo el cumplimiento de la condición 1 determinada en el artículo 90 de la LORCPM, que señala: “(...) *Que la totalidad o una parte de los operadores económicos investigados efectúe un reconocimiento de todos o algunos hechos de la denuncia o de los cargos imputados. Dicho reconocimiento debe resultar verosímil a la luz de los medios de prueba que obren en el expediente principal o que hayan sido aportados por las partes en el marco del procedimiento de aprobación del compromiso de cese; (...)*”.

9.4.- En cuanto al término de cuarenta y cinco días para resolver la propuesta de compromiso de cese modificada, determinado en el artículo 89, último inciso de la LORCPM, este discurre a partir del 16 de octubre de 2018, fecha en la que el operador económico **UNIÓN CEMENTERA NACIONAL UCEM S.A.**, presentó y perfeccionó su petición y conforme lo señala el Código Orgánico Administrativo en su artículo 162, en el numeral 3 y en el segundo inciso, los términos o plazos previstos en un

procedimiento se suspenden, cuando deban realizarse pruebas técnicas para la incorporación de resultados al expediente, en cuyo caso cuando el órgano competente no haya concedido expresamente el plazo, el procedimiento administrativo se suspenderá hasta por tres meses, en el caso que nos atañe se entiende por suspendido el término para resolver el presente expediente hasta el momento en que se presentó y perfeccionó el “Informe Económico de la Operación de Concentración entre Unión Cementera Nacional S.A. y Hormigonera Equinoccial Equihormigonera Cía. Ltda.”, por considerarse dicho informe como elemento de prueba referente a los efectos en el mercado relevante producidos por la falta de notificación de la concentración económica, constituyéndose una prueba verosímil proporcionada por el solicitante para efectos de la aprobación o rechazo del compromiso de cese. De lo expresado se concluye que los tiempos que dilataron el inicio del trámite de la presente causa son imputables al operador económico Unión Cementera Nacional UCEMS.A.

9.5.- Por otra parte la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, en el Informe No. SCPM-IGT-INICCE-15-2018-I, del 06 de noviembre de 2018, señala: “(...) *El alcance de la propuesta de compromiso de cese del operador económico UCEM, es el reconocimiento de la ejecución de una operación de concentración sujeta a control la cual no fue notificada a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, Infringiendo lo establecido en los artículos 16 y 18 de la LORCPM e incurriendo en la infracción establecida en el literal d) del numeral 2 del artículo 78 de la LORCPM (...)*

Se debe recordar que conforme el artículo 90 de la LORCPM, el reconocimiento de los cargos imputados debe resultar verosímil a la luz de los medios de prueba que obren en el expediente principal o que hayan sido aportados por las partes en el marco del procedimiento de aprobación del compromiso de cese. Así, de conformidad con la sección cuarta del formato para la propuesta de compromiso de cese establecido en el artículo 8 del Instructivo para la Gestión de los compromisos de Cese de la SCPM, es necesario que el operador económico realice una descripción detallada y precisa, desde la posición del operador económico, de la conducta investigada. [Subrayado fuera de texto] (...)

Además, conforme se mencionó, el reconocimiento de la conducta deberá resultar verosímil ante los medios de prueba que obren en el expediente principal o que hayan sido aportados por las partes. Dado que a la fecha de presentación del compromiso de cese no existía un expediente de investigación abierto, habiéndose iniciado recientemente el expediente principal, será necesario evaluar la verosimilitud del reconocimiento de la presunta conducta de UCEM a la luz de los medios de prueba que haya entregado el operador económico. [Subrayado fuera de texto] (...)

Por tanto, se observa que la operación de concentración está sujeta al procedimiento de notificación previa obligatoria (...)

Asimismo, Cisneros (ibídem) considera que: “[...] la entrada de nuevos operadores al mercado de cemento o el fortalecimiento y mayor de la empresa estatal cementera Unión Cementera Nacional UCEM C.E.M., quien mantiene un equilibrio competitivo y de precios, será suficiente para impedir (o alivianar) efectos anticompetitivos, en tanto la misma al menos iguale la capacidad instalada de producción de cemento [...]”, por lo

que la participación de UCEM en los mercados de cemento y hormigón, en lugar de generar preocupaciones sobre la competencia, ya sean esta de carácter unilateral o coordinado, sería deseable. En tal virtud, la operación de concentración bajo análisis no es apta para crear, modificar o reforzar el poder de mercado, así como tampoco para impedir, obstaculizar o disminuir de manera sensible la competencia en ninguno de los mercados relevantes analizados. (Negrillas propias)

Consecuentemente se determina que la operación de concentración objeto del compromiso de cese no ha causado daño o perjuicio alguno en los mercados relevantes en los que participan los involucrados ni en sus consumidores. Por tanto, a criterio de la INICCE, en este caso no procede cobrar un importe de subsanación al operador económico UCEM.

(...) Por las consideraciones expuestas en el presente informe y conforme con lo previsto en el artículo 118 del RLORCPM, esta Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas (sic), recomienda la aceptación del compromiso de cese, bajo la condición de que el operador económico UCEM observe las puntualizaciones realizadas sobre el borrador de la "política específica para la aprobación de las operaciones de concentración económica".(...)"

9.6.- Se concibe a la propuesta de compromiso de cese como un ofrecimiento de detener la conducta anticompetitiva como respuesta al emplazamiento formulado por la autoridad competente. Un "Compromiso de Cese" es una forma rápida y eficiente para terminar las investigaciones, evitar sanciones, y reestablecer la competencia.

Cuando el operador económico sabe que ha incurrido en una de las conductas sancionadas, puede comparecer ante la Comisión de Resolución de Primera Instancia para reconocer todos o parte de los hechos, ofrecer el cese de tales hechos o conducta y proponer las medidas de corrección o subsanación, los daños, perjuicios o efectos que hayan producido, produzcan o lleguen a producir en el mercado relevante y en los consumidores las prácticas anticompetitivas.

Es así que el artículo 89 de la LORCPM, señala que la propuesta de compromiso de cese podrá ser aceptada, modificada o rechazada, mediante resolución dentro del término de cuarenta y cinco días, contados desde la presentación de la propuesta.

Por otra parte el artículo 90 ibídem, en cuanto a la evaluación de la propuesta de compromiso de cese, indica que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado debe considerar el cumplimiento concurrente de dos condiciones, siendo importante observar la segunda parte del numeral 1 que señala: "(...) Dicho reconocimiento debe ser verosímil a la luz de los medios de prueba (...) que hayan sido aportados por las partes en el marco del procedimiento de aprobación del compromiso de cese (...)", a más de las medidas correctivas que permitan verificar **el cese de la práctica anticompetitiva**.

El artículo 91 de la LORCPM, establece que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, en su Resolución podrá aceptar, modificar o desestimar la propuesta de compromiso de cese.

9.7.- En todo proceso de concentración económica está envuelta la posibilidad de obtener o reforzar el poder de mercado, en lo que respecta al presente caso, la LORCPM en su

artículo 7 indica que la obtención o reforzamiento de mercado no atentan contra la competencia. De ahí que la mera concentración no constituye “per se” una infracción a la legislación pro competencia. La falta de notificación de una operación de concentración económica no es una infracción susceptible al beneficio del compromiso de cese.

9.8.- El control puede tener varias naturalezas. Si revisamos el artículo uno de la LORCPM, vemos que los objetivos de la ley es regular y controlar las concentraciones económicas, que en concordancia con el artículo 15 de la misma Ley, nos dice que las operaciones de concentración obligadas a cumplir con la notificación, serán examinadas, reguladas, controladas y de ser el caso intervenidas y sancionadas; sin embargo, Jerónimo Maillo González-Orús en su artículo del Diccionario Empresarial, citado en líneas anteriores, manifiesta que *“En la política de competencia, el control de concentraciones es el sistema de supervisión de las operaciones de concentración empresarial que tiene por finalidad evitar debilitamientos de la estructura competitiva de los mercados causados por una de estas operaciones.(...)”* adicionalmente dice *“(...) se ha articulado un control previo que exige la notificación ex ante de aquellas operaciones de concentración que superen determinados umbrales de volumen de negocios o de cuota de mercado de las empresas afectadas.(...)”* *“(...) El control de concentraciones es pues un control de estructuras que completa y complementa el control de conductas de la política de competencia (las prohibiciones de prácticas colusorias y de abusos de posición dominante).”* esta argumentación nos indica claramente que la naturaleza de la infracción de la falta de notificación es sustancialmente diferente a las conductas o actos infractores de mercado. (El resaltado es nuestro).

El artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador, manifiesta que *“las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos o las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que le sean atribuidas en la Constitución y la ley. (...)”*, es así que dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano se establece la figura del compromiso de cese para los actos y conductas de acciones positivas anticompetitivas, nada se prevé para los casos de incumplimiento de notificaciones de concentraciones económicas como acontece con la obligación de notificar una concentración económica, ya que la notificación obligatoria de una concentración económica es parte de un control previo de estructuras de mercado. (El resaltado es nuestro)

9.9- Conforme las consideraciones enunciadas en los numerales anteriores es claro que el compromiso de cese, busca cesar una conducta que atente a la competencia, el caso de la falta de notificación de la operación de concentración económica entre Unión Cementera Nacional S.A. y Hormigonera Equinoccial Equihormigonera Cía. Ltda., constituye una omisión a la obligación legal de cumplir con el procedimiento de notificación, lo que imposibilitó a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado a realizar el control de la estructura del mercado de cemento y de hormigón en la ciudad de Quito. En tal virtud la propuesta de compromiso de cese presentada por el operador económico UNION CEMENTERA NACIONAL UCEM S.A., resulta improcedente.

DÉCIMO.- RESOLUCIÓN.- La Comisión de Resolución de Primera Instancia en uso de sus atribuciones legales previstas en los artículos 89 y siguientes de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y 114 y siguientes de su Reglamento de Aplicación,



RESUELVE:

- A. NO ACOGER** la recomendación contenida en el Informe **No. SCPM-IGT- INICCE-15-2018-I**, del 06 de noviembre de 2018, suscrito por la Intendente Nacional de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, economista Francis Gaona Reyes, relacionado con la propuesta de Compromiso de Cese presentada por el señor Roberto Verner Foulkes Aguad, en su calidad de Representante Legal del operador económico **UNIÓN CEMENTERA NACIONAL UCEM S.A.**
- B. RECHAZAR**, por improcedente la propuesta de compromiso de cese, planteada por el señor Roberto Verner Foulkes Aguad, en su calidad de Representante Legal del operador económico **UNIÓN CEMENTERA NACIONAL UCEM S.A.**
- C. NOTIFICACIONES.-**
- i. Notifíquese con la presente resolución al operador económico **UNIÓN CEMENTERA NACIONAL UCEM S.A.** representado legalmente por el señor Roberto Verner Foulkes Aguad, a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Concentraciones Económicas y a la Secretaría General de la SCPM, para los fines legales pertinentes.
- ii. Actué en calidad de Secretario Ad-hoc de la Comisión el abogado Eduardo Maigualema Herrera.- **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-**



Dr. Gswaldo Ramón Moncayo
COMISIONADO



Dr. Agapito Valtés Quiñonez
COMISIONADO

Dr. Marcelo Ortega Rodríguez
PRESIDENTE