

- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Control del Poder de Mercado
- **Órgano de Sustanciación:** CRPI
- **Expediente CRPI:** SCPM-CRPI-023-2018
- **Expediente Apelación:** SCPM-DS-INJ-RA-003-2019
- **Administrado:** UNION CEMENTERA NACIONAL –UCEM-
- **Apelante:** UNION CEMENTERA NACIONAL –UCEM-

**SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.-** Quito, DM, 05 de abril 2019, a las 17h10.- **VISTOS.-** Doctor, Danilo Sylva Pazmiño, en mi calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado, conforme la acción de personal No. SCPM-INATH-328-2018 de 06 de noviembre de 2018, cuya copia certificada se encuentra agregada al expediente, en uso de mis facultades legales, en conocimiento del presente recurso y encontrándose el procedimiento administrativo para resolver, considero y dispongo:

**PRIMERO.- COMPETENCIA.-** En virtud de lo dispuesto en los artículos 44 numeral 2; 65 y 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), esta Autoridad es competente para conocer y resolver el Recurso de Apelación planteado.-

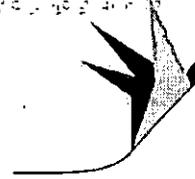
**SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL.-** La tramitación del expediente en esta instancia jerárquica, no adolece de vicios de procedimiento, ni se han omitido solemnidades sustanciales que puedan generar nulidad procesal; por lo que ésta Autoridad declara la validez del mismo.

**TERCERO.- LEGALIDAD DEL RECURSO.-** El operador económico UNIÓN CEMENTERA NACIONAL UCEM S.A., mediante escrito ingresado en la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el 23 de enero de 2019 con número de trámite ID 123437, interpone Recurso de Apelación en contra de la Resolución de 19 de diciembre de 2018 a las 17h10, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, en la que se resuelve negar el compromiso de cese presentado por el apelante el 27 de marzo de 2018. El recurrente ha cumplido así, con el principio de oportunidad establecido en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), que en el artículo 67 dispone: *“Recurso de Apelación o Jerárquico.- Los actos administrativos emitidos en virtud de la aplicación de esta Ley podrán ser elevados al Superintendente de Control de Poder de Mercado mediante recurso de apelación, que se presentará ante éste. También serán susceptibles de recurso de apelación actos administrativos en los que se niegue el recurso ordinario y horizontal de reposición. 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. (...)”* (las negrillas no son propias del texto).

**CUARTO.- ACTO IMPUGNADO.-** El acto impugnado por el operador económico UNIÓN CEMENTERA NACIONAL UCEM S.A., es la Resolución de 19 de

diciembre de 2018 a las 17h10, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia.

**QUINTO.- ARGUMENTACIONES Y SOLICITUD DEL RECURRENTE.-** El operador económico UNIÓN CEMENTERA NACIONAL UCEM S.A., en representación de este, en su escrito de apelación argumenta y solicita principalmente lo siguiente: “(...) 5.1 *Procedencia de Compromiso de Cese presentado: De la revisión de la Resolución impugnada, la decisión de no acoger la recomendación realizada en el Informe No. SCPM-IGT-INICCE-15-2018-I y rechazar la propuesta de Compromiso de Cese se debe a que la CRPI considera que no es procedente la presentación de un compromiso de cese relacionado con la falta de la notificación de una operación de concentración económica. De esta manera, en la Resolución impugnada la CRPI considera que la falta de notificación de una operación de concentración económica que estaba obligada a ser notificada no sería una infracción a la LORCPM susceptible de ser tramitada dentro de un compromiso de cese (...)* 5.2 *Procedencia de un compromiso de cese referente a la falta de notificación de una operación de concentración económica (...)* mientras el análisis de una operación de concentración económica es considerado como una forma de control previo, la investigación de las conductas o actos infractores del mercado consistiría en una forma de control posterior. Al respecto, si bien está (sic) diferenciación es correcta, es preciso notar que ambas conductas constituyen infracciones a la LORCPM y a la normativa aplicable a compromisos de cese a compromisos de cese no se fundamenta de manera alguna en esta diferenciación para excluir a las infracciones relacionadas con la falta de notificación de una operación de concentración económica obligada a ser notificada (...) se puede identificar los siguientes elementos de la figura del compromiso de cese: i) la presentación de un compromiso de cese es facultad de los operadores económicos investigados y no de la SCPM, ii) el compromiso de cese puede ser presentado con el fin de comprometerse a cesar una conducta objeto de investigación y iii) únicamente de ser el caso, se deben comprometer a subsanar daños y perjuicios que se han generado o puedan generarse. Las primeras dos características son de cumplimiento obligatorio mientras que la tercera es aplicable únicamente de ser el caso. En el presente caso, la notificación de concentración económica realizada por UCEM cumple con los tres elementos establecidos en el artículo 89 de la LORCPM. Se trató de una petición realizada por un operador económico, en ella UCEM se comprometió a cesar una conducta que paso a ser objeto de investigación (la cual consistía en la falta de notificación de una operación de concentración económica) y ser (sic) comprometió a subsanar, de ser el caso, cualquier afectación que haya generado o pueda generar dicha conducta. En ningún momento, el artículo 89 de la LORCPM acoge la distinción realizada por la CRPI para excluir de la figura de compromiso de cese a la falta de notificación de una operación de concentración económica ya que dicho artículo es aplicable a cualquier conducta objeto de investigación (...) 5.1.2 *Reconocimiento de la procedencia del Compromiso de Cese presentado por parte de la ICC y CRPI (...)* La CRPI fue



categórica al aceptar en dos ocasiones distintas la solicitud de compromiso de cese presentada por UCEM por cumplir con todos los requisitos del artículo 89 de la LORCPM y el artículo 8 del Instructivo de Compromisos de Cese (...) mediante providencia de 11 de junio de 2018 a las 15h35, la CRPI acogió el Informe Técnico No. SCPM-ICC-019-2018 de 30 de mayo de 2018 de la ICC en todas sus partes, es decir sin reserva alguna, y, después de resolver lo anterior, dispuso que se modifique el Compromiso de Cese presentado con las observaciones señaladas por la ICC (...)

5.1.3 La Implementación de una operación de concentración económica no notificada como práctica anticompetitiva (...) La LORCPM y la normativa secundaria (RLORCPM e Instructivo de Compromiso de Cese) señala que se podrá presentar un compromiso de cese con respecto a cualquier conducta que viole la LORCPM y sea objeto de investigación por parte de la SCPM, siendo la falta de notificación e implementación sin notificación de una operación económica una conducta i) violatoria a la LORCPM y ii) es objeto de investigación por parte de la SCPM (...) es importante aclarar que la normativa en cuestión únicamente hace referencia a prácticas anticompetitivas y no a conductas infractoras de mercado o conductas positivas anticompetitivas como lo señala la Resolución Impugnada (...) La obligación de notificar una operación de concentración económica y a no implementarla previo a la notificación y autorización por parte de la SCPM forma parte del régimen de control de concentraciones establecido en la LORCPM. El objetivo de este régimen es prevenir situaciones que podrían eventualmente generar una afectación a la competencia (...) si una operación de concentración económica no es notificada ante la SCPM y la misma es implementada antes de la notificación y/o autorización correspondiente, se impide que la SCPM analice si dicha operación puede crear o reforzar el poder de mercado y que evite, de ser el caso, que como resultado de dicha operación se origine una situación o conductas futuras que puedan afectar a la competencia económica (...) En conclusión, aún en el supuesto no consentido de que se considere que los compromisos de cese son aplicables únicamente a prácticas anticompetitivas es evidente que la falta de notificación e implementación previa a una concentración económica puede ser considerado como una práctica anticompetitiva en vista de que impide a la SCPM control si dicha operación puede generar o reforzar el poder de mercado y, en consecuencia, generar situaciones o conductas futuras que afecten a la competencia.

5.1.4. Cumplimiento de los requisitos para la aceptación de un compromiso de cese. (...) Un análisis de la normativa aplicable a los compromisos de cese permite concluir que son 4 los requisitos de (sic) para la procedibilidad y aceptación del compromiso de cese: - Tiempo de presentación (...) - Reconocimiento de la conducta violatoria a la LORCPM (...) - Ofrecimiento de medidas correctivas (...) - presentación a la CRPI (...) De lo expuesto, y contrario a lo que señala el punto resolutivo B, de la Revisión Impugnada, el compromiso de cese presentado por UCEM era y es procedente al amparo de lo que dispone la LORCPM, el RLORCPM y el Instructivo de Compromiso de Cese (...)

5.2 Vencimiento del término para resolver sobre el Compromiso de Cese (...) UCEM presentó su propuesta de compromiso de cese el 27 de marzo de 2018, por

lo que el término de 45 días hubiera vencido el pasado 01 de junio de 2018. Pese a esto, en vista que en el presente Expediente la CRPI ordenó la presentación del compromiso de cese modificado. Dado que el compromiso de cese modificado firmado fue presentado el 19 de julio de 2018, dicho término habría vencido el 21 de septiembre de 2018, por lo que la Resolución impugnada fue expedida extemporáneamente (...). Consciente de esto, la Resolución impugnada busca demostrar que la misma habría expedida dentro del término establecido por la Ley, al alegar que los 45 días hábiles debería contar desde el supuesto "perfeccionamiento" del compromiso de cese con la presentación del Informe Económico firmado por quienes lo elaboraron (...). La presentación de un informe económico no constituye un requisito previsto en la normativa ecuatoriana para la presentación de un compromiso de cese; menos aún que este informe económico sea firmado, más aun cuando consistió como anexo del compromiso de cese modificado debidamente suscrito (...). no es procedente asumir que el término para la resolución de un compromiso de cese se encontraba suspendido hasta que se presente el informe firmado, además de que la CRPI nunca decretó tal "suspensión" (...). el análisis para determinar el mercado relevante afectado y el impacto de la concentración económica en el mismo, no se define por la inclusión en una firma o no en un informe económico, el cual queda avalado al ser presentado como anexo por el profesional autorizado para el efecto en el compromiso de cese (...). 5.2.1. Aplicación del Código Orgánico de Procesos en el Expediente CRPI Otro de los argumentos utilizados en la Resolución impugnada para justificar la supuesta suspensión de los términos hasta la presentación del informe económico firmado consiste en la intención a aplicar el numeral 3 y el segundo inciso del artículo 162 del Código Orgánico Administrativo (...). en estricta aplicación de la Disposición Transitoria Segunda del COA, esta norma, bajo ningún concepto, puede ser aplicable al Expediente CRPI. En este sentido, es posible concluir que la Resolución impugnada fue expedida de manera extemporánea y que la Resolución impugnada es motivada (...). 5.3. Vulneraciones constitucionales (...). 5.3.1. Vulneración al derecho al debido proceso (...). habiéndose dictado la Resolución impugnada el 20 de diciembre de 2018, la CRPI violó el debido proceso de UCEM. Esto debido a que la CRPI habría expedido de manera extemporánea la Resolución impugnada (...). al haber desconocido resoluciones previas de la CRPI dictadas, ejecutoriadas y que causaron estado en la vía administrativa, y, al haber dictado una resolución carente de motivación. 5.3.2. Vulneración al derecho a la seguridad jurídica (...). inaplicación de normas, previas, claras y públicas por parte de la CRPI (...). UCEM no tendría certeza, en este y otros procedimientos, de que tramite y con que (sic) pautas se las juzgaran, sin en un proceso se aplica la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y normativa secundaria y en otro no (...). 8. Peticiones: (...) se revoque la Resolución Impugnada, por ser inválida (...) se acepte el Compromiso de Cese modificado al haber cumplido con todos los requisitos para su aceptación (...)."

**SEXTO.- CONSTANCIA PROCESAL RELEVANTE.-** De la revisión del expediente administrativo No. **SCPM-CRPI-23-2018** se evidencian las siguientes constancias procesales relevantes: 1) Escrito presentado por el señor Robertho Verner Foulkes Aguad, en calidad de Gerente General y representante legal de la compañía Unión Cementera Nacional UCEM S.A., y propuesta de Compromiso de Cese ante la Comisión de Resolución de Primera Instancia, respecto a la falta de notificación de una operación de concentración económica consistente en la adquisición de la mayoría de participaciones de la compañía Hormigonera Equinoccial Equihormigonera Cia Ltda., documento recibido en la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 27 de marzo de 2018 a las 12h40 con número de trámite ID. 85145. 2) Providencia de 09 de abril de 2018 a las 12h00, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, mediante la cual señala: “(...) **el día miércoles 11 de abril de 2018, a las 10h00, a fin de que comparezca el operador económico Unión Cementera Nacional UCE (sic) S.A., (...) a reconocer su firma y rúbrica constante al pie del escrito de Compromiso de Cese interpuesto (...)**”. 3) Providencia de 11 de abril de 2018 a las 14h15, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, mediante la cual y en atención al escrito presentado por el operador económico UCEM señala: “(...) **el día viernes 13 de abril de 2018, a las 10h00, a fin de que comparezca (...) a reconocer su firma y rúbrica constante al pie del escrito de Compromiso de Cese interpuesto (...)**”. 4) Acta de Reconocimiento de firma y rúbrica, de 13 de abril de 2018 a las 10h00, mediante la cual el representante legal del operador económico UCEM reconoce la firma y rúbrica impuesta en el Compromiso de Cese. 5) Providencia de 13 de abril de 2018 a las 15h45, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, mediante la cual el órgano de resolución avoca conocimiento del Compromiso de Cese propuesto por el operador económico UCEM y la admite a trámite por cumplir con los requisitos formales establecidos en el artículo 89 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, así como los puntualizados en el artículo 8 del Instructivo para la Gestión y Ejecución de los Compromisos de Cese y dispone: “(...) **la Intendencia de Investigación de Control de Concentraciones Económicas, en el término de quince (15) días, proceda a elaborar y remitir a ésta Comisión un informe técnico sobre las propuestas del Compromiso de Cese (...)**” 6) Memorando No. SCPM-ICC-090-2018-M de 08 de mayo de 2018, suscrito por la Intendencia de Investigación de Control de Concentraciones Económicas, en el cual informa que en virtud de que la propuesta de compromiso de cese ha sido agregada con fecha 8 de mayo de 2018, se contará a partir de esta fecha el termino concedido. 7) Providencia de 09 de mayo de 2018 a las 10h00, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, mediante la cual el órgano de resolución especifica que en virtud del memorando emitido por Intendencia de Investigación de Control de Concentraciones Económicas el término concedido para la elaboración del informe correrá a partir del 08 de mayo de 2018. 8) Informe Técnico No. SCPM-ICC-019-2018 de 30 de mayo de 2018, sobre la propuesta de Compromiso de Cese presentada por el operador económico Unión Cementera Nacional UCEM S.A., suscrito por la Econ. Francis Gaona Intendente de Investigación y Control de Concentraciones en el

cual, entre otros, recomienda el aporte de medios de prueba para comprobar lo aseverado en el compromiso de cese analizado; la elaboración de un análisis sobre los efectos generados por la operación de concentración en el mercado, a fin de determinar posibles daños en el mercado. 9) Resolución de 11 de junio de 2018 a las 15h35, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, en la cual resuelve acoger el informe Técnico No. SCPM-ICC-019-2018 de 30 de mayo de 2018, sobre la propuesta de Compromiso de Cese presentada por el operador económico Unión Cementera Nacional UCEM S.A., suscrito por la Econ. Francis Gaona Intendente de Investigación y Control de Concentraciones y dispone: “(...) *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 (...)*” 10) Providencia de 12 de julio de 2018 a las 14h47, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, mediante la cual se concede un prórroga de veinte días a UCEM para presentar el compromiso de cese modificado, atendiendo el escrito presentado por el accionante de 10 de julio de 2018. 11) Escrito y anexos presentados por UCEM mediante el cual se adjunta el compromiso de cese modificado sin firmas de responsabilidad, recibido en la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 12 de julio de 2018 a las 16h36 con número de trámite ID. 99741. 12) Providencia de 17 de julio de 2018 a las 16h27, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia en la cual se dispone: “(...) *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 (...)*” 13) Escrito presentado por UCEM mediante el cual se adjunta el compromiso de cese modificado debidamente suscrito por el representante legal del operador económico, recibido en la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 19 de julio de 2018 a las 16h26 con número de trámite ID. 102142. 14) Providencia de 23 de julio de 2018 a las 10h47, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia en la cual se dispone: “(...) *se señala para el día viernes 27 de julio de 2018, a las 15h00 (...) a reconocer su firma y rúbrica contante al pie del Compromiso de Cese interpuesto (...)*” 15) Escrito presentado por UCEM mediante el cual se adjunta: i) Estudio Económico de la Operación de Concentración entre Unión Cementera Nacional S.A. y Hormigonera Equinoccial Equihormigonera Cia. Ltda.; ii) documento denominando “Evolución mensual de los precios medios de los bienes involucrados en operación de concentración no notificada; iii) Documento denominado “Identificación de la naturaleza de las actividades que realizaban los operadores económicos antes, durante y después de la operación de concentración económica no notificada”: instrumentos recomendados por el órgano de investigación, recibido en la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 31 de julio de 2018 a las 16h26 con número de trámite ID. 103794. 16) Escrito presentado por UCEM mediante el cual solicita a la CRPI ordene la suspensión del proceso de investigación No. SCPM-

ICC-009-2018 instaurado por la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones por cuanto los hechos analizados son los planteados en el Compromiso de Cese, recibido en la Secretaria General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 31 de julio de 2018 a las 16h05 con número de trámite ID. 103797. 17) Providencia de 03 de agosto de 2018 a las 09h17, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia en la cual se dispone y en atención al escrito presentado por UCEM S.A. el 25 de julio de 2018: “(...) *volver a señalar para el día miércoles 08 de agosto de 2018, a las 15h00 (...)*”; se corre traslado a la Intendencia Nacional de Investigación de Control de Concentraciones con los escritos de 31 de julio de 2018, a las 16h01 y 16h05 a fin de que el órgano de investigación se pronuncie vía informe motivado. 18) Acta de Reconocimiento de firma y rúbrica, de 08 de agosto de 2018 a las 15h00, mediante la cual el representante legal del operador económico UCEM reconoce la firma y rúbrica impuesta en el Compromiso de Cese Modificado. 19) Memorando No. SCPM-IGT-INICCE-31-2018-M de 13 de agosto de 2018 suscrito por la Econ. Francis Gaona, Intendenta Nacional de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, mediante el cual se analiza el requerimiento de suspensión del expediente de investigación solicitada por UCEM, en el cual el órgano de investigación concluye: “(...) *no existe fundamentos para la suspensión del procedimiento de investigación que se sustancia bajo el expediente SCPM-ICC-0009-2018, toda vez que de continuar con la sustanciación, no se afecta real ni potencialmente, derecho alguno del operador económico UCEM*”. 20) Providencia de 14 de agosto de 2018 a las 15h07, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia en la cual avoca conocimiento y admite a trámite la propuesta de compromiso de cese; niega la petición de suspensión realizada por el accionante y dispone a la ICC realizar un informe técnico sobre la propuesta de compromiso de cese modificada presentada por UCEM, para el efecto concede el término de 15 días. 21) Memorando No. SCPM-IGT-INICCE-40-2018-M de 11 de septiembre de 2018 suscrito por la Econ. Francis Gaona, Intendenta Nacional de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, mediante el cual se informa: “(...) *se identificó que el anexo denominado Informe Económico de la Operación de Concentraciones entre Unión Cementera Nacional S.A., y Hormigonera Equinoccial Equihormigonera Cia Ltda.*” Presentado el 31 de julio de 2018, se encuentra sin firma de responsabilidad (...) *solicitamos 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 (...)*” 22) Providencia de 19 de septiembre de 2018 a las 10h47, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia en la cual se conmina al operador económico UCEM a agregar el informe presentado con firmas de responsabilidad. 23) Escrito presentado por UCEM mediante el cual agrega el informe económico de 25 de julio de 2018 con firmas de responsabilidad, recibido en la Secretaria General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 16 de octubre de 2018 a las 14h30 con número de trámite ID. 116552. 24) Providencia de 19 de octubre de 2018 a las 12h17, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia mediante la cual corre traslado al órgano de

investigación con el informe económico de 25 de julio de 2018 con firmas de responsabilidad requerido por la ICC para el análisis del compromiso de cese modificado. **25)** Informe No. SCPM-IGT-INICCE-15-2018-I de 06 de noviembre de 2018 respecto de la propuesta de compromiso de cese presentado por el operador económico Unión Cementera Nacional UCEM S.A., suscrito por la Econ. Francis Gaona, Intendente Nacional de Investigación y Control de Concentraciones Económicas en el cual 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 operaciones de concentración económica*” **26)** Providencia de 07 de noviembre de 2018 a las 10h47, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia mediante la cual se agrega el informe No. SCPM-IGT-INICCE-15-2018-I y se dispone al órgano de investigación elaborar un alcance determinando la cuantía que UCEM debía haber pagado como tasa del análisis del proceso de concentración no notificada. **27)** Informe No. SCPM-IGT-INICCE-7-2018-I de 08 de noviembre de 2018 como alcance la informe No. SCPM-IGT-INICCE-7-2018-I, suscrito por la Econ. Francis Gaona, Intendente Nacional de Investigación y Control de Concentraciones Económicas en el cual en la parte pertinente concluye “(...) *la operación de concentración entre UCEM y EQUIHORMIGONERA objeto del presente 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 (...)*”. **28)** Escrito presentado por UCEM mediante el cual realiza observaciones al informe No. SCPM-IGT-INICCE-15-2018-I de 06 de noviembre de 2018, recibido en la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 12 de noviembre de 2018 a las 16h43 con número de trámite ID. 118350. **29)** Providencia de 23 de noviembre de 2018 a las 08h45 emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia mediante la cual se fija una reunión de trabajo solicitada por UCEM, la cual es celebrada con la comparecencia del recurrente. **30)** Resolución de 19 de diciembre de 2018 a las 17h10, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia en la cual resuelve: “(...) **NO ACOGER** la recomendación contenida en el Informe No. **SCPM-IGT-INICCE-15-2018-I (...)** **RECHAZAR**, por improcedente la propuesta de compromiso de cese, planteada por el señor Roberto Verver Foulkes Aguad, en su calidad de Representante Legal del operador económico **UNIÓN CEMENTERA NACIONAL UCEM S.A. (...)**”.

**SÉPTIMO.- NORMATIVA APLICABLE.-** Para el análisis del acto materia de la impugnación, es necesario considerar lo establecido en la norma; así, la **Constitución de la República del Ecuador –CRE-** prevé: “**Art. 75.-** *Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley*”; “**Art. 76** *En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 1. Corresponde a toda autoridad*



administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. (...) 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento"; 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...); 1) 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. (...); "Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes."; "Art. 169.- El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades (...); "Art. 213.- Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano. Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley."; "Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. (...); "Art. 227.- La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación."; "Art. 304.- La política comercial tendrá los siguientes objetivos: (...) 6. Evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados"; "Art. 335.- El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; (...) El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal"; En concordancia la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado- LORCPM- establece: "Art. 1.- Objeto.- El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social,

solidario y sostenible.”; “**Art. 2.-** *Ámbito.- Están sometidos a las disposiciones de la presente Ley todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que las agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional. (...)*”; “**Art. 3.-** *Primacía de la realidad.- Para la aplicación de esta Ley la autoridad administrativa determinará la naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a su realidad y efecto económico. La forma de los actos jurídicos utilizados por los operadores económicos no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos. La costumbre o la costumbre mercantil no podrán ser invocadas o aplicadas para exonerar o eximir las conductas contrarias a esta Ley o la responsabilidad del operador económico*”; “**Art. 14.-** *Operaciones de concentración económica.- A los efectos de esta ley se entiende por concentración económica al cambio o toma de control de una o varias empresas u operadores económicos, a través de la realización de actos tales como: (...) e) Cualquier otro acuerdo o acto que transfiera en forma fáctica o jurídica a una persona o grupo económico los activos de un operador económico o le otorgue el control o influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de un operador económico*”; “**Art. 15.-** *Control y regulación de concentración económica.- 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. (...)Habiéndose concretado sin previa notificación, o mientras no se haya expedido la correspondiente autorización, la Superintendencia podrá ordenar las medidas de desconcentración, o medidas correctivas o el cese del control por un operador económico sobre otro u otros, cuando el caso lo amerite, sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar de conformidad con los artículos 78 y 79 de esta Ley.*”; “**Art. 16.-** *Notificación de concentración.- Están obligados a cumplir con el procedimiento de notificación previa establecido en esta Ley, los operadores económicos involucrados en operaciones de concentración, horizontales o verticales, que se realicen en cualquier ámbito de la actividad económica, siempre que se cumpla una de las siguientes condiciones: a) Que el volumen de negocios total en el Ecuador del conjunto de los partícipes supere, en el ejercicio contable anterior a la operación, el monto que en Remuneraciones Básicas Unificadas vigentes haya establecido la Junta de Regulación (...)*Las operaciones de concentración que requieran de autorización previa según los incisos precedentes, deberán ser notificadas para su examen previo, en el plazo de 8 días contados a partir de la fecha de la conclusión del acuerdo, bajo cualquiera de las modalidades descritas en el artículo 14 de esta Ley, ante la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. La notificación deberá constar por escrito, acompañada del proyecto del acto jurídico de que se trate, que incluya los nombres o denominaciones sociales de los operadores económicos o empresas involucradas, sus estados financieros del último ejercicio, su participación en el mercado y los demás datos que permitan conocer la transacción pretendida. Esta

notificación debe ser realizada por el absorbente, el que adquiere el control de la compañía o los que pretenden llevar a cabo la concentración. Los actos sólo producirán efectos entre las partes o en relación a terceros una vez cumplidas las previsiones de los artículos 21 o 23 de la presente Ley, según corresponda.”; “**Art. 18.- Sanción.-** La falta de notificación y la ejecución no autorizada de las operaciones previstas en el artículo anterior, serán sancionadas de conformidad con los artículos 78 y 79 de esta Ley”; “**Art. 36.- Autoridad de Aplicación.-** Créase la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, misma que pertenece a la Función de Transparencia y Control Social, como un organismo técnico de control, con capacidad sancionatoria, de administración desconcentrada, con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, presupuestaria y organizativa; la que contará con amplias atribuciones para hacer cumplir a los operadores económicos de los sectores público, privado y de la economía popular y solidaria todo lo dispuesto en la presente Ley. Su domicilio será la ciudad de Quito, sin perjuicio de las oficinas que pueda establecer el Superintendente en otros lugares del país. La Superintendencia de Control del Poder de Mercado en su estructura contará con las instancias, intendencias, unidades, divisiones técnicas, y órganos asesores que se establezcan en la normativa que para el efecto emita el Superintendente de Control del Poder de Mercado. Se crearán al menos dos órganos especializados, uno de investigación, y otro de sustanciación y resolutorio de primera instancia”; “**Art. 44.- Atribuciones del Superintendente.-** Son atribuciones y deberes del Superintendente, además de los determinados en esta Ley (...) 2. Conocer y resolver de forma motivada los recursos que se interpusieren respecto de actos o resoluciones conforme lo previsto por esta Ley y su Reglamento (...)”; “**Art. 48.- Normas generales.-** La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, antes de iniciar el expediente o en cualquier momento del procedimiento, podrá requerir a cualquier operador económico o institución u órgano del sector público o privado, los informes, información o documentos que estimare necesarios a efectos de realizar sus investigaciones, así como citar a declarar a quienes tengan relación con los casos de que se trate. A esos efectos la Superintendencia podrá examinar, recuperar, buscar, utilizar y verificar tales documentos e información, obtener copias o realizar extractos de ellos. Esos informes o documentos deberán ser suministrados dentro del plazo que la Superintendencia determine. No será obligación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado atenerse, contra su convicción, al contenido de esos informes o información. **Ningún procedimiento administrativo podrá suspenderse por falta de ellos.**” (las negrillas me corresponden); “**Art. 67.- Recurso de Apelación o Jerárquico.-** Los actos administrativos emitidos en virtud de la aplicación de esta Ley podrán ser elevados al Superintendente de Control de Poder de Mercado mediante recurso de apelación, que se presentará ante éste. También serán susceptibles de recurso de apelación actos administrativos en los que se niegue el recurso ordinario y horizontal de reposición (...)”; “**Art. 77.- Sujetos infractores.-** Serán sujetos infractores las personas naturales o jurídicas que incurran en las prohibiciones o ejecuten las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en esta Ley (...)”; “**Art. 89.- Compromisos.-** 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” (las negrillas no son propias del texto); “Art. 90.- Evaluación de la solicitud de compromiso.- 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”; “Art. 91.- Resolución sobre compromisos.- 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 (...); “DISPOSICIONES GENERALES.- Primera.- Jerarquía.- (...) En lo no previsto en esta Ley se estará a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil, Código de Procedimiento Penal, Código de Comercio, Código Civil, Código Penal, Ley Orgánica de Servicio Público y las demás leyes y regulaciones aplicables” (las negrillas son mías). El Reglamento de Aplicación a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado RLORCPM prescribe: “Art. 12.- Control.- A efectos del artículo 14 de la Ley, el control resultará de contratos, actos o cualquier otro medio que, teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, confieran la posibilidad de ejercer una influencia sustancial o determinante sobre una empresa u operador económico. El control podrá ser conjunto o exclusivo”; “Art. 17.- Notificación obligatoria de concentración económica.- Las operaciones de concentración que requieran de autorización previa según la Ley y este Reglamento, deberán ser notificadas a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, para su examen previo, en el plazo de ocho (8) días contados a partir de la fecha de la conclusión del acuerdo que dará lugar al cambio o toma de control de una o varias empresas u operadores económicos de conformidad con el artículo 14 de la Ley (...) c) En el caso de la adquisición, directa o indirectamente, de la propiedad o cualquier derecho sobre*

acciones o participaciones de capital o títulos de deuda que den cualquier tipo de derecho a ser convertidos en acciones o participaciones de capital o a tener cualquier tipo de influencia en las decisiones de la persona que los emita, cuando tal adquisición otorgue al adquirente el control de, o la influencia sustancial sobre la persona que los emita, existe acuerdo de concentración desde el momento en que los partícipes consientan en realizar la operación que origine la concentración, y determinen la forma, el plazo y las condiciones en que vaya a ejecutarse (...); “Art. 19.- Obligación de notificar.- La notificación de una operación de concentración económica será realizada: (...) 3. Por el operador económico que va a adquirir la propiedad o cualquier derecho sobre acciones o participaciones de capital o títulos de deuda de conformidad a lo establecido en el literal c) del artículo 14 de la Ley (...); “Art. 114.- Propuesta de compromiso de cese.- Según lo dispuesto en el artículo 89 de la Ley, durante cualquier etapa del proceso, hasta antes de la resolución del órgano de sustanciación y resolución, 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 sus conductas en el mercado relevante y a los consumidores. La solicitud de compromiso de cese se tramitará en expediente aparte, siendo accesorio del expediente principal (...); “Art. 116.- Evaluación de la propuesta de compromiso de cese.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará la propuesta de compromiso tomando 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 o que hayan sido aportados por las partes dentro de la solicitud 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 responsables”; “Art. 117.- Resolución de la propuesta de compromiso de cese.- 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. 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 (...); “Art. 118.- Modificación de la propuesta de compromiso de cese.- Si el órgano de sustanciación y resolución considera que los compromisos presentados no cumplen con las condiciones establecidas por la Ley, propondrá su modificación y concederá un plazo para que los presuntos responsables presenten una nueva propuesta de compromiso que resuelva los problemas detectados (...); “Art. 119.- De la negativa de compromiso.- 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 (...). El Instructivo para la Gestión y Ejecución de los Compromisos de Cese en

**la Superintendencia de Control del Poder de Mercado reformado y codificado mediante resolución No. SCPM-DS-041-2016** de 19 de noviembre de 2015, vigente a partir del 01 de enero de 2016, publicado en el Registro Oficial 129, 28-XI-2017 expone: *“Art. 3.- Objeto de los compromisos de cese.- 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”*; *“Art. 4.- Elementos de Procedibilidad.- Para la procedencia de las propuestas de compromisos de cese se deberá tener en cuenta los siguientes casos: a. Las propuestas de compromisos de cese proceden 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 compromisos de cese, se las deberá tramitar ante la Comisión de Resolución de Primera Instancia en un expediente distinto vinculado al principal”*; *“Art. 10.- Sustanciación. La Comisión de Resolución de Primera Instancia procederá de la manera siguiente: a) Avocará conocimiento, en el término de tres (3) días luego de cumplirse el reconocimiento de firma y rúbrica, mediante providencia de sustanciación de la propuesta de compromiso de cese y calificará el contenido de la misma en forma motivada y fundamentada. Si la propuesta no cumpliera los requisitos establecidos en este Instructivo se le otorgará al operador económico el término de cinco (5) días para que la complete. En caso de incumplimiento, se rechazará la propuesta. b) De ser necesario dispondrá la suspensión del expediente principal de investigación y sustanciación hasta por un término de 45 días, hasta que se resuelva la petición de compromiso de cese. c) Notificará a las partes para que presenten sus alegaciones en el plazo de quince (15) días, de conformidad con el Art. 115 del Reglamento de Aplicación de la LORCPM. d) Dispondrá que la Intendencia respectiva proceda a elaborar un informe técnico sobre la propuesta de compromiso de cese dentro del término máximo de quince (15) días, (...) e) El informe técnico emitido por la Intendencia no será vinculante para la Comisión de Resolución de Primera Instancia, debiendo analizarlo y en caso de ser procedente solicitar su ampliación o modificación. f) Dentro del término de tres (3) días de recibido el informe técnico de la Intendencia, la CRPI correrá traslado al operador económico para que presente las observaciones que considere necesarias a dicho informe en el término de tres (3) días. g) La CRPI expedirá la resolución dentro del término legal (...)”*. Como norma supletoria el **Código Orgánico Administrativo** establece: *“Art. 3.- Principio de eficacia. Las actuaciones administrativas se realizan en función del cumplimiento de*

*los fines previstos para cada órgano o entidad pública, en el ámbito de sus competencias”; “Art. 29.- Principio de tipicidad. Son infracciones administrativas las acciones u omisiones previstas en la ley. A cada infracción administrativa le corresponde una sanción administrativa. Las normas que prevén infracciones y sanciones no son susceptibles de aplicación analógica, tampoco de interpretación extensiva”; “Art. 65.- Competencia. La competencia es la medida en la que la Constitución y la ley habilitan a un órgano para obrar y cumplir sus fines, en razón de la materia, el territorio, el tiempo y el grado”; “Art. 161.- Ampliación de términos o plazos. Las administraciones públicas, salvo disposición en contrario, de oficio o a petición de la persona interesada y siempre que no perjudiquen derechos de una tercera persona, pueden conceder la ampliación de los términos o plazos previstos que no excedan de la mitad de los mismos (...) No se ampliará el término o plazo máximo para la emisión y notificación del acto administrativo (...)”; “Art. 162.- Suspensión del cómputo de plazos y términos en el procedimiento. 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 (...).”*

**OCTAVO.- ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO DE LA PRETENSIÓN.-** Una vez que se han identificado los hechos constantes en el expediente administrativo No. SCPM-CRPI-023-2018, del cual se desprende el acto administrativo impugnado, así como del Recurso de Apelación interpuesto por el operador económico Unión Cementera Nacional UCEM S.A., se establece que el recurrente pretende que por inobservancias al procedimiento “(...) se revoque la Resolución Impugnada, por ser inválida.”, y que “(...) se acepte el Compromiso de Cese modificado al haber cumplido con todos los requisitos para su aceptación.”, basando su argumentación en los siguientes puntos: i) Procedencia del compromiso de cese relacionado con la falta de notificación de una operación económica. ii) Reconocimiento de la procedencia del Compromiso de Cese presentado por parte de la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Concentraciones -INICC y la Comisión de Resolución de Primera Instancia -CRPI-; y, iii) Vencimiento del término para resolver sobre el Compromiso de Cese.

Una vez que se han identificado los hechos constantes en el expediente de resolución del cual se desprenden los actos administrativos impugnados y previo al análisis de los elementos planteados por el operador económico, amparado en el artículo 227 de la Norma Constitucional que determina la sujeción de la administración pública a los principios de eficiencia, calidad, eficacia e imparcialidad, y conforme el derecho a la tutela efectiva, al haber conocido las actuaciones administrativas desarrolladas dentro del expediente que fuere sustanciado por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, se ha evidenciado que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 89 de la LORCPM el término concedido al órgano de resolución para emitir su decisión respecto de la aprobación, modificación o rechazo de un compromiso de cese, es de

cuarenta y cinco (45) días término, los mismos que serán contabilizados a partir de la fecha de presentación de la propuesta. A pesar de ello, una vez que se cuente con la propuesta del compromiso, el término de 45 días ya referido no admite prórroga, pues no está establecida esa posibilidad en la ley que rige la materia. En el presente caso consta que el operador económico UCEM presentó compromiso de cese el **27 de marzo de 2018** y después del trámite pertinente el órgano de Resolución de Primera Instancia el **11 de junio de 2018 a las 15h35** dispuso que el requirente en el término de quince días modifique su propuesta en los lineamientos y recomendaciones sugeridas por la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas. Una vez hecho lo cual, UCEM con fecha **19 de julio de 2018 a las 16h26** presentó el compromiso de cese modificado para trámite en la CRPI; en consecuencia, este órgano el **14 de agosto de 2018 a las 15h07** avoca conocimiento del compromiso, y dispone a la INICC el análisis del documento y la elaboración del informe técnico sobre la propuesta de compromiso de cese en el término de **15 días**. Es entonces, a partir de la fecha en la que se avocó conocimiento que empezó a discurrir el término de 45 días determinado en la norma, los cuales **concluían el 18 de octubre de 2018**. Según la fundamentación enunciada por la CRPI se ha determinado que el término dispuesto en el artículo 89 de la LORCPM empezaría a contabilizarse a partir del **16 de octubre de 2018**, fecha en la cual, el operador económico UCEM presentó el estudio económico sugerido por la Intendencia con todas las formalidades requeridas, es decir, el estudio con firmas de responsabilidad. Cabe añadir, que la recomendación de la Intendencia respecto a la elaboración del estudio técnico, fue acogida por la CRPI en Resolución de 11 de junio de 2018. Es menester hacer hincapié que la contabilización de los tiempos que realiza la CRPI, lo hace aduciendo la aplicación de lo establecido en el Art. 162 numeral 3 del Código Orgánico Administrativo, que **se refiere a la suspensión de los términos dentro de un procedimiento**; por lo que, es importante delimitar la aplicación de la norma en mención, entendiéndose a la misma de carácter supletorio en lo que no se encuentre previsto en la LORCPM, tal como lo prescribe la Disposición General Primera de la LORCPM. En la especie, la norma principal que rige a esta materia (LORCPM), dispone como elementos de procedibilidad para la presentación del compromiso de cese, el **reconocimiento de la conducta ANTICOMPETITIVA** y el ofrecimiento de medidas para cesarla, así como las acciones a ser tomadas para enmendar el daño, en el caso de haber incurrido en el mismo. Revisado, además de la LORCPM y su Reglamento de Aplicación, en el Instructivo para la Gestión y Ejecución de los Compromisos de Cese no se evidencia algún elemento adicional al reconocimiento de la firma y rúbrica en el compromiso planteado para su tramitación, es decir, para la presentación de un compromiso de cese, no existe otro requerimiento que medie para el perfeccionamiento del documento que se pretende sea aprobado tal como lo afirma la CRPI, pues en ese caso, el compromiso de cese no debió haber sido admitido a trámite. Adicionalmente, y de manera medular es importante destacar que la propia LORCPM en el inciso tercero del artículo 48, establece de manera, taxativa y expresa que *“Ningún procedimiento administrativo podrá suspenderse por falta de ello”*, refiriéndose a los informes, documentos e información descritos en el inciso segundo ibídem.

En virtud de lo manifestado es equivocada la consideración del órgano de resolución al manifestar que el compromiso de cese se perfeccionó con la presentación del denominado “Informe Económico de la Operación de Concentraciones entre Unión Cementera Nacional S.A., y Hormigonera Equinoccial Equihormigonera Cía Ltda.”, además que, el COA es aplicable de manera supletoria, pues existe norma expresa para la presentación y prosecución del trámite del compromiso de cese, inclusive, la LORCPM claramente **determina la prohibición de la suspensión del procedimiento administrativo por falta de ese tipo de documentos.** De la verdad procesal descrita y analizada en las líneas precedentes, se ha comprobado que el término dispuesto en el artículo 89 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y 117 de su Reglamento de Aplicación, es de 45 días, tiempo con el cual la CRPI contaba para emitir su resolución motivada, pero, aquello no ocurrió, ya que ha trascurrido en demasía un período no establecido en la norma, razón por la cual, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado ha perdido la facultad para pronunciarse en el expediente instruido ante la Comisión de Resolución de Primera Instancia, órgano de sustanciación y resolución de esta entidad, pues, ha operado “*ipso jure*” la caducidad de la potestad administrativa; a este respecto la caducidad constituye “*(...) una figura mediante la cual, ante la existencia de una situación donde el sujeto tiene potestad de ejercer un acto que tendrá efectos jurídicos, no lo hace dentro de un lapso perentorio y pierde el derecho a entablar la acción correspondiente.*”<sup>1</sup>; la Corte Nacional de Justicia en el precedente jurisprudencial constante en la Resolución No. 13-2015, primer suplemento del R.O. No. 621, de 5 de noviembre de 2015, Tema: Caducidad, establece: “*(...) Artículo 1. Confirmar el criterio expuesto por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia y aprobar el informe expedido por el Presidente de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia; en consecuencia, dado que la caducidad en una figura propia del Derecho Público que opera ipso jure, por el transcurso del tiempo para ejercer una acción o una potestad, (...)*”. En este contexto, la Constitución de la República del Ecuador en sus artículos 75 y 82, determinan el derecho de las personas a contar con la tutela efectiva de sus derechos, basado en normas claras, pre existentes que procuran la defensa en el momento oportuno, y a su vez que, los actos administrativos sean emitidos por autoridad competente, generando de este modo seguridad jurídica al administrado; de la misma forma, el artículo 76 numeral 1 establece la obligación de toda autoridad administrativa de garantizar el cumplimiento de las normas y el derecho de las partes, y el numeral 3 del artículo ibídem consagra como garantía constitucional, el derecho que tiene toda persona para ser juzgado en observancia al trámite propio de cada procedimiento, concordante con ello, el artículo 65 del Código Orgánico Administrativo al referirse a la competencia, orienta: “*(...) es la medida en la que la Constitución y la ley habilitan a un órgano para obrar y cumplir sus fines, en razón de la materia, el territorio, el tiempo y el grado (...)*” (resaltado propio). De lo expuesto, es claro que la potestad decisoria caduca cuando la administración pública no ha concluido el procedimiento administrativo de compromiso de cese en el término previsto en la ley, por lo cual, al existir un pronunciamiento de la autoridad fuera del tiempo, éste queda extinto.

<sup>1</sup> Caducidad Concepto

Ahora bien, respecto de la procedencia de la figura del Compromiso de Cese en la infracción de falta de notificación de la operación de concentraciones, es importante partir de la conceptualización de las acciones respecto de las acciones susceptibles del Compromiso de Cese, así, las conductas e infracciones constantes en la norma y que en caso de incumplimiento son sancionables, es preciso analizar la diferencia de lo que califica como una práctica desleal y de abuso de poder de mercado (conductas anticompetitivas) que tiene una afectación en un determinado mercado o en el interés general, frente a una infracción que recae sobre la obligatoriedad de presentar ante la autoridad los cambios que se generen dentro de su estructura empresarial, como por ejemplo, fusiones, adquisición de acciones o participaciones de otros operadores económicos; y, en definitiva, cualquier acto de transferencia fáctica o jurídica de activos (infracciones de concentración económica). Para las primeras, es necesario comprobar dentro de un procedimiento investigativo que las presuntas prácticas estén afectando el debido desarrollo del mercado, o al interés general; a diferencia de las segundas, que solo se identifican con la obligatoriedad que tiene el operador económico de cumplir con el procedimiento de notificación a la SCPM cuando realice un acto que califique como concentración y que pueda modificar, crear o reforzar el poder de mercado que pudiere estar ostentando dicho operador; inclusive, para no incurrir en esta inobservancia, la LORCPM, prevé procedimiento de consulta previa. Debe hacerse notar, que la LORCPM, ha clasificado en secciones y capítulos según el tipo de conducta e infracción, con el fin de no confundir el ejercicio de regulación y control que se realiza hacia los operadores económicos. La Constitución de la República del Ecuador, determina en la Sección Séptima la Política Comercial, la misma que según el artículo 304, versa sobre el evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, sin dejar a un lado, otras prácticas que afecten el debido funcionamiento de los mercados; sin embargo, para la aplicación y perfeccionamiento de esta política, la ley establece los mecanismos de control y sanción según el caso; bajo esta consideración, la LORCPM, en el artículo 1 señala como objeto, entre otros: “(...) *el control y regulación de las operaciones de concentración económica; (...)*”, pudiendo esta entidad tomar medidas de corrección y sanción en contra de las personas naturales o jurídicas que hayan contravenido el ordenamiento jurídico en esta materia; pues, si bien no es sancionable una concentración económica per sé cómo una conducta anticompetitiva, si es sancionable la falta de comunicación de esa concentración a la institución, así, el artículo 16 de la norma que se analiza, impone a los operadores económicos la obligación de notificar una concentración económica si se configuran las condiciones establecidas en el mencionado artículo, como ocurrió en este caso, pues la infracción se ha generado al momento de la concentración sin autorización del órgano de control, lo que en consecuencia implica la imposición de una sanción previamente establecida en la ley. No obstante, aquello no opta, de la posibilidad que tiene esta entidad de seguir una investigación a un operador económico que haya realizado un acto de concentración y no haya realizado la notificación a la SCPM. Por su parte el Código Orgánico Administrativo (norma supletoria) conceptualiza con claridad a las infracciones como aquellas acciones u omisiones previstas en la ley cuyo incumplimiento es merecedor

de una sanción administrativa; la Enciclopedia Jurídica<sup>2</sup> expone: “(...) *Son las figuras jurídicas que describen los actos u omisiones de los administrados y que conllevan una contravención de alguna disposición administrativa y para la cual está prevista una determinada sanción (...)*”, queda claro que aquella inobservancia obrada por el administrado se constituyó en una infracción, misma que no necesita comprobación más allá de establecerse su cometimiento, sin que, inclusive sea imprescindible establecer el daño al mercado. Por otro lado y para separar el significado de la infracción referida en líneas anteriores de una conducta anticompetitiva, debemos revisar una vez más el artículo 1 de la LORCPM, que en su parte pertinente señala: “(...) *la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; (...) y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados (...)*”(subrayado propio); de este modo, es imperante referir el artículo 3 del mismo cuerpo legal, referente a la primacía de la realidad, determinando la naturaleza de las conductas investigadas atendiendo su realidad y efecto económico, lo que significa, que aquellos comportamientos tienen que ser investigados, y en consecuencia, que la administración tenga la certeza del cometimiento de una conducta nociva en el mercado, para ser sancionada. La obra “Las Prácticas Anticompetitivas en el Comercio Electrónico”<sup>3</sup>, encontramos que Doris Oporenza cita el criterio de Franklin M. Fisher y Daniel L. Rubinfeld respecto de las Prácticas Anticompetitivas quienes las señalan como: “(...) *un acto depredador anticompetitivo es un acto que (I) no es rentable en el largo plazo sin la contabilidad de beneficios por encima de lo normal, que pueden ser adquiridos gracias a los efectos adversos de la competencia, (II) es rentable a largo plazo solo cuando se toma la cuenta de los beneficios supra normales obtenidos gracias a los efectos adversos de la competencia*”; del texto que se analiza se nota que, de la toma de decisiones antijurídicas por parte de un operador económico que genera prácticas anormales en el mercado, resulta en primera instancia beneficioso para éste, sin embargo, esta derivación de ventajas competitivas sobre otros operadores económicos, alteran el régimen normativo y aquellas conductas son susceptibles de sanción. De lo expuesto se ha evidenciado que existe una diferencia clara en materia de competencia entre la infracción y la conducta anticompetitiva. Ahora bien, con relación al compromiso de cese, el artículo 89 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado establece como un beneficio al cual pueden optar los operadores económicos que consienten en el cometimiento de prácticas anticompetitivas, compromiso al que se puede acceder, hasta antes de la expedición de la resolución de la Superintendencia, lógicamente, para optar por esta posibilidad el solicitante debe expresar su compromiso de cesar una **conducta anticompetitiva** y a subsanar los daños causados, si los hubiese; del mismo modo, el artículo 90 ibídem establece parámetros para su evaluación, instituyendo como requisitos, el reconocimiento de los hechos y el ofrecimiento de medidas correctivas que permitan evidenciar el cese de dicha práctica; así el Instructivo para la Gestión y Ejecución de los Compromisos de Cese en la Superintendencia de Control del Poder de Mercado en la parte pertinente del artículo

<sup>2</sup> 2014 Enciclopedia jurídica | Aviso legal | Diccionario jurídico de derecho, link <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com>

<sup>3</sup> Las Prácticas Anticompetitivas en el Comercio Electrónico, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, Doris Oporenza. link <https://archivos.juridicas.unam.mx>

3 señala: “(...) *Objeto de los compromisos de cese.- 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 (...)*”; el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI)<sup>4</sup> respecto al compromiso de cese refiere: “(...) *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 (...)* La Comisión decide la aprobación o denegatoria de la propuesta, siendo su pronunciamiento inimpugnable debido a su naturaleza eminentemente discrecional” en este contexto, se fija que el compromiso de cese es de carácter voluntario, susceptible de evaluación, cuyo objeto es el simplificar el procedimiento administrativo si este estuviera en curso para finalmente evitar una sanción, con el ofrecimiento del reconocimiento de la conducta y de ser el caso medidas que comprueben el cese de la misma y la reparación de daños de una manera real o potencial, de existir aquello; por esta razón, la normativa establece que dicha conducta debe ser susceptible de erradicación y subsanación, hechos que no se evidencian en una infracción por una concentración no notificada, cuya obligación legal se ha infringido en el presente caso generándose al momento de la efectivización de la negociación de operadores económicos sin la autorización previa requerida, en atención a lo cual, la figura de compromiso de cese no es aplicable en la especie, en primer lugar porque no constituye una **conducta** y en segundo lugar porque no se determina la acción a cesarse en la concentración no notificada, que es el objeto del compromiso de cese, el cesar.

Respecto de los pronunciamientos realizados por la Intendencia Nacional de Investigación de Control de Concentraciones y la Comisión de Resolución de Primera Instancia; revisadas las constancias procesales se determina que efectivamente la CRPI admitió a trámite el compromiso de cese planteado por Unión Cementera Nacional UCEM S.A., en fundamento a lo establecido en el artículo 89 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, así como los puntualizados en el artículo 8 del Instructivo para la Gestión y Ejecución de los Compromisos de Cese en la SCPM, en tal virtud, es pertinente verificar cuales son los **requisitos de forma** que señalan las normas citadas: i) artículo 89 LORCPM impone como elemento preponderante el compromiso de cesar la conducta objeto de la investigación; y subsanar el daño al mercado de ser el caso o sus efectos de haberse producido o que pudieran verificarse, presupuestos formales establecidos en el compromiso de cese modificado presentado por UCEM S.A., el 19 de julio de 2018 a las 16h26. ii) artículo 8 del Instructivo para la Gestión y Ejecución de los Compromisos de Cese en la SCPM; que se refiere al contenido de la propuesta del compromiso de cese el cual determina como elementos de procedibilidad: a) Autoridad ante quien se presenta. b) Comparecientes. c) Objeto. d) Antecedentes. e) Aceptación. f) Reconocimiento expreso de la conducta; los cuales constituyen factores formales presentes en el compromiso de cese modificado en análisis; consecuentemente, la ritualidad requerida para la presentación del documento

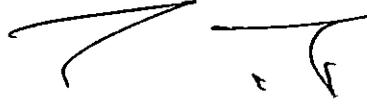
---

<sup>4</sup> <https://www.indecopi.gob.pe>

se encontraba inserta en el mismo, lo que permitió al órgano de resolución su admisión a trámite, sin que esto constituya una violación a los derechos del hoy apelante, mucho menos un criterio anticipado de la procedencia o no de la figura como tal o la aceptación o no del compromiso, pues, en la admisibilidad del compromiso de cese, se la realizó observando los parámetros formales pero no de fondo. Finalmente, respecto al pronunciamiento de la Intendencia Nacional de Investigación de Control de Concentraciones, referente al informe que expresa la inexistencia de un daño al mercado, como lo dejé señalado en líneas precedentes, existe una gran diferencia en el daño generado por una práctica desleal o de abuso de poder y sus efectos en un mercado determinado, con la valoración de una concentración económica y sus efectos en un mercado determinado, pues la naturaleza es diferente; adicional a ello, es menester señalar que de conformidad a lo expuesto en el artículo 10 numeral e) del Instructivo para Gestión y Ejecución de Compromisos de Cese, el informe del órgano de investigación no es vinculante para la CRPI, por tanto, constituye un insumo técnico a ser evaluado por el órgano resolutor, en torno a ello, lo argumentación y alegación enunciada por el apelante, no es procedente.

**NOVENO.-** Por todo lo expuesto, y existiendo méritos suficientes para resolver, amparado en las disposiciones establecidas en los artículos 75, 76 y 82 de la Constitución de la República del Ecuador, artículo 44, numeral 2 y artículo 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta Autoridad. **RESUELVE: PRIMERO.- DECLARAR** de oficio la caducidad de la potestad administrativa para resolver el pedido de compromiso de cese modificado del operador económico UNIÓN CEMENTERA NACIONAL UCEM S.A., en tal virtud, se deja sin efecto la Resolución de 19 de diciembre de 2018 a las 17h10, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia dentro del expediente SCPM-CRPI-023-2018. **SEGUNDO.-** Respecto de las pretensiones de la impugnación, se **NIEGA** por improcedente el recurso de Apelación planteado por el operador económico UNIÓN CEMENTERA NACIONAL UCEM S.A., en razón de las consideraciones expuestas ya que la figura del compromiso de cese, conforme lo previsto en el artículo 89 de la LORCPM, opera exclusivamente para las conductas anticompetitivas, y la falta de notificación de una operación de concentración económica no se constituye como tal. Por lo tanto se ordena el archivo del expediente SCPM-CRPI-023-2018. **TERCERO.-** En virtud, de lo respuesta en los acápites primero y segundo se ordena el archivo del expediente SCPM-CRPI-023-2018. **CUARTO.-** Se dispone a la Secretaria de sustanciación de este expediente de apelación, realice en el término de ocho días, un informe que contenga la línea de tiempo de las actuaciones procedimentales, en la cual se determinen las inconsistencias detectadas por esta Autoridad. **QUINTO.-** Remítase la presente Resolución a la Intendencia Nacional de Gestión de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, así como el informe que contenga la línea de tiempo dispuesto en el considerando anterior, a fin de que disponga a la Dirección Nacional de Administración de Talento Humano, que en el ámbito de sus competencias inicie el trámite disciplinario pertinente. **SEXTO.-** Remítase la presente Resolución a la Intendencia General Técnica para la supervisión correspondiente. **SEPTIMO.-** Notifíquese a las partes procesales, al órgano de

sustanciación y resolución, y a la Intendencia General Técnica. **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.**



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



**Abg. Rosa González**  
**SECRETARIA AD-HOC**