



EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-005-2020

**SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.-
COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.-** D.M. Quito, 13 de julio de 2020, 15h20.-

VISTOS

- [1] La Resolución No. SCPM-DS-2019-040 mediante la cual el Superintendente de Control del Poder de Mercado designó al Mgs. Marcelo Vargas Mendoza Presidente de la Comisión, al Mgs. Jaime Lara Izurieta Comisionado, y al Mgs. José Cartagena Pozo Comisionado.
- [2] Las acciones de personal Nos. SCPM-INAF-DNATH-300-2019-A, SCPM-INAF-DNATH-299-2019-A y SCPM-INAF-DNATH-295-2019-A, correspondientes al Mgs. Marcelo Vargas Mendoza Presidente de la Comisión, al Mgs. Jaime Lara Izurieta Comisionado, y al Mgs. José Cartagena Pozo Comisionado, respectivamente.
- [3] El acta de la sesión extraordinaria del pleno de la Comisión de Resolución de Primera Instancia de 05 de junio de 2020, mediante la cual se deja constancia de que la CRPI designó al abogado Omar Poma secretario Ad-hoc de la CRPI.

1. IDENTIFICACIÓN DE LA AUTORIDAD COMPETENTE

- [4] A la CRPI le compete conocer y resolver el presente caso, de conformidad con lo señalado en el artículo 39 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

2. IDENTIFICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

- [5] El procedimiento es el determinado en el artículo 39 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM.

3. LOS OPERADORES ECONÓMICOS INVOLUCRADOS

- [6] Conforme consta del Informe final SCPM-IGT-INICCE-2020-005 de 06 de febrero de 2020, emitido por la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas (en adelante "INCCE"), el operador económico involucrado es **UNIÓN DE CONCRETERAS S.A. DEL PERÚ** (en adelante "UNICON PERÚ").

4. DESARROLLO DE LOS ANTECEDENTES DEL EXPEDIENTE

- [7] Providencia de 21 de junio de 2019 mediante la cual la INCCE acoge el informe No. SCPM-ICICCE-DNEECCE-2019-003, de 11 de junio de 2019.



- [8] Explicaciones presentadas por el operador económico **UNICON PERU**.
- [9] Providencia emitida por la INCCE mediante la cual se da inicio a la investigación de la operación de concentración económica.
- [10] Mediante providencia de 11 de noviembre de 2019 la INCCE prorrogó el tiempo de investigación por el término de sesenta días.
- [11] El Informe No SCPM-IGT- INCCE -2020-005 de 06 de febrero de 2020, remitido por la INCCE.
- [12] El extracto no confidencial del Informe No SCPM-IGT- INCCE-2020-005 de 06 de febrero de 2020, remitido por la INCCE.
- [13] El Memorando No. SCPM-IGT-INICCE-2020-065 de 07 de febrero de 2020, mediante el cual la INCCE, remite el Informe No. SCPM-IGT-INICCE-2020-005 de 06 de febrero de 2020 y proporciona acceso al expediente digital SCPM-IGT-INICCE-006-2019.
- [14] La providencia de 06 de julio de 2020 emitida por la CRPI.
- [15] El memorando No. SCPM-IGT-INICCE-2020-154 y anexos remitidos por la INNCE el 08 de julio de 2020.
- [16] La providencia de 10 de julio de 2020 emitida por la CRPI.

5. FUNDAMENTOS DE HECHO

- [17] El 22 de julio de 2017 se inscribió en el Registro Mercantil de Quito la cesión del 100% de las participaciones sociales de la compañía **HORMIGONERA QUITO HORQUITO COMPAÑÍA LIMITADA** a favor de compañía peruana **UNIÓN DE CONCRETERAS S.A.**
- [18] De la información recabada, se estima que la operación de concentración económica tuvo el propósito de iniciar la participación comercial de **UNICON PERU** en el mercado de hormigón en Quito, al adquirir una compañía que ya se encontraba operando en dicho mercado.
- [19] El 12 de septiembre de 2019, **UNICON PERU** puso en conocimiento de la SCPM la notificación de concentración económica con expediente No. SCPM-IGT-INICCE-018-2019 por la compra de activos de los operadores económicos **CYMCA S.A.** y **MEZCLALISTA S.A.**
- [20] El 07 de octubre de 2019, **UNANECM ECUADOR** notificó a la SCPM la notificación de concentración económica con expediente No. SCPM-IGT-INICCE-022-2019 por la fusión



por absorción de UNICON PERU y sujeta a aprobación del operador económico UCUE ECUADOR.

6. FUNDAMENTOS DE DERECHO

[21] En el presente acápite la CRPI establecerá el conjunto de normas que servirán de base para la calificación jurídica de los hechos, y como efecto, para la adopción de la resolución.

6.1 La Constitución de la República del Ecuador

“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.*
- 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.*
- 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.*
- 4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.*
- 5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.*
- 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.*
- 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.*
- d) *Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.*
- e) *Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.*
- f) *Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento. g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor.*
- g) *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.*
- h) *Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.*
- i) *Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.*
- j) *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. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.*
- m) *Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.”*



- [122] El artículo 76 de la CN, establece el derecho al debido proceso, que se aplica no solo a los procesos judiciales sino a los procedimientos administrativos. Este derecho es uno de los cimientos de los Estados de Derecho contemporáneos y que, sin lugar a duda, ocupa un lugar preponderante en la actividad de la SCPM y específicamente de la CRPI.
- [123] Los artículos 213, 235 y 236 de la CN determinan las facultades de las Superintendencias como órganos de control y regulación en actividades económicas, y en el caso de perjuicios a los derechos económicos como órganos facultados para sancionar en casos en los cuales se distorsione o restrinja la libre y leal competencia, buscando la transparencia y eficiencia en los mercados.

“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. 335.- El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos.

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.”

“Art. 336.- El Estado impulsará y velará por el comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, que minimice las distorsiones de la intermediación y promueva la sustentabilidad.

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

- [124] Los artículos transcritos establecen las bases constitucionales para la actuación de la SCPM; indican el fundamento de su función de vigilancia y control, así como de su facultad sancionadora.



6.2 Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado (LORCPM).

- [25] La normativa ecuatoriana en materia de libre y leal competencia busca evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar las prácticas anticompetitivas en las que los operadores económicos puedan incurrir, en aras de conseguir la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general de los consumidores y usuarios.

“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.

Las conductas o actuaciones en que incurriere un operador económico serán imputables a él y al operador que lo controla, cuando el comportamiento del primero ha sido determinado por el segundo.

La presente ley incluye la regulación de las distorsiones de mercado originadas en restricciones geográficas y logísticas, así como también aquellas que resultan de las asimetrías productivas entre los operadores económicos.”

- [26] Las normas transcritas establecen el objeto y el ámbito de la LORCPM y, por lo tanto, el límite de actuación de la SCPM. El caso bajo estudio encaja dentro de dicho marco de acción.
- [27] El artículo 14 de la LORCPM define claramente lo que se entiende por operación de concentración económica:

“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:

- a) La fusión entre empresas u operadores económicos.*



b) *La transferencia de la totalidad de los efectos de un comerciante.*

c) *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 misma.*

d) *La vinculación mediante administración común.*

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.”*

[28] En el artículo 15 de la LORCPM se establece la facultad de la SCPM para examinar, regular y controlar las operaciones de concentración económicas que deben ser notificadas obligatoriamente:

“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.

(...)”

[29] Al efecto, con sujeción a lo que prescriben los artículos: 14 literal c), 15 y 16 literal a) de la LORCPM, las operaciones de concentración económica están obligadas a cumplir con el procedimiento de notificación contemplado en esta sección.

“Art. 21.- Decisión de la Autoridad.- En todos los casos sometidos al procedimiento de notificación previa establecido en este capítulo, excepto los de carácter informativo establecidos en el segundo inciso del artículo 16 de la presente Ley, la Superintendencia, por resolución motivada, deberá decidir dentro del término de sesenta (60) días calendario de presentada la solicitud y documentación respectiva:

a) *Autorizar la operación;*

b) *Subordinar el acto al cumplimiento de las condiciones que la misma Superintendencia establezca; o,*

c) *Denegar la autorización.*



(...)”.

- [30] Conforme lo dispuesto por el artículo 36 de LORCPM la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (en adelante “SCPM”), es un organismo técnico de control, con capacidad sancionatoria, con amplias atribuciones para hacer cumplir a los operadores económicos de los sectores público y privado lo dispuesto en la 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 resolutive de primera instancia.”

- [31] En virtud del artículo 37 de la LORCPM la SCPM asegura la transparencia y eficiencia en los mercados y fomenta la competencia económica, para lo cual entre otros realizará el control, la autorización, y de ser el caso la sanción de la concentración económica.

“Art. 37.- Facultad de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.- Corresponde a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado asegurar la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentar la competencia; la prevención, investigación, conocimiento, corrección, sanción y eliminación del abuso de poder de mercado, de los acuerdos y prácticas restrictivas, de las conductas desleales contrarias al régimen previsto en esta Ley; y el control, la autorización, y de ser el caso la sanción de la concentración económica.

La Superintendencia de Control del Poder de Mercado tendrá facultad para expedir normas con el carácter de generalmente obligatorias en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales y las regulaciones expedidas por la Junta de Regulación.”



[32] El Artículo 38 en cuanto a las atribuciones de la SCPM, entre otras, en su numeral 2 prescribe el de “(...) Sustanciar los procedimientos en sede administrativa para la imposición de medidas y sanciones por incumplimiento de esta Ley (...)”.

[33] Los Artículos 77, 78, 79, 80, 81 y 82 a su vez establecen:

“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. 78.- Infracciones.- Las infracciones establecidas en la presente Ley se clasifican en leves, graves y muy graves.

1. Son infracciones leves:

- a. Haber presentado a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado la notificación de la concentración económica fuera de los plazos previstos en el artículo 16.*
- b. No haber notificado una concentración requerida de oficio por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado según lo previsto en el artículo 16.*
- c. No haber cumplido con las medidas correctivas dispuestas en virtud de los artículos 73 y siguientes de esta Ley.*
- d. Incumplir o contravenir lo establecido en una resolución de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.*
- e. Incurrirán en infracción leve las autoridades administrativas o cualquier otro funcionario que hubiere admitido o concedido recursos administrativos, que se formulen con el ánimo de o que tengan como resultado el impedir, restringir, falsear, o distorsionar la competencia, o retrasar o impedir la aplicación de las normas previstas en esta Ley.*
- f. No haberse sometido a una inspección ordenada de acuerdo con lo establecido en esta Ley. g. Incurrirá en infracción leve quien presentare una denuncia falsa, utilizando datos o documentos falsos, con el propósito de causar daño a la competencia, sin perjuicio de las demás acciones civiles y penales que correspondan.*
- h. La obstrucción por cualquier medio de la labor de inspección de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.*



2. Son infracciones graves:

- a. *El desarrollo de conductas colusorias en los términos previstos en el artículo 11 de esta Ley, cuando las mismas consistan en carteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas u operadores económicos que no sean competidores entre sí, reales o potenciales.*
- b. *El abuso de poder de mercado tipificado en el artículo 9 que no tenga la consideración de muy grave.*
- c. *El falseamiento del régimen de competencia mediante prácticas actos desleales en los términos establecidos en el artículo 27 de esta Ley.*
- d. *La ejecución de una operación de concentración sujeta a control, antes de haber sido notificada a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado; o antes de que haya sido autorizada de conformidad con lo previsto en esta Ley.*
- e. *La utilización infundada, deliberada y reincidente de incidentes legales o judiciales, o recursos administrativos, que impidan, restrinjan, falseen, o distorsionen la competencia, o retrasen o impidan la aplicación de las normas previstas en esta Ley.*
- f. *No haber cumplido con las medidas correctivas dispuestas en virtud de esta Ley, tratándose de abuso de poder de mercado o acuerdos y prácticas restrictivas.*
- g. *No haber cumplido con los compromisos adquiridos de conformidad con esta Ley.*
- h. *Suministrar a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado información engañosa o falsa.*

3. Son infracciones muy graves:

- a. *El desarrollo de conductas colusorias tipificadas en el artículo 11 de esta Ley que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas u operadores económicos competidores entre sí, reales o potenciales.*
- b. *El abuso de poder de mercado tipificado en el artículo 9 de esta Ley cuando el mismo sea cometido por una o más empresas u operadores económicos*



que produzca efectos altamente nocivos para el mercado y los consumidores o que tengan una cuota de mercado próxima al monopolio o disfrute de derechos especiales o exclusivos.

- c. La ejecución de actos o contratos efectuados por el operador económico resultante de una operación de concentración sujeta a control, antes de haber sido notificada a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado; o antes de que haya sido autorizada de conformidad con lo previsto en esta ley.*
- d. Incumplir o contravenir lo establecido en una resolución de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, tanto en materia de abuso de poder de mercado, conductas anticompetitivas y de control de concentraciones.*

Las infracciones graves y muy graves se juzgarán independientemente de que puedan constituir conductas tipificadas y sancionadas en la Ley Penal y ser objeto de la correspondiente acción por parte de la Función Judicial.”

“Art. 79.- Sanciones.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado impondrá a las empresas u operadores económicos, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellos que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley, las siguientes sanciones:

- a. Las infracciones leves con multa de hasta el 8% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.*
- b. Las infracciones graves con multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.*
- c. Las infracciones muy graves con multa de hasta el 12% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa.*

El volumen de negocios total de las asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas u operador económico se determinará tomando en consideración el volumen de negocios de sus miembros.

Además de la sanción prevista en el apartado anterior, cuando el infractor sea una persona jurídica y haya incurrido en infracciones muy graves, se podrá imponer una multa de hasta 500 Remuneraciones Básicas Unificadas a cada uno de sus representantes legales o a las personas que



integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión, según el grado de intervención o participación de dichos representantes o directivos en la determinación o ejecución de la práctica o conducta infractora.

Quedan excluidas de la sanción aquellas personas que, formando parte de los órganos colegiados de administración, no hubieran asistido a las reuniones o hubieran votado en contra o salvado su voto.

En caso de que no sea posible delimitar el volumen de negocios a que se refieren los literales a), b) y c) del primer inciso del presente artículo, las infracciones tipificadas en la presente Ley serán sancionadas en los términos siguientes:

- 1. Las infracciones leves con multa entre 50 a 2.000 Remuneraciones Básicas Unificadas.*
- 2. Las infracciones graves con multa entre 2.001 a 40.000 Remuneraciones Básicas Unificadas.*
- 3. Las infracciones muy graves con multa de más de 40.000 Remuneraciones Básicas Unificadas.*

La reincidencia se considerará circunstancia agravante, por lo que la sanción aplicable no deberá ser menor que la sanción precedente. La Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá imponer las multas de manera sucesiva e ilimitadamente en caso de reincidencia. En ese caso los umbrales del 8%, 10% y 12% del volumen de negocios total del infractor, relativos a todas sus actividades económicas correspondientes al ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa, establecidos en los literales a, b y c precedentes, no serán aplicables.

De igual manera, si la Superintendencia determinare que los beneficios obtenidos como resultado de una conducta contraria a las disposiciones de la presente Ley son superiores a los umbrales del 8%, 10% y 12% del volumen de negocios total del infractor, o a los montos previstos en los números 1, 2 y 3 de este artículo, sancionará al infractor con un monto idéntico al de dichos beneficios, sin perjuicio de su facultad para sancionar la reincidencia establecida en el inciso precedente.

Quien no suministrare a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado la información requerida por ésta o hubiere suministrado información incompleta o incorrecta, será sancionado con una multa de hasta 500 Remuneraciones Básicas Unificadas.



La Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá ordenar desinvertir, dividir o escindir en los casos en los que determine que es el único camino para restablecer la competencia.”

“Art. 80.- Criterios para la determinación del importe de las sanciones.- El importe de las sanciones se fijará atendiendo, entre otros, a los siguientes criterios:

- a. La dimensión y características del mercado afectado por la infracción.*
- b. La cuota de mercado del operador u operadores económicos responsables.*
- c. El alcance de la infracción.*
- d. La duración de la infracción.*
- e. El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos.*
- f. Los beneficios obtenidos como consecuencia de la infracción.*
- g. Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurren en relación con cada una de las empresas u operadores económicos responsables.”*

“Art. 81.- Circunstancias Agravantes.- Para fijar el importe de las sanciones se tendrán en cuenta además, entre otras, las siguientes circunstancias agravantes:

- a. La comisión reiterada de infracciones tipificadas en la presente Ley.*
- b. La posición de responsable o instigador de la infracción.*
- c. La adopción de medidas para imponer o garantizar el cumplimiento de las conductas ilícitas.*
- d. La falta de colaboración u obstrucción de la labor inspectora, sin perjuicio de la posible consideración como infracción independiente, según lo previsto en el artículo 78 numeral 1, literal g.*



Art. 82.- Circunstancias Atenuantes.- Para fijar el importe de la sanción se tendrán en cuenta además, entre otras, las siguientes circunstancias atenuantes:

- a. La realización de actuaciones que pongan fin a la infracción.*
- b. La no aplicación efectiva de las conductas prohibidas.*
- c. La realización de actuaciones tendientes a reparar el daño causado.*
- d. La colaboración activa y efectiva con la Superintendencia de Control del Poder de Mercado llevada a cabo fuera de los supuestos de exención y de reducción del importe de la multa regulados en los artículos 83 y 84 de esta Ley.”*

[34] Las normas transcritas regulan los parámetros para aplicar las sanciones, especialmente en relación con la calificación de la infracción, el cálculo de la multa, y la imposición de agravantes y atenuantes. Este conjunto normativo será aplicado al caso concreto al revisar la infracción y la responsabilidad que corresponda a sus autores, las circunstancias agravantes y atenuantes concurrentes y la decisión sobre la aplicación e importe de la multa.

6.3 Reglamento para la Aplicación a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (RLORCPM)

[35] En el RLORCPM se establece el plazo en el cual se debe presentar la notificación obligatoria, y la casuística para considerar la fecha de conclusión de los acuerdos que darán lugar al cambio o toma de control por parte de los operadores económicos:

“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.

A estos efectos, se considerará que existe conclusión de acuerdo en los siguientes casos:

a) En el caso de la fusión entre empresas u operadores económicos, desde que la junta general de accionistas o socios de al menos uno de los partícipes, o el órgano competente de conformidad con el estatuto correspondiente, hubieren acordado llevar a efecto la operación de fusión.

b) En el caso de la transferencia de la totalidad de los efectos de un comerciante,



desde el momento en que los operadores económicos intervinientes consientan en realizar la operación, y determinen la forma, el plazo y las condiciones en que vaya a ejecutarse. Cuando los partícipes sean compañías, se considerará que el acuerdo existe cuando haya sido adoptado por la junta general de accionistas o socios, o el órgano competente, de conformidad con el estatuto correspondiente.

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. Cuando los partícipes sean compañías, se considerará que el acuerdo existe cuando haya sido adoptado por la junta general de accionistas o socios, o el órgano competente de conformidad con el estatuto correspondiente.

d) En el caso de la vinculación mediante administración común, existe acuerdo de concentración desde el momento en que los administradores han sido designados por la junta general de accionistas o socios, o el órgano competente de conformidad con el estatuto correspondiente.

e) En el caso de 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, 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. Cuando los partícipes sean compañías, se considerará que el acuerdo existe cuando haya sido adoptado por la junta general de accionistas o socios, o el órgano competente, de conformidad con el estatuto correspondiente.

La existencia de cláusulas que de cualquier modo condicionen la futura formalización o ejecución de dichos acuerdos no exime del cumplimiento del deber de notificar.

Si una vez notificado el proyecto de concentración y previamente a la resolución del expediente, las partes desisten de la misma, el notificante pondrá inmediatamente en conocimiento de la Superintendencia esta circunstancia, acreditándola formalmente, en cuyo caso la Superintendencia de Control de Poder de Mercado podrá acordar sin más trámite el archivo de las actuaciones."



[36] El Artículo 19 en cuanto a la obligación de notificar señala que:

“Art. 19.- Obligación de notificar.- La notificación de una operación de concentración económica será realizada:

- 1. Por el absorbente en caso de fusión entre empresas u operadores económicos.*
- 2. Por el operador económico al que se le transferirá la totalidad de los efectos de un comerciante.*
- 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.*
- 4. Por el operador económico cuyos miembros del órgano de administración, ya sea uno o todos ellos, pasarán a formar parte también de los órganos de administración de otro operador económico.*
- 5. Por el operador económico al que se le transferirán los activos de otro operador económico o que adquirirá el control sobre la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de conformidad a lo señalado en el literal e) del artículo 14 de la Ley.*

En caso de que sean varios operadores económicos los que vayan a adquirir el control sobre otro operador económico o que pretendan llevar a cabo la concentración, la notificación se hará de manera conjunta. Para ello se designará a un procurador común que los representará durante todo el procedimiento de autorización de la operación de concentración económica.

La Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá establecer un formulario o expedir un instructivo para la notificación de operaciones de concentración sometidas a autorización previa.

Si la Superintendencia de Control del Poder de Mercado comprobare que falta información o que se debe completar la información contenida en la notificación de concentración económica, requerirá al notificante o notificantes para que subsanen esta falta de información en un término de diez (10) días. En caso de no producirse la subsanación dentro del plazo estipulado, se tendrá al notificante por desistido de su petición y no se beneficiará del silencio administrativo previsto en el artículo 23 de la Ley. Ello no obsta a que la Superintendencia pueda iniciar de oficio el procedimiento de control de concentraciones conforme lo establecido en la Ley.”

[37] Los Artículos 26 y 27 al referirse al procedimiento de investigación y resolución de concentración no notificada prescribe:



“Art. 26.- Procedimiento de investigación de concentraciones no notificadas.- Si la notificación para fines informativos o por cualquier otro medio llegare a su conocimiento la realización de una concentración eventualmente sujeta al procedimiento de notificación obligatoria, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá efectuar actuaciones previas con el fin de determinar si concurren las circunstancias para dicha notificación de acuerdo con el artículo 16 de la Ley.

Si de las actuaciones previas realizadas la Superintendencia de Control del Poder de Mercado concluyere que la operación de concentración debió ser notificada y autorizada, informará de este particular al o los operadores económicos que debieron notificarla para que en el término de treinta (30) días justifiquen la falta de notificación.

Vencido el término para presentar explicaciones, si la Superintendencia de Control del Poder de Mercado considera que no son satisfactorias y de haber mérito para la prosecución de la investigación, iniciará el procedimiento de investigación que no podrá exceder el término de sesenta (60) días, prorrogables por sesenta (60) días adicionales por una sola vez.

La Superintendencia podrá ordenar la realización de las investigaciones necesarias, en ejercicio de las facultades establecidas en la Ley, para determinar si la operación de concentración que se hubiere concretado sin previa autorización o antes de haberse expedido la correspondiente autorización, crea modifica o refuerza el poder de mercado de los operadores económicos que participaron en ella y los efectos anticompetitivos que hubiere creado o pudiere crear, para lo cual aplicará los criterios establecidos en el artículo 22 de la Ley.

En cualquier momento del procedimiento, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá solicitar a terceros la información que considere oportuna para la adecuada valoración de la concentración. Asimismo, podrá solicitar a cualquier entidad pública los informes que considere necesarios de conformidad al artículo 20 de la Ley.

Art. 27.- Resolución.- En el término de treinta (30) días de concluido el procedimiento de investigación, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado emitirá una resolución motivada en la cual confirmará si la operación de concentración económica no estuvo sujeta a notificación y autorización obligatoria; o indicará si la operación debió ser notificada o si se llevó a cabo antes de ser autorizada, en cuyo caso señalará que los actos no han producido efectos jurídicos entre las partes o en relación a terceros. De haberse producido efectos económicos, en la misma resolución, la Superintendencia impondrá las medidas de desconcentración, o medidas correctivas necesarias para revertir dichos efectos, sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar de conformidad con los artículos 78 y 79 de la Ley.”



- [38] El artículo 42 del RLORCPM nos indica que la Junta de Regulación establecerá la metodología a utilizar para calcular el importe de la multa en el presente asunto. Esto será analizado en la decisión sobre la aplicación e importe de la multa.
- [39] Se determinará qué metodología se aplicará, de conformidad con el principio de favorabilidad establecido en la CN y en el Código Orgánico Administrativo. Para esto se calculará la multa aplicando la metodología vigente para la época de la infracción y la metodología actual (Resolución No. 12 publicada en el registro oficial No. 887 de 22 de noviembre 2016), expedida por la Junta de Regulación de la LORCPM, con el objetivo de determinar cuál resultado es más favorable para el infractor.

“Art. 42.- Atribuciones de la Junta de Regulación.- La Junta de Regulación, aquí en adelante la Junta, tendrá las siguientes facultades:

(...)

k) Establecer la metodología para el cálculo del importe de multas y aplicación de los compromisos de cese;

(...).”

6.4 Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM

- [40] El artículo 39 del Instructivo de Gestión procesal Administrativa establece ciertas consideraciones a tomar en cuenta para la investigación de la concentración económica no notificada y su resolución de la siguiente manera:

“Art. 39.- INVESTIGACION DE LA CONCENTRACION ECONOMICA NO NOTIFICADA.- Para la investigación de la concentración económica no notificada, se tomará en cuenta las siguientes consideraciones:

1.- FASE DE RECEPCION DE INFORMACION.- Si de la notificación para fines informativos o por cualquier otro medio llegare a conocimiento de la SCPM una presunta operación de concentración económica que debió sujetarse al procedimiento obligatorio de notificación previa, el Intendente de Investigación y Control de Concentraciones Económicas informará al Intendente General sobre el hecho mediante informe motivado y solicitará la apertura del expediente. El Intendente General, de ser el caso, autorizará en el término de tres (3) días la apertura del expediente e inicio del procedimiento de operaciones de concentración económicas no notificadas.

El Intendente de Investigación y Control de Concentraciones Económicas en el término de tres (3) días avocará conocimiento e iniciará la fase de investigación preliminar o actuaciones previas.



2.- *FASE DE INVESTIGACION PRELIMINAR O DE ACTUACIONES PREVIAS.- En esta fase, el Director Nacional de Estudios y Examen de Control de Concentraciones en el término de dos (2) días presentará al Intendente de Investigación y Control de Concentraciones Económicas el plan de trabajo para su aprobación; en el término de un (1) día el Intendente de Investigación y Control de Concentraciones Económicas lo aprobará y lo pondrá en conocimiento del Intendente General.*

La Dirección Nacional de Estudios y Examen de Control de Concentraciones en el término de treinta y ocho días (38) días realizará la investigación preliminar. Concluida la misma el analista responsable emitirá el borrador del Informe de Actuaciones Previas para conocimiento y revisión del Director Nacional de Estudios y Examen de Control de Concentraciones.

El Director Nacional de Estudios y Examen de Control de Concentraciones, en el término de cinco (5) días revisará el borrador del Informe de Actuaciones Previas y remitirá al Intendente de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, quien tendrá cinco (5) días término para revisarlo, y en el término de tres (3) días emitirá una providencia en los siguientes casos:

a) De considerar que no se trata de una operación que debió cumplir con el procedimiento obligatorio de notificación previa conforme lo establecido en la LORCPM, o que no existen indicios claros o argumentos suficientes para señalar que se trata de una operación de concentración económica no notificada, el Intendente mediante providencia motivada archivará el caso.

b) En el caso que el Intendente de Investigación y Control de Concentraciones Económicas considere que se debe continuar el procedimiento de investigación, solicitará, al o los operadores económicos que presuntamente debieron notificar, que en el término improrrogable de treinta (30) días justifiquen la falta de notificación de la concentración económica.

c) El Intendente de Investigación y Control de Concentraciones Económicas tendrá cinco (5) días término para revisar la justificación presentada por el operador económico, y en el término de tres (3) días emitirá una providencia en los siguientes casos:

1. De considerar que las justificaciones son suficientes para señalar que no se trata de una operación que debió cumplir con el procedimiento obligatorio de notificación previa, el Intendente de Investigación y Control de Concentraciones Económicas mediante providencia motivada archivará el caso.

2. En el caso que el Intendente de Investigación y Control de Concentraciones Económicas considere que existe mérito para la prosecución de la investigación



y que las justificaciones no son suficientes y/o satisfactorias, emitirá una providencia de inicio de investigación, notificando al operador económico.

3.- FASE DE INVESTIGACION.- En caso que proceda la investigación, la Dirección Nacional de Estudios y Examen de Control de Concentraciones en el término de cincuenta (50) días realizará la investigación para determinar si la operación de concentración se concretó sin previa autorización de la SCPM, y si dicha operación crea, modifica o refuerza el poder de mercado de los operadores económicos partícipes y los efectos anticompetitivos que hubiere creado o pudiera crear con base en los criterios del artículo 22 de la LORCPM. Concluido el término señalado, el analista responsable emitirá el borrador de Informe para conocimiento y revisión del Director Nacional de Estudios y Examen de Control de Concentraciones.

El Director Nacional de Estudios y Examen de Control de Concentraciones en el término de cinco (5) días revisará el Informe y remitirá al Intendente de Investigación y Control de Concentraciones Económicas.

En el término de cinco (5) días el Intendente de Investigación y Control de Concentraciones Económicas revisará y aprobará el Informe; y mediante el sistema de gestión procesal digital remitirá dicho informe y el expediente a la CRPI para que expida la resolución que corresponda; adicionalmente, informará al Intendente General y mediante providencia dará a conocer al Operador Económico el fin de la investigación y envío del informe y expediente a la CRPI.

En casos excepcionales, el Intendente específico podrá prorrogar la fase de Investigación hasta por sesenta (60) días término, con autorización del Intendente General, mediante providencia motivada de conformidad con el artículo 26 de la LORCPM.

4.- FASE DE RESOLUCION.- De conformidad a lo establecido en el artículo 27 del RLORCPM, la CRPI deberá resolver motivadamente en el término de treinta (30) días, si la operación de concentración económica debió, de ser el caso, cumplir con el procedimiento obligatorio de notificación previa y, si dicha operación crea, modifica o refuerza el poder de mercado de los operadores económicos partícipes y los efectos anticompetitivos que se han producido en el mercado. De haberse producido efectos económicos, en la misma resolución, la CRPI impondrá las medidas correctivas o medidas de desconcentración necesarias para revertir los efectos generados, sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar de conformidad con los artículos 78 y 79 de la LORCPM."

7. LA INFORMACIÓN PRESENTADA Y SU VALORACIÓN



[41] En la especie, la información reproducida en el expediente, ha logrado formar la convicción de esta CRPI a las actuaciones procesales, mediante las cuales se ha logrado demostrar y comprobar la infracción ejecutada por el operador económico **UNICON PERU S.A.**

i. Escritura de compraventa de acciones de HORMIGONERA QUITO CIA. LTDA. HORQUITO de 18 de julio de 2018¹ e inscrita el 22 de julio de 2018².

[42] La cesión del 100% de las participaciones sociales de la compañía **HORMIGONERA QUITO HORQUITO COMPAÑÍA LIMITADA (HORQUITO)**, a favor de compañía peruana **UNIÓN DE CONCRETERAS S.A. (UNICON PERÚ)**, fue celebrada mediante escritura pública otorgada ante la Notaria Trigésima Segunda del Cantón Quito, Doctora María Gabriela Cadena Loza, el 18 de julio de 2017, e inscrita en el Registro Mercantil de Quito el 22 de julio de 2017.

[43] La escritura sirve como constancia y perfeccionamiento de la concentración económica objeto de esta resolución, y por lo tanto resulta útil, conducente y pertinente para determinar los hechos y el tiempo del cometimiento de la presunta infracción.

ii. ESTATUTOS SOCIALES DE UNACEM S.A.A., UNICON Y UCUE³.

[44] La INCCE presentó copia de los estatutos sociales de **UNACEM S.A.A., UNICON y UCUE**, los cuales demuestran la propiedad indirecta entre las tres empresas. Siendo estos elementos útiles, conducentes y pertinentes para determinar la relación entre los operadores económicos involucrados.

iii. ESTATUTOS SOCIALES DE INVERSIONES EN CONCRETO Y AFINES S.A.⁴

[45] La INCCE presentó copia de los estatutos sociales de **INVERSIONES EN CONCRETO Y AFINES S.A.**, los cuales demuestran la propiedad indirecta con **UNICON PERU**. Siendo estos elementos útiles, conducentes y pertinentes para determinar la relación entre los operadores económicos involucrados.

iv. PAGINA WEB DE UNACEM reafirma la existencia de relación entre UNACEM S.A.A. y UNICON⁵.

¹ Expediente SCPM-IGT- INICCE-006-2019. Véase fs. 53 a 65; 253 a 316.

² Expediente SCPM-IGT- INICCE-006-2019. Véase fs. 66 a 72.

³ Expediente SCPM-IGT- INICCE-006-2019. Véase fs. 1111 a 1698.

⁴ Expediente SCPM-IGT- INICCE-006-2019. Véase fs. 1717 a 1748.

⁵ Expediente SCPM-IGT- INICCE-006-2019. Véase fs. 1769.



[46] La INCCE materializó la página web de **UNACEM S.A.A** www.unacem.com. Mediante esta información se observan todas las compañías del grupo **UNACEM S.A.A.** que incluye a **UNICON PERU** y **UCUE**.

v. INFORMACIÓN FINANCIERA DE UNACEM S.A.A., DIAGRAMA UNION ANDINA DE CEMENTOS S.A.A. que reafirma la existencia efectiva y real de la relación indirecta entre las empresas del grupo sobre la cual se presume el cometimiento de acto contrario a la libre competencia ⁶.

[47] La INCCE adjuntó la información financiera de **UNACEM S.A.A.** que incluye el diagrama **UNIÓN ANDINA DE CEMENTOS S.A.A.** Esta información fue entregada por la Superintendencia de Valores del Perú. Mediante estos documentos se observan todas las compañías del grupo **UNACEM S.A.A.**, que incluye a **UNICON PERU** y **UCUE**; por tanto, esto constituye una muestra sobre la vinculación entre ellas.

vi. INFORME ECONÓMICO DEL MERCADO RELEVANTE.

[48] La INCCE elaboró el Informe sobre la presunta operación de concentración económica no notificada del operador económico **UNIÓN DE CONCRETERAS S.A.**⁷. **UNICON PERU**⁸.

[49] Estos Informes manifiestan que **UNICON PERU**, **UCUE**, **UNACEM PERÚ** y **UNACEM ECUADOR** no ostentan poder de mercado en el mercado relevante de hormigón premezclado y de cemento, respectivamente. El líder de los dos mercados es **HOLCIM ECUADOR**⁹. Asimismo, que **UNICON PERU** y **UCUE** solo tienen operaciones en el mercado de hormigón premezclado y, **UNACEM S.A.A.** y **UNACEM ECUADOR** solo tienen operaciones en el mercado de cemento.

[50] La INCCE señaló que en el mercado de cemento:

“Según el índice de dominancia de Melnik, Shy y Steanbacka (2008), para que un operador económico pueda ejercer poder en el mercado de producción y distribución de cemento, deberá contar con una participación de más del 49% en el 2018, valor que se encuentra por debajo al presentado por UNACEM Ecuador (22,73%), concluyendo de esta manera que la empresa no posee ni ostenta posición de dominio en el mercado de cemento”. Asimismo, el HHI pasó

⁶ Expediente SCPM-IGT- INICCE-006-2019. Véase fs. 1787 a 2657.

⁷ Expediente SCPM-IGT- INICCE-006-2019. Véase fs. 2658 a 2777.

⁸ Expediente SCPM-IGT- INICCE-006-2019. Véase fs. 113 a 129.

⁹ Expediente SCPM-IGT- INICCE-006-2019. Véase fs. 2694 a 2699.



de “5.110 puntos en 2014, 4.674 en 2017 a 4.574 en 2018 y el Índice de Dominancia de 53% a 50%”¹⁰.

[51] La INCCE señaló que en el mercado de hormigón premezclado:

“los operadores que producen hormigón premezclado, pueden adquirir el cemento a cualquier empresa cementera, esta decisión se basará en precios y en la calidad ofertada con base en el volumen de compra, en este sentido no existe un único proveedor de cemento para las hormigoneras. Del cálculo del índice de concentración HHI, se puede determinar que en el año de la operación de concentración económica (2017), el mercado de hormigón se encontraba altamente concentrado, alcanzando un valor de 2.700 puntos; sin embargo, para el siguiente año la concentración económica (2018) disminuyó a 2.054 puntos.”

[52] De lo transcrito se evidencia que en el año 2017, fecha de la adquisición de **HORQUITO** por **UNICON PERU**, su cuota de mercado fue de 9,05% en 2017. El ingreso de **UNICON PERU** en Ecuador permitió mayor competencia en el mercado de hormigón premezclado con la disminución del HHI y del ID.

[53] La INCCE citó el criterio de la Comisión Europea en materia de operaciones no horizontales que determina que *“Es improbable que la Comisión concluya que una concentración no horizontal plantea problemas, ya sea de naturaleza coordinada o no coordinada, cuando tras la concentración la cuota de mercado de la nueva entidad en cada uno de los mercados afectados es inferior a 30 % y el Índice HHI es inferior a 2.000. Este criterio ha sido acogido por esta Intendencia en casos anteriores de operaciones de índole vertical.”*¹¹.

[54] La INCCE demostró que el mercado relevante de hormigón premezclado es “disputable”¹².

8. ALEGACIONES ADUCIDAS POR EL OPERADOR ECONÓMICO UNICON PERU

8.1 ATENUANTES Y AGRAVANTES

[55] Que existen atenuantes y que no existen agravantes demostradas por la INCCE, así como colaboración efectiva con la SCPM, la aprobación de la notificación económica de **UCUE** por la adquisición de **MEZCLALISTA** y **CYMCA**, entre otras.

8.2 Del silencio administrativo

¹⁰ Expediente SCPM-IGT- INICCE-006-2019. Véase fs. 2694 a 2699.

¹¹ Expediente SCPM-IGT- INICCE-006-2019. Véase fs. 2693 a 2694.

¹² Expediente SCPM-IGT- INICCE-006-2019. Véase fs. 2695.



- [56] El operador económico involucrado alega silencio administrativo positivo en el Expediente SCPM-IGT-INICCE-022-2019.
- [57] El silencio administrativo insta a la presunción de aceptación tácita de lo solicitado por el administrado, en función de la contestación por parte de la administración pública.
- [58] Al respecto la doctrina especializada señala:

“En rigor, el silencio positivo sustituye esta técnica de la autorización o aprobación por la de un veto susceptible de ejercitarse dentro de un plazo limitado, pasado lo cual lo pedido por el requirente se entiende otorgado.”¹³

- [59] Por otro lado se explica que:

“La Corte Nacional de Justicia, ha manifestado en precedentes jurisprudenciales: a) El silencio administrativo origina un acto administrativo presunto de contenido positivo; b) El acto presunto origina un derecho autónomo, independiente y en consecuencia una respuesta posterior, fuera de término no afecta el derecho que nació por el ministerio de la ley; c) Una respuesta extemporánea, negando el reclamo administrativo no causa efecto jurídico y no perjudica al derecho que se originó por el ministerio de la ley; d) El derecho que se origina como consecuencia del silencio administrativo, da lugar a una acción de ejecución, no de conocimiento, ya que no se solicita el reconocimiento de un derecho, que ya existe, que nació por el paso del tiempo, sino produce que se ejecute dicho derecho, es por esto que el COGEP lo sitúa con procedimiento sumario; e) Las sentencias judiciales con respecto a procedimientos sumarios con respecto al silencio administrativo no son susceptibles de casación por expresa disposición legal; f) El límite del derecho derivado del silencio administrativo es que dicho derecho sea nulo de pleno derecho (...)”¹⁴

- [60] En este sentido, el silencio administrativo positivo constituye un acto administrativo, debido a que el mismo ostenta todas las cualidades de un acto expreso que genera efectos jurídicos y produce derechos y obligaciones para el administrado.
- [61] Por tanto, el silencio administrativo se encuentra anclado al derecho de petición que se le otorga a los ciudadanos, obligando de esta manera a la Administración que se pronuncie de manera oportuna sobre lo solicitado por el peticionario.
- [62] Conforme lo analizado en líneas anteriores, se concluye lo siguiente:

¹³ Robalino, J. (2000). Revista del Colegio de Jurisprudencia IURIS DICTIO Universidad San Francisco de Quito, p. 71.

¹⁴ Cordero, P. (2009). El Silencio administrativo, Quito, Editorial El Conejo, p. 202.



1. El silencio administrativo produce la caducidad de la competencia de la Administración, y por tanto la imposibilidad de rever, revisar o pronunciarse sobre su propio acto o sobre la petición del requirente.
 2. Si la Administración no resolviere dentro del término establecido por la Ley, la solicitud realizada por el administrado, la misma se entenderá tácitamente como aceptada, caducando el derecho que tiene la Administración para pronunciarse sobre el mismo.
 3. Si la Administración, resuelve extemporáneamente sobre lo solicitado por el administrado, operarí una revocatoria de un acto administrativo que sería nula de pleno derecho.
- [63] En vista de que el silencio administrativo alude a otro Expediente no aplica en el presente caso y no se entra a resolver. Además, se verificó que no hay silencio administrativo positivo en este Expediente SCPM-IGT-INCCE-2020-005.

8.3 De la administración común

- [64] Al respecto la INCCE menciona lo siguiente:

“La INCCE niega la independencia alegada por UNICON PERU con UNACEM Ecuador y señala: “De tal forma, se observa que las empresas controladoras - UNACEM PERÚ, letra e), del artículo 17 de la LORCPM- y las subsidiarias de aquella -INVERSIONES EN CONCRETO Y AFINES S.A., UNICON PERÚ, UNICON ECUADOR, INVERSIONES IMBABURA S.A., UNACEM ECUADOR y CANTYVOL, letra d) del artículo 17 de la LORCPM-también se toman en cuenta para el cálculo del volumen de negocios. (...) En tal virtud, es ilógico aludir dicha “independencia diaria” como evidencia de la falta de pertenencia de UNICON PERÚ al grupo de UNACEM PERÚ, ya que lo uno no equivale a lo otro; en otras palabras, no es sinónimo de falta de pertenencia a un grupo económico, la independencia diaria con que se maneja una compañía.”

- [65] Sin embargo de lo expuesto, el operador económico involucrado no desvirtuó el fondo sobre la interdependencia propietaria entre **UNACEM PERU** con **UNICON PERU** y **UCUE**, mediante una estructura piramidal de grupo de empresas relacionadas DONDE **UNACEM PERU** actúa como matriz de dicho grupo. Por lo cual, se concluye que debió incluir para el cálculo del volumen de negocios los ingresos de **UNACEM ECUADOR**, **UNICON PERU** en Ecuador y **HORQUITO** y, por tanto, la Compraventa superó el umbral tipificado en el Artículo 16 literal a) de la LORCPM.

9. LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS

9.1 Operación de concentración no notificada



- [66] Al haber suscrito **UNICON PERU** un contrato de compraventa mediante el cual acordó la adquisición del 100% de las participaciones de la compañía **HORQUITO**, sin someterlo al procedimiento de notificación previa a la SCPM, y posteriormente lo ejecutó siendo una operación sujeta a control se declara la existencia de la infracción prevista en los Artículos 16, 18 y 78 numeral 3, letra d) de la LORCPM.
- [67] Considerando la compra de **HORQUITO** por **UNICON PERU**, la CRPI encuentra que lo anterior se enmarca en el numeral 3, letra c) del Artículo 78 de la LORCPM¹⁵.
- [68] La Intendencia Nacional Control de Concentraciones Económicas, respecto a la operación de concentración no notificada, en el informe No SCPM-IGT-INCCE-2020-005 de 05 de febrero de 2020, manifiesta lo siguiente:

“Dicha operación de concentración económica consistió en la cesión del 100% de las participaciones sociales de la compañía Hormigonera Quito Horquito Compañía Limitada (en adelante, también HORQUITO), a favor de la compañía peruana Unión de Concreteras S.A. (en adelante, también UNICON PERÚ), celebrada mediante escritura pública otorgada ante la Notaria Trigésima Segunda del Cantón Quito, Doctora María Gabriela Cadena Loza, el 18 de julio de 2017, e inscrita en el Registro Mercantil de Quito, el 22 de julio de 2017”.

- [69] El 17 de julio de 2019 el operador económico **UNICON PERU** presentó una notificación de concentración económica a la SCPM del acuerdo y la transacción (en adelante la Compraventa), por el cual se adquirió la totalidad de las acciones de la compañía ecuatoriana **HORQUITO**, cuya denominación societaria fue modificada a **UCUE**, mediante escritura pública otorgada ante Notario Trigésimo Segundo del cantón Quito, el 13 de diciembre de 2017.
- [70] El 02 de agosto de 2019, a las 17h05, el operador económico **UNICON PERU** remitió para conocimiento de la INCCE, las explicaciones de las que se consideró asistido.
- [71] Analizadas por la INCCE las explicaciones presentadas por el operador económico **UNICON PERU**, la INCCE dispuso que: *“En virtud de que las explicaciones*

¹⁵ LORCPM. *“Art. 78.- Infracciones.- Las infracciones establecidas en la presente Ley se clasifican en leves, graves y muy graves.*

(...)

3. Son infracciones muy graves:

(...)

c. La ejecución de actos o contratos efectuados por el operador económico resultante de una operación de concentración sujeta a control, antes de haber sido notificada a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado; o antes de que haya sido autorizada de conformidad con lo previsto en esta ley.

(...)”



presentadas por el operador económico Unión de Concreteras S.A., o sus empresas vinculadas, no han sido suficientes para desvirtuar la existencia de una operación de concentración económica no notificada, de acuerdo a lo previsto en el tercer inciso del artículo 26 del RLORCPM, INÍCIÉSE la investigación de la operación de concentración económica, referente a la adquisición de la totalidad de las participaciones de Hormigonera Quito HORQUITO Cía. Ltda., por parte de Unión de Concreteras S.A.”

[72] Mediante distintas providencias la INCCE dispuso solicitar información a varios operadores económicos del mercado relevante de hormigón.

[73] La INCCE señala que:

“Una vez verificada la cesión de la totalidad de participaciones de HORQUITO a favor de UNICON PERÚ, el operador económico resultante de la operación de concentración económica analizada ejecutó contratos para la provisión de hormigón premezclado, desde el 02 de octubre de 2017, sin que mediara notificación previa de dicha transacción para su respectiva autorización por parte de la SCPM.

(...)

La compra de la totalidad de las participaciones en HORQUITO por parte de UNICON PERÚ, constituyó una operación de concentración económica que debió haber sido notificada para su autorización previa por parte de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, en virtud del cumplimiento de los supuestos de hecho y de derecho establecidos en los artículos, 14, 16 y 17 de la LORCPM. (...) Una vez verificada la cesión de la totalidad de participaciones de HORQUITO a favor de UNICON PERÚ, el operador económico resultante de la operación de concentración económica analizada ejecutó contratos para la provisión de hormigón premezclado, desde el 02 de octubre de 2017, sin que mediara notificación previa de dicha transacción para su respectiva autorización por parte de la SCPM, hecho que constituye la comisión de infracción tipificada en el numeral 3, letra e), del artículo 78 de la LORCPM.”

9.2 Umbral de concentraciones

[74] La INCCE al respecto de la notificación obligatoria señala:

“Cumplimiento de umbrales previstos en el artículo 16 de la LORCPM”. (...) de la información recaba por parte de la INCCE, el grupo económico al que pertenece UNICON ECUADOR, se resume en las siguientes empresas:
a. UNICON PERÚ, que al momento de la operación de concentración económica no generaba ventas en Ecuador;



- b. HORQUITO;
- c. UNACEM PERÚ, que no genera ventas en el territorio ecuatoriano;
- d. Inversiones en Concreto y Afines S.A., que no genera ventas en el territorio ecuatoriano;
- e. Inversiones Imbabura S.A., que no genera ventas en el territorio ecuatoriano;
- f. UNACEM ECUADOR; y,
- g. Cantyvol.

A partir del cálculo antes detallado, es posible concluir que el volumen de negocios superó el monto de 200.000 Remuneraciones Básicas Unificadas establecidas en la Resolución No. 009 de la Junta de Regulación de la LORCPM que para el 2017 ascendía a USD 75.000.000, en razón de que el valor del salario básico unificado para ese año era de USD 375, cumpliéndose por tanto la condición establecida en la letra a) del artículo 16 de la LORCPM.”

[75] De conformidad con el artículo 16 de la LORCPM, los operadores económicos están obligados a efectuar la notificación de concentración previa si se verifican las siguientes circunstancias:

- i. El monto que en Remuneraciones Básicas Unificadas (RBU) establezca la Junta de Regulación

[76] El artículo 3 de la Resolución No. 009 de la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, determina los montos del volumen de negocios de los operadores económicos involucrados en una operación.

TIPO	MONTO (Remuneraciones Básicas Unificadas)
Concentraciones que involucren a instituciones del sistema financiero nacional y del mercado de valores	3'200.000
Concentraciones que involucren a entidades de seguro y reaseguro	214.000
Concentraciones que involucren a operadores económicos que no se encuentren detallados en los dos puntos anteriores	200.000

Fuente: Resolución N° 009 publicada en el Registro Oficial N° 622 del viernes 06 de noviembre del 2015

Elaboración: CRPI

[77] El Acuerdo Ministerial No. MDT-2016-0300 de 28 de diciembre de 2016, suscrito por el Ministro de Trabajo, determina que el salario básico unificado a partir del 01 de enero de 2017 fue de TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO DÓLARES AMERICANOS (USD 375.00).

[78] En este sentido los umbrales a los que refiere el literal a) del artículo 16 de la LORCPM, para el año 2017 fueron:



TIPO	MONTO (USD)
Concentraciones que involucren a operadores económicos que no se encuentren detallados en los dos puntos anteriores	75'000.000,00

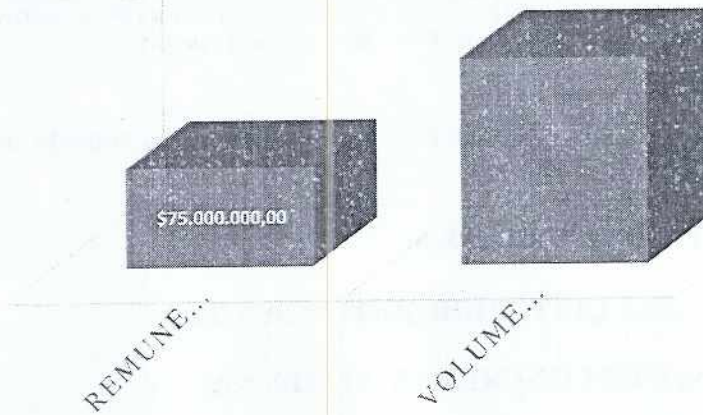
Fuente: Resolución N° 009 publicada en el Registro Oficial N° 622 del viernes 06 de noviembre del 2015 y el Acuerdo Ministerial No. MDT-2016-0300 de 28 de diciembre de 2016.

Elaboración: CRPI

[79] Para el efecto del cálculo del volumen de negocios se ha tomado en cuenta los siguientes operadores económicos:

- a) **UNION DE CONCRETERAS S.A.**
- b) **HORMIGONERA QUITO HORQUITO CIA. LTDA.**
- c) **INVERSIONES EN CONCRETO Y AFINES S.A.**
- d) **INVERSIONES IMBABURA S.A.**
- e) **UNACEM ECUADOR S.A.**
- f) **CANTERAS Y VOLADURAS CANTUVOL S.A.**

[80] Por tanto, en estos casos se deberá sumar el volumen de negocios total en Ecuador de los partícipes en la operación y de los demás operadores económicos que pertenecen al mismo grupo económico o empresarial, que al esquema de la concentración objeto de esta resolución es:



Fuente: EXPEDIENTE NO. SCPM-IGT-INICCE-006-2019
Elaboración: CRPI

- [81] Conforme la información analizada el volumen de negocios supera las 200.000 remuneraciones básicas unificadas determinadas en la resolución 009 de la Junta de Regulación de la LORCPM.
- [82] Respecto a las operaciones de concentración, se aplicaría la regla establecida en el literal a) del citado Artículo 16 de la LORCPM, es decir, que el volumen de negocios total en Ecuador del conjunto de los partícipes supere, en el ejercicio contable anterior a la operación, el monto que en Remuneraciones Básicas Unificadas que haya establecido la Junta de Regulación.

9.3 El estado de situación de la competencia en el mercado relevante

9.3.1 Determinación del Mercado Relevante

- [83] La INCCE sobre el mercado de producto señala:

“Por estas razones, se puede establecer que la sustitución de la oferta es factible y por lo tanto se puede concluir que el mercado relevante para la evaluación de la operación de concentración es: producción y distribución de cemento. (...) El hormigón es un material de construcción producido principalmente a partir del cemento, ya que es obtenido de la mezcla de este último con agua y agregados. (...). El hormigón premezclado, a diferencia del hormigón seco, es un producto listo para el uso; sin embargo, para que este tenga la calidad necesaria, su vida útil tiene un tiempo máximo de uso, factor que es un limitante al momento de entregar el producto final. Dadas las características físicas y los usos por parte de los demandantes de estos, es posible determinar que el mismo constituye un



mercado separado y no tiene sustitutos desde el punto de vista del consumidor (por la resistencia, durabilidad, calidad o precio). (...) Por lo expuesto, la Intendencia determina que el mercado relevante aguas abajo de la transacción analizada es la: producción y comercialización de hormigón premezclado.”.

[84] La INCCE acerca del mercado geográfico señala que:

“En ese sentido, hay dos elementos para definir el área de influencia del hormigón premezclado; la primera es la ubicación de la planta de fabricación del hormigón y la segunda es la distancia máxima de conservación del producto durante su transportación, en este sentido, según información proporcionada por el operador UNICON ECUADOR, la distancia para entregar el producto en óptimo estado es de 25 kilómetros en un tiempo estimado de 1 hora y media a dos horas”, estas características están relacionadas con la calidad del producto que el cliente desea recibir para utilizar el producto de la mejor manera. Cabe mencionar que existe un mínimo de calidad exigido por las normas de calidad del Servicio de Ecuatoriano de Normalización-INEN”.

“(…) HORQUITO (actualmente UNICON ECUADOR) tiene participación únicamente en la localidad de Quito y sus alrededores, lo que corresponde al mercado geográfico de hormigón premezclado, información ratificada por el operador económico mediante escrito presentado el 07 de octubre de 2017 dentro del expediente SCPM-IGT-INICCE-006-2019”.

[85] La INCCE concluye que *“Los mercados relevantes definidos para el presente caso son los siguientes: i. Producción y distribución de cemento gris a nivel nacional. ii. Producción y comercialización de hormigón premezclado en Quito y sus alrededores.”*

[86] La determinación del mercado relevante será el punto de partida para el análisis de la concentración económica, siendo el resultado de lo que llamamos el mercado de producto y el mercado geográfico, donde los consumidores consideran a un cierto grupo de productos como sustitutos cercanos y en el área geográfica más reducida en el cual, si los operadores económicos involucrados en la integración actúan como uno solo podrían influir en las condiciones de comercialización del producto¹⁶.

9.3.1.1 Mercado de producto

[87] El mercado de producto se refiere a los bienes o servicios que pueden verse afectados por la operación de concentración económica, al existir la posibilidad de restringir la libre competencia¹⁷. De acuerdo a la Comisión Europea el mercado de producto es “el

¹⁶ Resolución emitida por la Superintendencia de Industria y Comercio No. 79716 de 01 de octubre de 2015, Caso Postobon – Quaker, Bogotá Colombia, pgs. 12, 13.

¹⁷ Miranda Londoño, Alfonso y Gutiérrez Rodríguez, Juan David. *El control de las concentraciones empresariales en Colombia*. Ibañez, Bogotá 2014, p 273.



conjunto de productos que en función de sus características son particularmente adecuadas para satisfacer necesidades constantes y que no son fácilmente intercambiables con otros productos”¹⁸. Por lo tanto, en las concentraciones económicas se deben analizar y comprender todos los bienes y servicios que se consideran intercambiables exclusivamente entre si y que se encuentran en competencia.¹⁹

9.3.1.2 MERCADO DE PRODUCCIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE CEMENTO

- [88] La actividad principal del agente económico **UNACEM ECUADOR**, es la “(...) *elaboración y comercialización de cemento en el territorio ecuatoriano, mismo que es producido en su fábrica ubicada en la provincia de Imbabura.*”²⁰
- [89] Es preciso puntualizar, que el cemento es una de los principales productos empleados en el sector de la construcción, debido a su alta resistencia y estabilidad al ser mezclado con otros materiales como el agua, otorgándole una capacidad de endurecimiento. La producción del cemento en polvo tiene lugar en molindas aptas para abarcar materiales cementosos, entre los que se encuentran el clínker²¹, material que se obtiene producto de la calcinación de caliza y arcilla a altas temperaturas.
- [90] Además, se destaca que las propiedades que contiene el cemento pueden variar sustancialmente dependiendo de las cantidades de materias primas que contenga el mismo, y de los métodos empleados para su elaboración. Sin embargo, todos los tipos de cemento que existen en el mercado se derivan del clínker. Así, uno de los agentes económicos que participa en la producción de materia prima para la preparación de cemento en territorio nacional es el agente económico CANTYVOL.

9.3.1 Sustitución por el lado de la oferta

- [91] Existen cuatro cementeras en Ecuador que cuentan con activos, materiales e inmateriales, destinados a la producción y elaboración de cemento en el territorio nacional. En su totalidad cuentan con la capacidad para ofertar en el mercado toda la variedad de cementos.

¹⁸ Caso *Nederlandse Banenindustrie Michelin v. Comission*, 9 de noviembre de 1983, as. 322/81, Rep. 1825. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Citado en Miranda Londoño, Alfonso y Gutiérrez Rodríguez, Juan David. *El control de las concentraciones empresariales en Colombia*. Ibañez, Bogotá 2014, p 274.

¹⁹ Miranda Londoño, Alfonso y Gutiérrez Rodríguez, Juan David. *El control de las concentraciones empresariales en Colombia*. Ibañez, Bogotá 2014, p 274.

²⁰ Informe No. SCPM-IGT-INCCE-005-2020, p.26

²¹ Informe No. SCPM-IGT-INCCE-005-2020



[92] Los cuatro agentes económicos compiten y comercializan cemento en las dos presentaciones antes mencionadas, lo que hace suponer que desde un enfoque de la sustitución de la oferta, todas las compañías competidoras no incurrir en costos hundidos al momento de trasladar su producción a otros tipos de cemento o presentaciones para su comercialización. Generalmente, los operadores económicos cuentan con acceso a sistemas de distribución para la comercialización de todas las variedades de cemento. En tal virtud, se puede considerar que la sustitución de la oferta resulta factible, y por tanto se concluye que el mercado relevante es producción y distribución de cemento.

9.3.1 Del mercado geográfico

[93] El artículo 5 de la LORCPM sobre el mercado geográfico prescribe que:

“Art. 5.- Mercado relevante.- A efecto de aplicar esta Ley la Superintendencia de Control del Poder de Mercado determinará para cada caso el mercado relevante. Para ello, considerará, al menos, el mercado del producto o servicio, el mercado geográfico y las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado.

(...)

El mercado geográfico comprende el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, los costos de transporte, las modalidades de venta y las barreras al comercio existentes.

(...)”

[94] La venta del cemento al por menor se lo hace a través de distintos canales, como son distribuidores, franquicias o pequeños negocios como ferreterías que venden el cemento al por menor. El agente económico objeto de esta operación vende el cemento a todos esos minoristas a nivel nacional, por lo cual es claro que el mercado geográfico es en todo el territorio ecuatoriano.

9.3.2 Definición de mercado relevante

[95] A manera de conclusión tenemos que el mercado relevante materia de este análisis es la producción y distribución de cemento en todo el territorio ecuatoriano.

9.4 MERCADO DE HORMIGÓN PREMEZCLADO

[96] En cuanto respecta a la producción de hormigón, productos de concreto y morteros, el cemento es tomado en cuenta como producto intermedio, teniendo en consideración



que en este segmento de mercado por lo menos se han identificado dos tipos de demandantes de acuerdo a los tipos de cemento que existen en el mercado, que son gris y blanco, distinguiéndose este último para la utilización de fines decorativos por la calidad de piedra caliza y su costo y finalidad.

- [97] Al contrario el cemento gris, puede ser subdividido en varios tipos que se pueden identificar por la resistencia y tiempos de ajuste que están determinados por los aglomerantes crudos y productos cementales empelados para su fabricación.²²
- [98] Por lo expuesto, el cemento paulatino de cemento gris, desde el punto de vista de la demanda, no podría influir sobre las cantidades comercializadas del cemento blanco, por lo que se puede entender que los dos tipos de cemento existentes conforman mercados separados.
- [99] Otra segmentación, que está condicionada por los demandantes según sus preferencias, es el tipo de envase que se utiliza para comercializar el cemento, tomando en cuenta que dicho insumo puede ser adquirido en “sacos” o al “granel”, existiendo diferenciación acorde a la cantidad de producto que contiene cada presentación; por lo regular la primera es empelada en construcciones pequeñas, mientras que la segunda se usa en la construcción de edificaciones.

[100] **UNION DE CONCRETERAS UNICON UCUE CIA LTDA.**, se dedica a la “compra venta distribución comercialización y transformación de productos para construir con hormigón”²³, es decir a la “fabricación y comercialización de hormigón premezclado”²⁴, para lo cual, según la información presentada por el mismo operador económico, opera en Quito con tres plantas de producción²⁵.

[101] La producción de hormigón premezclado tiene un proceso en el cual se realiza la provisión de materia prima con agregados finos, gruesos y cemento²⁶, que entra a las

²² Comisión Europea. Case No. Comp/M.7252-Holcim / Lafarge.

²³ Vease en

https://appscvsinovil.supercias.gob.ec/portaldeinformacion/consulta_cia_menu.zul?expediente=17912&tipo=1

²⁴ Vease en <https://srienlinea.sri.gob.ec/sri-en-linea/SriRucWeb/ConsultaRuc/Consultas/consultaRuc>

²⁵ Anexos al escrito de 26 de septiembre de 2019 presentado por UNICON.

²⁶ Norma Técnica Ecuatoriana Obligatoria, NTE INEN 1 855-1:2001 2001-08, HORMIGONES. HORMIGÓN PREMEZCLADO. REQUISITOS. “Cemento.- El cemento debe cumplir con las NTE INEN 152 ó 490 según los requerimientos o especificaciones del usuario (ver nota 3).

NOTA 3.- los cementos de diferentes tipos producirán hormigones con diferentes propiedades y por lo tanto no deben utilizarse indiscriminadamente”



plantas de producción, plantas dosificadoras que deben estar provistas de depósitos adecuados para cada uno de los áridos gruesos y finos diseñados para que la descarga sea eficiente. Lo anterior para su posterior introducción a las mezcladoras y agitadores de los materiales que pueden ser del tipo estacionario o montadas sobre camión. La mezcla se la realiza con agua que debe cumplir con la NTE INEN 1 108, y que a falta de agua potable ésta debe reunir ciertas condiciones, además aditivos incorporadores de aire y químicos²⁷ para que este sea transportado hasta la obra²⁸.

[102] Pues al hablar de que se considera Hormigón Premezclado, este es la *“Mezcla de cemento Pórtland o cualquier otro cemento hidráulico, áridos, agua, con o sin aditivos, dosificado y mezclado previamente, entregado en estado fresco listo para colocar en la obra”*²⁹.

9.4.1 Análisis de sustituibilidad

[103] El artículo 6³⁰ de la Resolución 11 plasma una definición para el análisis en función de la sustitución de la demanda que implica establecer todos los bienes o servicios que el consumidor considere como sustitutos del producto o servicio analizado,³¹ es decir que el consumidor crea que los productos son intercambiables entre sí, puesto que supondría que satisfacen las mismas necesidades en razón de sus características, usos, destino y precio³².

[104] Otra segmentación, que está condicionada por los demandantes según sus preferencias, es el tipo de envase que se utiliza para comercializar el cemento, tomando en cuenta que dicho insumo puede ser adquirido en “sacos” o al “granel”, existiendo diferenciación acorde a la cantidad de producto que contiene cada presentación, por lo

²⁷ Norma Técnica Ecuatoriana Obligatoria, NTE INEN 1 855-1:2001 2001-08, HORMIGONES. HORMIGÓN PREMEZCLADO. REQUISITOS.

²⁸ Estudio de concentración económica, dominancia y sustituibilidad en el mercado ecuatoriano de hormigón. Expediente No. SCPM-IGT-INICCE-006-2019.

²⁹ Norma Técnica Ecuatoriana Obligatoria, NTE INEN 1 855-1:2001 2001-08, HORMIGONES. HORMIGÓN PREMEZCLADO. REQUISITOS.

³⁰ Resolución 11 *“Art. 6.- Definición.- El análisis de sustitución de la demanda implica determinar todos aquellos bienes que el consumidor o usuario considere como sustitutos del producto o servicio materia de análisis. Se deberá utilizar criterios, tanto cuantitativos como cualitativos, que incluya uno o algunos de los referidos en los numerales subsiguientes.”*

³¹ Creus Carreras, A., Amador Peñate, O., Pérez Olmo, G.: Código de Derecho de la Competencia. Wolters Kluwer. Madrid. 2006. Pag. 920.

³² Miranda Londoño, Alfonso y Gutiérrez Rodríguez, Juan David. *El control de las concentraciones empresariales en Colombia*. Ibañez, Bogotá 2014, p 283.



regular la primera es empelada en construcciones pequeñas, mientras que la segunda se usa en la construcción de edificaciones.

- [105] El hormigón premezclado tiene como característica el uso en grandes cantidades, a diferencia del cemento tradicional que necesita de mano de obra para realizar la mezcla, mientras que el hormigón premezclado es producido por la mezcladora que además hace que en volumen la mezcla sea uniforme y contenga las cantidades exactas para su correcta implementación.
- [106] Por otro lado, el cemento seco resulta más costoso, pues las grandes cantidades de compra hace que el hormigón premezclado resulte más económico.
- [107] La necesidad que satisface un producto en los consumidores es trascendental en la evaluación de sustituibilidad por el lado de la demanda, pues responde al criterio funcional³³, que en este punto es de suma importancia, pues conforme hemos analizado en la normativa ecuatoriana en materia de hormigón premezclado, así como el producto en sí mismo, su función, duración, cualidades y demás características hace que no tenga sustitutos cercanos.

9.4.1.1 Del mercado geográfico

[108] El artículo 5 de la LORCPM sobre el mercado geográfico prescribe que:

“Art. 5.- Mercado relevante.- A efecto de aplicar esta Ley la Superintendencia de Control del Poder de Mercado determinará para cada caso el mercado relevante. Para ello, considerará, al menos, el mercado del producto o servicio, el mercado geográfico y las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado.

(...)

El mercado geográfico comprende el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, los costos de transporte, las modalidades de venta y las barreras al comercio existentes.

(...)”

³³ Miranda Londoño, Alfonso y Gutiérrez Rodríguez, Juan David. *El control de las concentraciones empresariales en Colombia*. Ibañez, Bogotá 2014, p 285.



[109] Conforme la información presentada por **UNION DE CONCRETERAS UNICON UCUE CIA.**, opera en Quito con tres plantas de producción que a saber son:³⁴

Planta de Producción	Provincia	Ciudad	Dirección
Planta 1	Pichincha	Quito	Av. Simon Bolivar e Interoceanica
Planta 2	Pichincha	Quito	Av. Simon Bolivar y Pedro Vicente Maldonado
Planta 3	Pichincha	Quito	Bartolomé Sanchez N71-116 y José Enrique Guerrero

[110] Al momento de la concentración operaba en dos plantas.

[111] Como ya lo analizamos en párrafos anteriores, el hormigón premezclado tiene como característica que este tiene su producción en planta; sin embargo, a la obra final llega ya mezclado, y este por supuesto tiene un tiempo máximo en el cual debe ser entregado, pues caso contrario perdería su cualidad y se irá endureciendo.

[112] Es en este aspecto que la INCCE ha considerado que:

“(...) hay dos elementos para definir el área de influencia del hormigón premezclado; la primera es la ubicación de la planta de fabricación del hormigón y la segunda es la distancia máxima de conservación del producto durante su transportación, en este sentido, según información proporcionada por el operador UNICON ECUADOR, la distancia para entregar el producto en óptimo estado es de 25 kilómetros en un tiempo estimado de 1 hora y media a dos horas, estas características están relacionadas con la calidad del producto que el cliente desea recibir para utilizar el producto de la mejor manera. Cabe mencionar que existe un mínimo de calidad exigido por las normas de calidad del Servicio de (SIC) Ecuatoriano de Normalización-INEN (en adelante INEN).

(...)

Dadas las características del hormigón premezclado, no se puede establecer un mercado geográfico a nivel nacional ni regional, dado que las hormigoneras tienen únicamente alcance local, que corresponde a la distancia que podrían ofertar el hormigón desde su planta de producción.

(...)”³⁵

[113] Para el efecto la INCCE muestra el área de influencia sobre la cual actúa el operador económico investigado bajo los siguientes gráficos:

³⁴ Anexos al escrito de 26 de septiembre de 2019 presentado por UNICON.

³⁵ Informe



Gráfico No. 4. Área de influencia Planta 1



Fuente: Expediente SCPM-IQT-INICCE-006-2018
Elaboración: INCCCE/Openroute service

Gráfico No. 5. Área de influencia Planta 2



Fuente: Expediente SCPM-IQT-INICCE-006-2018
Elaboración: INCCCE/Openroute service

- [114] La CRPI concuerda que el área geográfica en este tipo de mercados debe medirse con un radio máximo de desplazamiento de 25 kilómetros, en un tiempo estimado de una hora y media a dos horas, donde el hormigón premezclado no pierde sus cualidades, y por lo tanto el área geográfica será local en Quito y sus alrededores.

9.4.1.2 Definición de mercado relevante

- [115] A manera de conclusión tenemos que el mercado relevante materia de este análisis es la Producción y comercialización de hormigón premezclado en Quito y sus alrededores con un radio máximo de desplazamiento de 25 kilómetros.

9.5 Afectación a la libre competencia

- [116] La INCCE señala que se pueden identificar elementos de importancia en este mercado:

“i) existe un operador económico con una cuota mayor al [50%-65%] durante el período analizado y, ii) existe dos empresas con presencia nacional que ejercen presión competitiva al operador económico concentrado, HOLCIM y UCEM.”

- [117] Siendo así, a través de la concentración se genera una presión competitiva en relación con otro operador económico que no es el involucrado en la concentración económica.

- [118] La INCCE señala además que, *“los tres principales operadores económicos que interactúan en este sector, están integrados verticalmente; es decir que, producen tanto cemento como hormigón premezclado. Demostrando la existencia de presión competitiva, lo cual, se evidencia en la disminución de la cuota de mercado del operador principal (HOLCIM) y el aumento de las cuotas de UNACEM y UCEM dentro del período analizado (...)”* y que *“UNICON ECUADOR compite en el mercado de hormigón premezclado en Quito y sus alrededores, con dos empresas integradas*



verticalmente, que pueden generar presión competitiva sobre el mercado, adicional a las otras que no están integradas verticalmente. Asimismo, la dinámica del mercado, impide que una sola empresa tenga cuotas de participación estables durante el periodo evaluado; por ejemplo, la evolución de Holcim Ecuador S.A. demuestra que pasó de tener una cuota mayor al [30%-40%] en los años 2016 y 2017 a una participación de [20%-30%] en 2018, dando indicios que este mercado es disputable.”

[119] La CRPI coincide en cuanto a que el mercado no resulta estar bajo una situación de restricción de la competencia respecto de la operación de concentración económica, pues la cuota de participación del operador económico investigado no resulta ser elevada, y es así que existen otros operadores que se encuentran en el mercado que hacen que en caso de que exista un comportamiento inadecuado estos otros pueden reaccionar de manera efectiva.

[120] Al existir una integración de carácter vertical, preocupa el hecho de que el operador económico concentrado genere una situación de desventaja respecto de otros competidores, para lo cual la INCCE ha mencionado que,

“(…) los operadores que producen hormigón premezclado, pueden adquirir el cemento a cualquier empresa cementera, esta decisión se basará en precios y en la calidad ofertada con base en el volumen de compra, en este sentido no existe un único proveedor de cemento para las hormigoneras.”

“En ambos mercados analizados, no existe la posibilidad de que el adquirente, como resultado de la operación de concentración económica, tenga posición de dominio que le permita obtener poder de negociación con el fin de establecer condiciones unilaterales que podrían afectar la competencia en el mercado de hormigón premezclado en Quito y sus alrededores y en el mercado de cemento. Esto se debe a que en los dos mercados existen competidores que pueden ejercer presión competitiva. Así mismo se determina que la integración vertical no genera preocupaciones de posibles exclusiones o negativas de ventas ya sea aguas arriba o aguas abajo.”

“se desprende que UNICON ECUADOR no tiene los precios más bajos del mercado pese a estar integrado verticalmente; en el cuadro se puede observar que no existen grandes variaciones en el periodo analizado. Adicionalmente, se desprende que no existen variaciones significativas en los precios promedio de compra de cemento. (...) ello demuestra que los precios están determinados por las negociaciones que cada hormigonera realice con las cementeras, hecho que fue certificado en las reuniones de trabajo mantenidas con varias compañías. Adicionalmente, en dichas entrevistas se pudo determinar que las empresas cementeras integradas verticalmente no generan exclusividades o discriminación de precios en cuanto a la venta de este insumo para las hormigoneras, donde informaron que adquieren el cemento con base en los



mejores precios o calidad ofrecida, así mismo informaron que no han recibido negativas de venta por parte de éstas.”.

“(…) ha determinado que la operación constituye una integración vertical, misma que no genera ningún tipo de preocupaciones sobre la compatibilidad de la misma con el mercado, por cuanto a partir de la misma no se generaron efectos económicos en demérito de la sana competencia en los mercados relevantes definidos.

[121] La INCCE, en su informe No. SCPM-IGT-INCCE-2020-005 de 06 de febrero de 2020, en sus conclusiones sobre la responsabilidad de **UNICON PERU**, señala que:

“La compra de la totalidad de las participaciones en HORQUITO por parte de UNICON PERÚ, constituyó una operación de concentración económica que debió haber sido notificada para su autorización previa por parte de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, en virtud del cumplimiento de los supuestos de hecho y de derecho establecidos en los artículos, 14, 16 y 17 de la LORCPM. Una vez verificada la cesión de la totalidad de participaciones de HORQUITO a favor de UNICON PERÚ, el operador económico resultante de la operación de concentración económica analizada ejecutó contratos para la provisión de hormigón premezclado, desde el 02 de octubre de 2017, sin que mediara notificación previa de dicha transacción para su respectiva autorización por parte de la SCPM, hecho que constituye la comisión de infracción tipificada en el numeral 3, letra e), del artículo 78 de la LORCPM. La INCCE ha recabado evidencia suficiente para concluir la vinculación existente entre los operadores económicos INVERSIONES EN CONCRETO Y AFINES S.A., UNICON PERÚ, UNICON ECUADOR, INVERSIONES IMBABURAS.A. UNACEM ECUADOR y CANTYVOL, como subsidiarias de UNACEM PERÚ, y por ende su inclusión en el cálculo del volumen de negocios presentado en este informe. La INCCE ha determinado que la operación constituye una integración vertical, misma que no genera ningún tipo de preocupaciones sobre la compatibilidad de la misma con el mercado, por cuanto a partir de la misma no se generaron efectos económicos en demérito de la sana competencia en los mercados relevantes definidos. Del análisis realizado con respecto a las posibles afectaciones en el mercado de compra del cemento, se identificó que todas las hormigoneras tienen la posibilidad de negociar con cualquier cementera. En el caso del operador económico concentrado, pese a estar integrado verticalmente, es muy poco probable que incurra en conductas anticompetitivas, debido a la presión competitiva que ejercen otras dos cementeras igualmente integradas verticalmente.”

[122] De la información recabada por la INCCE dentro del expediente No. SCPM-IGT-INCCE-006-2019, referente a empresas que ofertan cemento a nivel nacional, se logran identificar cuatro operadores económicos competidores en el mercado, siendo sus cuotas de participación las siguientes:



Operador Económico	2014	2015	2016	2017	2018
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]

Fuente: Expediente No. SCPM-IGT-INICCE-006-2019.

Elaboración: CRPI.

[123] En virtud de la información detallada se puede identificar dos puntos a tomar en cuenta:

- 1) [REDACTED]

[124] La determinación de las cuotas de mercado nos permite divisar la detección de poder de mercado de cada competidor identificado. En este sentido Motta destaca que una empresas que cuenta con el 50% de participación ostenta dominancia en el mercado.³⁶

[125] Además, en cuanto respecta a la operaciones de concentración no horizontales, la Comisión Europea señala,

“Es improbable que la Comisión concluya que una concentración no horizontal plantea problemas, ya sea de naturaleza coordinada o no coordinada, cuando tras la concentración la cuota de mercado de la nueva entidad en cada uno de los mercados afectados es inferior a 30% y el Índice HHI es inferior a 2.000”³⁷

[126] En este sentido, se detallan a continuación los indicadores de concentración:

Indicador	2014	2015	2016	2017	2018
HHI Ex post	4.500-5.500	4.500-5.500	4.500-5.500	4.500-5.500	4.500-5.500
Índice de Dominancia	45-55 %	45-55 %	45-55 %	45-55 %	45-55 %

[127] Como se puede divisar en el cuadro que antecede, el mercado relevante analizado se encuentra altamente concentrado, sin embargo teniendo en cuenta la cuota de mercado

³⁶ Massimo, Motta. *Competition Policy*. Cambridge, Estados Unidos 2004, p. 118.

³⁷ Comisión Europea. *Directrices para la evaluación de las concentraciones no horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas*. Diario oficial Unión Europea.



del operador económico **UNACEM ECUADOR**, se puede considerar que éste no posee una participación significativa que le permita ejercer poder de mercado.

- [128] Poniendo en consideración lo señalado por la Unión Europea, el operador económico concentrado no supera el 30% de cuota de participación en el mercado, por tanto resulta improbable que la operación de concentración genere efectos adversos en el mercado relevante.
- [129] Adicionalmente, se debe tener en cuenta que el índice de dominancia de Melnik, Shy y Steanbacka³⁸, mismo que señala que para que un operador económico pueda ejercer poder en el mercado, deberá contar con una cuota de participación de más del 45-55% en el 2018, valor que se encuentra por debajo al presentado por UNACEM Ecuador (15-25%), considerándose así que este agente económico no ostenta poder de mercado.
- [130] Para concluir, es oportuno puntualizar que los tres agentes económicos que compiten en este sector, se encuentran integrados verticalmente, o sea, cuentan con producción de cemento y hormigón premezclado, denotando la existencia de presión competitiva, lo cual se evidencia en la disminución de la cuota de mercado del oferente principal y el incremento de las cuotas de sus dos competidores [REDACTED], dentro del periodo analizado.
- [131] La infracción consiste en no haber notificado **UNICON PERU** la concentración con el operador económico **HORQUITO**. No obstante, es necesario aclarar que la infracción se la realiza dentro de un mercado relevante que debe ser considerado, descrito, definido y determinado independientemente de los daños que se pudieron ocasionar; por tanto, sólo se realizó en el mercado relevante de producción y comercialización de hormigón premezclado en Quito y sus alrededores, ya que **UNICON PERU** y **HORQUITO** únicamente operan en ese mercado relevante.

10. LA DECLARACIÓN DE LA EXISTENCIA DE LA INFRACCIÓN, LA IDENTIFICACIÓN DE LAS NORMAS O PRINCIPIOS VIOLADOS Y LOS RESPONSABLES CON LA INFRACCIÓN Y LA RESPONSABILIDAD QUE CORRESPONDA A SUS AUTORES

- [132] De lo expuesto en líneas precedentes, se determina que la conducta típica y antijurídica se encuentra prevista en los Artículos 16, 18 y 78 numeral 3, letra e) de la LORCPM, en concordancia con lo dispuesto en los Artículos 26 y 27 del RLORCPM, cuya comisión se le imputa al operador económico **UNICON PERU** al haber suscrito el contrato de compraventa de participaciones, mediante el que se acordó la adquisición del 100% de las participaciones de la compañía **HORMIGONERA QUITO HORQUITO COMPAÑÍA LIMITADA (HORQUITO)**, sin someterlo al procedimiento de notificación previa a la SCPM y posteriormente lo ejecutó, siendo una operación sujeta a control.

³⁸ A. Melnik, O. Shy y R. Steanbacka, *Assessing Market Dominance*, Journal of Economic Behaviour & Organization, Vol. 68, No. 1, 2008, pp. 63-72.



11. DETERMINACIÓN DE LA MULTA

[133] La INCCE en su informe recomienda que:

"(...) se han verificado los supuestos de hecho y de derecho tipificados como infracción sujeta a sanción de conformidad a lo dispuesto en los artículos 18 de la LORCPM, 26 y 27 del RLORCPM, por lo cual se recomienda a la Comisión de Resolución de Primera Instancia proceder de conformidad con lo dispuesto en los artículos 78 y 79 de la LORCPM. (...) La Comisión de Resolución de Primera Instancia que la infracción cometida por el operador económico UNICON PERÚ sea considerada como "muy grave", por cuanto se ha evidenciado la ejecución de actos y contratos por el operador económico resultante de la operación de concentración económica que debió haber sido notificada a la SCPM para su autorización previa, es decir UNICON ECUADOR, de conformidad con el artículo 78 numeral 3 letra c) de la LORCPM."

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

[134] Esta resolución constituye la metodología vigente para la determinación del importe de multas.

11.2 Metodología de cálculo para la determinación de la multa según lo establecido en el Informe SP-2016-009.

[135] El artículo 35 de la LORCPM establece que:

"Art. 35.- Facultades de la Función Ejecutiva.- Corresponde a la Función Ejecutiva la rectoría, planificación, formulación de políticas públicas y regulación en el ámbito de esta Ley. La regulación estará a cargo de la Junta de Regulación, cuyas atribuciones estarán establecidas en el Reglamento General de esta Ley, exclusivamente en el marco de los deberes, facultades y atribuciones establecidos para la Función Ejecutiva en la Constitución. La Junta de Regulación tendrá facultad para expedir normas con el carácter de generalmente obligatorias en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales."

El Superintendente de Control del Poder de Mercado o su delegado participará en las sesiones de la Junta de Regulación en calidad de invitado con voz informativa pero sin voto. La Junta de Regulación estará integrada por las máximas autoridades de las carteras de estado, o sus delegados, a cargo de la Producción, la Política Económica, los Sectores Estratégicos y el Desarrollo Social."



[136] El artículo 42 del RLORCPM establece en el literal k) que la Junta de Regulación, tendrá la facultad de:

" Art. 42.- Atribuciones de la Junta de Regulación.- La Junta de Regulación, aquí en adelante la Junta, tendrá las siguientes facultades:

(...)

k) Establecer la metodología para el cálculo del importe de multas y aplicación de los compromisos de cese;

(...)".

[137] El artículo 95 del RLORCPM señala que:

"Art. 95.- Cálculo del importe de multas.- La Junta de Regulación emitirá la metodología para el cálculo del importe de las multas indicadas en el artículo 79 de la ley, en concordancia con los criterios establecidos en el artículo 80 y siguientes del mismo cuerpo normativo, y tomando en cuenta lo siguiente:

1.- Determinará la base para el cálculo del importe de la multa para cada operador económico o asociación, unión o agrupación de operadores económicos.

2.- Multiplicará el importe de base en función de la duración de la conducta.

3.- Ajustará el importe de base total incrementándolo o reduciéndolo en base a una evaluación global de las circunstancias pertinentes."

[138] El 15 de Septiembre de 2016, la Secretaría Permanente de la Junta de Regulación elaboró el Informe No. SP-2016-009, estableciendo una propuesta metodológica para el cálculo del importe de sanciones a las infracciones de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

[139] Mediante Resolución No. 012 de 23 de septiembre de 2016, publicada en el Registro Oficial No. 887 de 22 de noviembre de 2016, la Junta de Regulación resuelve: *"Expedir la Metodología para la Determinación del Importe de Multas por Infracciones a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado"*.

[140] El Informe No. SP-2016-009, se considera como un elemento interpretativo esencial³⁹ de la Resolución No. 012 de 23 de septiembre de 2016, publicada en el Registro Oficial No. 887 de 22 de noviembre de 2016.

³⁹ Resolución emitida por el Superintendente de Control del Poder de Mercado en el expediente No. SCPM-CRPI-2015-019-RA de 05 de julio de 2019.



[141] El Informe No. SP-2016-009 define la metodología propuesta para la aplicación de la Resolución 012 y establece un procedimiento de cálculo en concordancia con lo determinado tanto en la LORCPM como en el RLORCPM.

[142] Dicha metodología considera parámetros que permiten cuantificar, de la manera más aproximada, un importe de sanción que se encuentre acorde a las especificidades de cada caso.

11.2.1 Fases de cuantificación de la multa y fórmulas de cálculo

[143] La metodología de cálculo para la determinación de la multa se fija siguiendo las siguientes fases:

<i>Fase 1. Determinar la base para el cálculo del importe de la multa</i>	
$IMBi = VNMRi * \beta i$	$IMBi =$ Importe base del operador i
	$VNMRi =$ Volumen de negocios realizado en el mercado o mercados relevantes afectados por la infracción
$\beta i = f(\text{gravedad}(\alpha), \text{afectación}(\theta))$	$\beta i =$ Ponderador del tipo sancionador



<i>Fase 2. Multiplicar el importe de base en función de la duración de la conducta</i>	
$IMBTi = IMBi * di$	$IMBTi =$ Importe base total del operador i
	$IMBi =$ Importe base del operador i
$di = f(\text{número de años de duración de la infracción})$	$di =$ duración de la infracción



<i>Fase 3. Ajustar el importe base total en base a evaluación global de las circunstancias pertinentes</i>	
$IMTi = IMBTi * Yi$	$IMTi =$ Importe total de la multa para el operador i
	$IMBTi =$ Importe base total del operador i
$Yi = f(\text{número de circunstancias agravantes y atenuantes})$	$Yi =$ factor proporcional a las circunstancias agravantes y atenuantes

Fuente: LORCPM – Secretaría Permanente de la Junta de Regulación



11.2.2 De los agravantes

[144] La CRPI conforme el artículo 81 de la LORCPM, para calcular el importe total de las sanciones, deberá conforme lo sustraído de la investigación tener en cuenta circunstancias agravantes en las que haya incurrido el infractor de la normativa en libre competencia.

[145] Dichas circunstancias agravantes se establecen de la siguiente manera:

“Art. 81.- Circunstancias Agravantes.- Para fijar el importe de las sanciones se tendrán en cuenta además, entre otras, las siguientes circunstancias agravantes:

a. La comisión reiterada de infracciones tipificadas en la presente Ley.

b. La posición de responsable o instigador de la infracción.

c. La adopción de medidas para imponer o garantizar el cumplimiento de las conductas ilícitas.

d. La falta de colaboración u obstrucción de la labor inspectora, sin perjuicio de la posible consideración como infracción independiente, según lo previsto en el artículo 78 numeral 1, literal g.”

[146] Según se desprende de las actuaciones en el expediente, así como del informe de la intendencia, no se demuestra que existan circunstancias específicas sobre las cuales se pueda establecer agravantes.

11.2.3 Atenuantes

[147] La determinación de una multa en el Derecho de competencia consta de varias etapas sucesivas, iniciando por el reconocimiento de la conducta en la que incurre el operador económico y la gravedad del cometimiento de la misma, en aras de determinar el porcentaje de la imposición de la multa, mismas que deberá encontrarse acorde a los criterios para la determinación del importe de las sanciones, dentro de las cuales se encuentran las circunstancias agravantes y atenuantes que concurren en relación con cada una de las empresas u operadores económicos responsables.

[148] En este sentido, las circunstancias agravantes “(...) *aumentarán el importe de base y, por otro lado, circunstancias atenuantes, que lo disminuirán*”⁴⁰

[149] El diccionario de la Real Academia Española, define a la palabra atenuante como, “*Situación de disminuye la gravedad de algo*”.

⁴⁰ Ortiz, Luis. *Derecho de la competencia europeo y español: curso de iniciación*. Dykinson, Madrid 2020, p. 183



[150] La CRPI conforme el artículo 82⁴¹ de la LORCPM, para calcular el importe total de las sanciones, deberá establecer la existencia de las circunstancias atenuantes. Según se observa del expediente, se tiene constancia de lo siguiente:

[151] Las circunstancias atenuantes se determinan de la siguiente manera:

- a. *La colaboración activa y efectiva con la Superintendencia de Control del Poder de Mercado llevada a cabo fuera de los supuestos de exención y de reducción del importe de la multa regulados en los artículos 83 y 84 de esta Ley.*

[152] Se verifica que el operador económico brindó oportunamente la colaboración requerida en el proceso de investigación.

11.2.4 Duración de la infracción

[153] La infracción se extendió desde el 2 de octubre de 2017 al 17 de julio de 2019, es decir desde la efectiva ejecución de la concentración hasta la presentación de la notificación de concentración económica, con una duración de 1 año y 9 meses. Por lo tanto el factor de duración de la infracción es de 2.

11.2.5 Cálculo de la dimensión del mercado afectado

[154] Para el cálculo del indicador de la dimensión del mercado afectado (ni) se calcula los percentiles, categorizando el tamaño total del mercado afectado, medido por el volumen de las ventas netas del sector real de la economía ecuatoriana. Esto con la finalidad de establecer la afectación en el mercado.

[155] El Informe SP-2016-009, para la determinación del importe base, cuando es posible determinar el volumen de negocios, señala que:

⁴¹ LORCPM “**Art. 82.- Circunstancias Atenuantes.-** Para fijar el importe de la sanción se tendrán en cuenta además, entre otras, las siguientes circunstancias atenuantes:

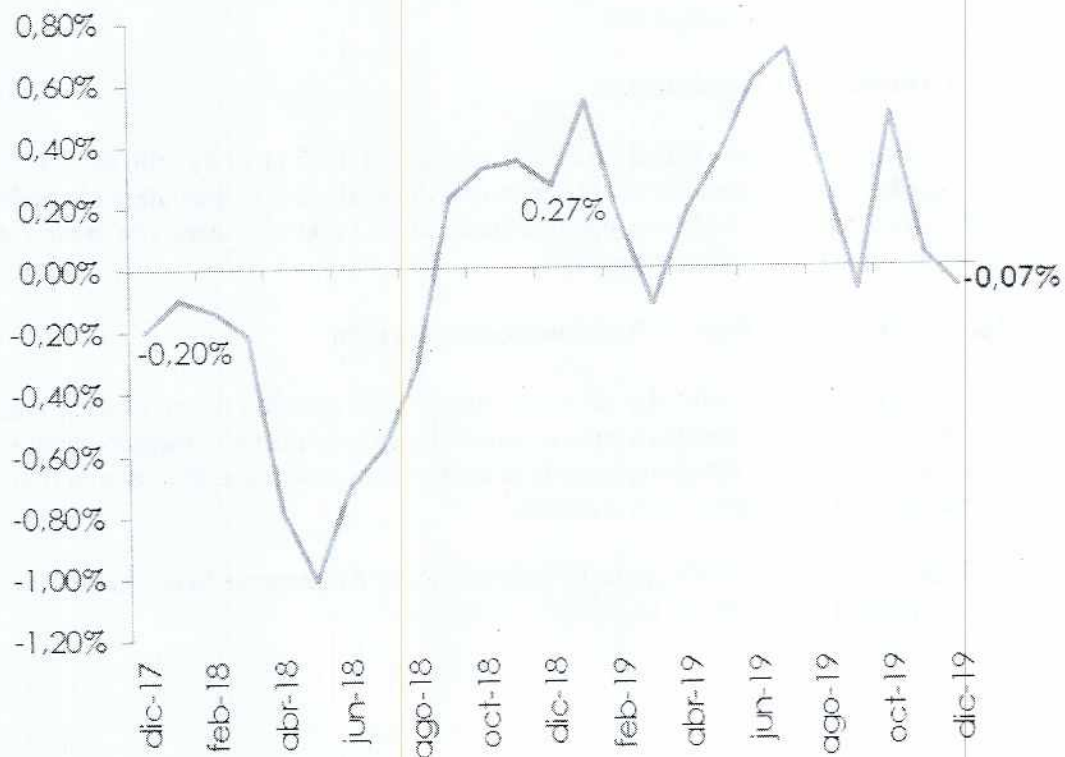
- a. *La realización de actuaciones que pongan fin a la infracción.*
- b. *La no aplicación efectiva de las conductas prohibidas.*
- a. *La realización de actuaciones tendientes a reparar el daño causado.*
- b. *La colaboración activa y efectiva con la Superintendencia de Control del Poder de Mercado llevada a cabo fuera de los supuestos de exención y de reducción del importe de la multa regulados en los artículos 83 y 84 de esta Ley.”*



“(…) Para la determinación del volumen de negocios del operador económico i (VNMRi), se considerarán las ventas durante el último ejercicio que corresponda a sus actividades ordinarias en el mercado relevante, previa deducción del impuesto sobre el valor agregado y de otros impuestos al consumidor final directamente relacionados con el negocio, o las ventas del último año calendario para el cual se cuente con la información, ajustado por la inflación correspondiente.” (Subrayado por fuera del texto)

[156] El Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (en adelante “INEC”) determina la inflación anual al 2019 en $-0,07\%$ ⁴² conforme el siguiente gráfico.

Gráfico 2. Evolución de la inflación anual



Para determinar el rango en el que se encuentra el mercado afectado, tomamos TRECE MILLONES SEIS CIENTOS ONCE MIL DOS CIENTOS OCHENTA Y CUATRO 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD \$ 13'611.284,00)⁴³ que ajustado por la inflación correspondiente al 2019, es de TRECE MILLONES SEIS CIENTOS UN MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y SEIS 10/100 DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD \$ 13'601.756,10), que representa el volumen de negocios

⁴² https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Inflacion/2019/Diciembre-2019/Boletin_tecnico_12-2019-IPC.pdf.

⁴³ Escrito y anexos presentados por el operador económico UCUE el 29 de septiembre de 2019.



del mercado relevante, cuyo rango corresponde al segmento del *percentil* $95 \leq \sum_{i=1}^N \text{ventas } N$, es decir un factor de 1.

11.3 Factores para el calculo de la multa

VOLUMEN DE NEGOCIOS DEL MERCADO AFECTADO	\$
NATURALEZA DE LA INFRACCIÓN	MUY GRAVE
COEFICIENTE DE PONDERACIÓN	MUY GRAVE
COBERTURAS GEOGRÁFICA DE LA INFRACCIÓN	LOCAL
DIMENSIÓN DEL MERCADO	1 si $95 \leq \sum$ Ventas
NUMERO DE FIRMAS	11
DURACIÓN DE LA INFRACCIÓN EN EL ÚLTIMO AÑO EN QUE SE TIENE CONSTANCIA DE QUE SE HA COMETIDO LA INFRACCION	2
Yi=	0,90
PARTICIPACIÓN	

Por lo expuesto, una vez aplicada la metodología con los parámetros establecidos anteriormente, la multa sería de DOSCIENTOS VEINTE Y NUEVE MIL SEIS CIENTOS VEINTE Y SIETE 67/100 Dólares de los Estados Unidos de América (\$ 229.627,67 USD).

12. DE LAS MEDIDAS CORRECTIVAS

[157] La intendencia en su informe no ha determinado el establecimiento de medidas correctivas necesarias para revertir los efectos de la concentración, pues así la CRPI considera que no es necesario la imposición de medidas correctivas, especialmente cuando no se ha visto una afectación en los mercados relevantes analizados.

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

RESUELVE

PRIMERO.- DECLARAR la falta de notificación y la ejecución no autorizada de una operación de concentración económica por parte del operador económico **UNICON PERÚ**, al haber este último adquirido el 100% de las participaciones en **HORQUITO**; y la posterior celebración de contratos por parte de la entidad producto de dicha transacción, es decir, **UNICON ECUADOR**.

SEGUNDO.- DECLARAR al operador económico **UNICÓN PERÚ**, infractor de los artículos 15 y 16 de la LORCPM por la no notificación obligatoria de concentración económica.

TERCERO.- IMPONER al operador económico **UNICON PERU** la multa de DOSCIENTOS VEINTE Y NUEVE MIL SEIS CIENTOS VEINTE Y SIETE 67/100



Superintendencia
de Control del
Poder de Mercado

Dólares de los Estados Unidos de América (\$ 229.627,67 USD), en aplicación del artículo 79 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y la Resolución 12 publicada en el Registro Oficial No. 887 de 22 de noviembre de 2016, mediante la cual se expidió la Metodología para la Determinación del Importe de Multas por Infracción a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

CUARTO.- ORDENAR al operador económico **UNICON PERU** pague del importe de la multa, en el término de (30) días, contados a partir de la notificación de la presente Resolución. Valores que serán depositados en la cuenta corriente No 7445261 del Banco del Pacífico, a nombre de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, debiendo remitir el comprobante del depósito a la CRPI en el término de tres (3) días contados a partir de la realización del pago.

QUINTO.- NOTIFICAR con la presente resolución al operador económico **UNICON PERU**, a la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas y a la Dirección Nacional Financiera de la SCPM para los fines legales pertinentes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-



JOSE LUIS
CARTAGENA

Mgs. José Cartagena Pozo
COMISIONADO



JAIME
FERNANDO LARA
IZURIETA

Mgs. Jaime Lara Izurieta
COMISIONADO



MARCELO
VARGAS

Mgs. Marcelo Vargas Mendoza
PRESIDENTE