EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-005-2020

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- D.M. Quito, 21 de julio de 2020, 12h00.

Comisionado Sustanciador: José Cartagena Pozo

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 (en adelante "CRPI") de 05 de junio de 2020, mediante la cual se deja constancia de que la CRPI designó al abogado Omar Poma secretario Ad-hoc de la CRPI.

[4] La Resolución de 13 de julio de 2020 emitida por la CRPI.

[5] Escrito presentado por el operador económico **UNION DE CONCRETERAS S.A.** (en adelante **"UNICON")** ingresado por la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (en adelante "SCPM") el 14 de junio de 2020.

[6] La Resolución de 15 de julio de 2020 emitida por la CRPI.

[7] Escrito presentado por el operador económico **UNICON** ingresado por la Secretaría General de la SCPM el 16 de junio de 2020.

1. ANTECEDENTES

[8] Escrito presentado por el operador económico **UNICON** ingresado por la Secretaría General de la SCPM el 16 de junio de 2020 mediante el cual en el numeral III expone las razones por las cuales solicita "ACLARACIÓN, AMPLIACIÓN Y RECTIFICACIÓN".

[9] El artículo 133 del Código Orgánico Administrativo establece:

"Art. 133.- Aclaraciones, rectificaciones y subsanaciones. Los órganos administrativos no pueden variar las decisiones adoptadas en un acto administrativo después de expedido pero sí aclarar algún concepto dudoso u oscuro y rectificar o subsanar los errores de copia, de referencia, de cálculos numéricos y, en general, los puramente materiales o de hecho que aparezcan de manifiesto en el acto administrativo.

Dentro de los tres días siguientes al de la notificación del acto administrativo, la persona interesada puede solicitar, al órgano competente, las aclaraciones, rectificaciones y subsanaciones. El órgano competente debe decidir lo que corresponde, en un término de tres días.

Asimismo, el órgano competente puede, de oficio, realizar las aclaraciones, rectificaciones y subsanaciones en el plazo de tres días subsiguientes a la expedición de cualquier acto administrativo.

La solicitud de aclaración, rectificación o subsanación del acto administrativo, no interrumpe la tramitación del procedimiento, ni los plazos para la interposición de los recursos que procedan contra la resolución de que se trate.

No cabe recurso alguno contra el acto de aclaración, rectificación o subsanación a que se refiere este artículo, sin perjuicio de los recursos que procedan, en su caso, contra el acto administrativo."

2. SOLICITUD DEL OPERADOR ECONÓMICO UNICON

[10] El operador económico **UNICON** mediante escrito presentado el 16 de julio de 2020 solicita:

"1. Se aclare por qué no se valoró las atenuantes expuestas dentro del presente escrito, en concordancia con la LORCPM y lo expuesto en el expediente SCPM-CRPI-007-2019.
2.Se rectifique los valores concernientes a al (SIC) factor YI, pertenecientes a las atenuantes solicitadas.
3. Se rectifique la cantidad de operadores que operan en el mercado relevante.
4. Se rectifique la formula utilizada por vuestro despacho y se aplique la formula utilizada en el expediente SCPM-CRPI-007-2019.
5. Se rectifique la información utilizada para el cálculo de la multa conforme el HHI del operador económico responsable.
6. Se aclare el nombre de los operadores y los montos de ventas netas que se utilizaron para la obtención de los factores utilizados para el cálculo de la multa.
7. Remitirnos copia la base de cálculo (Excel) con la cual se fijó la multa dentro del expediente SCPM-CRPI-007-2019 al ser información pública.

8. Se aclare, amplíe y rectifique el valor de la multa impuesta a nuestra representada."

2.1. ACLARACIÓN Y AMPLIACIÓN DEL NUMERAL 11. 2. 3 DE LA RESOLUCIÓN EMITIDA POR LA CRPI

[11] El operador económico **UNICON** mediante escrito presentado el 16 de junio de 2020 solicita:

> *"1. Se aclare por qué no se valoró las atenuantes expuestas dentro del presente escrito, en concordancia con la LORCPM y lo expuesto en el expediente SCPM-CRPI-007-2019.*
> *(...)"*

2.1.1 La realización de actuaciones que pongan fin a la infracción

[12] El operador económico **UNICON** menciona:

> *"Mi representada, el 24 de julio de 2019 a las 17h09, (UNIÓN DE CONCRETERAS S.A.) notificó a la SCPM el acuerdo por el cual adquirió la totalidad de acciones del operador económico HORMIGONERA QUITO HORQUITO COMPAÑIA LIMITADA. Esta notificación fue inadmitida y rechazada por la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas ("INCCE") el 15 de agosto de 2019, aduciendo que ya se dio inicio a un procedimiento sancionador por falta de notificación de dicha concentración."*

[13] El hecho de presentar la notificación de operación de concentración en sí mismo no constituye atenuante, ya que no frena los efectos que produjo la concentración, puesto que esta notificación fue negada por haberse iniciado el procedimiento de investigación.

[14] Sin perjuicio de lo expuesto, no se debe confundir lo anterior con el análisis sobre la duración de la infracción que fue hasta la presentación de la operación de concentración. Pues, si bien los efectos de la concentración van hasta la terminación del proceso administrativo, no se puede imponer al administrado la obligación de realizar una acción que no está en sus manos sino en la carga de la administración pública, esto es sustanciar el proceso administrativo sancionatorio hasta su resolución.

2.1.2 La no aplicación efectiva de las conductas prohibidas

[15] El operador económico **UNICON** menciona:

> *"Bajo los hechos expuestos en el numeral supra, la notificación de 24 de julio de 2019 de mi representada entregó un estudio de mercado completo, en el cual se demostró de manera fehaciente que la concentración económica no notificada, no causo*

ninguna afectación al mercado."

[16] La conducta imputada es "*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.*" Determinada en el literal c) del numeral 3 del artículo 78 de la LORCPM.

[17] El supuesto de hecho previsto en la norma, se genera efectivamente el 02 de octubre de 2017 cuando se ejecutó contratos para la provisión de hormigón premezclado.

2.1.3 La realización de actuaciones tendientes a reparar el daño causado

[18] El operador económico **UNICON** menciona:

> *"Señores Comisionados, continuando en la línea de los hechos expuestos dentro del numeral 1.1. y con el fin de no ser reiterativos en los fundamentos de hecho, nos permitimos establecer que, vuestro despacho no valoró como atenuante la realización de actuaciones tendientes a reparar el daño causado, puesto que mi representada nunca se ha mostrado contraria a realizar el pago de la multa y en su defecto, si existieran medidas correctivas se hubieran acatado al pie de la letra, así como subsanar cualquier hecho."*

[19] El operador económico no ha presentado sustento fáctico de actos para reparar el daño causado, únicamente supuestos. Por lo tanto, no es aplicable la atenuante solicitado.

2.1.4 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." determinado en el literal a) del artículo 82

[20] El operador económico **UNICON** menciona que no se han tomado en consideración los demás documentos aportados por el mismo para valorar atenuantes.

[21] La CRPI aclara que sí valoró la información presentada por el operador económico **UNICON,** la misma que sirvió para determinar como único atenuante "*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." determinado en el literal a) d*el artículo 82[1] de la LORCPM, de conformidad con lo siguiente:

---

[1] 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.
c. La realización de actuaciones tendientes a reparar el daño causado.

2.1.4.1 La colaboración de la labor inspectora al entregar toda la información solicitada por la INCCE

2.1.4.1.1 Providencia INICCE 03-09-2019

[22] La INCCE solicita al operador económico:

> *"1) Copia certificada del contrato o acto jurídico mediante el cual adquirió las participaciones de HORQUITO. 2) Detalle de todas las empresas vinculadas."*

[23] Mediante escrito de 26-09-2020, con ID 145029, **UNICON** otorga respuesta a la INICCE.

2.1.4.1.2 Providencia INICCE 03-09-2019

La INCCE solicita al operador económico:

> *"1) Copia de los tres primeros contratos suscritos y ejecutados con HORQUITO.2) Copia de las facturas emitidas por HORQUITO, dentro de los tres meses subsiguientes al 27 de julio de 2017. 3) Remitir información contenido en la plantilla A adjunta la providencia."*

[24] Mediante escrito de 26-09-2020, con ID 145026, **UNICON** otorga respuesta a la INICCE.

2.1.4.1.3 Providencia INICCE 30-09-2019

[25] La INCCE solicita al operador económico:

> *"En el término de 5 días de notificada la presente providencia remita Plantilla C adjunta a la presente providencia."*

[26] Mediante escrito de 07-10-2019, con ID 146937, **UNICON** otorga respuesta a la INICCE.

2.1.4.1.4 Providencia INICCE 10-10-2019

[27] La INCCE solicita al operador económico:

> *"En el término de 5 días de notificada la presente providencia: 1) Remita los estatutos sociales debidamente certificados de UNACEM S.A.A, Inversiones en*

---

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."

Concreto y Afines S.A.; UNICON S.A., Inversiones Imbabura S.A., HORQUITO, CANTYVOL."

[28] Mediante escrito de 06-11-2019, con ID 149044, **UNICON** otorga respuesta a la INICCE.

[29] Mediante escrito de 15-11-2019, con ID 149796, **UNICON** otorga respuesta a la INICCE.

[30] Mediante escrito de 27-11-2019, con ID 150652, **UNICON** otorga respuesta a la INICCE.

2.1.4.2 Documentos adicionales presentados por UNICON fuera de los solicitados por la INCCE, que conlleva colaboración activa y efectiva con la Superintendencia de Control del Poder de Mercado

2.1.4.2.1 Estudio de concentración, dominancia y sustituibilidad en el mercado ecuatoriano de hormigón[2].

[31] En este documento el operador económico **UNICON** presenta análisis de:

a. Índices de concentración

b. Análisis de elasticidad cruzada de la demanda

c. Mercado relevante de producto

d. Análisis y resultados del mercado de hormigón en Pichincha

e. Análisis de los operadores económicos que participan en el mercado

[32] La información presentada facilitó tanto a la INCCE como a la CRPI, en cuanto para resolver se consideró lo determinado en el artículo 22 de la LORCPM, esto es, se analizó el estado de situación de la competencia en el mercado relevante, el grado de poder de mercado de los operadores económicos que se encuentran en el mercado, la necesidad de desarrollar y/o mantener la libre concurrencia de los operadores económicos, y si se generare o fortaleciere el poder de mercado o se produjere una sensible disminución, distorsión u obstaculización, de los operadores económicos y/o la competencia.

2.1.4.2.2 Listado de administradores de los siguientes operadores económicos[3]:

a. CANTERAS Y VOLADURAS S.A. (CANTYVOL)

[2] Expediente No. SCPM-IGT-INICCE-006-2019. Fjs. 113 a 129

[3] Expediente No. SCPM-IGT-INICCE-006-2019. Fjs. 135 a 139

b. UNIÓN DE CONCRETERAS UNICON UCUE CIA. LTDA.

c. UNACEM ECUADOR S.A.

[33] La información presentada refleja la voluntad de no reservarse información ante la INCCE.

2.1.4.2.3 Árbol accionario de los operadores económicos[4]

a. CANTERAS Y VOLADURAS S.A. (CANTYVOL)

b. UNIÓN DE CONCRETERAS UNICON UCUE CIA. LTDA.

c. UNACEM ECUADOR S.A.

[34] La información presentada refleja la voluntad de no reservarse información ante la INCCE.

2.1.4.2.4 Página de revista líderes con el título "La peruana Unicon adquirió Hormigonera Quito[5]"

[35] El documento muestra la fecha en la cual fue expedida la publicación, misma que fue antes del inicio de la investigación, lo que muestra que el operador económico involucrado no tuvo la intención de ocultar la operación de concentración económica.

2.1.4.2.5 Escritura pública de cesión de participaciones de la compañía peruana UNIÓN DE CONCRETERAS SOCIEDAD ANÓNIMA UNICON[6].

[36] El documento muestra la voluntad de poner a disposición de la SCPM la información constante en las cesiones de participaciones de los operadores económicos investigados.

2.1.4.2.6 CONDICIONES PARTICULARES DEL CONTRATO DE CESIÓN DE PARTICIPACIONES[7]

---

[4] Expediente No. SCPM-IGT-INICCE-006-2019. Fjs. 141 a 166

[5] Expediente No. SCPM-IGT-INICCE-006-2019. Fjs. 169

[6] Expediente No. SCPM-IGT-INICCE-006-2019. Fjs. 179 a 252

[7] Expediente No. SCPM-IGT-INICCE-006-2019. Fjs. 253 a 315

[37] El documento muestra un resumen detallado de la cesión de participaciones entre **HORMIGONERA QUITO CIA. LTDA** (en adelante "**HORQUITO**") y **UNICON** con el siguiente análisis:

a. Antecedentes
b. Definiciones
c. Interpretación
d. Compraventa de participaciones
e. Fecha de firma
f. Precio de venta
g. Cargas y gravámenes
h. Condiciones de cierre de la transacción
i. Naturaleza de la transacción
j. Acuerdo de no competencia
k. Declaraciones y garantías de los vendedores
l. Registros
m. Continuidad
n. Estados financieros
o. Ausencia de cambios y giro ordinario
p. Cumplimiento de leyes y regulaciones
q. Contratos
r. Litigios y procedimientos
s. Impuestos
t. Administradores, personal directivo, empleados y convenios colectivos

u. Seguros

v. Activos

w. Deudas financieras

x. Propiedad industrial e intelectual y nombres de dominio

y. Aspectos regulatorios y ambientales

z. Permisos y patentes municipales

aa. Documentación

bb. Representaciones y garantías de el comprador

cc. Impuestos

dd. Indemnizaciones

ee. Obligación de indemnización

ff. Notificación del evento de indemnización

gg. Procedimiento para ejercer acciones indemnizatorias

hh. Derecho a participar en acciones que dan derecho a indemnización

ii. Pago de indemnización

jj. Confidencialidad

kk. Venta de terrenos

ll. Demás aspectos

[38] Esta cooperación se basa en que en 62 páginas el operador económico involucrado explica todo lo correspondiente a la operación de concentración no notificada, por lo que, la CRPI considera que genera un aporte a la SCPM para comprender como se realiza la cesión de participaciones entre **HORQUITO** y **UNICON**, así como la no ocultación de información ni datos relevantes para la correcta consecución de la labor investigativa por parte de la INCCE.

2.1.4.2.7 Formulario para la notificación de operaciones de concentración económica entre HORQUITO y UNICON[8]

[39] La notificación de concentración económica muestra la voluntad del operador económico por aceptar la consecución de la concentración económica, así como aporta información de la concentración económica no notificada investigada por la INCCE.

[40] Incluso la INCCE en su informe menciona la utilización del mismo así:

> *"En la especie, a partir del perfeccionamiento de la transacción que debió haber sido notificada para su autorización previa por parte de la SCPM, UNICON PERU adquirió el 100% del capital social de HORQUITO y por ende el control de la misma, tal como fue expresamente reconocido por UNICON PERÚ en la "notificación de operación de concentración económica (...)"*

[41] Lo cual demuestra que la INCCE obtuvo información de los documentos presentados por el operador económico y que este no ocultó elementos relevantes para la decisión del caso.

2.1.4.2.8 Estados financieros al 31 de diciembre de 2017 junto con el informe de los auditores independientes de HORQUITO[9]

[42] Los documentos presentados por el operador económico **UNICON** muestra la puesta a disposición información a la INCCE respecto del operador económico involucrado **HORQUITO**.

2.1.4.2.9 Declaración del impuesto a la renta del operador económico HORQUITO[10]

[43] Los documentos presentados por el operador económico **UNICON** muestra la puesta a disposición información a la INCCE respecto del operador económico involucrado **HORQUITO**.

[44] Queda completo y claro que la información presentada por el operador económico **UNICON** es suficiente y únicamente sirvió para establecer como atenuante 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 la LORCPM en apego a lo determinado en el literal

---

[8] Expediente No. SCPM-IGT-INICCE-006-2019. Fjs. 333 a 343

[9] Expediente No. SCPM-IGT-INICCE-006-2019. Fjs. 497 a 579

[10] Expediente No. SCPM-IGT-INICCE-006-2019. Fjs. 581 a 591

d) del artículo 82[11] de la LORCPM, por cuanto, el operador económico **UNICON** no solo se limitó a presentar la información solicitada por la INCCE, sino también remitió información adicional a su alcance y relevante para el correcto desenvolvimiento de la investigación realizada por la INCCE, y posterior resolución por parte de la CRPI.

2.2. De la solicitud de rectificación del factor Yi

[45] El operador económico **UNICON** mediante escrito presentado el 16 de julio de 2020 solicita:

> *"(...)*
> *2.Se rectifique los valores concernientes a al (SIC) factor YI, pertenecientes a las atenuantes solicitadas.*
> *(...)"*

[46] Conforme al numeral precedente, el factor Yi no varía por cuanto las circunstancias atenuantes ni agravantes no han sufrido cambio alguno.

2.3. De la solicitud de rectificación respecto de la cantidad de operadores económicos que operan en el mercado relevante

[47] El operador económico **UNICON** mediante escrito presentado el 16 de julio de 2020 solicita:

> *"(...)*
> *3. Se rectifique la cantidad de operadores que operan en el mercado relevante.*
> *(...)"*

[48] El operador económico **UNICON** sustenta su solicitud en lo siguiente:

> *"Dentro de la resolución expedida por vuestro despacho, se establece que existirían solo 11 número de firmas dentro del mercado relevante, hecho que es contrario a la realidad del mercado; puesto que de la simple revisión del mercado relevante* ***existen a 2018 mas de 19 operadores económicos en Quito."***

---

[11] 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."

[49] La CRPI mediante resolución de 13 de julio de 2020 ha mencionado respecto del mercado geográfico y la determinación del mercado de producto lo siguiente:

> *"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.*
>
> *(...)"*
>
> *Conforme la información presentada por **UNION DE CONCRETERAS UNICON UCUE CIA.**, opera en Quito con tres plantas de producción que a saber son:*[12]

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*

> *Al momento de la concentración operaba en dos plantas.*
>
> *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.*
>
> *Es en este aspecto que la INCCE ha considerado que:*

[12] Anexos al escrito de 26 de septiembre de 2019 presentado por UNICON.

"(...) 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 optimo 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.

(...)"

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

Gráfico No. 4. Area de influencia Planta 1

Fuente: Expediente SCPM-IGT-INICCE-006-2019
Elaboración: INCCE/Openroute service

Gráfico No. 5. Área de influencia Planta 2

Fuente: Expediente SCPM-IGT-INICCE-006-2019
Elaboración: INCCE/Openroute service

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

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***." (el subrayado y las negritas por fuera del texto)

[50] A manera de conclusión, se determinó que el mercado relevante es la producción y comercialización de hormigón premezclado en Quito y sus alrededores con un radio máximo de desplazamiento de 25 kilómetros, y no la producción y comercialización de hormigón premezclado en todo Quito, por lo cual los 19 operadores a los que aduce el operador económico no se encuentran dentro del radio máximo de desplazamiento de 25 kilómetros, siendo lo correcto que sean 11 competidores.

[51] Por lo expuesto, no es necesario rectifica la resolución sobre este aspecto.

2.4. De la solicitud rectificación de la formula de calculo de multas

[52] El operador económico **UNICON** mediante escrito presentado el 16 de julio de 2020 solicita:

"(...)
4.Se rectifique la formula utilizada por vuestro despacho y se aplique la formula utilizada en el expediente SCPM-CRPI-007-2019.
(...)"

[53] Se negará la rectificación, por cuanto las multas desde el año 2016 se calculan con la misma Resolución 012 de 23 de septiembre de 2016, publicada en el Registro Oficial No. 887 de 22 de noviembre de 2016 emitida por la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, que resolvió expedir la Metodología para la determinación del importe de multas por infracciones a la Ley Orgánica de regulación y Control del Poder de Mercado.

2.5. De la solicitud de rectificación del IHH

[54] El operador económico **UNICON** mediante escrito presentado el 16 de julio de 2020 solicita:

"(...)

5. Se rectifique la información utilizada para el cálculo de la multa conforme el HHI del operador económico responsable.
(...)"

[55] 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.

[56] El Informe No. SP-2016-009 al respecto del cálculo del IHH establece:

> *"**Características del mercado afectado**.- corresponde a la caracterización del mercado afectado en términos del nivel de concentración de dicho mercado. El HHI es un índice que permite medir la concentración **en un mercado**, dado por la suma de los cuadrados de las participaciones de las firmas que componen el mercado (en porcentaje).*
>
> *Por lo tanto, para el calculo de la multa se toma el IHH respecto del mercado porque lo que se quiere evidenciar es la concentracion en un mercado no la concentracion de un operador económico en especifico en el mercado." ."* (el subrayado y las negritas por fuera del texto)

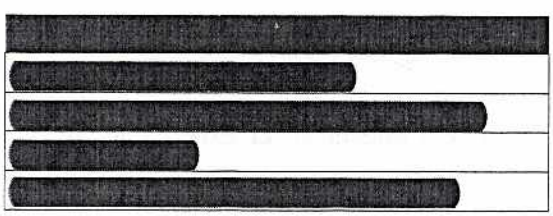
[57] Para el calculo del IHH se sumarón los cuadrados de las participaciones de las firmas que componen el mercado (en porcentaje), generando resultado de 1.776,6266. Razon por la cual no cabe la rectificación del IHH.

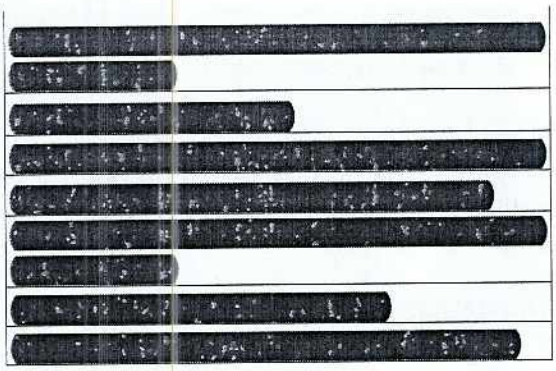
2.6. De la solicitud aclaración sobre el nombre de los operadores y los montos de ventas

[58] El operador económico **UNICON** mediante escrito presentado el 16 de julio de 2020 solicita:

> *"(...)*
> *6. Se aclare el nombre de los operadores y los montos de ventas netas que se utilizaron para la obtención de los factores utilizados para el cálculo de la multa.*
> *(...)."*

[59] Se aclara que los operadores económicos sobre el cual se realizó el cálculo de la multa son los siguientes:





[60] Conforme el Memorando No. SCPM-IGT-INICCE-2020-065 de 07 de febrero de 2020, y el Informe No. SCPM-IGT-INICCE-2020-005 de 06 de febrero de 2020, la INCCE declaró como confidencial la información respecto de las cuotas del mercado de hormigón premezclado, por lo que para la CRPI le es imposible entregar dicha información, así como levantar la confidencialidad de la misma por cuanto no es el órgano que declaró la confidencialidad conforme lo dispuesto en el artículo 5 de la Resolución SCPM-DS-037-2017.

2.7. De la solicitud de la *"copia de la base de cálculo (Excel) con la cual se fijó la multa dentro del expediente SCPM-CRPI-007-2019 al ser información pública"*

[61] El operador económico **UNICON** mediante escrito presentado el 16 de julio de 2020 solicita:

> *"(...)*
> *7. Remitirnos copia de la base de cálculo (Excel) con la cual se fijó la multa dentro del expediente SCPM-CRPI-007-2019 al ser información pública.*
> *(...)"*

[62] Como bien lo expone el operador económico **UNICON** la información constante en la Resolución 012 de 23 de septiembre de 2016 es pública, y en consecuencia puede ser obtenida por el operador económico en el Registro Oficial No. 887 de 22 de noviembre de 2016, y por lo tanto, no es necesario conceder dicho documento al operador económico.

[63] La resolución del expediente SCPM-CRPI-007-2019 es pública y por lo tanto puede ser obtenida por el operador económico en la página web de la SCPM a través del siguiente link https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2019/03/res-007-2019.pdf. Por lo tanto, no es necesario conceder dicho documento al operador económico.

[64] La información específica que consta en el expediente SCPM-CRPI-007-2019 es reservada y solo puede ser solicitada por la parte directamente involucrada dentro de

cada expediente, conforme lo dispuesto en el artículo 5 de la Resolución SCPM-DS-037-2017. Por lo cual, para la CRPI no es posible conceder dicha información en este expediente.

2.8. De la solicitud aclaración, ampliación y rectificación de la multa

[65] El operador económico **UNICON** mediante escrito presentado el 16 de julio de 2020 solicita:

> "8. Se aclare, amplíe y rectifique el valor de la multa impuesta a nuestra representada."

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

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

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

[67] 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.".*

[68] 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;

(...)".

[69] 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."*

[70] 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.

[71] 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"*.

[72] El Informe No. SP-2016-009, se considera como un elemento interpretativo esencial[13] de la Resolución No. 012 de 23 de septiembre de 2016, publicada en el Registro Oficial No. 887 de 22 de noviembre de 2016.

---

[13] 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.

[73] 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.

[74] 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.

2.8.2.1 Fases de cuantificación de la multa y fórmulas de cálculo

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

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

⇩

Fase 2. Multiplicar el importe de base en función de la duración de la conducta	
$IMBTi = IMBi * di$	*IMBTi = Importe base total del operador i*
	IMBi = Importe base del operador i
$di = f$ *(número de años de duración de la infracción*	*di = duración de la infracción*

⇩

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

Fuente: LORCPM – Secretaría Permanente de la Junta de Regulación

2.8.2.1.1 De los agravantes

[76] 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.

[77] 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."*

[78] 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.

2.8.2.1.2 Atenuantes

[79] 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 concurran en relación con cada una de las empresas u operadores económicos responsables.

[80] En este sentido, las circunstancias agravantes *"(...) aumentarán el importe de base y, por otro lado, circunstancias atenuantes, que lo disminuirán"*[14]

---

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

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

[82] La CRPI conforme el artículo 82[15] de la LORCPM, para calcular el importe total de las sanciones, deberá establecer la existencia de las circunstancias atenuantes de ser el caso.

[83] Según se observa del expediente, se tiene constancia de lo siguiente:

[84] 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."*

[85] La CRPI reitera que la información presentada por el operador económico **UNICON** es suficiente y únicamente sirvió para establecer como atenuante 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 la LORCPM en apego a lo determinado en el literal d) del artículo 82[16] de la LORCPM, por cuanto, el operador económico **UNICON** no solo se limitó a presentar la información solicitada por la INCCE, sino también remitió información adicional a su alcance y relevante para el correcto desenvolvimiento de la investigación realizada por la INCCE, y posterior resolución por parte de la CRPI.

2.8.2.2 Duración de la infracción

---

[15] 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.
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."

[16] 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.
e. La realización de actuaciones tendientes a reparar el daño causado.
f. 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."

[86] El operador económico **UNICON** mediante escrito presentado el 16 de julio de 2020 solicita:

> *"(...)*
> *8. Se aclare, amplie y rectifique el valor de la multa impuesta a nuestra representada."*
>
> *"Factor D: Duración de la Infracción: La infracción es una sola y no constituye una infracción continuada. El 22 de julio de 2017 se inscribió la cesión de participaciones y el primer contrato del comprador se ejecutó el 2 de octubre de 2017, es decir desde la efectiva ejecución de la concentración Por lo tanto, el factor de duración de la infracción es de 1, ya que la conducta empieza y termina el 2 de octubre de 2017. Ello es independiente e irrelevante en cuanto tiempo la SCPM detectó la conducta, ya que no termina su acto desde la apertura de un Expediente, a diferencia de un caso de abuso de poder de mercado o acuerdo colusorio."*

[87] Con el fin de determinar la duración de la infracción se realzará un recuento de los hechos mas relevantes de la siguiente manera:

a. El 18 de julio de 2017 se realizó la junta de socios de **HORQUITO**, mediante la cual decidieron ceder el 100% de participaciones a la compañía **UNIÓN DE CONCRETERAS SOCIEDAD ANÓNIMA**.

b. El 18 de julio de 2017 se elevó a escritura pública la cesión de participaciones de **HORQUITO** a favor de **UNICON PERÚ**.

c. El 27 de julio de 2017 se inscribió en el Registro Mercantil la cesión de participaciones de **HORQUITO** a favor de **UNICON PERÚ**.

d. El 02 de octubre de 2017 **UNICON PERÚ** ejecutó contratos para la provisión de hormigón premezclado.

e. El 17 de julio de 2019 el operador económico **UNICON** presentó formulario de concentración económica.

f. El 15 de agosto de 2019 la INCCE inicia proceso de investigación a **UNICON PERÚ**.

[88] Una vez analizados los hechos que dieron origen a la concentración económica y los acontecimientos ocurridos fruto de esa concentración, podemos determinar los efectos jurídicos de la misma.

[89] La cesión del 100% de participaciones del operador económico **HORQUITO** al operador económico **UNICON PERÚ** se perfeccionó societariamente el 27 de julio de 2017, cuando se inscribió en el Registro Mercantil la cesión de participaciones, por lo que se

concreta el supuesto establecido en literal c) del artículo 14 de la LORCPM, pues el mismo habla de la adquisición directa de participaciones que otorgue control[17] al adquirente, así:

> *"**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:*
> *(...)*
>
> *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."*

No obstante lo anterior, previo a esa toma de control, los operadores económicos que deseen concentrarse deben notificar a la SCPM la operación de control.

Si bien el acto societario de transferencia de acciones se perfecciona con la inscripción del Registro Mercantil, la notificación debió realizarse conforme el literal c) del artículo 17 del RLORCPM, que en este caso debió hacerse 8 días después de la firma de la escritura pública por ser el momento en que los participes (personas naturales) expresaron su consentimiento, es decir, el 18 de julio de 2017.

> *"**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:*
>
> *(...)*

[17] RLORCPM. *"**Art. 12**.- Control.- A efectos del artículo 14 de la Ley, el control resultará de contratos, actos o cualquier otro medio que, teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho confieran la posibilidad de ejercer una influencia sustancial o determinante sobre una empresa u operador económico. El control podrá ser conjunto o exclusivo."*

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."* (las negritas y el subrayado por fuera del texto)

[90] Una vez que se corroboró los hechos expuestos y se estableció la necesidad de presentar una notificación de concentración obligatoria, por encontrarse inmerso en los supuestos del artículo 16 de la LORCPM, la INNCE recomendó a la CRPI:

"(...) 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****."* (las negritas y el subrayado por fuera del texto)

[91] Conforme la recomendación de la INCCE, para conocer cual es el inicio de la conducta calificada como muy grave, la CRPI realizó las siguientes consideraciones:

[92] El artículo 27 del RLORCPM determina que una vez que la CRPI confirme que la operación de concentración económica no estuvo sujeta a notificación y autorización obligatoria; o si la operación debió ser notificada o si se llevó a cabo antes de ser autorizada deberá proceder con las sanciones a que hubiere lugar de conformidad con los artículos 78 y 79 de la LORCPM.

"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."*** (las negritas y el subrayado por fuera del texto)

[93] El artículo 78 contempla dos tipos de infracciones cuando existe una operación de concentración no notificada:

a. La primera es clasificada como grave cuando *"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."*

[94] Es decir, el punto de partida de la infracción catalogada como grave es *"La ejecución de una operación de concentración sujeta a control"*, como por ejemplo la compra de participaciones de un operador económico dado por la firma de la escritura pública, por ser el momento en que los participes (personas naturales) expresaron su consentimiento.

b. La segunda clasificada como muy grave tiene como supuesto *"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."*

[95] El literal c) del numeral 3 del artículo 78 menciona:

- *"La ejecución de actos o contratos"* refiriéndose a actos o contratos en general como actos jurídicos, mercantiles o cualquier otro.

  Para el caso que nos ocupa, hacemos referencia a los contratos para la provisión de hormigón premezclado realizados el 02 de octubre de 2017.

- Esos actos o contratos deben ser *"efectuados por el operador económico"* quien realizo la operación de concentración no notificada.

  Es decir, en este caso fue **UNICON PERÚ.**

- Esos actos o contratos realizados por el operador económico **UNICON PERÚ** deben ser consecuencia *"de una operación de concentración sujeta*

a control, antes de haber sido notificada a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado;"

[96] Es decir, que el artículo 27 del RLORCPM determina que para imponer la multa se debe remitir a lo dispuesto en el Artículo 78 de la LORCPM, considerando los parámetros establecidos en el mismo. Este artículo establece que el supuesto para determinar una infracción como muy grave es la ejecución de actos o contratos posteriores a la concentración económica, y por lo tanto, el inicio de la conducta investigada es la ejecución de contratos para la provisión de hormigón premezclado de 02 de octubre de 2018.

[97] Para determinar la culminación de la conducta de falta de notificación de una operación de concentración debemos atenernos a lo dispuesto por los artículos 14 de la LORCPM, 17 del RLORCPM que prescriben:

> *"**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:*
> *(...)*
>
> *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."*
>
> *"**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:*
>
> *(...)*
>
> *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." (las negritas y el subrayado por fuera del texto)*

[98] Es decir, que si el operador económico **UNICON** no realizó la notificación de concentración en el plazo de 8 días contados a partir de la fecha de la conclusión del acuerdo, este termina cuando el operador económico expresa la voluntad de hacerlo, que en este caso es 17 de julio de 2019 como lo expusimos previamente.

[99] El hecho de que la notificación de operación de concentración no surtiere efecto, no vicia la voluntad de hacerlo, pues es el supuesto contrario de no haberlo hecho. Esto tiene sentido en cuanto no se puede conminar al administrado a detener una acción que no está en sus manos, sino en la carga de la administración pública de concluir con el proceso administrativo sancionatorio.

[100] El supuesto expresado por el operador económico de que la infracción comienza y termina el mismo día no procede, porque el operador económico no ha dejado de ejecutar actos y contratos dentro del mercado.

[101] En virtud de lo expuesto, la CRPI se reafirma en cuanto la infracción se extendió desde el 2 de octubre de 2017 al 17 de julio de 2019 lo que genera una duración de 1 año y 9 meses. El factor de duración de la infracción es de 2.

2.8.2.3 Cálculo de la dimensión del mercado afectado

[102] 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.

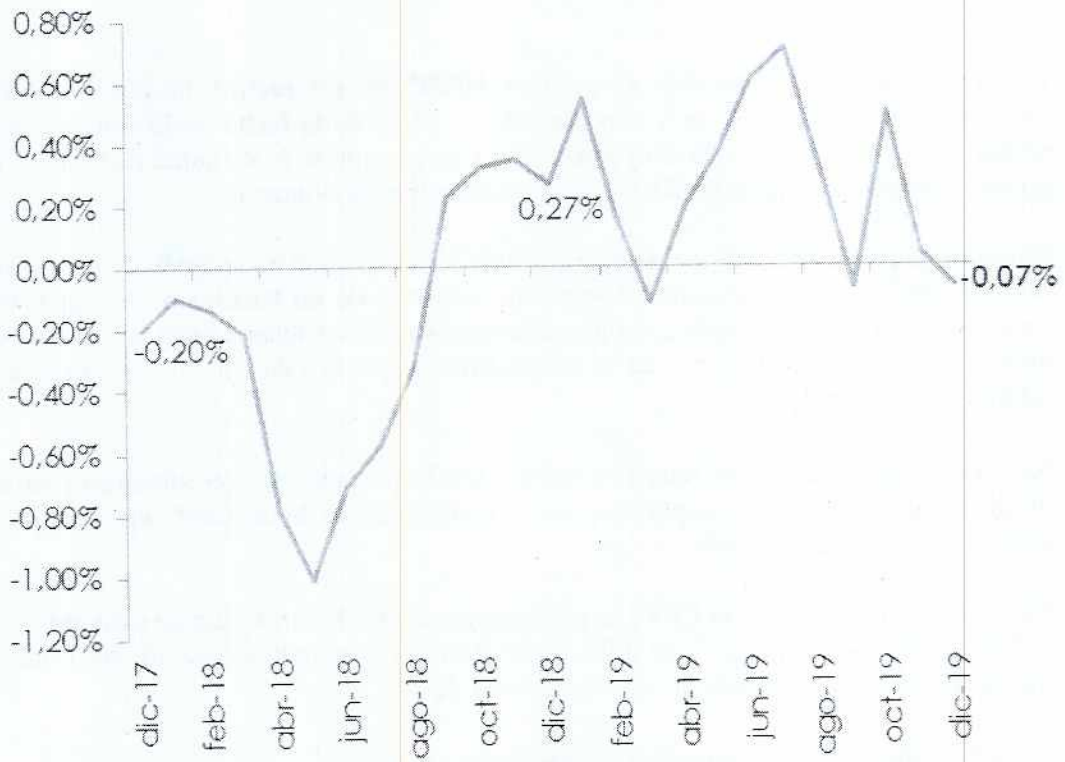
[103] El Informe SP-2016-009, para la determinación del importe base, cuando es posible determinar el volumen de negocios, señala que:

"(...) 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)

[104] El Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (en adelante "INEC") determina la inflación anual al 2019 en -0,07%[18] conforme el siguiente gráfico.

Gráfico 2. Evolución de la inflación anual



[105] 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) [19]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 del mercado relevante, cuyo rango corresponde al segmento del *percentil* $95 \leq \sum_{i=1}^{N} ventas\ N$, es decir un factor de 1.

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

[19] Escrito y anexos presentados por el operador económico UCUE el 29 de septiembre de 2019.

VOLUMEN DE NEGOCIOS DEL MERCADO AFECTADO	$ [redacted]
NATURALEZA DE LA INFRACCIÓN	MUY GRAVE
COEFICIENTE DE PONDERACIÓN	MUY GRAVE
COBERTURAS GEOGRÁFICA DE LA INFRACCIÓN	LOCAL
DIMENSIÓN DEL MERCADO	1 si p95 ≤ Σ 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	[redacted]

[106] La CRPI ha realizado nuevamente el calculo de la multa y no ha encontrado error que permita rectificar los valores de la multa impuesta que es DOS CIENTOS ONCE MIL TRES CIENTOS CUARENTA Y OCHO 02/100 Dólares de los Estados Unidos de América ($ 211.348,02 USD).

[107] En virtud de lo expuesto, se aclara lo concerniente a la multa pero no se observa la necesidad de rectificar.

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

RESUELVE

PRIMERO.- AGREGAR el Escrito presentado por el operador económico **UNION DE CONCRETERAS S.A.** ingresado por la Secretaría General de la SCPM el 16 de junio de 2020.

SEGUNDO.- ACLARAR el numeral 11.2.3 de la resolución emitida por la CRPI respecto de atenuantes conforme la parte motiva de la presente resolución.

TERCERO.- NEGAR la solicitud "*Se rectifique los valores concernientes a al (SIC) factor YI, pertenecientes a las atenuantes solicitadas.*", *por cuanto* el factor Yi no varía.

CUARTO.- NEGAR la solicitud de que "*Se rectifique la cantidad de operadores que operan en el mercado relevante*", por cuanto el mercado relevante es la Producción y comercialización de hormigón premezclado en Quito y sus alrededores con un radio máximo de desplazamiento de 25 kilómetros y no la Producción y comercialización de hormigón premezclado en todo Quito, por lo cual los 19 operadores a los que aduce el operador económico no se encuentran dentro del radio máximo de desplazamiento de 25 kilómetros, siendo lo correcto que sean 11 competidores.

QUINTO.- NEGAR la solicitud de que "*Se rectifique la formula utilizada por vuestro despacho y se aplique la formula utilizada en el expediente SCPM-CRPI-007-2019*", por cuanto las multas desde el año 2016 se calculan con la misma Resolución 012 de 23 de septiembre de 2016, publicada en el Registro Oficial No. 887 de 22 de noviembre de 2016 emitida por la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de regulación y Control del Poder de Mercado que resolvió expedir la Metodología para la determinación del importe de multas por infracciones a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

SEXTO.- NEGAR la solicitud de que "*Se rectifique la información utilizada para el cálculo de la multa conforme el HHI del operador económico responsable*" por cuanto, para el calculo del IHH se sumarón los cuadrados de las participaciones de las firmas que componen el mercado (en porcentaje) generando resultado de 1.776,6266.

SÉPTIMO.- CONCEDER parcialmente la solicitud de que "*Se aclare el nombre de los operadores y los montos de ventas netas que se utilizaron para la obtención de los factores utilizados para el cálculo de la multa*" conforme la parte motiva de la presente resolución.

OCTAVO.- NEGAR la solicitud de "*Remitirnos copia de la base de cálculo (Excel) con la cual se fijó la multa dentro del expediente SCPM-CRPI-007-2019 al ser información pública.*" conforme la parte motiva de la presente resolución.

NOVENO.- ACLARAR el valor de la multa impuesta conforme la parte motiva de la presente resolución..

DÉCIMO.- NEGAR la solicitud de ampliación y rectificación del valor de la multa impuesta conforme la parte motiva de la presente resolución.

UNDÉCIMO.- NOTIFICAR la presente resolución al operador económico **UNION DE CONCRETERAS S.A.,** a la Dirección Nacional Financiera de la SCPM para los fines legales pertinentes y a la INCCE.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-

Firmado electrónicamente por:
JOSE LUIS CARTAGENA

Mgs. José Cartagena Pozo
COMISIONADO

Firmado electrónicamente por:
JAIME FERNANDO LARA IZURIETA

Mgs. Jaime Lara Izurieta
COMISIONADO

Firmado electrónicamente por:
MARCELO VARGAS

Mgs. Marcelo Vargas Mendoza
PRESIDENTE