

EXPEDIENTE SCPM-CRPI-007-2019

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- Quito, 21 de marzo de 2019, las 09h00.-

VISTOS: El Superintendente de Control del Poder de Mercado designó al doctor Oswaldo Ramón Moncayo, Presidente de la Comisión, al doctor Marcelo Ortega Rodríguez, Comisionado; y, al doctor Agapito Valdez Quiñonez, Comisionado, mediante los actos administrativos correspondientes, quienes en uso de sus atribuciones legales disponen agregar al expediente lo siguiente: **a)** el acta de la audiencia realizada el 27 de febrero de 2018, a las 15h00 y el CD de grabación que contiene el audio y video de la misma; y, **b)** el escrito presentado por la abogada Daisy Ramírez, en su calidad de patrocinadora de la defensa de Unión Cementera Nacional UCEM S.A., recibido en la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el 19 de marzo de 2019, a las 13h26., En lo principal, por corresponder al estado procesal del expediente el de resolver, para hacerlo se considera:

PRIMERO.- COMPETENCIA.- Las atribuciones y facultades de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (en adelante SCPM) y del órgano de sustanciación y resolución se encuentran contempladas en los artículos 213 de la Constitución de la República, y en los artículos 1, 2, 18, 38, y 77, 78 y 79 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en lo sucesivo LORCPM), 26 y 27 de su Reglamento de Aplicación (en lo posterior RLORCPM). Por consiguiente, la Comisión de Resolución de Primera Instancia (en adelante CRPI) es competente para conocer y resolver el presente expediente de sanción por una operación de concentración económica sujeta a control y no notificada, conforme a las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias antes invocadas.

SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL.- El presente procedimiento administrativo para la imposición de sanciones por una infracción de concentración económica sujeta a control y no notificada, ha sido tramitado de conformidad con las disposiciones contenidas tanto en la LORCPM como en el Reglamento de la LORCPM, observando las garantías constitucionales del debido proceso puntualizadas en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, por tanto no existe error, vicio o nulidad que declarar y que hubiere influido en la decisión del presente expediente, razón por la cual, se declara expresamente su validez.

TERCERO: ANTECEDENTES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.-

3.1. Consideraciones previas.-

La Intendencia Nacional de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, respecto a la operación de concentración no notificada, en el informe SCPM-IGT-INICCE-006-2019-I de 05 de febrero de 2019, manifiesta lo siguiente: *"(...) El 14 de marzo de 2016, UCEM, realizó la adquisición del 99% del paquete de participaciones sociales de Equihormigonera. De la información recabada, se estima que la operación de concentración económica tuvo el propósito de ampliar el rango de participación comercial de UCEM, al adquirir una compañía que se encontraba dentro de la misma cadena productiva aguas abajo (hormigón),*



siendo ellos productores aguas arriba de cemento (materia prima para la elaboración del hormigón).

UCEM pertenece al Grupo Gloria de Perú, que se dedica entre otras cosas a la industria alimenticia, sin embargo, el giro de negocio de UCEM es la producción y comercialización de cemento a nivel nacional.

La transacción se llevó a cabo a través de un Contrato de Cesión de Participaciones, de 14 de marzo de 2016, en el cual UCEM adquirió el 99% de participaciones de la empresa Equihormigonera, como consta en la Cláusula Tercera del Contrato, cuya copia notariada consta en el expediente (...).

"(...) Por lo tanto los VENEDORES venden un millón seiscientos tres mil cuatrocientos quince (1.603.415) participaciones de UN DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US\$ 1,00) cada una, de la siguiente manera:

- 1. A UNIÓN CEMENTERA NACIONAL UCEM C.E.M., 1.603.413 participaciones equivalentes al 99,9998753% del capital social pagado de Equihormigonera.*
- 2. A Mario Alberto Prado Mora, 1 participación equivalente al 0,000062367% del capital social pagado de Equihormigonera.*
- 3. A Juan Alberto Prado Troya, una participación equivalente al 0,000062367% del capital social pagado de Equihormigonera.*

Por tanto los VENEDORES cederán y transferirán, respectivamente, la propiedad de la totalidad de las mismas a los COMPRADORES mediante escritura pública de cesión, tal como dispone la Ley de Compañías en el Art.133 (...).

3.2.- Procedimiento de investigación o actuaciones previas.-

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

3.2.2.- Mediante providencia de 04 de abril de 2018, la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, *"avocó conocimiento de una presunta operación de concentración económica no notificada e inició el procedimiento de investigación preliminar o actuaciones"*.

3.2.3.- Mediante providencia de 03 de mayo de 2018, la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, dispuso solicitar información al operador económico Unión Cementera Nacional UCEM S.A., y al mismo tiempo se le convocó a una reunión de trabajo que se realizó el 08 de mayo de 2018.

3.2.4.- Con escrito presentado el 14 de mayo de 2018, el operador económico Unión Cementera Nacional UCEM S.A., remitió la siguiente información:

3.2.4.1.- *"Copia certificada del contrato mediante el cual se produjo la adquisición de las acciones de la compañía EQUIHORMIGONERA"*.

3.2.4.2.- *"Detalle de las fechas en las cuales se adquirió las acciones de la compañía EQUIHORMIGONERA y la fecha en que se perfeccionó dicho acto"*.

3.2.4.3.- *"Detalle de las Empresas vinculadas a los operadores económicos involucrados en la operación de concentración considerando lo dispuesto en el artículo 17 de la LORCPM"*.

3.2.4.4.- *“Cálculo del Volumen de negocios total en el Ecuador del conjunto de los partícipes de la operación de concentración”.*

3.2.4.5.- *“Detalle de las actividades económicas de los operadores económicos partícipes de la operación de concentración, así como de sus empresas vinculadas”.*

3.2.4.6.- Explicación de la procedencia del compromiso de cese presentado ante la CRPI el 27 de marzo de 2018.

3.2.5.- Mediante escrito presentado el 24 de mayo de 2018 el operador económico UCEM S.A., remite la siguiente información:

3.2.5.1.- *“Descripción de las normas estatutarias relativas al gobierno y administración de la compañía UCEM”.*

3.2.5.2.- *“Lista de personas que han conformado el Directorio de UCEM”.*

3.2.5.3.- *“Explicación del proceso de toma de decisiones relativas a la adquisición de participaciones de la compañía EQUIHORMIGONERA”.*

3.2.5.4.- *“Lista de accionistas mayoritarios de UCEM”.*

3.2.5.5.- *“Organigrama empresarial del grupo Gloria”.*

3.2.6.- Mediante informe No.SCPM-DNEC-0011-2018-I de fecha 07 de junio de 2018, el Director Nacional de Estudios y Examen de Control de Concentraciones remitió a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Concentraciones Económicas el informe de actuaciones previas.

3.2.7.- Mediante providencia de 19 de junio de 2018, la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Concentraciones Económicas acogió el informe No.SCPM-DNEC-0011-2018-I y ofició al operador económico UCEM S.A., para que en el término de 30 días justifique la falta de notificación de la operación de concentración en mención.

3.2.8.- En respuesta y con escrito de 01 de agosto de 2018, el operador económico UCEM S.A., enfatizó en el compromiso de cese presentado ante la CRPI, el cual buscaba corregir la falta de notificación.

3.2.9.- Mediante providencia de 13 de agosto de 2018, la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, *“(...) al no considerar suficientes las justificaciones presentadas por el operador económico UCEM S.A., dispuso iniciar la investigación por operación de concentración no notificada consistente en la adquisición del paquete accionario (sic) de la compañía EQUIHORMIGONERA por parte de UCEM S.A. (...)”*

3.2.10.- Mediante providencia de 20 de septiembre de 2018, a las 12h00, la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, *“(...) solicitó información al Consorcio Línea 1- Metro de Quito Acciona, la cual fue remitida con escrito de 25 de septiembre de 2018 (...)”.*

3.2.11.- *“(...) Mediante informe No.SCPM-IGT-INICCE-017-2018-I de 06 de noviembre de 2018, la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, solicitó a la Intendencia General Técnica una prórroga del término de investigación establecido en el artículo 39 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (en adelante SCPM), la cual fue autorizada mediante sistema SIGDO, y con providencia de 07 de noviembre de 2018, el Intendente Nacional de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, prorrogó el término de investigación por 60 días adicionales (...)”*

3.2.12.- “Con providencia de 19 de diciembre de 2018, el Intendente Nacional de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, solicitó información a los siguientes operadores económicos: *HOLCIM ECUADOR S.A., HORMIGONERA EQUINOCCIAL, EQUIHORMIGONERA CIA LTDA., UNACEM ECUADOR S.A., UNIÓN DE CONCRETERAS UNICON, UCUE CIA.LTDA., HORMIGONES DEL VALLE S.A., HORMIVALLE, METROPOLITANA DE HORMIGONES, METRHORM CIA LTDA ANGOS E HIJOS CONSTRUCCIONES CIA LTDA MEZCLADORA Y DISTRIBUIDORA DE HORMIGON MEZCLALISTA S.A., J.C.VALENZUELA CONSTRUCTORA CIA LTDA, HORMIGONERA AMAZONAS HORMIAMAZONAS S.A., HORMIGINERA MANABI HORMIMANABI CIA LTDA y HORMIGONERA NOBOA E HIJOS NH. LTDA E INDUSTRIAS QUIMICAS DEL AZUAY S.A.*”.

3.2.13.- Mediante providencia de 24 de enero de 2018 (sic), “(...) el Intendente Nacional de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, solicitó información al operador económico *EQUIHORMIGONERA*, respecto a actos y contratos ejecutados con posterioridad al cambio y toma de control por parte de *UCEM S.A.* (...)”.

3.2.14.- Con escrito presentado el 31 de enero de 2019, a las 16h54, el Dr. Agustín Hurtado, abogado patrocinador de *UCEM S.A.*, formula observaciones al requerimiento de información efectuado a *EQUIHORMIGONERA* y “*solicita que se reproduzca la información constante en el compromiso de cese presentado ante la CRPI.*”.

3.2.15.- En el informe *SCPM-INICCE-006-2019-I* de 05 de febrero de 2019, se indica que: “(...) *Mediante escrito presentado por el señor Roberto Verner Foulkes Aguad el 31 de enero de 2019, a las 17h03, en su calidad de Presidente de Hormigonera Equinoccial Equihormigonera Cía Ltda, se puso en conocimiento de la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, entre otras cosas, el [d]etalle de los 3 primeros contratos suscritos y ejecutados por el operador económico EQUIHORMIGONERA con posterioridad al 18 de marzo de 2016, una vez que se perfeccionó la cesión de participaciones a favor de Unión Cementera Nacional UCEM S.A. (...).*”.

3.2.16.- Con providencia de 04 de febrero de 2019, el Intendente Nacional de Investigación y Control de Concentraciones Económicas atendió a los requerimientos formulados por el Dr. Agustín Hurtado, abogado patrocinador de *UCEM S.A.*, con respecto al escrito de 31 de enero de 2019 y agregó al expediente la información del compromiso de cese que se tramitaba en la CRPI.

3.2.17.- Mediante memorando **No.SCPM-IGT-INICCE—2019-057-M** de 05 de febrero de 2019, suscrito por el economista Francisco Dávila Herrera, Intendente Nacional de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, se remite a esta Comisión el informe **No.SCPM-IGT-INICCE-2019-006-I** de 05 de febrero de 2019, correspondiente al expediente digital **No.SCPM-ICC-0009-2018**, con la finalidad de actuar conforme a lo previsto en el artículo 27 del Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, respecto a la investigación de concentración no notificada por Unión Cementera Nacional UCEM S.A. y Hormigonera Equinoccial Equihormigonera. Cía.Ltda.

3.3.- Explicaciones presentadas por el operador económico UNIÓN CEMENTERA NACIONAL UCEM S.A.

3.3.1.- En el informe *SCPM-IGT-INICCE-006-2019-I* de 05 de febrero de 2019, suscrito por el economista Francisco Dávila Herrera, Intendente Nacional de Investigación y Control de

Concentraciones Económicas, en cuanto a las justificaciones de actuaciones previas, se indica que el operador económico señaló lo siguiente:

"(...) Con escrito de respuesta de 01 de agosto de 2018, presentado por la abogada patrocinadora de UCEM, el operador económico enfatizó en el compromiso de cese presentado ante la CRPI, el cual buscaba corregir la falta de notificación y señaló: UCEM, desde antes de la adquisición de Hormigonera Equinoccial y con posterioridad a la misma ha sido transparente y colaborativa con las autoridades ecuatorianas. Tal es así, que específicamente en materia de competencia ha colaborado y entregado en todo momento información sobre la adquisición de Hormigonera Equinoccial, lo que se puede validar con la revisión de la documentación presentada en los expedientes de notificación de concentraciones económicas realizadas por empresas Grupo Gloria (...)"

"(...) Además de lo expuesto, el operador económico, afirmó que la operación de concentración no modificó o reforzó el poder de mercado y de la misma manera señaló los beneficios que esta produjo en el mercado y en los consumidores, sin embargo no presentó justificativos para la falta de notificación de la operación de concentración analizada (...)"

3.3.2.- Explicaciones del operador económico UNIÓN CEMENTERA NACIONAL UCEM S.A., en la audiencia celebrada el 27 de febrero de 2017, a las 15h00.

En operador económico Unión Cementera Nacional UCEM S.A, en la diligencia antes citada, a través de su abogado defensor Dr. Agustín Hurtado Larrea, en la parte pertinente expresó lo siguiente:

"(...) esta compañía nació como de economía mixta en el año 2015, el 11 de marzo de 2016 adquiere el 99.99% de las participaciones de Equihormigonera, esta transacción de manera que la compañía de economía mixta contó con la anuencia de alguna forma del conocimiento del Estado, porque el Estado formaba parte del Directorio de la compañía de economía mixta, el representante del Ministerio de Industrias y Producción formó parte del Directorio y evidentemente pues votó a favor cuando se planteó la decisión sobre adquirir Equihormigonera, lamentablemente como ustedes conocen en ese momento se produjo el error involuntario y de buena fe de considerar que tal operación no requería de notificarse a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado y simple y llanamente, pues a pesar de que superaba el umbral establecido por la normativa, no se notificó (...)"

"(...) Una vez que se percató la compañía que había incurrido en esta omisión de carácter en el fondo administrativa, se reunió con personeros de la Superintendencia e informó que había sucedido, esto ocurrió a finales del 2017; unos meses después tras la reunión que hubo con el Superintendente en aquella época se resolvió presentar luego de revisar los aspectos jurídicos a las solicitudes del compromiso de cese, se resolvió presentar oficialmente la solicitud pidiendo la aprobación de un compromiso de cese, que consistía en la falta de notificación de esta operación de concentración (...)"

"(...) la Comisión resolvió rechazar la solicitud de compromiso de cese por considerar que no era procedente, eso como ustedes conocen también pues ha sido objeto de un recurso de apelación por parte de mi representada. Uno de los temas interesantes es que la investigación que se está sustanciando dentro del presente expediente se inició con posterioridad a la presentación del compromiso de cese, el compromiso de cese se presentó el 27 de marzo de 2018 y la investigación se inició el 04 de abril, es decir, ocho días después (...)"



“(...) que contiene ese escrito con observaciones y alegatos en relación al informe de resultados, primero un tema fundamental consideramos nosotros que tiene ser tomado en cuenta por la Comisión al momento de resolver, que es la conducta investigada no generó afectación alguna al mercado, esto ya había sido reconocido por la autoridad a través de la Intendencia en dos ocasiones en el expediente de compromiso de cese y en una ocasión dentro de este propio expediente (...)”.

“(...) Más allá de que nosotros hayamos querido que se reproduzcan los informes del expediente de la Intendencia del compromiso de cese en este expediente, creemos que es algo que ustedes tienen que tomar en cuenta porque los informes de la Intendencia son muy elocuentes, son muy transparentes, bueno muy objetivos, a manera de ejemplos voy a citar dos o tres de alguno de los informes, el primero dentro del expediente 023 del compromiso de cese el informe 15-2008 (sic), el párrafo en cuestión dice: “por lo que la participación de UCEM en los mercados de cemento de hormigón en lugar de generar preocupación sobre la competencia, ya sean estas de carácter unilateral o coordinado sería deseable”. Veamos otro ejemplo, está en el expediente 023-2018...del informe 7-2018, cuando habla de las conclusiones sobre el mercado relevante la Intendencia dice: “la operación de concentración entre UCEM y Equihormigonera objeto del presente análisis no es apta para crear, modificar o reforzar el poder del mercado, así como tampoco para impedir, obstaculizar o disminuir de manera sensible la competencia y por lo tanto no ha causado, ni tiene la capacidad de daño o perjuicio alguno, ni de manera real ni potencial”. Un tercer ejemplo en el informe 006-2019 en la parte pertinente la Intendencia dice: “no hay posibilidad de que el adquirente esto es UCEM aguas arriba o el adquirido aguas abajo Equihormigonera, tenga u ostente posición de dominio que permita a los operadores concentrados obtener un poder de negociación con el fin de establecer condiciones unilaterales que podrían afectar la competencia en el mercado de hormigón de Quito, esta circunstancia de inversión del mercado en la que hoy participarán dos de las principales compañías cementeras del país articuladas a las líneas de hormigón... con lo que a criterio de esta Intendencia se incentivará la competencia del sector” (...)”.

“(...) Ahora vamos a pasar a un segundo capítulo relacionado con la Identificación del mercado relevante para efectos del cálculo de la multa. En estricto sentido nosotros sostenemos en la medida que no habido un mercado afectado no cabría multa alguna, pero respetamos como no el informe de la Intendencia y queremos comentarlo. La Intendencia en sus recomendaciones dice que procedería la aplicación de una multa y establece una serie de factores para ese propósito, nuestra posición inicial es que al haber cero de afectación del mercado y más bien efectos positivos, esta omisión, esta falta de carácter administrativa no debería tener como consecuencia la imposición de una multa, elemento que ya fue implícitamente de alguna forma reconocido inicialmente por la Intendencia, cuando recomendó no imponer un monto de subsanación dentro del expediente de compromiso de cese...Nosotros bajo ese mismo criterio sostenemos que dentro del expediente de investigación, al no haber una afectación de ninguna naturaleza en el mercado, no debería haber imposición alguna de la multa, sin embargo, en la medida en que la Intendencia recomendaba imponer una multa, vamos a comentar ciertos aspectos relacionados con los criterios que ellos establecieron tanto en el informe como en el anexo (...)”.

“(...) al tratar del mercado del producto, es claro y evidente que estamos ante el único bien que produce Equihormigonera que es hormigón, esa compañía no produce ningún otro tipo

de bien, única y exclusivamente hormigón, entonces, en eso no cabe ninguna duda de que el mercado del producto está determinado por este bien que es el hormigón (...)”.

“(...) y ahora el mercado geográfico, y ahí hay un debate técnico que ya lo conversamos en la audiencia anterior, por su naturaleza intrínseca el hormigón tiene una duración aproximada de hora y media, lo que hace que no pueda trasladarse de las plantas más allá de un radio de aproximadamente ciento cincuenta kilómetros, no es apto para ser comercializado en distancias mayores, por lo tanto el mercado geográfico está limitado a un radio, la Intendencia hace pues un análisis según unos gráficos que son muy fáciles de entender, estableciendo que el mercado para este tipo de productos se limita a Quito y sus alrededores (...)”.

“(...) pasemos ahora al cuarto tema relacionado con el informe, esto es la determinación de la gravedad de la tipificación de la infracción... En materia de tipificación de concentraciones no notificadas del texto de la ley establece que en el caso de la leve es la notificación extemporánea, la grave, la falta de notificación cuando se ha producido, cuando se han implementado actos subsecuentes a esta operación no notificada. La leve no haber notificado una concentración requerida de oficio por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, según lo previsto en el artículo 16. La grave la ejecución de una operación de concentración sujeta a control antes de haber sido notificada o antes de que haya sido autorizada de conformidad con lo previsto en esta ley; y, muy grave 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. (...)”.

“(...) por qué el legislador diferenció en la redacción de la grave y la muy grave, en el caso de la muy grave que los actos sean ejecutados por un operador económico resultante, alguna intención tenía el legislador cuando usó esta terminología, desde nuestro punto de vista, ese operador económico resultante está pensado en una persona jurídica distinta del adquirente, en caso de fusión, en caso de una decisión total de activos o pasivos o alguna operación de esa naturaleza... la compañía cuyas acciones son adquiridas, evidentemente está en operación al día siguiente desde la adquisición de las acciones y va a seguir contratando al día siguiente, a la semana siguiente y al mes siguiente, no puede pensarse en una circunstancia en la que se compran las acciones de una compañía y esta paraliza sus actividades ese día, que sería el supuesto de alguna forma que la Intendencia.... dice no es grave, sino que es muy grave, puesto que se ejecutaron actos y contratos posteriores a la operación no notificada (...)”.

“(...) por lo tanto nosotros una vez más respetamos el criterio de la Intendencia, pero nos apartamos del mismo he insistimos que desde un punto de vista de la seguridad jurídica, al interpretar las normas de manera que sean previsibles y el ciudadano tenga la certeza de la forma que se estén aplicando, por las consideraciones que he expuesto esta infracción tiene que ser calificada dentro de la tipificación grave, no muy grave (...)”.

“(...) ahora vamos al tema del factor proporcional relativo a la afectación del mercado relevante, en este tema nosotros ya hemos sostenido, claro no voy a insistir más sobre eso que no hay afectación en el mercado... desde nuestro punto de vista el espíritu de la norma del Instructivo que habla del factor proporcional... está siempre y cuando que haya habido afectación, si es que no habido afectación alguna, qué sentido tiene dimensionar el mercado afectado para aplicar un factor cuando no habido afectación, por lo tanto, nuestra posición al respecto de este factor es que debería ser cero (...)”.



"(...) hay un precedente y esto también se relaciona con un pedido que vamos hacer al final, en el que ya la Comisión ha establecido este criterio, que cuando no hay afectación al mercado el factor proporcional debe ser cero, por esa razón consideramos nosotros la importancia de tener estos precedentes dentro del proceso, sería la Comisión evidentemente tener su visión histórica de lo que ha pasado en casos anteriores...por eso es la importancia de que estos precedentes en el caso de que se ha aplicado este criterio, en que a falta de afectación del mercado, el factor proporcional tiene que ser cero. Hemos solicitado que todos los precedentes de infracciones relacionadas con facultad de notificación sean incorporados al proceso, para que usted señores Comisionados tengan todos los elementos de juicio, para resolver esto de la mejor manera (...)"

"(...) la parte final es la existencia de los atenuantes, ahí la Comisión correctamente se basa en los atenuantes contenidos en el artículo 82 de la ley, en los literales a), b), c) y d) exclusivamente...sin embargo, de entrada nosotros queremos dejar sentado que el texto del artículo 82 habla cuando cita los casos a), b), c) y d) los cita de una manera ejemplificativa por eso el texto dice para fijar el importe de la sanción se tendrán en cuenta además, entre otras, entonces la redacción o el contenido de los atenuantes que constan en el a), b), c) y d) son a título ejemplificativo, no son taxativos, por esa razón la norma dice entre otros y vamos a presentar, la Intendencia dice de esos cuatro, tres aplican, por supuesto que sí, pero vamos a presentar adicionalmente a esos tres, otros atenuantes, hemos identificado un total de trece, el primero la realización de actuaciones que pongan fin a la infracción...la Intendencia habla del literal c) la realización de actuaciones tendientes a reparar el daño...en el propio compromiso de cese UCEM presentó medidas complementarias y correctivas; y, además presentó en el compromiso de cese UCEM un estudio económico profundo en el que demostraba que no había daño...y luego el literal d) ya admitido por la Intendencia como aplicable habla de la colaboración activa y efectiva con la autoridad...a partir de esos tres atenuantes nosotros hemos identificado otros adicionales, el hecho de haber presentado el compromiso de cese sin necesidad de que la infracción haya sido detectada, o haber sido de alguna forma presión de la autoridad...otra muestra de la transparencia con la que actuó la compañía y ustedes conocen luego de la adquisición de Equihormigonera que no fue notificada, la compañía efectuó otras adquisiciones, una compañía Hércules otra hormigonera en Guayaquil, en este caso que fue adquirida con posterioridad a la adquisición de Equihormigonera (...)"

"(...) nuestra petición tiene tres puntos distintos, pedimos que dentro de lo razonable se dicte una resolución, ustedes saben que hemos estado en este proceso desde marzo de 2018...nuestra posición inicial ya lo mencioné al inicio es que en la medida no hay afectación al mercado, la multa debería ser cero, en todo caso, si ustedes acogen la recomendación de la Intendencia, resuelven que es necesario imponer una multa por esta omisión administrativa, les pedimos que consideren que el mercado relevante es único y exclusivamente el mercado de hormigón en Quito, que la infracción corresponde a una tipificación de grave y no muy grave, y que se tomen en cuenta la inexistencia del factor proporcional que debería ser cero, y que se tomen en cuenta todos los atenuantes del caso, teniendo en cuenta la forma en que la compañía ha participado y ha sido transparente dentro de este proceso (...)"

CUARTO.- PRUEBAS PRODUCIDAS EN EL PRESENTE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.-

4.1.- Dentro del expediente No. SCPM-CRPI-023-2018 de compromiso de cese, el operador económico Unión Cementera Nacional UCEM S.A, en su escrito de compromiso de cese modificado, presentado el 19 de julio de 2018, a las 16h26, constante en diez (10) páginas, y en la parte pertinente expresa lo siguiente:

“(...) QUINTA.- ACEPTACION Y RECONOCIMIENTO EXPRESO DE LA CONDUCTA:
En mi calidad de Gerente General y como tal Representante Legal de Unión Cementera Nacional, UCEM S.A., acepto y reconozco que mi representada (cuando era UCEM C.E.M), ha infringido la siguiente norma legal:

- 1. Unión Cementera Nacional, UCEM C.E.M., suscribió el contrato de compraventa de participaciones, mediante el que se acordó la adquisición del 99.99% de las participaciones de la compañía HORMIGONERA EQUINOCCIAL EQUIHORMIGONERA CIA LTDA, sin someterlo al procedimiento de notificación previa a la SCPM y posteriormente lo ejecutó, siendo una operación sujeta a control; y, consecuentemente, infringió lo previsto en el artículo 16 de la LORCPM. Conforme ha sido señalado en el punto 4.2, ésta conducta se encuentra tipificada en el literal d. numeral 2 del artículo 78 de la LORCPM y adicionalmente recogida en el artículo 18 de la LORCPM (...).”*

4.2. – Los hechos admitidos expresamente por el operador económico en la audiencia celebrada el 27 de febrero de 2017, a las 15h00.

El operador económico Unión Cementera Nacional UCEM S.A, en la diligencia antes citada, a través de su abogado defensor Dr. Agustín Hurtado Larrea, en la parte pertinente expresó lo siguiente:

“(...) esta compañía nació como de economía mixta en el año 2015, el 11 de marzo de 2016 adquiere el 99.99% de las participaciones de Equihormigonera, esta transacción de manera que la compañía de economía mixta contó con la anuencia de alguna forma del conocimiento del Estado, porque el Estado formaba parte del Directorio de la compañía de economía mixta, el representante del Ministerio de Industrias y Producción formó parte del Directorio y evidentemente pues votó a favor cuando se planteó la decisión sobre adquirir Equihormigonera, lamentablemente como ustedes conocen en ese momento se produjo el error involuntario y de buena fe de considerar que tal operación no requería de notificarse a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado y simple y llanamente, pues a pesar de que superaba el umbral establecido por la normativa, no se notificó (...).”

“(...) Una vez que se percató la compañía que había incurrido en esta omisión de carácter en el fondo administrativa, se reunió con personeros de la Superintendencia e informó que había sucedido, esto ocurrió a finales del 2017; unos meses después tras la reunión que hubo con el Superintendente en aquella época se resolvió presentar luego de revisar los aspectos jurídicos a las solicitudes del compromiso de cese, se resolvió presentar oficialmente la solicitud pidiendo la aprobación de un compromiso de cese, que consistía en la falta de notificación de esta operación de notificación (...).”

“(...) la Comisión resolvió rechazar la solicitud de compromiso de cese por considerar que no era procedente, eso como ustedes conocen también pues ha sido objeto de un recurso de apelación por parte de mi representada. Uno de los temas interesantes es que la investigación



que se está sustanciando dentro del presente expediente se inició con posterioridad a la presentación del compromiso de cese, el compromiso de cese se presentó el 27 de marzo de 2018 y la investigación se inició el 04 de abril, es decir, ocho días después (...)

QUINTO: FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO.-

5.1.- Fundamentos de Hecho.-

5.1.1.- El 14 de marzo de 2016, el operador económico Unión Cementera Nacional UCEM S.A., realizó la adquisición del 99% del paquete de participaciones de Equihormigonera. De la información recabada, se estima que la operación de concentración económica tuvo el propósito de ampliar el rango de participación comercial de UCEM, al adquirir una compañía que se encontraba dentro de la misma cadena productiva aguas abajo (hormigón), siendo ellos productores aguas arriba de cemento (materia prima para la elaboración del hormigón).

5.1.2.- El señor Roberto Verner Foulkes Aguad, en su calidad de Representante Legal del operador económico Unión Cementera Nacional UCEM S.A., con fecha 27 de marzo de 2018, a las 12h40, presentó en la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, su propuesta de Compromiso de Cese, aceptando y reconociendo libre y voluntariamente que ha efectuado una operación de concentración económica sujeta a control y que no fue notificada, razón por la cual admite haber infringido lo previsto en el artículo 16 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, incurriendo en la conducta establecida en el numeral 2 literal d) del artículo 78 Ibídem.

5.1.3.- Mediante providencia de 04 de abril de 2018, la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, *“avocó conocimiento de una presunta operación de concentración económica no notificada e inició el procedimiento de investigación preliminar o actuaciones”*.

5.2.- Fundamentos de Derecho.-

5.2.1. - Constitución de la República del Ecuador.-

El artículo 76 en relación a las garantías básicas del derecho al debido proceso establece:

“(...) 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.*
- 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:*
 - a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.*
 - b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.*
 - c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.*
 - h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.*
 - j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.*

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

l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos (...).

El artículo 82 con relación a la seguridad jurídica determina:

"(...) El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes (...).

El artículo 213 se refiere a las Superintendencias en los siguientes términos:

"(...) 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 (...).

El artículo 283 sobre el sistema económico prescribe:

"(...) El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir.

El sistema económico se integrará por las formas de organización económica pública, privada, popular y solidaria, y las demás que la Constitución determine. La economía popular y solidaria se regulará de acuerdo con la ley e incluirá a los sectores cooperativistas, asociativos y comunitarios (...).

El artículo 284 numeral 8 prevé:

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

El artículo 304 en el numeral 6 determina que: "

(...) la política comercial tendrá como objetivo "Evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado (...).

El artículo 335 en el inciso segundo respecto al intercambio y transacciones económicas prescribe:

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

El. 336 en cuanto al comercio justo establece:

"(...) 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 (...).

Handwritten signature and initials in blue ink.

5.2.2.- Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado – LORCPM.-

El artículo 1 prevé:

“(...) 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; la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible (...)”.

El artículo 2 prescribe:

“(...) Están sometidos 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 lo 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 (...)”.

El artículo 5 en relación al mercado relevante determina:

“(...) A efectos 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 del producto o servicio comprende, al menos, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; los costos de la sustitución; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo y el tiempo requerido para la sustitución.

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.

La determinación del mercado relevante considerará las características particulares de los vendedores y compradores que participan en dicho mercado. Los competidores de un mercado relevante deberán ser equiparables, para lo cual se considerará las características de la superficie de venta, el conjunto de bienes que se oferta, el tipo de intermediación y la diferenciación con otros canales de distribución o venta del mismo producto (...)”.

El artículo 14 en cuanto a las operaciones de concentraciones económicas establece:

“(...) 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 (...).

El artículo 16 respecto a la notificación de una concentración prevé:

"(...) Están obligados a cumplir con el procedimiento de notificación previa establecido en esta Ley, los operadores económicos involucrados en operaciones de concentración, horizontales o verticales, que se realicen en cualquier ámbito de la actividad económica, siempre que se cumpla una de las siguiente condiciones: a) Que el volumen de negocios total en el Ecuador del conjunto de los partícipes supere, en el ejercicio contable anterior a la operación, el monto que en Remuneraciones Básicas Unificadas vigentes haya establecido la Junta de regulación. b) En el caso de concentraciones que involucren operadores económicos que se dediquen a la misma actividad económica y como consecuencia de la concentración se requiera o se incremente una cuota igual o superior al 30 por ciento del mercado relevante del producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo. En los casos en los cuales las operaciones de concentración no cumplan cualquiera de las condiciones anteriores, no se requerirá autorización por parte de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Sin embargo, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá solicitar de oficio o a petición de parte que los operadores económicos involucrados en una operación de concentración la notifiquen en los términos de esta sección. Las operaciones de concentración que requieran de autorización previa según los incisos precedentes, deberán ser notificadas para su examen previo, en el plazo de 8 días contados a partir de la fecha de la conclusión del acuerdo, bajo cualquiera de las modalidades descritas en el artículo 14 de esta Ley, ante la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. La notificación deberá constar por escrito, acompañada del proyecto del acto jurídico de que se trate, que incluya los nombres o denominaciones sociales de los operadores económicos o empresas involucradas, sus estados financieros del último ejercicio, su participación en el mercado y los demás datos que permitan conocer la transacción pretendida. Esta notificación debe ser realizada por el absorbente, el que adquiere el control de la compañía o los que pretendan llevar a cabo la concentración. Los actos sólo producirán efectos entre las partes o relación a terceros una vez cumplidas las previsiones de los artículos 21 y 23 de la presente Ley, según corresponda (...)"

El artículo 18 en cuanto a la sanción prescribe:

"(...) La falta de notificación y la ejecución no autorizada de las operaciones previstas en el artículo anterior, serán sancionadas de conformidad con los artículos 78 y 79 de esta Ley (...)"

El artículo 37 trata de la Facultad de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado y al respecto establece:

"(...) 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 (...)."

El artículo 38 en cuanto a las atribuciones de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, entre otras, en su numeral 2 prescribe:

"(...) Sustanciar los procedimientos en sede administrativa para la imposición de medidas y sanciones por incumplimiento de esta Ley (...).

El artículo 77 se refiere a los sujetos infractores y al respecto determina:

"(...) Serán sujetos infractores las personas naturales o jurídicas que incurran en las prohibiciones o ejecuten las acciones u omisiones tipificadas en esta Ley (...)."

El artículo 78 en su numeral 2 se refiere a las infracciones graves y en su letra d) establece:

"(...) 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". Esta disposición legal en su numeral 3 en cuanto a las infracciones muy graves, en su literal c) prescribe: 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 (...)."

El artículo 79 sobre las sanciones establece:

"(...) 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 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 artículo 80 en cuanto a los criterios para la determinación del importe de las sanciones prescribe:

"(...) 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 concurran en relación con cada una de las empresas u operadores económicos responsables (...)."

El artículo 82 con relación a las circunstancias atenuantes prescribe:

“(...) 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 reducción del importe de la multa regulados en los artículos 83 y 84 de esta Ley (...).”

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

El artículo 1 establece:

“(...) El presente Reglamento tiene por objeto establecer las disposiciones reglamentarias necesarias para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, que en lo sucesivo se denominará la Ley. Para efectos de este instrumento serán aplicables las definiciones y lineamientos contenidos en la Ley (...).”

El artículo 17 se refiere a la notificación obligatoria de concentración económica y al respecto determina:

“(...) 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 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 determine 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, 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

(Handwritten signature)

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 determine la forma, 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, el órgano competente, de conformidad con el estatuto correspondiente (...)."

El artículo 19 en cuanto a la obligación de notificar señala:

"(...) 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 de capital o título 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 transferirán los activos de otro operador económico o que adquirirá el control sobre 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 (...)."

El artículo 26 al referirse al procedimiento de investigación de concentración no notifica prescribe:

"(...) 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 concluye 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 adicionales por una sola vez. La Superintendencia podrá ordenar la realización de las investigaciones necesarias, 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 pudiese 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 (...)”.

El artículo 27 en lo que respecta a la resolución prevé:

“(...) 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 (...)”.

5.2.4.- Derecho administrativo sancionador.-

5.2.4.1. El tratadista ecuatoriano Marco Morales Tobar, citando a Alejandro Nieto, respecto a la potestad sancionadora de la administración sostiene:

“(...) proporciona una base muy sólida al Derecho Administrativo Sancionador, puesto que, así queda anclado en el ámbito constitucional del Estado superando los planteamientos habituales tradicionales, más rudimentarios, que buscan su justificación dogmática en la sanción en el ilícito o, a todo lo más, en la organización administrativa. En el principio de todo Derecho está una potestad administrativa sancionadora y un ordenamiento jurídico administrativo sancionador es por lo que puede hablarse, con propiedad de un Derecho Administrativo Sancionador (...)”.

Manual de Derecho Procesal Administrativo. Corporación de Estudios y Publicaciones. Primera Edición. Quito-Ecuador 2011. Página. 323.

5.2.4.2.- El jurista mexicano Andrés Serra Rojas, sostiene:

“(...) En la medida en que un pueblo es más educado y se disponga de una estructura política justa y democrática, esa colaboración o cumplimiento de los deberes ciudadanos es mayor, porque así facilitamos la resolución de los problemas estatales.

Desgraciadamente el incumplimiento o violación de ley son constantes. Esto justifica que las leyes administrativas contengan un amplio capítulo sancionador. Sin él las leyes no se cumplirían, serían entonces creaciones literarias, sujetas a los buenos deseos y el desarrollo social encontraría serios obstáculos (...)”.

Y agrega *“(...) La sanción ha sido establecida para castigar y reprimir el incumplimiento de la ley (...)*”.

Derecho Administrativo. Editorial Porrúa. Vigésima Sexta Edición. México 2010. Páginas 617-625.

5.2.4.3.- Juan Ignacio Signes de Mesa y otros, Isabel Fernández Torres y Mónica Fuentes Naharro sostienen: *“(...) Las multas pueden ser de dos tipos: por un lado, las que establecen como sanción ante el incumplimiento de alguna de las obligaciones impuestas por el Reglamento (artículo 14 CC) y, por otro, las de carácter coercitivo impuestas por cada día laborable en que persista el incumplimiento de alguna obligación (artículo 15 RCC). Tanto en uno como en otro caso, las multas se calculan en un porcentaje sobre el volumen de negocios de las empresas afectadas. Estas multas pueden alcanzar el 10% del volumen de*

127
por
com

negocio cuando las empresas incumplan el deber de notificar la operación (...)” Derecho de la Competencia. Civitas Thomson Reuters. Primera Edición. 2013. Página 376

5.2.4.4. Carácter preventivo y disuasivo de la sanción.-

De acuerdo con el informe de la Fiscalía Nacional Económica de la República de Chile de 11 de noviembre de 20114, se indica que:

“(...) Las sanciones y remedios cumplen también una función preventiva, disuadiendo a los agentes económicos de infringir la ley. Las sanciones y remedios pueden cumplir una función preventiva especial o general, según si buscan establecer incentivos para evitar que el infractor sancionado reincida, o para prevenir que el universo de posibles infractores transgreda la ley, respectivamente. (...) Por regla general, las conductas declaradas ilegales por el derecho de competencia reportan beneficios económicos para quienes las llevan a cabo, e imponen costos a los consumidores y a la sociedad en general (...) el ordenamiento reducirá las infracciones y cumplirá exitosamente con su función preventiva en medida en que los agentes económicos puedan esperar más costos que beneficios al evaluar la conveniencia de involucrarse en una conducta ilegal. Por lo mismo, una sanción será disuasiva en la medida en que asocie una conducta a la infracción un costo esperado mayor al beneficio esperado (...)”.

5.2.4.5.- La Corte Constitucional del Ecuador enseña:

“(...) Para llegar a la imposición de la sanción administrativa, misma que es retributiva a la acción o inconducta cometida por el funcionario, es necesario que exista un proceso previo del debido proceso, ya que sin garantías procesales efectivas y certeras no existe la posibilidad de desarrollar el derecho fundamental a la defensa y sus implicaciones; en definitiva el debido proceso no solo que asegura mínimos exigibles como el derecho de defensa sino que implica un cumulo de derechos que deben ser respetados desde el inicio de la acción, pasando por todas las instancias y culmina con la debida resolución motivada (...)”. Sentencia No.054-11-SEP-CC. Caso No.0160-10-EP (RO.S-619:16 ENE-2012).

5.2.5.- Jurisprudencia de la Corte Constitucional de las Garantías Procesales.-

5.2.5.1.- El principio de legalidad significa:

La Corte Constitucional del Ecuador señala:

“(...) El principio de legalidad, reserva de la ley o tipicidad, en el ámbito de las infracciones y sanciones, tiene una radical importancia en el quehacer jurídico de la sociedad, puesto que posibilita que las personas alcancen certeza y certidumbre de aquellas conductas que se encuentran permitidas y aquellas que se encuentran prohibidas; cuestión que trasciende al ámbito procesal, puesto que el órgano de poder público que cuente con potestad para juzgar infracciones y determinar sanciones únicamente lo puede efectuar si existe una ley previa, expresa y taxativa, concretando el aforismo Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege, nullum crimen sine poena legale, el mismo que ampliado técnicamente al ámbito de imposiciones de sanciones, configura el principio de juridicidad. (...)”. Sentencia No.017-11-SCN-CC- Caso No.0021-11-CN-R.O. S.12 ENE-2012.

5.2.5.2.- El derecho al debido proceso comporta.-

La Corte Constitucional del Ecuador sostiene:

“(...) El artículo 76 de la Constitución garantiza que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden se asegurara el derecho al debido proceso, y establece además que corresponde a toda autoridad administrativa o judicial garantizar el

cumplimiento de las normas y los derechos de las partes, así como que nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento; y así también la garantía del debido proceso consolida, a su vez la seguridad jurídica que constituye el elemento esencial y patrimonio común de la cultura del Estado de derechos y justicia; la sujeción de todos los poderes del Estado a la Constitución en donde la ley se concreta en la confiabilidad, en el orden jurídico, en la certeza sobre el derecho escrito y vigente, es decir, el reconocimiento y la previsión de la situación jurídica (...)". Sentencia No.056-12-SEP-CC- Caso No.0850-10-EP de 27 de MARZ-212.

5.2.5.3.- El derecho a la defensa implica.-

La Corte Constitucional del Ecuador sustenta:

"(...) el derecho a la defensa es uno de los parámetros fundamentales en el cual se sustenta el debido proceso, siendo a su vez un principio jurídico procesal o sustantivo, mediante el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas para asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, además de concederle la oportunidad para ser oído y hacer valer sus pretensiones frente al juez (...)". "(...) En síntesis, el derecho de defensa es una norma con jerarquía constitucional, legítimo para todo tipo de proceso, emanado de los valores de seguridad jurídica y de igualdad de oportunidades, a fin de acceder a una recta administración de justicia y concretada a través de las disposiciones legales y constitucionales que posibiliten, en forma amplia, la debida contradicción ante la acción, permitiendo que el accionado pueda ser oído, hacer valer sus razones, ofrecer y controlar la prueba e intervenir en la causa en pie de igualdad con la parte actora (...)". Jurisprudencia de la Corte Constitucional. Corporación de Estudios y Publicaciones. Tomo VII. Junio 2012. Página 526.

SEXTO.- IDENTIFICACIÓN DE LAS NORMAS O PRINCIPIOS VIOLADOS.-

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 c) de la LORCPM, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 26 y 27 del RLORCPM, cuya comisión se le imputa al operador económico Unión Cementera Nacional, UCEM C.E.M., al haber suscrito el contrato de compraventa de participaciones, mediante el que se acordó la adquisición del 99.99% de las participaciones de la compañía HORMIGONERA EQUINOCCIAL EQUIHORMIGONERA CIA LTDA, sin someterlo al procedimiento de notificación previa a la SCPM y posteriormente lo ejecutó, siendo una operación sujeta a control.

SÉPTIMO.- VALORACIÓN DE LA PRUEBA.-

7.1.- La prueba como garantía constitucional.-

El artículo 76 numeral 7, letra h) de la Constitución de la República del Ecuador, consagra entre los derechos de las personas a la defensa, el de presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.

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

[Handwritten signature]
[Handwritten signature]
[Handwritten signature]

subrayado y las negrillas no son del texto). Jurisprudencia de la Corte Constitucional. Corporación de Estudios y Publicaciones. Tomo VII. Junio 2012. Página 506.

7.2.- Valoración de las pruebas.-

La prueba constante en el expediente nos permite conocer el mérito de convicción y de eficacia jurídica que se deduce de su contenido en su apreciación. Según el tratadista Luis Cueva Carrión, en cuanto a la valoración de la prueba sostiene: “(...) *Valorar significa conceder valorar, apreciar, estimar, aquilatar el valor de un objeto. Por lo tanto la valoración jurídica consiste en aquilatar, en apreciar otorgar valor y eficacia jurídica a la normatividad jurídica vigente, al proceso y dentro de él a los hechos y a las pruebas (...)*” La Casación en Materia Civil. Tomo I. Editorial Ecuador. Quito 1993. Página 170. Para el jurista Hernando Devis Echandia “(...) *Por valoración o apreciación de la prueba judicial se entiende la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido (...)*” Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo I. Cuarta Edición. Victor Zavala Editor. Buenos Aires 1976. Página 286. La Corte Constitucional del Ecuador señala: “(...) *En todo procedimiento judicial o administrativo, teniendo como antecedentes generalmente hechos, se debaten derechos; tanto actor como demandado administrador como administrado presentan sus argumentos y soportes para demostrarlos. En estos términos se desarrolla el proceso. Una vez acopiados estos elementos la autoridad administrativa o judicial deberá resolver. Es justamente en este momento procesal en el cual la autoridad pública, luego de expuestos y examinados los antecedentes del caso, mediante operación mental básicamente, realiza la confrontación de los hechos probados con las normas y principios de derecho, obteniendo de ello una conclusión. Se trata, fundamentalmente, de un mecanismo lógico jurídico que demanda unidad y coherencia (...)*”. Sentencia No.025-12 SEP-CC. Caso No.0780-09-EP. En la especie, las prueba reproducida en el expediente, ha logrado formar la convicción de esta Comisión, por ser aquella a la que se refiere el numeral primero del artículo 163 del Código Orgánico General de Procesos, medio probatorio que ha sido aportado por el operador económico Unión Cementera Nacional UCEM S.A., y que consisten en el escrito de compromiso de cese modificado presentado el 19 de julio de 2018, a las 16h26, y en la exposición realizada por el Dr. Agustín Hurtado Larrea, en la audiencia celebrada el 27 de marzo de 2017, a las 15h00, actuaciones procesales mediante las cuales se ha logrado demostrar y comprobar la infracción ejecutada por el operador económico Unión Cementera Nacional UCEM S.A., cuando manifiesta:

7.2.1.- “(...) *En mi calidad de Gerente General y como tal Representante Legal de Unión Cementera Nacional, UCEM S.A., acepto y reconozco que mi representada (cuando era UCEM C.E.M), ha infringido la siguiente norma legal:*

1. *Unión Cementera Nacional, UCEM C.E.M., suscribió el contrato de compraventa de participaciones, mediante el que se acordó la adquisición del 99.99% de las participaciones de la compañía HORMIGONERA EQUINOCCIAL EUIHORMIGONERA CIA LTDA, sin someterlo al procedimiento de notificación previa a la SCPM y posteriormente lo ejecutó, siendo una operación sujeta a control; y, consecuentemente, infringió lo previsto en el artículo 16 de la LORCPM. Conforme ha sido señalado en el punto 4.2, ésta conducta se encuentra tipificada en el literal d. numeral 2. Del artículo 78 de la LORCPM y adicionalmente recogida en el artículo 18 de la LORCPM (...)*”.

7.2.2 “(...) esta compañía nació como de economía mixta en el año 2015, el 11 de marzo de 2016 adquiere el 99.99% de las participaciones Equihormigonera, esta transacción de manera que la compañía de economía mixta contó con la anuencia de alguna forma del conocimiento del Estado, porque el Estado formaba parte del Directorio de la compañía de economía mixta, el representante del Ministerio de Industrias y Producción formó parte del Directorio y evidentemente pues votó a favor cuando se planteó la decisión sobre adquirir Equihormigonera, lamentablemente como ustedes conocen en ese momento se produjo el error involuntario y de buena fe de considerar que tal operación no requería de notificarse a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado y simple y llanamente, pues a pesar de que superaba el umbral establecido por la normativa, no se notificó (...)”.

“(...) Una vez que se percató la compañía que había incurrido en esta omisión de carácter en el fondo administrativa, se reunió con personeros de la Superintendencia e informó que había sucedido, esto ocurrió a finales del 2017; unos meses después tras la reunión que hubo con el Superintendente en aquella época se resolvió presentar luego de revisar los aspectos jurídicos a las solicitudes del compromiso de cese, se resolvió presentar oficialmente la solicitud pidiendo la aprobación de un compromiso de cese, que consistía en la falta de notificación de esta operación de concentración (...)”.

OCTAVO.- DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DE LA INFRACCIÓN Y RESPONSABILIDAD QUE CORRESPONDA A SUS AUTORES.-

8.1.-Al haber suscrito Unión Cementera Nacional, UCEM C.E.M., un contrato de compraventa, mediante el cual acordó la adquisición del 99.99% de las participaciones de la compañía HORMIGONERA EQUINOCCIAL EQUIHORMIGONERA CIA LTDA, 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.

8.2.-Considerando que la contratación entre UCEM S.A. y EQUIHORMIGONERA, se produjo previo a la contratación de la construcción del Metro de Quito, dicho procedimiento se encuadra en el numeral 3, letra c) del artículo 78 de la LORCPM. Por lo que el resultante de la contratación tuvo la capacidad operacional para atender los requerimientos del indicado contrato.

El término resultante establecido en la LORCPM, no es igual a la acepción que en derecho societario se da a esa palabra, al nacimiento de una nueva compañía como resultado de una fusión, pues, no es lo mismo referirse a operadores económicos que a personas jurídicas o compañías.

8.3.-La Intendencia Nacional de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, en su informe No.SCPM-IGT-INICCE-006-2019-I de fecha 05 de febrero de 2019, en sus primeras cuatro conclusiones sobre la responsabilidad de Unión Cementera Nacional UCEM S.A., señala lo siguiente:

“(...) 1. Conforme la letra c) del artículo 14 de la LORCPM, una operación de concentración económica se produce por la realización de actos tales como: “la adquisición directa o indirecta, de propiedad o cualquier derecho sobre acciones o participaciones de capital a título de deuda que den cualquier tipo de derecho a ser convertido en acciones o participaciones de capital o a tener cualquier tipo de influencia en las decisiones de la persona

Handwritten signature and initials in blue ink.

que los emita, cuando tal adquisición otorgue al adquirente el control de, o la influencia sobre la misma; al respecto la operación de concentración analizada en este informe se refiere a la adquisición directa del 99% de las participaciones de Hormigonera Equinoccial, Equihormigonera Cía Ltda, por parte del operador UCEM. Se establece que la mencionada transacción, produjo el cambio o toma de control del negocio de Equihormigonera, por lo tanto se concluye que la misma constituyó una operación de concentración de acuerdo a lo previsto en la LORCPM (...).

"(...) 2. Según el artículo 6 de la LORCPM "(...) se entiende por volumen de negocio total de uno o varios operadores económicos, la cuantía resultante de la venta de productos y de la prestación de servicios realizados por los mismos, durante el último ejercicio que corresponda a sus actividades ordinarias (...)" ; al respecto el volumen de negocios total de los intervinientes en la operación de concentración, para el año 2015, fue de USD271.552.887, 80 (...).

"(...) 3. Conforme la letra a) del artículo 16 de la LORCPM que **señala la obligación de notificación** una concentración a quienes cumplan con la circunstancia de "Que el volumen de negocios total en el Ecuador del conjunto de los partícipes supere, en el ejercicio contable anterior a la operación, el monto que en Remuneraciones Básicas Unificadas vigentes haya establecido la Junta de Regulación", en este sentido la operación de concentración económica bajo análisis superó el umbral para el sector real de 200.000 RBU, determinado por la Junta de Regulación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. En razón de esto debió cumplir con la obligación de notificar previamente a la SCPM (...).

"(...) 4. De acuerdo al artículo 19 del RLORCPM, la obligación de notificar una operación de concentración económica será "(...) 3... [d]el operador económico que va 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. En razón de lo dispuesto en el artículo citado se establece que la obligación de notificar la operación de concentración era del operador económico UNIÓN CEMENTERA NACIONAL, UCEM S.A. y por tanto en caso de que se determine el cometimiento de una infracción, deberá imputarse a este operador económico la responsabilidad por el cometimiento de la misma (...).

8.4.- Conforme expresan los tratadistas Juan Ignacio Signes de Mesa, Isabel Fernandez Torres y Mónica Fuentes Naharro, en su obra citada anteriormente, página 322 "(...) El uso de palabra "concentraciones" resulta más adecuado. Con ella se alude a cualquier operación mediante la cual empresas anteriormente independientes pasan a perder independencia, es decir, su autonomía decisoria. Estas operaciones alteran las estructuras empresariales y producen correlativamente un modificación de la estructura del mercado afectado (...). La narrativa doctrinaria que antecede es concordante con la infracción ejecutada por el operador económico Unión Cementera Nacional UCEM S.A. La infracción consiste en no haber notificado Unión Cementera Nacional UCEM S.A., la concentración con el operador económico Hormigonera Equinoccial, Equihormigonera Cía Ltda, sin embargo de lo manifestado esta Comisión considera la naturaleza de la infracción cometida, es decir, es una infracción al control de estructuras económicas que realiza la SCPM, a diferencia del control de conductas infractoras que afectan a la competencia; no obstante de lo manifestado 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.

NOVENO.- CRITERIO PARA LA DETERMINACIÓN DE LA MULTA.-

La aplicación de la metodología para el cálculo de la multa establecida por la Junta de Regulación en la Resolución No. 12 del 22 de septiembre de 2016, se establece para determinar el importe de las multas por infracciones a la LORCPM.

Factores de cálculo de la multa del operador económico:

IMB = Volumen de Negocios Mercador Relevante Afectado * β

Factor	Descripción
A	Volumen de negocio en el mercado relevante del operador económico infractor
B	$\beta = f(\text{gravedad} () \text{ Afectación})$
C=(A*B)	IMB= Importe Base de Operador
D	Duración infracción
E=(C*D)	IMB*Duración
E	Yi (atenuantes y agravantes)
F=E	Ajuste del importe base total

Donde:

- Factor A: Corresponde al volumen de negocio del operador económico UCEM S.A. dentro del mercado de producción de hormigón en la ciudad de Quito, cuyo monto asciende a USD \$ 13.898.706,49. El mismo se obtuvo de las ventas del operador económico investigado en el mercado relevante afectado.
- Factor B: Corresponde al factor sancionador compuesto por el factor proporcional a la gravedad de la infracción y el factor proporcional del tamaño del mercado relevante donde ocurrió la infracción:

$$\beta = (\alpha + \Theta) * \text{gravedad}$$

Factor proporcional de la gravedad de la infracción:

Componentes de α :

$$\alpha = (\lambda) + \text{Cobertura Geográfica} + \text{Tipo de Infracción}$$

- Cuota del mercado del operador económico responsable (λ): 21,44% o 0,2144
- Cobertura Geográfica local dado que la misma se dio únicamente en la ciudad de Quito y sus alrededores = 0,25
- Tipo de Infracción: Muy grave = 0,12 La infracción es considerada muy grave ya que se perfeccionaron contratos luego del proceso de concentración no notificada, tipificada en el literal c) del numeral 3) del artículo 78 de la LORCPM.
- $\alpha = 0,2144 + 0,25 + 0,12$
- $\alpha = 0,58$

Componentes de Θ

Handwritten signature and initials

Θ = Dimensión del mercado afectado + Características del mercado afectado. Este indicador refiere al tamaño del mercado relevante en donde ocurrió la operación de concentración no notificada en comparación de la economía ecuatoriana y de acuerdo al nivel de concentración del mercado relevante.

- Dimensión del mercado afectado = 0,40
- Características del mercado afectado (HHI normalizado) = 0,159583...
 - $\Theta = 0,40 + 0,159583...$
 - $\Theta = 0,559683...$

Factor B:

$\beta = (\alpha + \Theta) * \text{coeficiente según el tipo de sanción (factor muy grave)}$

$\beta = (0,5844 + 0,559683) * 0,00517799$

$\beta = 0,00592354$

- Factor C

Factor C = Factor A * Factor B

Factor C = 13.898.706,49 * 0,00592354

Factor C = 82329,55

- Factor D: duración de la Infracción: La infracción se extendió desde el 13 de abril de 2016 y el 27 de marzo de 2018, es decir desde que se concentraron hasta la presentación del compromiso de cese, con una duración de 2 años. Por lo tanto el factor de duración de la infracción es de 2

Factor D = 2

- Factor E = Factor C * Factor D

Factor E = 164.659,09

- Factor F: Circunstancias atenuantes y agravantes:

- Circunstancias agravantes: No existen
- Circunstancias atenuantes:
 - Realización que pongan fin a la infracción: Presentación del compromiso de cese.
 - Realización de actuaciones tendientes a reparar el daño causado: Disposición a pagar monto de subsanación y oferta de cumplimiento de medidas correctivas y complementarias dentro del compromiso de cese.
 - La colaboración activa y efectiva con la SCPM: Existió colaboración.
 - La no aplicación efectiva de la conducta prohibida no aplica en el presente caso, por lo que la CRPI resuelve considerar como atenuante la realización de un estudio de mercado completo en el que se demuestra que no existió daño al mercado.
- De esta manera se concluye que existen cuatro atenuantes y ninguna circunstancia agravante.

Factor F = 0,75

Importe de la multa E * F

IMP = 164.659,09 * 0,75

IMP = 123.494,32

Resumen de Variables

UCEM S.A.		
Factor	Variable	Valor
A	Volumen de negocio en el mercado relevante del operador económico infractor	\$13.898.706,49
B	B = f (gravedad () Afectación)	0,00592354
C=(A*B)	IMB= Importe Base de Operador	82.329,55
D	Duración infracción	2
E=(C*D)	IMB*Duración	164.659,09
F	Yi (atenuantes y agravantes)	0,75
F*E	Ajuste del importe base total	\$123.494,32

DÉCIMO: - RESOLUCIÓN.- En mérito de los razonamientos de orden jurídico que anteceden, la Comisión de Resolución de Primera Instancia, en uso de sus atribuciones contempladas en el artículo 61 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en concordancia con el artículo 71 de su Reglamento de Aplicación.

RESUELVE:

1. **ACoger** parcialmente el informe No. SCPM-IGT-INICCE-006-2019-I de 05 de febrero de 2019, suscrito por el economista Francisco Dávila Herrera, Intendente Nacional de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, mediante el cual se recomienda que: *"(...) En función de las conclusiones detalladas en este Informe considerando que la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Concentraciones Económicas identifica la falta de notificación y la ejecución no autorizada de una operación de concentración por parte del operador económico UCEM, al adquirir el 99% de las participaciones de Hormigonera , Equihormigonera Cía Ltda, a criterio de esta Intendencia se ha configurado una infracción sujeta a sanción de conformidad a lo dispuesto en el artículo 18 de la LORCPM y 26 y 27 del RLORCPM, por lo cual se recomienda a la Comisión de Resolución de Primera Instancia observar lo dispuesto en los artículos 78 y 79 de la LORCPM (...)"*.
2. **IMponer** al operador económico **UNIÓN CEMENTERA NACIONAL UCEM S.A.**, la multa sancionadora de **USD. \$. 123.494,32 (CIENTO VEINTE Y TRES MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y CUATRO DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA CON TREINTA Y DOS CENTAVOS)**, al haber suscrito el contrato de compraventa de participaciones, mediante el cual se acordó la adquisición del 99.99% de las participaciones de la compañía **HORMIGONERA EQUINOCCIAL EQUIHORMIGONERA CIA LTDA**, sin someterlo al procedimiento de notificación previa a la SCPM y posteriormente lo ejecutó, siendo una operación sujeta a control.
3. **ORDENAR** al operador económico **UNIÓN CEMENTERA NACIONAL UCEM S.A.**, que la multa sancionadora establecida en esta resolución sea pagada dentro del término de veinte (20) días, contados a partir de la notificación de la presente resolución, para cuyo efecto, deberá depositar estos valores en la cuenta

[Handwritten signatures and initials]

corriente del Banco del Pacífico signada con el No.7445261 a nombre de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

4. **NOTIFICAR** con la presente resolución al operador económico **UNIÓN CEMENTERA NACIONAL UCEM S.A.**, a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, a la Dirección Nacional Financiera de la SCPM, para efectos de control de cumplimiento del pago de la multa establecida en la presente resolución.
5. Actué en calidad de Secretario de la Comisión el abogado Eduardo Xavier Maiguel de la Herrera. **NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.**

Dr. Marcel Cortés Rodríguez
COMISIONADO



Dr. Agapito Valdez Quinonez
COMISIONADO



Dr. Oswaldo Ramón Moncayo
PRESIDENTE

